

Université de Lille 2

Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales

Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion

LA FORMATION DU CONTRAT ELECTRONIQUE :  
DISPOSITIF DE PROTECTION DU  
CYBERCONSOMMATEUR ET MODES ALTERNATIFS  
DE REGLEMENT DES CONFLITS (M.A.R.C.)

DEA Droit des contrats

Nathalie MOREAU

Sous la direction de Madame le professeur Anne PENNEAU

Année universitaire 2002/2003

Mémoire soutenu le : 30/09/03

document téléchargé sur : <http://edoctrale74.univ-lille2.fr>



# SOMMAIRE

Introduction.....	5
Chapitre I : La publicité électronique.....	20
Section I : La notion de publicité électronique.....	20
Section II : La réglementation de la publicité électronique.....	24
Chapitre II : L'offre électronique.....	38
Section I : La notion d'offre électronique.....	38
Section II : Une obligation précontractuelle d'information renforcée.....	41
Section III : La durée de validité de l'offre électronique.....	49
Chapitre I : Le moment de la conclusion du contrat électronique.....	54
Section I : Détermination du moment de la conclusion du contrat électronique.....	54
Section II : Consécration du système du « double clic ».....	57
Section III : Le droit de rétractation.....	60
Chapitre II : Le formalisme contractuel.....	66
Section I : Un formalisme contractuel protecteur mais inadapté à l'univers électronique....	66
Section II : Une réforme du droit des contrats nécessaire.....	68
Chapitre I : Un recours encouragé.....	77
Section I : Les causes pratiques de l'essor des M.A.R.C. dans les litiges de cyberconsommation.....	77
Section II : Le rôle du législateur.....	80
Chapitre II : Un recours encadré.....	85
Section I : Analyse critique des M.A.R.C.....	85
Section II : Les garanties offertes.....	87
Section III : La justice étatique.....	92
CONCLUSION.....	96



# Introduction

A l'heure de l'ère informatique, internet constitue une véritable révolution. S'il s'est d'abord développé outre atlantique, il a rapidement gagné l'Europe puis le reste du monde. Aujourd'hui tous les pays sont connectés à internet et lorsqu'on parle d'internet, on évoque sa dimension mondiale, son caractère universel ou encore sa vocation planétaire, autant d'expressions synonymes pour qualifier l'ampleur du phénomène. Outre cet aspect géographique, internet touche également tous les domaines et ses potentialités semblent infinies. Internet est à la fois un moyen de communication, une source d'informations et de documentations et un moyen de commercer. Les institutions, les administrations, les associations et les entreprises ont d'ailleurs rapidement créé leur sites afin d'utiliser au maximum ce nouvel outil technologique.

Internet est caractérisé par la dématérialisation des actes, la maîtrise inédite de la distance et le gain considérable de temps. Aujourd'hui, il est en effet possible de remplir sa déclaration de revenus sur internet, d'échanger des données et des informations de manière quasi-instantanée avec une personne pouvant se situer à des milliers de kilomètres, de télécharger son billet de train ou encore de faire ses achats les plus divers tout en restant chez soi.

Cette facilité d'échanges en tout genre est à l'origine de l'apparition de la société de l'information. Cette dernière résulte, comme la société de consommation, d'un changement de comportement des individus, qui ne contractent plus seulement pour satisfaire les besoins essentiels de la vie courante mais aussi pour satisfaire des besoins artificiels et superflus et pour qui les biens informationnels ont pris une certaine valeur.

Néanmoins, l'espace ouvert que constitue internet est porteur de risques car il permet l'exercice d'activités illicites, la propagation rapide de virus informatiques<sup>1</sup> ou encore la circulation d'informations à plus d'un titre contestables, comme les sites pédophiles. De la même façon internet a permis le développement d'un nouveau type de commerce, le commerce électronique qui lui aussi permet des dérives contestables car les enjeux du

commerce électronique sont commerciaux et financiers mais pas seulement, il existe aussi un enjeu de compétitivité : grâce à Internet, on peut améliorer la qualité du service et attirer par conséquent une clientèle plus importante, au risque de nuire aux consommateurs.

Si à la base la sphère internet et la sphère du droit n'ont rien de commun, il était utopique de penser qu'internet pouvait rester en dehors du droit. Actuellement, les énergies se concentrent sur le développement du commerce électronique.

Pourtant, on constate qu'il existe une éthique de l'internet<sup>2</sup> qui prend la forme de ce que l'on appelle couramment Nétiquette ou éthique des internautes aujourd'hui supplantée par une autre éthique, celle des marchands qui veulent rassurer les internautes devenus consommateurs-clients. La Nétiquette possède plusieurs sources et a été consacrée par la Chambre de Commerce Internationale, elle regroupe un ensemble de règles de bonne conduite mais on y trouve aussi le rappel de règles de droit applicable. L'éthique des marchands a été élaborée par les commerçants pour favoriser la consommation mais aucune sanction n'est prévue et elle est élaborée par ce qui se l'applique et fait donc souvent l'objet de critiques. Tout cela participe à l'autorégulation d'internet<sup>3</sup>. Comme pour la *lex mercatoria*, on se dirige peut-être vers une *lex electronica* ou *lex informatica*. En attendant, la nature transfrontalière et dématérialisée d'internet influe sur cette autorégulation. Aujourd'hui on parle plutôt de « co-régulation », étatique, d'une part et émanant des acteurs du commerce électronique d'autre part. Le but est de trouver un juste équilibre entre l'intervention du législateur et l'autorégulation des acteurs.

Les institutions communautaires ont, en la matière, devancé les législateurs nationaux. Il était impératif de construire au niveau européen un cadre juridique propre au commerce électronique pour trois raisons, d'une part rattraper le retard pris sur les Etats-Unis, d'autre part sécuriser les échanges commerciaux par voie électronique pour instaurer la confiance des opérateurs économiques et des consommateurs dans ce nouveau mode de distribution et enfin favoriser le développement de ces échanges dans l'Union Européenne en évitant qu'il ne soit

---

<sup>2</sup> BARBRY (E.), Comportement éthique des acteurs et utilisateurs de l'internet, in Groupe des écoles des télécommunications, Ethique et société de l'information, sous la direction de D. Bahu-Leyser et P. Faure, Doc. fr., 2000, p. 115.

<sup>3</sup> Pour une analyse économique de l'autorégulation dans le commerce électronique, voir CHEFFERT (J-M.), Le commerce électronique : autorégulation et asymétrie d'information, Rev. Ubiquité, n° 12/2002, p. 31.

contrarié par l'adoption de réglementations fragmentées et disparates dans les Etats membres<sup>4</sup>. Cette volonté affirmée du législateur communautaire s'est concrétisée par la directive cadre 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur<sup>5</sup>, ci-après dénommée directive commerce électronique et plus récemment par la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs<sup>6</sup>, qui doit être transposée avant le 9 octobre 2004.

La France n'a pas su rapidement mettre en avant les atouts de ce nouvel outil technologique pour développer le commerce électronique. C'est donc la pratique qui s'est trouvée des outils. Ainsi, l'AFCEE et la CCIP ont élaboré un contrat type de commerce électronique commerçant-consommateur<sup>7</sup>, qui a connu un large succès auprès des entreprises : il est conçu sous forme de clauses-types énonçant les obligations légales de base à respecter par les vendeurs, accompagnées d'un guide d'application.

Internet représentait un véritable défi pour la France<sup>8</sup>, qui n'a pas choisi de le relever par une politique d'ensemble. Au contraire, le législateur français s'est contenté d'intervenir ponctuellement au gré des transpositions de directives. Tel est le cas de la loi du 13 mars 2000<sup>9</sup> relative à la signature électronique et du projet de loi sur la société de l'information du 14 juin 2001<sup>10</sup>, ci-après dénommé projet de LSI, qui visait à transposer la directive commerce électronique.

On observe à ce niveau une forte influence du droit communautaire sur le droit des obligations. Outre la transposition de directives, il existe un débat actuel sur un projet de code européen des contrats. L'actuelle diversité du droit des contrats entre les pays membres de l'Union Européenne représente un obstacle important pour la libre circulation que le Marché

---

<sup>4</sup> Communication de la Commission, Com (97), 157 final.

<sup>5</sup> JOCE n° L 178, 17 juill. 2000.

<sup>6</sup> JOCE n° L 271/16, 9 oct. 2002.

<sup>7</sup> Contrat-type de commerce électronique commerçants-consommateurs, AFCEE et CCIP, juin 1998 disponible sur <http://www3.ccip.fr/etudes/dossiers/contrat/CONTRAT>.

<sup>8</sup> MARTIN-LALANDE (P.), L'internet, un vrai défi pour la France, Doc. fr., 1998.

<sup>9</sup> Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000, p. 3968.

<sup>10</sup> Projet de loi AN n° 3143, 14 juin 2001.

unique veut réaliser. La réticence de la France à réformer de façon générale le droit des obligations explique son retard dans la réflexion sur ce projet, cette réflexion est essentiellement universitaire et la doctrine française est d'ailleurs très partagée sur la question<sup>11</sup>. Les auteurs en faveur du projet<sup>12</sup> reprennent les arguments communautaires d'une harmonisation pour un meilleur développement économique et pour plus de sécurité juridique. Un groupe d'experts<sup>13</sup> a même élaboré en 1997 « Les principes du droit européen des contrats »<sup>14</sup>, mais il s'agit d'une œuvre privée, réalisée surtout par des professeurs de droit et dépourvue de toute valeur juridique. Les auteurs opposés à ce projet font valoir les grandes difficultés que présente une unification du droit des Contrats et son manque d'opportunité<sup>15</sup>.

Si l'influence communautaire est notable, force est de constater que dans le domaine du commerce électronique, la France a décidé de rattraper son retard par la mise en place d'une vraie politique. Actuellement, seul 20 % des français ont accès à internet contre une moyenne européenne de 36 %, alors que le commerce sur internet ne cesse de se développer.

Face à ces constatations, le nouveau gouvernement a décidé d'agir activement pour le développement de la société de l'information en France. Il a élaboré un plan gouvernemental RE/SO 2007 destiné à la mise en place d'une REpublique numérique de la SOciété de l'information. Le gouvernement s'est donné cinq ans, soit la durée de son mandat, pour réaliser ce plan, qui a été présenté par le Premier Ministre le 12 novembre 2002<sup>16</sup>.

Les NTIC permettent une meilleure productivité et assurent le développement économique, elles rentrent ainsi parfaitement dans la politique gouvernementale de développement durable. La mise en œuvre de ce plan gouvernemental a déjà donné lieu à une loi destinée à encourager l'initiative économique<sup>17</sup> et à plusieurs projets de lois dont le premier, qui constitue également

<sup>11</sup> SOCCO (R.), Non, oui, peut-être, Mélanges MOULY, 1998, p. 166.

<sup>12</sup> GANDOLFI (V. G.), Pour un Code européen des contrats, RTD civ. 1992, p. 707 ; TALLON (D.), Vers un code européen des contrats, Mélanges COLOMER, 1993, p. 494 ; ROUHETTE (G.), La codification du droit des contrats, Droit 1996, n° 24, p. 118 ; WITZ (C.), Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000, chron. p. 79.

<sup>13</sup> DE LAMBERTERIE (I.), ROUHETTE (G.) et TALLON (D.).

<sup>14</sup> Ces principes ont servi de base à un colloque sur le projet de code européen des contrats, Colloque de Sceaux, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des Contrats, 30 et 31 janv. 2003.

<sup>15</sup> CORNU (G.), Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002. 351 ; MALAURIE (Ph.), Le code civil européen des obligations et des contrats. Une question toujours ouverte, JCP 2002. I 110 ; LEQUETTE (Y.), Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR, D. 2002. 2202.

<sup>16</sup> Le discours intégral du Premier Ministre est disponible sur <http://www.internet.gouv.fr>.

<sup>17</sup> Loi n° 2003-721 pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003.

la première étape du plan RE/SO 2007, est le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 janvier 2003<sup>18</sup>, ci-après dénommé projet de LEN, et à ce jour toujours en discussion au Parlement<sup>19</sup>. Il a pour vocation la transposition de la directive commerce électronique et remplace le projet de LSI devenu caduque à la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale.

Un des moyens d'assurer la sécurité de l'utilisation de l'internet et donc le développement du commerce électronique est de renforcer la protection du cyberconsommateur en développant sa confiance et son information tout en veillant à ce que les fournisseurs de biens ou de services respectent les règles juridiques en usage. Il faut trouver un juste équilibre entre le développement du commerce électronique et le respect des droits des consommateurs auquel notre pays est particulièrement attaché<sup>20</sup>, tout comme le droit communautaire car un des objectifs que s'est assigné le traité de l'Union Européenne est « la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs ».

C'est alors posé la question de savoir si les règles légales existantes suffisaient à assurer cette protection ou s'il fallait poser des règles particulières. Le commerce électronique existe depuis plus de quinze ans en France grâce au minitel qui connaît un essor constant sans qu'aucune modification des textes n'ait été nécessaire. Mais l'abondante actualité législative semble démontrer qu'une protection particulière du cyberconsommateur est nécessaire.

Le commerce électronique, désigne selon les termes du Rapport Lorentz<sup>21</sup> « l'ensemble des échanges numérisés, liés à des activités commerciales, des flux d'informations et de transactions concernant des produits ou des services, entre entreprises, entre entreprises et

---

<sup>18</sup> Doc. AN n° 528, 21 janv. 2003. Ce projet constitue la première étape du plan Gouvernemental RE/SO 2007 (pour une République numérique dans la société de l'information).

<sup>19</sup> Le projet a été adopté en 1<sup>ère</sup> lecture par l'Assemblée nationale le 26 févr. 2003, Doc. AN n° 89. Il a ensuite été modifié par le Sénat Doc. n° 140, qui l'a renvoyé devant l'Assemblée Nationale pour une deuxième lecture le 26 juin 2003 Doc. AN n° 991.

<sup>20</sup> MARTIN-LALANDE (P.), L'internet, un vrai défi pour la France, Doc. fr., 1998 ; CALAIS-AULOY (J.), Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 93 ; FALQUE-PIERROTIN (I.), Internet, enjeux juridiques, DOC. fr., 1997.

<sup>21</sup> Rapport Lorentz, Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, janv. 1998, disponible sur <http://www.finances.gouv.fr>.

particuliers et entre entreprises et administrations ». L'article 6 du projet de LEN<sup>22</sup> dispose que « le commerce électronique est l'activité par laquelle une personne, agissant à titre professionnel, propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ». Le commerce électronique a très vite été adopté par les particuliers, ce qui s'explique notamment par le fait que la vente par correspondance ou VPC est depuis longtemps bien ancrée dans les mœurs. Désormais on parle même de VPCD ou Vente Par Correspondance et à Distance<sup>23</sup>. Les vepécistes<sup>24</sup> ont d'ailleurs rapidement créé leur site de vente en ligne venant compléter la vente sur catalogue papier.

L'essor du commerce électronique par le biais des NTIC permet l'établissement de liens d'affaire entre des personnes éloignées sur le plan géographique et offre l'avantage de l'interactivité. Il existe deux formes du commerce électronique : le B to B (Business to Business), c'est-à-dire le commerce entre entreprises et le B to C (Business to Consumer)<sup>25</sup>, c'est-à-dire entre entreprise et consommateur. Si aujourd'hui la majorité des échanges ne se fait pas encore par le biais de l'internet, la quasi-totalité des secteurs économiques commercialisent leurs produits via l'internet, avec un succès très relatif pour les relations « Business to Business » mais demain la relation « Business to Consumer » augmentera très certainement les taux d'activités à ce jour enregistrés.

Le commerce électronique recouvre non seulement la fourniture de biens et de services en ligne tels que les logiciels ou les banques de données, mais aussi celle de biens et de services commandés en ligne, et dont le prix est éventuellement réglé en ligne, mais qui sont livrés en dehors du réseau. Le commerce électronique peut en principe porter sur tous les biens et les services à l'exception du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. En outre certains produits sont soumis à une réglementation particulière. C'est le cas des médicaments<sup>26</sup> et des produits parapharmaceutiques soumis au code de la santé publique, des produits financiers et des assurances soumis au code des assurances, des armes à feu, du tabac et de l'alcool, de l'enseignement à distance, des produits alimentaires, des services téléphoniques et des

---

<sup>22</sup> Voir en annexes.

<sup>23</sup> SIOUFFI (B.), La VPCD dans la société de l'information, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 40.

<sup>24</sup> Voir par ex. <http://www.laredoute.fr>; <http://www.3suisses.fr>.

<sup>25</sup> BOCHURBERG (L.), Internet et commerce électronique, Encyclopédie Delmas, 1<sup>e</sup> éd., 1999.

<sup>26</sup> Pour une étude plus détaillée voir FAURAN (B.), Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet, Gaz. Pal., 24-26 mars 2002, p. 36.

services des professions réglementées telles que avocats, notaires ou encore experts comptables.

Depuis quelques années, les gouvernements et les associations de consommateurs ont exprimé leurs inquiétudes quant à la façon de faire face aux abus liés à ce mode de commercialisation. Sur les 988 sites marchands examinés au cours de l'année 2001 par les agents de la DGCCRF<sup>27</sup>, 311 sites comportent des anomalies par rapport à la réglementation. 20 % de ces anomalies concernent le non-respect des dispositions relatives aux ventes à distance, 14 % des offres de publicité mensongère et enfin 14 % les signes de confiance (sceaux et labels) et la fausse certification. Les autres manquements sont des défauts de publicité de prix (7 %), des loteries illicites (5 %) ou des publicités applicables aux agents immobiliers. S'agissant des premiers contrôles généralisés des sites marchands, les services ont privilégié l'envoi d'avertissements aux intéressés. Le consommateur en ligne a donc besoin de bénéficier d'une protection renforcée, qui doit être l'une des priorités de l'élaboration naissante du droit du commerce électronique<sup>28</sup>.

La notion de « cyberconsommateur » apparaît dans de nombreux articles et ouvrages<sup>29</sup>, sans toutefois qu'une définition en soit donnée. Un auteur<sup>30</sup>, qui a récemment consacré un ouvrage à la protection juridique du cyber-consommateur, n'a pas estimé nécessaire de le définir. Il est dès lors permis de s'interroger sur l'identité de « *ce drôle de consommateur du XXI<sup>e</sup> siècle* »<sup>31</sup>, vers qui les regards des professionnels, de la doctrine et du législateur se tournent.

---

<sup>27</sup> DGCCRF, Rapport d'activité 2001, Le commerce électronique.

<sup>28</sup> Cela ressort du rapport du Conseil d'Etat « Internet et les réseaux numériques » La doc. fr. 1998, qui fixe cinq priorités : protéger les données personnelles et la vie privée, favoriser les échanges, une confiance accrue des acteurs, valoriser les contenus, protection de la propriété intellectuelle, lutter contre les contenus et les comportements illicites, adapter la réglementation de la communication à la convergence de l'informatique, de l'audiovisuel et des télécommunications.

<sup>29</sup> Par ex., Atelier de réflexion, « Le cyberconsommateur », Rev. Conc. Consom., n° 114, mars-avr. 2000, p. 11 ; CALAIS-AULOY (J.), Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 93 ; GREGOIRE (S.), L'offre d'accès à internet et la protection des consommateurs, Droit de la consommation, Contrats, conc. consom., hors série déc. 2000, p. 310.

<sup>30</sup> VERBIEST (T.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.

<sup>31</sup> LOCHMANN (S.), préface de VERBIEST (T.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.

S'agit-il d'un simple consommateur dont la seule spécificité serait celle de contracter par la voie électronique ? C'est la conception retenue par la DGCCRF qui rappelle dans son rapport d'activité de 2001 l'importance de son rôle dans la création d'un climat de confiance « qui incitera certains consommateurs réservés à devenir des cyberconsommateurs »<sup>32</sup>. Une étude étymologique du terme « cyberconsommateur » nous amène également à cette définition. En effet, le Dictionnaire du multimédia<sup>33</sup> précise que le préfixe « Cyber- »<sup>34</sup>, néologisme utilisé par les services publicitaires des entreprises et la presse à grand public, connote tout ce qui est lié au multimédia, à la simulation virtuelle et aux nouvelles technologies de l'information en général.

Cette recherche sur le terme cyberconsommateur ne se justifie pas réellement car ce terme n'est utilisé que par la doctrine, les textes de lois ne reprennent pas la notion de cyberconsommateur mais celle de consommateur. Le champ d'application de la directive commerce électronique est d'ailleurs encore plus vaste car ses dispositions protectrices sont applicables aussi bien aux professionnels qu'aux consommateurs, à la seule différence que pour les professionnels les règles sont supplétives de volonté. Cela explique que dans les ouvrages consacrés à la matière<sup>35</sup>, on constate un amalgame entre le consommateur et l'internaute<sup>36</sup>, c'est-à-dire l'utilisateur d'internet<sup>37</sup>, qui peut être un particulier mais aussi un professionnel. Par conséquent, envisager le cyberconsommateur comme un simple consommateur contractant sur internet constitue une vision trop réductrice de la réalité. Dans cette étude il faudra donc entendre le cyberconsommateur comme un consommateur qui contracte sur internet.

<sup>32</sup> DGCCRF, Rapport d'activité 2001, Le commerce électronique.

<sup>33</sup> NOTAISE (J.), BARDA (J.), et DUSANTER (O.), Dictionnaire du multimédia, audiovisuel, informatique, télécommunication, AFNOR, 2<sup>e</sup> éd., 1996.

<sup>34</sup> Ce préfixe est emprunté à l'anglo-américain qui le tire du grec « kubernan », qui signifie piloter, gouverner et qui a donné les termes gouvernail, gouverner, cybernétique.

<sup>35</sup> Voir par ex. DUFOUR (A.), Internet, PUF, coll. Que sais-je ? , 8<sup>e</sup> éd., 2000.

<sup>36</sup> La synthèse d'une consultation publique organisée sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information énonce que le consommateur sur internet peut être une entreprise qui commande des fournitures ou un particulier, dont l'achat est effectué à titre personnel, tables rondes du 22 nov. au 1<sup>er</sup> déc. 1999, disponible sur [http://www.finances.gouv.fr/societe\\_information/tables/syntheseCE.htm#d](http://www.finances.gouv.fr/societe_information/tables/syntheseCE.htm#d).

<sup>37</sup> Le néologisme fût ajouté par Vint Cerf à la langue française, pour plus de précisions voir HUITEMA (C.), Et dieu créa l'internet..., Eyrolles, 1999.

Pour la notion de consommateur, la directive commerce électronique<sup>38</sup> reprend la définition de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance<sup>39</sup>. L'article 2, 2) de cette dernière définit le consommateur comme « toute personne physique qui, dans les contrats à distance, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Mais malgré l'existence de cette définition, la notion de consommateur connaît une commode inconstance en droit communautaire<sup>40</sup> à l'image du droit français qui a influencé la construction progressive d'un droit européen de la consommation, aujourd'hui très complet<sup>41</sup>. En effet, la notion de consommateur rencontre dès son introduction en droit français<sup>42</sup> de grandes réserves car elle abandonne la notion abstraite de contractant pour un concept plus économique que juridique<sup>43</sup> et entraîne une nouvelle distinction des contrats par rapport à leur finalité économique et non plus par rapport à leur objet. La notion de consommateur est de plus difficile à cerner car le droit de la consommation s'est construit par strates successives, sans qu'un texte légal ne se risque à donner une définition du consommateur, même pas le code de la consommation, dont la première édition date de 1993. Cela est regrettable car une définition était essentielle pour délimiter les frontières de ce nouveau droit. C'est donc la doctrine et la jurisprudence qui ont tenté de définir cette notion, non sans difficulté car il reste encore des incertitudes, notamment par rapport au critère du lien direct avec la profession<sup>44</sup>. La notion de consommateur est donc une notion à géométrie variable<sup>45</sup>.

La relation de cyberconsommation repose sur le contrat électronique, qui peut se définir comme la rencontre d'une offre de bien ou de service, qui s'exprime sur un mode audiovisuel

<sup>38</sup> Art. 2 e).

<sup>39</sup> JOCE n ° L 144, 4 juin 1997.

<sup>40</sup> LUBY (M.), La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance..., Contrats, conc., consom., hors série déc. 2000, p. 58 ; Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence !, Contrats, conc., consom., juill. 2002, chron. 14, p. 4.

<sup>41</sup> Jean CALAIS-AULOY se prononce aujourd'hui pour un code européen de la consommation mais seulement avec un niveau élevé de protection. Cela nécessitera de longs débats et peut apparaître comme une utopie mais l'auteur compare son projet avec celui de la monnaie unique !, in Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 93.

<sup>42</sup> PIZZIO (J-P.), L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, chron. p. 91.

<sup>43</sup> La consommation est une des trois fonctions économiques avec la production et la distribution.

<sup>44</sup> PAISANT (G.), A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct », JCP éd. G 2003, I 121, p. 549.

<sup>45</sup> MESTRE (J.), Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 62.

au travers d'un réseau international de télécommunication et d'une acceptation, qui est susceptible de se manifester au moyen de l'interactivité entre professionnels et clients<sup>46</sup>.

La section III de la directive commerce électronique<sup>47</sup> ne comporte pas de définition du contrat électronique. Il faut la rechercher dans les considérants 17 et 18 relatifs aux services de la société de l'information. Il s'agit d'un contrat conclu à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données, donc il n'y a pas de restriction concernant la technique de communication. Le choix de retenir une conception large du contrat électronique, qui englobe tout genre de réseaux (fermés et ouverts) et toutes les techniques de messageries est judicieux au regard de la rapidité avec laquelle la technologie évolue. En effet, un concept large sera susceptible de couvrir les techniques futures sans que la loi ne devienne obsolète.

Il n'y a pas de réelle négociation des contrats entre les internautes et les commerçants mais un recours à la technique traditionnelle des conditions générales de vente accessibles en ligne sur leur site web. Dès lors, le concept de contrat d'adhésion est le plus adapté à l'analyse de la formation du contrat électronique de consommation.

Le domaine contractuel étant celui de la liberté, aucune borne n'existe à la création de nouveaux contrats. On observe d'ailleurs un foisonnement de contrats électroniques<sup>48</sup> : contrats d'hébergement, contrats de conception d'un site marchand ou d'une boutique virtuelle, contrats pour les galeries marchandes virtuelles, contrats de référencement, contrats de portail, contrats d'achat et de vente d'espace publicitaires, contrats de hot-line<sup>49</sup>, contrats d'accès au réseau<sup>50</sup>, contrats de vente en ligne, contrats sur les biens informationnels (journaux, musiques, logiciels...), contrats d'assurance et de crédit ou encore contrats de prestation de service de culture, de tourisme, d'enseignement, de recherche ou de loisirs. Outre la multitude de ces contrats électroniques, dont la liste est loin d'être exhaustive, on voit se développer de nouvelles pratiques contractuelles comme par exemple le retour de services

---

<sup>46</sup> ITEANU (O.), *Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique*, Eyrolles, 1996.

<sup>47</sup> Préc.

<sup>48</sup> VIVANT (M.), *Les contrats du commerce électronique*, Litec, 1999.

<sup>49</sup> Il s'agit d'un contrat d'entreprise, qui confère une assistance téléphonique fournie par un tiers intervenant auprès des clients pour le compte d'une entreprise.

<sup>50</sup> L'objet de ces contrats est de définir les conditions dans lesquelles un utilisateur/abonné, moyennant le paiement d'un abonnement, accède au réseau Internet ainsi qu'à un service en ligne.

Voir ex. de Club internet et de Wanadoo, in DEPREZ (P.), FAUCHOUX (V.), *Les contrats de l'internet et du multimédia*, éd. Dixit, 2000, p. 15 s.

gratuits, tels que l'échanges de fichiers et de logiciel ou le contrat de loto électronique<sup>51</sup>, et la pratique de l'achat groupé qui consiste pour les cyberconsommateurs désirant contracter sur le même site à se regrouper pour espérer obtenir un meilleur prix. Dans l'ensemble, ces contrats électroniques ne sont pas fondamentalement éloignés des contrats spéciaux que l'on connaît. On retrouve des qualifications communes et les régimes juridiques sont en grande partie transposables<sup>52</sup>. La seule spécificité réside dans la manière électronique de contracter. Le contrat électronique n'est donc pas un nouveau contrat *sui generis* mais un nouveau moyen de contracter.

Ces contrats peuvent être conclus entre professionnels, ils appellent alors peu de remarques car les règles du commerce électronique sont pour eux supplétives de volonté, ils peuvent librement décider d'y déroger. En revanche, lorsqu'ils sont conclus avec un cyberconsommateur, la question de leur protection et des règles applicables retrouve toute son acuité.

La formation du contrat peut emprunter la voie de l'internet en tant que support de communication sans que son exécution ne soit concernée par l'électronique. En effet, le paiement pourra intervenir on-line ou off-line, tout comme la livraison du bien pourra se faire on-line, par exemple pour le téléchargement d'un logiciel, ou off-line, par exemple pour la livraison à domicile d'ouvrages ou de courses. Par conséquent, l'exécution du contrat ne gouverne pas la qualification du contrat électronique, seule la formation du contrat électronique importe. C'est une période où il faut savoir anticiper tous les risques que peut entraîner l'exécution du contrat et un stade où la protection du cyberconsommateur doit être la plus accrue.

Pour la formation des contrats, le code civil privilégie les conditions de fond par rapport aux conditions de forme. Il impose pour la validité des conventions les conditions de consentement, de capacité, de cause et d'objet<sup>53</sup>. L'application de ces trois dernières conditions aux contrats électroniques appelle peu de remarque. La capacité est également

<sup>51</sup> Dans le contrat de loto électronique, le cyberconsommateur peut gagner une somme d'argent sans avoir misé. Les responsables de ces sites se rémunèrent grâce à la publicité et les gains sont financés par une assurance. Voir <http://www.Luckysurf.com>.

<sup>52</sup> FAGES (B.), Les contrats spéciaux conclus électroniquement, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 71 et s.

<sup>53</sup> Art. 1108 et 1109 c. civ.

exigée. Elle peut toutefois être plus difficile à vérifier car comme pour la VPC, un incapable peut facilement cacher son état au cocontractant. Mais, il existe des systèmes pour empêcher l'accès de certains sites aux mineurs et des systèmes de certification efficaces. Quant à la cause et à l'objet, ces conditions de fond abstraites ne sont pas affectées par le caractère électronique de la formation du contrat. C'est donc essentiellement le consentement qui est affecté par l'apparition, aux côtés des contrats verbaux et des contrats sur support papier, des contrats électroniques.

Comme le support papier le support électronique est un support matériel car il contient des inscriptions numériques physiques mais c'est un support incorporel car les inscriptions ne sont pas saisissables à mains nues ni même intelligibles sans l'aide d'une machine<sup>54</sup>. La protection du cyberconsommateur au stade de la formation du contrat électronique passe donc essentiellement par la protection de son consentement. Cette protection est traditionnellement assurée par les vices du consentement mais il s'agit d'une méthode curative car elle intervient a posteriori, le consommateur va devoir saisir la justice et prouver l'existence d'un vice du consentement dont les conditions d'admission sont strictes d'où la nécessité d'instaurer une protection a priori pour plus d'efficacité.

Si la théorie générale des contrats et le droit de la consommation, déjà très complets en matière de protection des consommateurs, semblent pouvoir s'appliquer à la formation des contrats électroniques et assurer ainsi la protection du cyberconsommateur, les spécificités de ces contrats ont nécessité l'intervention de règles nouvelles du commerce électronique.

Dès lors il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'on assiste à la naissance d'un droit spécial, qui à terme dérogera à la théorie générale des contrats ou s'il s'agit de l'exercice d'une influence réciproque et enrichissante pour une meilleure protection du cyberconsommateur.

Il semble que c'est vers cette seconde hypothèse que l'on se dirige. En effet, l'esprit audacieux de l'autonomie de la volonté ainsi que la liberté contractuelle doivent inspirer le commerce électronique. Et inversement, le droit des contrats doit s'adapter à internet. Le droit civil n'est pas un droit immuable. Il a évolué avec la société (automobile, contrats en masse, grandes usines, conception nouvelle de la famille...), il en ira de même avec le commerce électronique, qui va amener à repenser certaines institutions à la lumière des nouvelles

---

<sup>54</sup> RAYNOUARD (A.), La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale, th. Paris II, 1998, n° 70.

technologie de l'information, comme le moment de la conclusion du contrat ou l'incorporation des conditions générales dans le contrat. Comme le droit de la consommation qui, par ses innovations en matière de droit des contrats, a fait évoluer le droit civil<sup>55</sup>, le droit du commerce électronique va contribuer à l'évolution du droit civil.

Ce phénomène d'influence réciproque s'observe tout au long de la formation du contrat électronique car on tente d'assurer la protection du cyberconsommateur de la présentation du produit ou du service (1<sup>ère</sup> partie) à la conclusion du contrat électronique (2<sup>ème</sup> partie). Il se retrouve également lorsqu'un litige survient. En effet, on constate un développement du recours aux modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.) qui ont su s'adapter à l'univers électronique (3<sup>ème</sup> partie).

---

<sup>55</sup> CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ., avr.-juin 1994, p. 239.

**PREMIERE PARTIE : LA PRESENTATION  
DU PRODUIT OU DU SERVICE**

Une multitude de produits et de services sont proposés chaque jour sur internet, avec pour seule restriction le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Comme dans le commerce « traditionnel », le meilleur moyen d'attirer le consommateur réside dans des campagnes de publicités adaptées et des offres toujours plus intéressantes. Grâce à internet, la publicité connaît d'ailleurs un nouvel essor et des innovations constantes.

Néanmoins comme dans le commerce « traditionnel », la publicité électronique et l'offre de contracter électronique présentent des dangers car pour attirer les consommateurs ces techniques peuvent contenir de fausses informations ou omettre certains renseignements de façon à induire en erreur le consommateur et ainsi à le pousser à contracter. Conscient de ce danger, le législateur français a mis en place une réglementation relativement complète pour encadrer la publicité et l'offre de contracter, lorsqu'elles s'adressent au consommateur, en mettant un accent particulier sur les informations à fournir.

Ces textes ont une portée générale et ont donc vocation à s'appliquer au commerce électronique. Mais, eu égard aux spécificités techniques d'internet, la question se pose de savoir si ces règles suffiront à assurer au cyberconsommateur le même niveau de protection que pour un simple consommateur ou si les règles propres au commerce électronique viendront compléter voire modifier notre droit en matière de publicité (Chapitre I) et d'offre de contracter (Chapitre II).

# Chapitre I : La publicité électronique

Internet offre de nouvelles potentialités à la publicité électronique et en fait une notion particulière (section I), qui appelle des règles spécifiques (section II) destinées à la protection du cyberconsommateur.

## Section I : La notion de publicité électronique

Aucun texte légal ne donne la définition de la publicité électronique (§1), et le législateur communautaire utilise la notion de « communication commerciale », qui ne permet pas d'en montrer toutes les spécificités (§2).

### §1 : Définition

Le droit français ne contient pas de vraie définition de la publicité, c'est donc la jurisprudence qui a fait œuvre en estimant que « constitue une publicité, tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé »<sup>56</sup>.

En droit communautaire, la directive relative à la publicité trompeuse<sup>57</sup> définit la publicité comme « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ». Ce texte a une portée générale et a donc vocation à s'appliquer a priori à la publicité sur internet.

Mais dans son livre vert de 1996 le législateur communautaire a introduit la notion de « communication commerciale » définie comme « toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques destinées à

<sup>56</sup> Cass. Crim., 12 nov. 1986, Bull. crim., n° 861.

<sup>57</sup> Directive 84/450/CE du Conseil du 10 sept. 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, JOCE n° L 250 du 19/09/84, p. 0017-0020 modifiée par la directive 97/55/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 oct. 1997 afin d'intégrer la publicité comparative, JOCE n° L 290, 23/10/97, p. 0018-0023.

promouvoir des produits et des services ». Ce changement de terme amène à se demander si la publicité s'apparente à une communication commerciale, c'est-à-dire si ces deux termes sont synonymes ou si au contraire il existe une différence.

La directive commerce électronique<sup>58</sup>, qui s'applique aux « services de la société de l'information », reprend la notion de « communication commerciale » qu'elle définit comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou de profession libérale »<sup>59</sup>. Cette définition semble plus large que celle de la publicité. Publicité et communication commerciale ne se confondent pas mais la publicité apparaît comme une forme de communication commerciale. Le projet de LEN<sup>60</sup>, quant à lui, conserve la notion de publicité par voie électronique dans ses articles 10 et 11.

Cette notion plus vaste de communication commerciale a sans doute été retenue en raison du fait qu'elle peut englober toutes les formes de publicité et tenir compte des spécificités de la publicité électronique.

## §2 : Les spécificités de la publicité électronique

La publicité sur internet revêt deux caractéristiques. D'une part elle permet la rémunération des personnes désirant « être sur internet », c'est-à-dire des commerçants voulant proposer leurs produits ou leurs services sur internet, le considérant 29 de la directive commerce électronique précise d'ailleurs que « *les communications commerciales sont essentielles pour le financement des services de la société de l'information et le développement d'une large variété de nouveaux services gratuits* ». D'autre part elle permet un ciblage des destinataires grâce à différentes techniques. Les cybercommerçants ont su exploiter les NTIC pour cibler leurs publicités en fonction des cyberconsommateurs (A) et pour diversifier les formes de publicités (B).

### A. Une relation ciblée avec le cyberconsommateur

---

<sup>58</sup> Préc.

<sup>59</sup> Art. 2-f.

<sup>60</sup> Voir en annexes.

Internet marque l'avènement d'un nouveau marketing « One to One ». Les comportements du cyberconsommateur pourront être suivis en temps réel. Il sera clairement identifié et l'on pourra s'adresser à lui sans être présent physiquement mais en connaissant presque tout de ses goûts et de son profil d'acheteur.

Ce marketing « One to One » profite aussi bien aux cybercommerçants qu'aux cyberconsommateurs. Les cybercommerçants peuvent espérer la conclusion d'un plus grand nombre de contrats tout en diminuant leur budget publicitaire. Le cyberconsommateur peut avoir une relation privilégiée avec le cybercommerçant sans être sûr et sans se sentir obligé de contracter avec lui. Les cyberconsommateurs savent qu'on leur proposera des produits et des services qui leur correspondent, sans qu'ils aient à aller chercher eux-mêmes l'information. Ainsi, les promotions personnalisées sur la toile<sup>61</sup> se développent considérablement grâce à la spécificité de la relation avec le consommateur. Il existe des programmes installés sur le site des vendeurs, qui sont capables d'identifier le cyberconsommateur et d'adapter les offres en fonction de ses caractéristiques. Cela se fait au moyen de critères présélectionnés et d'informations fournies volontairement ou non par le cyberconsommateur, ce que l'on appelle les « cookies ».

Cette relation ciblée avec les cyberconsommateurs n'est pas la seule nouvelle arme commerciale des cybercommerçants, ces derniers utilisent également de nouvelles formes de publicités.

## B. Des formes variées

Des auteurs québécois<sup>62</sup> montrent que le développement du commerce électronique a fait apparaître la notion de souveraineté du consommateur : il s'agit d'une théorie qui appelle la séduction du consommateur par le jeu de l'image ou d'autres incitatifs.

L'image sur internet est primordiale car elle peut être de taille différente, mais surtout être statique ou animée, internet offre de grandes possibilités<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> GALLO (G.), Les promotions sur la toile, Rev. conc. consom., n° 129, sept-oct. 2002, p. 43.

<sup>62</sup> TRUDEL (P.), ABRAN (F.), BENYekhlef (K.), Droit du cyberspace (Université de Montréal), Thémis, 1997.

<sup>63</sup> SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), CERMOLACCE (A.), Image électronique et consommateur, Com. com. électr., févr. 2003, p. 23.

Il existe une multitude de forme de publicités sur internet. La plus connue parce que la plus répandue est l'usage des bandeaux publicitaires, technique marquée par des innovations technologiques permanentes. Pour une présentation plus claire, il est intéressant de reprendre la classification de Monsieur VERBIEST<sup>64</sup>, qui distingue le web, le courrier électronique et les autres espaces d'expression publicitaire.

Le web permet la navigation sur internet par hyperliens. Les hyperliens définis comme un procédé permettant d'accéder aux fonctions ou informations liées à un mot, un groupe de mots ou une image affiché à l'écran en cliquant simplement sur ce mot, ne sont pas en tant que tels des communication commerciales<sup>65</sup> mais permettent de développer sur le web des campagnes de publicités polymorphes et ciblées. Le web comprend principalement des sites, tellement nombreux et variés qu'il est difficile de les classer. Ces derniers contiennent essentiellement des bannières publicitaires.

Le web a ensuite été envahi par les messages interstitiels couramment appelés publicités plein écran. Il s'agit d'annonces publicitaires, qui s'affichent entre deux pages web, ne durent que quelques secondes et occupent l'écran entier, ils apparaissent entre le moment où l'utilisateur effectue une requête et celui où il obtient sa réponse. Comme pour les sites le but est d'inviter le visiteur à cliquer et à visiter le site de l'annonceur.

On trouve aussi le référencement par des outils de recherche tels que les moteurs de recherche<sup>66</sup> qui sont des logiciels d'exploration. Cette technique ne constitue pas en elle-même une communication commerciale mais dès lors que la démarche est effectuée dans un but commercial, industriel, artisanal ou de profession libérale, il s'agit d'une communication commerciale.

Le courrier électronique, autre forme de communication commerciale, est un des lieux privilégiés du ciblage publicitaire. Le droit français distingue les échanges relevant de la communication privée et ceux qui sont diffusés plus largement au public et qui seuls constituent une publicité. La directive commerce électronique ne connaît pas cette distinction.

---

<sup>64</sup> VERBIEST (T.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002, p. 10 et s.

<sup>65</sup> Art. 2-f de la directive commerce électronique.

<sup>66</sup> Par exemple : <http://www.altavista.fr> et <http://www.google.fr>.

En revanche, elle opère une distinction entre les communications commerciales non sollicitées et les autres<sup>67</sup>.

Les autres espaces publicitaires rencontrés sur internet sont les forums de discussion, encore appelés newsgroup ou chats. Un forum est une boîte aux lettres, sur laquelle les utilisateurs envoient des messages qui sont lus par tous ceux qui y accèdent. Les utilisateurs peuvent être connectés en même temps et s'échanger des messages en temps réel. Et des messages commerciaux s'immiscent discrètement dans les discussions échangées.

La publicité électronique comme toute publicité est soumise à un cadre juridique strictement délimité. Diverses législations coexistent pour la réglementer et limiter ses effets indésirables.

## Section II : La réglementation de la publicité électronique

En matière de publicité électronique, les textes de droit commun sur la publicité s'appliquent mais face à certains abus, une réglementation particulière s'est avérée nécessaire sans toutefois être trop contraignante au regard de la liberté d'expression qui a trouvé une nouvelle dimension avec internet. La protection du cyberconsommateur passe donc par l'exigence d'une publicité claire et transparente (§1) et par la lutte contre les publicités non sollicitées (§2).

### §1 : Une publicité claire et transparente

Les règles applicables en l'espèce sont pour l'essentiel issues de règles déjà existantes et de règles de bonne conduite, qui dictent le contenu de la publicité (A). De façon plus originale, en droit français la clarté et la transparence de la publicité passent aussi par l'utilisation de la langue française (B).

#### A. Le contenu de la publicité

---

<sup>67</sup> Voir infra.

La publicité doit tout d'abord être identifiable en tant que telle. Cette obligation existait déjà en droit français à l'article 10 alinéa 2 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1986 et à l'article 14 du décret du 27 mars 1992<sup>68</sup> qui disposent que « tout article de publicité à présentation rédactionnelle doit être précédé de la mention Publicité ou Communiqué ». Le but de cette disposition est de protéger le cyberconsommateur en évitant la confusion avec un message informationnel.

Cette obligation est reprise aux articles 6 et 7 de la directive commerce électronique<sup>69</sup> et constitue une nouveauté en droit communautaire. Ces articles précisent que la publicité doit « être identifiée de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire ».

La directive vise « le destinataire », cette obligation d'identification joue donc au bénéfice des consommateurs mais aussi des professionnels.

Le projet de LSI<sup>70</sup> voulait insérer cette obligation dans le droit français par le biais du Code de la consommation, ce qui est critiquable car au niveau européen cela s'applique aussi aux professionnels.

L'article 6 de la directive commerce électronique prévoit l'identification des offres promotionnelles, lorsqu'elles sont autorisées dans l'Etat membre où le prestataire est établi, ainsi que les conditions pour en bénéficier qui doivent être facilement accessibles et présentées de manière précise et non-équivoque (ce que le droit français ne prévoyait pas expressément), et l'identification des concours et jeux promotionnels et ajoute en plus l'identification de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite.

Pour les sanctions la directive commerce électronique<sup>71</sup> renvoie aux Etats membres. En France, la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 a modifié la loi de 1986 mais n'a pas prévu de sanction spéciale en cas d'omission de l'identification.

Ces obligations d'identification sont indépendantes des autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire et le droit national. Ainsi les règles sur la publicité comparative et sur la publicité mensongère ont vocation à s'appliquer<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> JO 28 mars 1992, p. 4313.

<sup>69</sup> Préc.

<sup>70</sup> Préc.

<sup>71</sup> Art. 20.

<sup>72</sup> Art. 10 du projet de LEN.

La publicité comparative se définit comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ». Elle connaît un nouvel essor car sur internet comparer des marques et des produits est très facile et cela profite aux cyberconsommateurs.

En revanche les règles relatives<sup>73</sup> à la publicité mensongère ont déjà été appliquées dans un arrêt de la CA Paris du 5 avril 1996, SA Olitec c/ Société Novafax International et Société Kortex International<sup>74</sup>, qui a jugé que « Lors de la vente de coffrets fax, modem, Minitel, l'offre de la gratuité de trois mois d'abonnement au réseau internet sans condition, constitue une publicité mensongère dès lors que l'offre est conditionnée par l'envoi d'un chèque couvrant un abonnement de six mois ». Un deuxième exemple est fourni par une offre de « connexion illimitée » faite par des fournisseurs d'accès qui n'avaient pas prévu que certains internautes resteraient connecté en permanence, notamment pour télécharger des fichiers, ce qui a provoqué des engorgements du réseau et des difficultés financières pour les fournisseurs. Ces derniers ont alors unilatéralement décidé de limiter la durée de connexion mais les juges ont qualifié la publicité de mensongère et d'illicite<sup>75</sup>.

La loyauté se traduit par l'application de plusieurs principes, souvent issus d'un phénomène d'autorégulation ou de corégulation. Ainsi, selon plusieurs codes de conduite, dont certains sont spécifiques à la publicité électronique, est déloyale la publicité qui abuse de la confiance du public, exploite le manque d'expérience ou de connaissance du cyberconsommateur, exploite la peur ou la superstition, contient une incitation à la violence ou encourage une discrimination fondée sur la race, la religion ou le sexe<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Articles L. 121-1, L. 121-6, L. 122-1 et L. 122-3 du code de la consommation.

<sup>74</sup> BENSOUSSAN (A.), BREBANT (Y.), Les arrêts tendance de l'internet, Hermès Science Publication, 2000, p. 77.

<sup>75</sup> TGI Nanterre, 20 févr. 2002, UFC Que choisir c/ SNC AOL France.

<sup>76</sup> En particulier : les recommandations du Bureau de vérification de la publicité relative à la publicité électronique ([www.bvp.org](http://www.bvp.org)). Le BVP est l'organisme d'autodiscipline de la publicité en France. Il a pour but de « mener une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine dans l'intérêt des professionnels de la publicité, des consommateurs et du public » ; les « Lignes directrices en matière de publicité et de marketing sur internet » de la Chambre de commerce internationale, 2 avr. 1998 ([www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org)).

Il existe des réglementations plus spécifiques concernant la publicité pour certains produits « sensibles » tels que le tabac, l'alcool, les médicaments et la protection des mineurs qui doit également être prise en compte<sup>77</sup>.

L'exigence de clarté et de transparence trouve une application particulière en droit français avec la loi TOUBON<sup>78</sup> qui impose l'usage de la langue française.

## B. Utilisation de la langue française

La question s'est posée de savoir si la loi TOUBON du 4 août 1994<sup>79</sup> était applicable au réseau internet. La difficulté réside dans le fait que sur internet la langue anglaise domine et la rapidité des échanges pose des difficultés pour la traduction. Mais la question est délicate car la loi française ne peut prétendre régenter tous les réseaux.

La jurisprudence par une interprétation large de l'article 2 de la loi Toubon estime qu'internet doit s'y soumettre<sup>80</sup>. En vertu de cet article, l'emploi de la langue française est rendu obligatoire dans tous les documents destinés à informer l'utilisateur ou le consommateur et toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle. La doctrine<sup>81</sup> a également apporté une réponse affirmative, elle estime que la langue officielle du pays de commercialisation constitue le moyen le plus adéquat pour assurer efficacement la protection du consommateur. La Commission et la CJCE, à l'occasion de plusieurs questions préjudicielles portant sur les clauses linguistiques de certaines directives, ont repris le principe de l'emploi de la langue officielle du pays de commercialisation.

---

<sup>77</sup> Voir VERBIEST (T.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.

<sup>78</sup> Loi n° 94-345 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

<sup>79</sup> Op. cit.

<sup>80</sup> DE CORDOVEZ (M-L.) et LIPOVETSKY (S.), La loi Toubon confrontée aux technologies de l'information, Com. com. électr., juin 2002, chron. 16, p. 19.

<sup>81</sup> En ce sens voir BERNAULT (C.), Directive commerce électronique, les communications commerciales sur internet, in Expertises, juin 2001, p. 220.

La loi française ne doit donc pas jouer de façon systématique dès qu'une publicité est susceptible d'être perçue sur le territoire français. Pour plus de simplicité un auteur<sup>82</sup> préconise l'application du critère de public cible : l'emploi de la langue française ne deviendrait obligatoire que lorsque la publicité aurait la France pour destination.

On peut toutefois se demander si la loi TOUBON ne serait pas incompatible avec l'article 10 de la CEDH qui garantit la liberté d'expression. Rappelons d'ailleurs que l'objet de cette loi est davantage de protéger la langue française que le consommateur. Mais la spécificité du commerce électronique permet le développement du plurilinguisme, qui, tout en étant un atout concurrentiel, permet de répondre à la nécessité de fournir une information claire et loyale au cyberconsommateur.

A côté de ces règles déjà très complètes, les autorités européennes et françaises ont ressenti la nécessité d'encadrer plus particulièrement les communications commerciales non sollicitées, couramment appelées spamming.

## §2 : Les règles particulières du spamming

Le spamming constitue un comportement préjudiciable et donc condamnable (A). La lutte contre le spamming s'est d'abord appuyée sur la théorie générale des contrats, qui s'est vite révélée insuffisante (B), le législateur est donc intervenu mais a lui aussi hésité sur les mesures à prendre (C).

### A. La notion de spamming

Une décision récente<sup>83</sup> a défini le spamming ou la pratique du spam comme l'envoi massif et non sollicité de messages à vocation commerciale. C'est une pratique déloyale, gravement perturbatrice et contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite.

---

<sup>82</sup> DUMESTE (M-H.), Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, Rev. Conc. Consom., n° 101, janv.-févr. 1998, p. 44.

<sup>83</sup> TGI Paris, 15 janv. 2002, D. 2002, AJ, p. 1138, note MANARA (C.).

Plusieurs termes sont utilisés pour décrire ce comportement : multipostage, pourriel<sup>84</sup>, marketing viral, ou encore pollupostage (terme québécois) dont le dénominateur commun se trouve dans les notions d'abus et de nuisance.

Le terme spam est l'acronyme de « Spiced Pork and Meat », qui est un aliment américain vendu en boîte, apparenté au corn beef et réputé pour ses vertus peu diététiques, devenu générique le mot se traduit par mortadelle. Un sketch célèbre des Monty Python<sup>85</sup> y fait référence, les adorateurs du spam qui souhaitent en imposer la consommation au plus grand nombre scandent « spam, spam, spam ».

Un article de presse récent explique comment les spammeurs s'y prennent pour envoyer leurs messages. Leur arsenal très discret est impressionnant tant par sa simplicité que par l'efficacité des diverses astuces électroniques utilisées<sup>86</sup>.

Le spamming est seulement une des formes de publipostage. On trouve aussi le mail bombing, qui est une avalanche d'e-mail, il consiste à envoyer à un internaute un grand nombre de messages électroniques identiques de façon à saturer le serveur de mails, la bande passante du serveur et du destinataire et mettre ce dernier dans l'impossibilité de continuer à utiliser son adresse électronique. Il cause la même nuisance qu'un virus informatique.

La CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) a recueilli de nombreuses plaintes des internautes qui reçoivent ces communications commerciales non sollicitées. Lors de son opération « boîte à spams »<sup>87</sup>, la CNIL a ouvert une adresse électronique destinée à recevoir les messages non sollicités reçus et transmis par les internautes. Elle en a reçu plus de 300 000 en trois mois dont plus de 50 % avaient un caractère pornographique. Ce système est préjudiciable à la protection des données personnelles et fait supporter un coût aux consommateurs qui les reçoivent. En effet, ces pratiques occasionnent des dépenses en terme de temps et d'argent pour la lecture et l'élimination de ces courriers. Le consommateur perd son temps à ouvrir les messages pour en vérifier le contenu et à les supprimer et ce temps de

---

<sup>84</sup> Ce terme fait parti des nouveaux mots de la langue française introduits dans le dictionnaire Larousse 2004. Il s'agit d'une combinaison entre les mots poubelle et courriel

<sup>85</sup> Monty Python's Flying Circus, « The Spam Sketch », BBC television broadcast, 15 décembre 1975

<sup>86</sup> BLACK (J.), L'arsenal discret des pollueurs de mail, Le Monde, 27 juin 2002, p. 23.

<sup>87</sup> ALVERGNAT (C.), Rapport de la CNIL : Opération « boîte à spams » : Les enseignements de la CNIL en matière de communications électroniques non sollicitées, adopté le 24 oct. 2002, disponible sur le site

connexion vient alourdir sa facture d'accès à internet. Par exemple, AOL déclarait en mars 1999 recevoir 1,8 millions de « spams » par jour<sup>88</sup>.

Et aujourd'hui le phénomène ne cesse de prendre de l'ampleur, le spamming n'est plus que commercial, il est aussi politique et religieux.

Soucieux du préjudice causé et de l'image négative pour le commerce électronique, la pratique s'est dans un premier temps tournée vers la théorie générale des contrats, qui ne s'est pas révélée être une arme assez efficace.

## B. Une solution contractuelle insuffisante

### 1) Présentation de la solution contractuelle

Dans deux jugements récents<sup>89</sup> des spammeurs et mail-bombers ont été condamnés à des peines d'emprisonnement sur le fondement des articles 323-1 et suivants du code pénal, qui répriment l'accès ou les atteintes à un système automatisé de données. Mais l'inconvénient de ce fondement pénal réside dans la preuve de l'infraction qui n'est pas toujours facile à rapporter. Des auteurs se sont alors demandé si le droit des contrats combiné avec le droit de la protection des données personnelles n'était pas suffisant pour lutter contre le spamming<sup>90</sup>.

Les cyberconsommateurs sont les principales victimes du spamming mais les fournisseurs d'accès subissent un préjudice beaucoup plus important car le spamming peut causer un engorgement du réseau et une perte de clientèle excédée par la réception de ces messages non sollicités. C'est ce qui a conduit certains fournisseurs d'accès à préciser dans leurs contrats l'interdiction de spammer et à suspendre ou résilier le contrat en cas de spamming.

---

<http://www.cnil.fr>.

<sup>88</sup> En admettant qu'un utilisateur moyen mette dix secondes pour rapatrier ses messages, le coût global pesant sur les abonnés d'AOL peut être évalué à 90 000 francs par jour, à rapprocher des quelques centaines de francs que le spammeur va dépenser pour envoyer ses spams. In ALVERGNAT (C.), Rapport de la CNIL : Le publipostage électronique et la protection des données personnelles, adopté le 14 oct. 1999, p. 6, disponible sur le site <http://www.cnil.fr>.

<sup>89</sup> TGI Lyon, 20 févr. 2001 et TGI Paris, 24 mai 2002.

<sup>90</sup> VARET (V.), Le cadre juridique du spam : état des lieux, Com. com. électr., sept. 2002, chron. 21, p. 14.

Deux arrêts récents et abondamment commentés illustrent cette solution contractuelle. Il s'agit du jugement du TGI de Rochefort-sur-Mer du 28 février 2001<sup>91</sup>, France Télécom Interactive et du jugement du TGI Paris du 15 janvier 2002<sup>92</sup>, impliquant le fournisseur d'accès Libertysurf. Dans les deux espèces les fournisseurs d'accès ont résilié ou suspendu l'exécution du contrat d'accès à internet pour spamming et le spammeur a engagé leur responsabilité contractuelle.

Les juges ont donné raison aux fournisseurs d'accès car les défendeurs ont gravement perturbé les équilibres du réseau et ont violé le contrat d'accès à internet ; les fournisseurs d'accès n'ont fait qu'invoquer une exception d'inexécution. La faute contractuelle réside dans le non respect de la clause du contrat faisant référence à la Nétiquette et aux conditions d'accès à internet. Néanmoins la question de l'acceptation des conditions d'accès à internet n'est pas débattue par les juges. La Nétiquette est un protocole ou ensemble de règles visant à définir les conditions d'une bonne utilisation du réseau. Elle tend à devenir une source du droit à part entière et s'impose grâce à la force du contrat. Selon les termes du jugement elle constitue un usage au sens de l'article 1135 du Code civil. C'est une première reconnaissance du droit de l'autorégulation, qui élabore des codes de conduite que de nombreux sites<sup>93</sup> présentent.

Monsieur GRYNMAUM<sup>94</sup> approuve la sanction qui a un caractère dissuasif mais il critique le fondement de la décision, l'article 1135 du code civil, car il faudrait prouver que les parties y ont adhéré. Selon lui, le juge aurait pu se fonder sur les mises en demeure infructueuses et l'attitude dommageable du contractant, autrement dit sur la responsabilité de droit commun.

Monsieur MANARA quant à lui s'interroge sur l'opportunité pour un fournisseur de suspendre le contrat d'accès à internet. Pour lui, cette mesure qui s'analyse en une exception d'inexécution doit être proportionnée au manquement. En l'espèce la mesure peut paraître disproportionnée car l'utilisateur spammeur se trouve également privé des autres services de son contrat d'accès, à savoir la consultation de son courrier électronique et la navigation sur internet. Néanmoins l'auteur juge que la gravité du préjudice justifiait une telle mesure.

---

<sup>91</sup> TGI de Rochefort-sur-Mer, 28 févr. 2001, Com. com. électr., avr. 2002, comm. 59, note GRYNBAUM (L.) ; Legalis.net ; 2002-3, p. 93, note FOREST (D.), FRIEDMAN (D.), *Le spamming devant les tribunaux, L'e-mail indésirable*.

<sup>92</sup> TGI Paris, 15 janv. 2002, D. 2002, n° 10, p. 1544, note MARINO (L.), *La bonne conduite sur internet : ne pas spammer !* ; D. 2002, AJ, p. 1138, note MANARA (C.) ; Com. com. électr., avr. 2002, comm. 59, note GRYNBAUM (L.) ; Expertises, mai 2002, p. 189, note VARET (V.), *Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif ?* ; Gaz. Pal., 12-13 juill. 2002, p. 46, note MISSE (B.) ; Legalis.net ; 2002-3, p. 93, note FOREST (D.), FRIEDMAN (D.), *Le spamming devant les tribunaux, L'e-mail indésirable*.

<sup>93</sup> Par exemple : <http://www.noos.fr/plus/netiquette.html>.

<sup>94</sup> Op. cit.

La solution contractuelle, qui semble être approuvée par tous, ne permet pourtant pas de lutter efficacement contre le spamming.

## 2) Les faiblesses de la solution contractuelle

Les juges sont normalement les gardiens des droits et des libertés, c'est pourquoi les décisions de certains hébergeurs de suspendre ou de fermer les sites litigieux constituent une justice privée condamnable. Néanmoins, il faut reconnaître que cette technique a l'avantage de la rapidité, il faudrait peut-être prévoir une confirmation a posteriori par un juge.

L'inconvénient majeur de cette technique réside dans son inefficacité dans l'hypothèse où le spammeur dispose de son propre fournisseur d'accès.

Cette solution contractuelle confère au fournisseur un certain pouvoir qui profite à tous les internautes, car en pratique les spammeurs sont souvent de simples particuliers et non des professionnels, le code de la consommation est donc inapplicable. Il sera donc difficile pour un cyberconsommateur victime de pollupostage de se retourner efficacement contre le spammeur.

En réalité la décision des fournisseurs d'accès d'agir directement n'est pas philanthrope mais montre que ces derniers sont souvent inquiétés, et qu'ils veulent éviter de voir ensuite leur responsabilité engagée par les cyberconsommateurs.

Monsieur VARET<sup>95</sup>, qui approuve lui aussi la décision, attend en revanche avec impatience une loi. Il précise toutefois qu'il préférerait qu'on laisse faire l'outil contractuel, l'usage et la jurisprudence pour élaborer une solution équilibrée avant de légiférer. Il serait, selon lui, plus judicieux que la loi vienne consacrer une solution pratique et jurisprudentielle<sup>96</sup>.

## C. La solution législative

Le problème de la lutte contre le spamming rencontré par le législateur a été de choisir entre deux systèmes opposés, celui dit de l'opt-out et celui de l'opt-in (1). Le législateur communautaire (2) puis le législateur français (3), après s'être tourné dans un premier temps

---

<sup>95</sup> Op. cit.

<sup>96</sup> TGI Paris, 15 janv. 2002, Expertises, mai 2002, p. 189, note VARET (V.), *Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif ?*

vers le système l'opt-out, se sont finalement ralliés au système de l'opt-in plus protecteur des cyberconsommateurs.

#### 1) L'opposition entre le système de l'opt-out et de l'opt-in

Le système de l'opt-out pose un principe de liberté du spamming. Il appartient au cyberconsommateur d'effectuer la démarche pour s'opposer aux communications non sollicitées, en s'inscrivant sur un registre prévu à cet effet, à l'image des listes rouges pour le démarchage téléphonique. Les commerçants sont donc plus libres de prospecter.

A l'inverse le système de l'opt-in pose un principe d'interdiction du spamming. L'expression signifie « opter pour » et exige des prospecteurs qu'ils recueillent le consentement du destinataire préalablement à tout envoi, par exemple au moyen d'une case à cocher ou à décocher, ce que préconise la CNIL. Pour cette dernière, dans ce système « la garantie est celle d'une information préalable de la personne concernée, lors de la collecte initiale de ses données, la mettant en mesure de s'opposer dès la collecte et en ligne, par l'apposition d'une case à cocher, à la réception de tout message commercial »<sup>97</sup>. Cette solution est la plus protectrice du cyberconsommateur.

Le système de l'opt-out a été vivement critiqué<sup>98</sup>. D'abord il existe un doute sur le fonctionnement pratique des registres d'opposition, ces derniers ne seront efficaces que s'ils ne sont pas limités à un domaine d'activité ou au territoire d'un Etat et s'il existe un registre centralisé au niveau européen car ce sera difficile pour le commerçant de consulter plusieurs registres. De plus, il convient de souligner le risque d'obsolescence rapide des informations contenues dans ces registres. Les questions relatives à l'organisme chargé de la gestion du registre, aux sanctions de non consultation ou de non respect du choix exprimé n'ont pas de

<sup>97</sup> ALVERGNAT (C.), Rapport de la CNIL : Le publipostage électronique et la protection des données personnelles, adopté le 14 oct. 1999, p. 19, disponible sur le site <http://www.cnil.fr>.

<sup>98</sup> Voir par ex. JULIA-BARDERO (R.), MONTERO (E.) et SALAUN (A.), La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies, in BRUYLANT, Commerce électronique, le temps des certitudes, Bruxelles, 2000.

réponse dans la directive commerce électronique<sup>99</sup> qui renvoie aux Etats membres, ce qui est dommage.

Ensuite, il n'est pas normal que ce soit au cyberconsommateur, c'est-à-dire à la partie faible au contrat de faire la démarche de s'inscrire sur ces registres. La logique consumériste veut que ce soit à la partie forte d'assumer une obligation supplémentaire. En l'occurrence il devrait s'agir d'une obligation de ne pas faire, c'est-à-dire de ne pas spammer sans l'autorisation préalable du cyberconsommateur. Le système de l'opt-out apparaît ici peu propice à une réelle protection du cyberconsommateur alors que le système de l'opt-in permettrait à l'inverse d'éviter ces inconvénients.

Enfin, ce système comporte le risque de détournement des données personnelles. En effet, pour contracter par voie électronique, le cyberconsommateur doit s'identifier et fournir un certain nombre de données personnelles, nécessaires notamment à l'exécution du contrat. Or le cybercommerçant qui recueille ces données peut ensuite les transmettre à d'autres cybercommerçants, qui à leur tour pourront les divulguer. Si cette pratique est courante dans le commerce traditionnel, elle prend ici une ampleur particulière car la publicité électronique est beaucoup plus rapide et moins onéreuse que la publicité traditionnelle. Les cybercommerçants ne vont donc pas se priver de cette possibilité si facile de faire de la publicité.

Malgré ces inconvénients, c'est vers le système d'opt-out que s'est d'abord tourné le droit communautaire.

## 2) Le droit communautaire

L'article 10 de la directive du 20 mai 1997<sup>100</sup> a consacré le système de l'opt-out pour les courriers électroniques mais pas pour les systèmes automatisés d'appel et les télécopieurs. Mais la directive contient une « clause minimale » qui permet aux Etats membres d'édicter des dispositions plus protectrices du consommateur<sup>101</sup>.

La directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications<sup>102</sup> et la

---

<sup>99</sup> Préc.

<sup>100</sup> Préc.

<sup>101</sup> Article 14.

<sup>102</sup> JOCE n° L 024, 30 janv. 1998, p. 0001-0008.

directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs<sup>103</sup> prévoient une alternative pour les Etats membres qui ont le choix entre ces deux systèmes.

L'article 7 de la directive commerce électronique<sup>104</sup> prévoit que « Outre les autres exigences prévues par le droit communautaire, les Etats membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur leur territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire ». En pratique, cette obligation est respectée en indiquant le caractère commercial du courrier dans l'objet même du message<sup>105</sup>. La directive n'impose ni le système de l'opt-in ni celui de l'opt-out mais se contente d'imposer des obligations aux Etats membres qui autorisent le spamming comme la consultation régulière des registres opt-out. Elle fait donc implicitement le choix du système de l'opt-out.

L'objectif principal de la directive est de favoriser le commerce électronique, pourtant en adoptant le système de l'opt-out, qui autorise le spamming, il risque d'y avoir de nombreux internautes mécontents. Néanmoins, les prévisions du bilan entre l'impact de la publicité sur la fréquentation du site et le mécontentement des internautes reste positif alors entre les intérêts économiques et ceux des consommateurs le choix est vite fait.

Néanmoins soucieuse de la protection du cyberconsommateur, la directive commerce électronique prévoit que les communications commerciales non sollicitées ne doivent pas entraîner de frais supplémentaires pour le destinataire<sup>106</sup>, ce qui est incompatible avec l'existence même du spamming et donc en contradiction avec l'article 7 précité.

S'il existe des certitudes, les incertitudes sont donc encore nombreuses<sup>107</sup> et il risque d'y avoir des divergences entre les Etats membres. D'ailleurs la Belgique, qui a l'habitude de transposer

---

<sup>103</sup> Préc.

<sup>104</sup> Préc.

<sup>105</sup> L'utilisateur pourra ainsi configurer son logiciel de messagerie électronique de manière à filtrer les messages à caractère commercial.

<sup>106</sup> Considérant n° 30.

<sup>107</sup> MOLE (A.), LEBON (H.), BENSOUSSAN (A.), Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes, 1<sup>e</sup> partie in Gaz. Pal. 17-18 avr. 2002, p. 29 et 2<sup>e</sup> partie in Gaz. Pal., 12-13 juill. 2002, p. 27.

les directives quasiment sans rien changer, a cette fois prévu dans son projet de loi de transposition l'adoption du système de l'opt-in<sup>108</sup>.

Finalement le législateur européen a entendu les critiques et a imposé le système de l'opt-in dans l'article 13 de la directive 2002/58/CE concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, adoptée en juillet 2002 et qui doit être transposée avant le 31 octobre 2003<sup>109</sup>.

Ce texte impose l'accord préalable des abonnés pour l'utilisation du courrier électronique, c'est-à-dire le système de l'opt-in. Il prévoit néanmoins deux exceptions, la première pour l'achat d'un bien ou d'un service auprès d'un commerçant avec lequel le consommateur a déjà contracté mais à condition que ce dernier ait la possibilité de s'y opposer et la seconde exception concerne la prospection commerciale par téléphone ou par SMS (Short Message System).

Transposant les directives, le droit français a lui aussi adopté le système de l'opt-out mais il s'est ensuite dirigé vers le système de l'opt-in, même si la question de sa mise en œuvre est critiquable.

### 3) Le droit français

L'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001<sup>110</sup> qui transpose avec retard la directive sur les contrats à distance n'a pas eu recours à la clause minimale. Ainsi l'alinéa 2 du nouvel article L. 121-20-5 du code de la consommation consacre le système de l'opt-out pour les communications commerciales non sollicitées<sup>111</sup>.

Le projet de LSI<sup>112</sup> destiné à transposer la directive commerce électronique, confirmait lui aussi le système de l'opt-out.

<sup>108</sup> Com. com. électr., avr. 2002, actu. 64, p. 7.

<sup>109</sup> JOCE 31 juill. 2002, L 201/37.

<sup>110</sup> JO 25 août 2001.

<sup>111</sup> Art. L. 121-20-5, al. 2 : «Lorsqu'elles permettent une communication individuelle, les techniques de communication à distance, autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent (automate d'appel et télécopieur), ne peuvent être utilisées que si le consommateur n'a pas manifesté son opposition ».

<sup>112</sup> Préc.

Ce système devait être abandonné en droit français avec la transposition de la directive de juillet 2002, qui doit intervenir avant le 31 octobre 2003.

Sans attendre, l'article 12 du projet de LEN<sup>113</sup> adopte le système de l'opt-in mais prévoit sous certaines conditions des exceptions, pour la publicité claire et non équivoque comme les offres promotionnelles ou les rabais. Ces exceptions sont critiquables car la différence est difficile à faire, il suffira de faire de l'offre promotionnelle pour ne pas être inquiété par le spamming. Il faut également relever que le projet de LEN utilise le terme de « prospection directe » pour désigner le spamming, ce qui ne reflète pas la réalité.

Le recueil du consentement et le champ d'application de cette nouvelle obligation ne sont pas précisés et risquent de poser des problèmes pratiques. Dans son rapport du 7 décembre 2001 la CNIL a estimé qu'une case à cocher était le mécanisme le plus protecteur mais cela n'empêche pas le spammeur de précocher la case.

Récemment un projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a été déposé<sup>114</sup>. Il s'inscrit dans une vaste réforme de la réglementation applicable aux activités de télécommunications engagée au niveau européen en 1999.

Dans le domaine de la publicité électronique, la théorie générale des contrats parfois insuffisante a du être complétée par les règles du commerce électronique. En revanche, en matière d'offre l'application de la théorie générale des contrats s'impose largement. Les règles du commerce électronique ne sont venues apporter que quelques précisions pour tenir compte du support électronique de l'offre.

---

<sup>113</sup> Voir en annexes.

<sup>114</sup> Doc. AN n° 1055, 31 juill. 2003. Ce projet constitue la deuxième étape du plan Gouvernemental RE/SO 2007 (pour une REpublique numérique dans la SOciété de l'information).

## Chapitre II : L'offre électronique

La théorie générale des contrats a largement influencé le régime de l'offre électronique, de sa notion (section I) à sa durée de validité (section III) en passant par l'obligation précontractuelle d'information (section II). Le droit communautaire est venu compléter le contenu de l'offre, ce qui n'a pas simplifié la lisibilité et l'articulation des nombreux textes.

### Section I : La notion d'offre électronique

La publicité peut dans certaines conditions constituer une offre mais ces deux notions sont en principe distinctes (§1). L'offre électronique est analysée comme une offre de droit commun et plus particulièrement comme une offre de contrat à distance (§2).

#### §1 : La différence avec la publicité électronique

La publicité ne fait qu'informer les clients potentiels sur certaines qualités du produit ou du service mais ne fournit pas forcément tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat.

Selon Monsieur VERBIEST<sup>115</sup>, la publicité représente un stade moins avancé dans le processus menant à la conclusion du contrat. Mais la publicité peut constituer une offre si elle contient tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat. Par contre toute offre est aussi une publicité, c'est-à-dire une communication ayant pour but de promouvoir la vente de produits ou de services. L'enjeu de la distinction réside dans le fait que l'offre est soumise à des contraintes légales plus lourdes, surtout quand l'offre est destinée aux consommateurs.

L'offre peut prendre la forme d'une promotion par le prix, d'une vente jumelée, d'un lot ou cadeau, d'un concours ou autre, qui sont des techniques tendant à attirer les consommateurs sur une offre.

---

<sup>115</sup> VERBIEST (Th.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002, p. 59.

Avec le développement du commerce électronique, on peut se demander si la frontière entre offre et publicité n'est pas en voie de disparition<sup>116</sup>. Seule l'interactivité qui suppose un espace susceptible de recevoir la souscription d'un engagement contractuel est différent d'une publicité et d'une offre. Si l'annonce permet l'acceptation du client, c'est une offre. Quoiqu'il en soit les informations sont soumises au droit de la publicité mensongère sans qu'il y ait à distinguer la publicité de l'offre pour les vitrines virtuelles des commerçants.

En France et en Belgique la déclaration de volonté du prestataire constitue une offre liante alors qu'en Allemagne<sup>117</sup> et au Royaume-Uni<sup>118</sup> cela constitue une simple invitation à offrir.

Aux vus de ces divergences et des lourdes conséquences d'une réforme sur le sujet, la directive commerce électronique a choisi de ne pas se prononcer sur la définition de l'offre et n'a donc pas permis d'harmonisation sur ce point. Cela est regrettable mais non dramatique car le problème du moment de la conclusion du contrat et surtout lié à la preuve et non à la formation du contrat.

C'est donc la conception du droit commun des contrats qui doit être transposée à l'offre électronique.

## §2 : Une offre de contrat à distance

En droit français, le régime de droit commun de l'offre a été transposé à l'offre électronique. Cette offre aussi appelée pollicitation est la proposition ferme de conclure à des conditions déterminées un contrat, de telle sorte que son acceptation suffit à la formation du contrat. Si l'offre ne répond pas à cette définition, il s'agit d'une simple invitation à entrer en pourparlers ou de simples négociations. L'offre peut être expresse ou tacite, elle peut être faite au public ou à une personne déterminée. Or, dans un contexte où internet peut atteindre toute personne sans qu'il y ait vraiment moyen de contrôler le sérieux et la solvabilité de celui qui est en ligne, cela n'est pas sans danger. Il peut donc être tentant de présenter l'offre en ligne non point comme une véritable offre, mais comme une simple proposition ou une simple invitation à entrer en pourparlers. C'est d'ailleurs ainsi que les choses sont analysées pour les

---

<sup>116</sup> ITEANU (O.), Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Eyrolles, 1996.

<sup>117</sup> B.G.B., § 145.

<sup>118</sup> MONTANIER (J-C.) et SAMUEL (G.), Le contrat en droit anglais, PUG, 1999, p. 27 et s.

contrats *intuitu personae*<sup>119</sup>. Dans son contrat type de commerce électronique<sup>120</sup>, la CCIP propose l'insertion d'une clause type précisant qu'il s'agit bien d'une offre pour telle zone géographique et non en dehors de celle-ci. Concrètement, c'est dire que le même message peut être analysé comme une offre pour un territoire donné et comme une simple invitation à entrer en pourparlers pour les autres territoires.

La doctrine était partagée sur la qualification juridique de l'offre sur internet, pour certains il s'agissait d'un démarchage<sup>121</sup> et pour d'autres d'une vente à distance<sup>122</sup>. Les textes sur le démarchage semblent moins contraignants que ceux relatifs à la vente à distance. En effet, comme pour la vente à distance les dispositions sur le démarchage impliquent un certain formalisme mais la disposition majeure, qui réside dans le droit de rétractation de sept jours n'a pas le même impact sur le contrat. Ce délai commence à courir «à compter de la commande» pour le démarchage<sup>123</sup> alors qu'en matière de vente à distance ce délai court à compter de la réception du bien ou à compter de l'acceptation de l'offre pour les services<sup>124</sup>, ce qui fragilise encore plus le contrat mais protège mieux le consommateur.

L'article 2, 1) de la directive sur les contrats à distance a mis fin à la controverse. Cet article dispose qu'il faut entendre par contrat à distance «tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat lui-même». Le contrat électronique entre donc dans cette large définition. La directive du 20 mai 1997, qui aurait du être transposée au plus tard le 4 juin 2000, a été transposée par l'ordonnance du 23 août 2001<sup>125</sup>, plus particulièrement

---

<sup>119</sup> MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Les obligations, Cujas, 10<sup>e</sup> éd. 1999-2000, n° 383.

<sup>120</sup> Voir en annexes.

<sup>121</sup> En ce sens, voir par ex. PIETTE-COUDOL (T.) et BERTRAND (A.), Internet et la loi, Parsi, Dalloz, 1997, p. 191 et SEDALLIAN, Droit de l'internet, Paris, éd. Net press, 1996, p. 197.

<sup>122</sup> En ce sens, voir par ex. BOCHURBERG (L.), Internet et commerce électronique, Encyclopédie Delmas, 1<sup>e</sup> éd., 1999, p. 112 et ITEANU (O.), Internet et le droit, Paris, éd. Eyrolles, 1996, p. 22.

<sup>123</sup> Art. L. 121-25 c.consom.

<sup>124</sup> Art. L. 121-20 c.consom.

<sup>125</sup> C'est la loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 qui a autorisé le Gouvernement à prendre, par ordonnances, les dispositions législatives nécessaires à la transposition de directives, ainsi que les mesures requises pour la mise en œuvre du droit communautaire.

par son chapitre II. Désormais les transactions réalisées par internet relève du régime des contrats à distance<sup>126</sup>.

Il existe des exclusions, notamment pour les services financiers dont la particularité a conduit le législateur européen à adopter une directive spécifique le 23 septembre 2002<sup>127</sup>.

Dans le but de protéger le consentement du cyberconsommateur, le droit des contrats à distance a mis en place une obligation précontractuelle d'information qui se trouve renforcée par les textes en matière de commerce électronique. Or le droit des contrats à distance ne s'applique qu'aux consommateurs alors que la directive commerce électronique s'applique également aux professionnels. L'article 10 relatif aux informations à fournir précise que les informations exigées en plus sont applicables «sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement». Cet article sera transposé par l'article 14 du projet de LEN qui prévoit à cet effet d'insérer un article 1369-3 al. 2 dans le code civil<sup>128</sup>. Dès lors, il convient de se demander non pas de quelle façon opérer le choix entre l'application ou non de ces dispositions, mais comment le professionnel qui contracte avec un autre professionnel par voie électronique est informé de la possibilité de se voir appliquer certaines règles protectrices au même titre qu'un consommateur. Les textes ne prévoient aucune modalité particulière. Or, si les parties n'ont rien prévu, les règles protectrices s'appliquent. Ces dispositions ne sont pas habituelles et un décret d'application pourrait prévoir la présence d'une case à cocher, rappelant au professionnel qu'il se voit appliquer ces règles protectrices et qu'il peut en prendre connaissance par exemple par un lien hypertexte.

## Section II : Une obligation précontractuelle d'information renforcée

Dans la réglementation du droit de la consommation l'information à laquelle le consommateur a droit est implicitement proportionnée. En effet la qualité et la quantité de l'information exigible doivent maintenir un équilibre entre la valeur du bien livré et le coût de l'information. Cela peut être lourd de conséquences pour le commerce électronique car la technologie du

<sup>126</sup> Art. L 121-16 c.consom.

<sup>127</sup> Cons. UE, directive du 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE 9 oct. 2002.

<sup>128</sup> Voir en annexes.

Web est un outil informationnel très puissant et moins cher car il n'y a pas de frais d'édition. Cela explique qu'on puisse exiger du commerçant électronique qu'il améliore sa performance pour l'obligation précontractuelle d'information tant dans son contenu (§1) que dans son exécution (§2).

## §1 : Le contenu de l'obligation précontractuelle d'information

Avant d'évoquer les textes spécifiques, il convient de rappeler un texte général, parfois oublié. Il s'agit de l'article 1602 du code civil au terme duquel le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige. Ce dernier se trouve complété par la bonne foi qui sert à intégrer les contrats dans un système de droits et d'obligations qui ne sont pas exprimés dans le contrat. Ainsi l'article 2 §2, d) de la directive du 25 mai 1999 sur la vente<sup>129</sup> intègre la publicité dans les contrats, le consommateur peut désormais exiger que le bien acheté *« présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage »*. Cette règle peut être lourde de conséquences pour le commerce électronique car tout ce qui apparaît sur la page d'un site Web du vendeur peut s'incorporer au contrat. Ainsi toute information pouvant être considérée comme acceptée par l'acheteur s'incorpore au contrat. Tout le reste joue le rôle de la publicité et oblige le vendeur mais n'engage pas l'acheteur. Voici une belle application de la théorie générale du contrat qui oblige le commerçant électronique à faire très attention, par exemple à la façon dont sont placées les conditions générales du contrat ou la description des produits à vendre.

A côté du droit commun de la vente sont venus s'ajouter des dispositions spéciales qui se conjuguent avec les dispositions générales pour assurer une meilleure protection du cyberconsommateur. Les contrats électroniques se voient appliquer le régime des contrats à distance qui impose la présence de nombreuses informations dans l'offre mais il était prévisible que ce formalisme informationnel s'étende car le législateur intervient au coup par

coup des situations d'inégalité. Or le contrat électronique conclu avec un cyberconsommateur peut être source d'inégalité. D'ailleurs, le CNC (Conseil National de la Consommation)<sup>130</sup> a rendu un avis le 21 février 1997 sur l'offre d'accès à Internet, dans lequel il souligne le caractère trop souvent succinct des informations sur la qualité des services et les tarifs, qui doivent être renforcées. Il préconise notamment que les fournisseurs garantissent une qualité de service sur les lignes, que l'identification du fournisseur figure sur toutes les offres, que le consommateur bénéficie d'une information complète sur le coût de la connexion (frais de mise en service, frais d'abonnement, coût horaire, services annexes) ainsi que sur les logiciels fournis, et que les prestataires proposant un tarif à la durée fournissent un compteur temps. Il juge également opportun de promouvoir l'ensemble des initiatives visant à une meilleure information des consommateurs<sup>131</sup>.

La directive commerce électronique est venue compléter la liste des informations précontractuelles que doit impérativement contenir l'offre et prévoit que les informations requises ne portent pas préjudices aux « autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire ». L'articulation de ces textes s'avère pour le moins délicate.

De plus la directive a un champ d'application beaucoup plus large car elle s'applique aussi aux professionnels. Cela peut s'expliquer par le fait que sur internet la distinction entre professionnel et consommateur a quelque chose d'artificiel car l'acheteur dispose moins facilement de la possibilité d'avoir une discussion et de négocier avec le vendeur comme dans le commerce traditionnel. Toutefois, les professionnels qui contractent entre eux peuvent choisir d'y déroger.

Afin de présenter le plus clairement possible l'ensemble des informations précontractuelles requises, il convient d'en faire une synthèse et de distinguer les informations relatives au vendeur ou au prestataire de service, les informations sur le produit ou le service et sur son prix et les informations sur la commande.

Concernant tout d'abord les informations relatives au vendeur ou au prestataire de service, le droit de la consommation, la directive commerce électronique et la directive services

---

<sup>130</sup> C'est un organisme consultatif placé auprès du ministre chargé de la consommation, il regroupe paritairement l'ensemble des associations de consommateurs agréées et les représentants des activités économiques

<sup>131</sup> Ex : comme le 36.14 sur Minitel, la DGCCRF devra ouvrir un serveur sur internet dédié à cette information.

financiers à distance prévoient tous une identification précise composée de son identité, ses adresses physique et électronique, son numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou à un autre registre ainsi que les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente. Le contrat type de commerce électronique<sup>132</sup> prévoyait déjà la mention de ces informations dans l'offre et le projet de LEN reprend cette exigence dans son article 9<sup>133</sup>.

Les informations sur le produit ou le service et sur son prix sont issues du droit de la consommation<sup>134</sup> qui a été complété par la directive sur les services financiers à distance<sup>135</sup>.

Ces informations sont relatives aux caractéristiques du produit ou du service, aux conditions de vente, à la durée de l'offre et du contrat, à la limitation éventuelle de la responsabilité, à l'existence ou non d'un droit de rétractation<sup>136</sup> et aux modalités de son exercice et aux risques de certains produits financiers.

Quant au prix, il doit être indiqué TTC et être accompagné de la mention des autres frais et taxes et en cas de variation du prix entre l'information et la conclusion du contrat, la directive sur les services financiers à distance précise qu'il faut mentionner les éléments permettant au consommateur de vérifier le prix.

Ces informations précontractuelles sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service et sur le prix figuraient déjà en bonne place dans le contrat type de commerce électronique<sup>137</sup>.

Enfin, la directive commerce électronique a introduit les informations précontractuelles sur le processus de commande<sup>138</sup>. L'offre doit désormais indiquer les différentes étapes à suivre pour la conclusion du contrat électronique.

Ajoutons enfin que les contrats électroniques sont naturellement soumis au respect des règles concernant la prohibition des clauses abusives. Une clause par laquelle un professionnel se dégagerait de son obligation précontractuelle d'information pourrait être reconnue abusive.

---

<sup>132</sup> Voir en annexes.

<sup>133</sup> Voir en annexes.

<sup>134</sup> Art. L. 111-1 et L. 113-3 c.consom.

<sup>135</sup> Préc.

<sup>136</sup> Voir infra.

<sup>137</sup> Voir en annexes.

<sup>138</sup> Art. 10.

Une décision récente<sup>139</sup> illustre la présence de telles clauses abusives dans les contrats électroniques. En l'espèce, une association de consommateurs agréée demandait que soit déclaré abusif un certain nombre de clauses figurant dans les conditions générales de vente d'un important site web. Le tribunal a fait droit à la demande pour les clauses par lesquelles le professionnel s'autorisait à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée, à s'affranchir de son obligation pré-contractuelle d'information, à ne fixer qu'un délai indicatif de livraison, à restreindre la faculté du consommateur de se rétracter, de vérifier la conformité du produit commandé, ou d'obtenir droit à réparation en cas de retard de livraison.

## §2 : Exécution de l'obligation précontractuelle d'information

La présentation de l'exécution de cette obligation n'est pas aisée en raison du peu de précision des textes (A) si ce n'est l'obligation de confirmer ces informations (B).

### A. Un manque de précision regrettable

Le directive commerce électronique précise seulement que ces informations doivent être fournies « de manière claire, compréhensible et non équivoque »<sup>140</sup> et que pour l'identification de l'auteur de l'offre il faut un « accès facile, direct et permanent »<sup>141</sup>. Le projet de LEN<sup>142</sup>, contrairement à la directive commerce électronique ne précise pas comment doivent être fournies les informations, ce qui est regrettable.

L'article 9 du projet initial de LEN<sup>143</sup> prévoyait une nouveauté, à savoir que l'information figure sur la page d'accueil et sur chaque page visionnée par le client à partir du moment où il commence la transaction. Toutefois, l'emploi de ce terme « transaction » est ambigu car l'information est obligatoire même s'il n'y a pas de transaction. De plus cette disposition

---

<sup>139</sup> TGI Paris, 4 févr. 2003, D. 2003, p. 762, obs. MANARA (C.).

<sup>140</sup> Art. 10.

<sup>141</sup> Art. 5.

<sup>142</sup> Voir en annexes.

<sup>143</sup> MER (F.), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. AN, n° 528, 21 janv. 2003.

n'était pas prévue par la directive et représentait une obligation lourde pour les professionnels. C'est pourquoi l'Assemblée nationale puis le Sénat n'ont pas repris cette disposition<sup>144</sup>.

Ces informations doivent également tenir compte des principes de la protection des mineurs. Par exemple dans le contrat d'accès à internet le fournisseur doit s'identifier clairement et il en va de même pour le cyberconsommateur. Il doit donner son nom et ses coordonnées physiques et électroniques. Le problème est qu'il n'y a aucune fiabilité à 100% car il est facile d'usurper une identité comme pour la VPC. La difficulté se pose en des termes plus graves quand on touche à la protection des mineurs, les entreprises qui vendent à distance des produits interdits aux mineurs, comme le matériel à caractère pornographique, doivent donc assurer strictement le contrôle de l'âge du client.

Quant au moment auquel il faut délivrer ces informations la directive commerce électronique précise qu'elles doivent être fournies avant la passation de la commande<sup>145</sup> tout comme celle relative aux services financiers à distance qui précise que ces informations doivent être transmises « en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance »<sup>146</sup>. La directive sur les contrats à distance précise quant à elle qu'elles doivent être accessibles « au plus tard lors de l'offre ». L'ordonnance du 23 août 2001 moins précise prévoit simplement que l'offre « doit comporter » ces informations, ce qui signifie qu'elles doivent être fournies au plus tard lors de l'offre.

Concernant la langue à utiliser la directive commerce électronique se contente d'indiquer que les langues proposées pour la conclusion du contrat doivent figurer parmi les informations requises<sup>147</sup>. La directive relative aux services financiers à distance précise que les langues utilisées doivent être celles employées dans le cadre des relations avec le consommateur. Le droit français quant à lui pourra se voir appliquer la loi TOUBON<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Voir en annexes.

<sup>145</sup> Art. 10. 1.

<sup>146</sup> Art. 4, f. 1.

<sup>147</sup> Cela est repris par l'article 14 du projet de LEN.

<sup>148</sup> Voir supra.

Une autre lacune importante est relative aux modalités de l'acceptation des conditions générales de vente du professionnel<sup>149</sup>, ce qui est regrettable car la conclusion du contrat n'implique pas forcément que le cyberconsommateur ait accepté ces conditions contractuelles. S'il ne le fait pas, peut-on déduire de sa passivité qu'il entend s'y soumettre ? Le professionnel est-il en droit de préciser sur la commande que le client est réputé avoir accepté ses conditions contractuelles ? On peut être tenté de déclarer ces conditions inopposables au cyberconsommateur en se fondant sur un courant de jurisprudence selon lequel le client n'est pas tenu par les clauses figurant dans le contrat mais difficilement lisibles ou qui figurent au verso du contrat<sup>150</sup>. La directive commerce électronique se contente de préciser que le professionnel doit mettre le client en état de conserver et reproduire les conditions contractuelles qui lui sont proposées<sup>151</sup>. Mais au préalable encore faut-il se demander dans quelle mesure elles lui sont opposables. Une solution pourrait consister pour le professionnel à préciser l'existence de ces conditions sur la commande et à en permettre la consultation par le biais d'un lien hypertexte<sup>152</sup>. Est-ce qu'un lien hypertexte est assez transparent et offre une garantie suffisante ? Ce sera à la jurisprudence de le déterminer.

Enfin, aucune sanction civile n'est formellement prévue en cas d'omission de tout ou partie de ces informations. Il est juste indiqué qu'il appartient aux agents de la DGCCRF de constater et de poursuivre ces violations.

On peut toutefois souligner que le cyberconsommateur pourra se référer au droit commun des contrats. On pense tout d'abord aux vices du consentement et plus particulièrement à l'erreur ou au dol, qui peuvent entraîner la nullité du contrat. Si l'information omise porte sur une qualité substantielle de l'une des prestations, au sens de l'article 1110 du code civil, le contrat électronique peut être annulé pour erreur. Si en revanche l'information a été omise dans le but d'inciter le cyberconsommateur à contracter, ce dernier pourra se fonder sur la réticence dolosive<sup>153</sup>. Le cyberconsommateur peut encore démontrer que cette violation de l'obligation précontractuelle d'information est constitutive d'une faute délictuelle et demander des

---

<sup>149</sup> Par ex. voir Contrat de fourniture d'accès, Conditions générales d'utilisation (CGU) de AOL, in BOCHURBERG (L.), Internet et commerce électronique, Encyclopédie Delmas, 1<sup>e</sup> éd., 1999, p. 246.

<sup>150</sup> Voir par ex. Cass. 1<sup>e</sup> civ., 3 mai 1979, D. 1980. IR. 262, obs. GHESTIN (J.).

<sup>151</sup> Art. 10. 3.

<sup>152</sup> HUET (J.), La problématique juridique du commerce électronique, in Le droit des affaires au XXI<sup>e</sup> siècle, R.J.Com, 2001, n<sup>o</sup> spécial janv., p. 17, (colloque de Deauville 27-28 juin 2000).

<sup>153</sup> Art. 1109 c. civ.

dommages intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Enfin, le cyberconsommateur peut mettre en œuvre la garantie des vices cachés<sup>154</sup> ou la garantie d'éviction<sup>155</sup>, à condition d'apporter la preuve que la violation de l'obligation d'information précontractuelle soit à l'origine d'un vice caché ou d'une éviction.

Si les importantes lacunes concernant l'exécution de l'obligation précontractuelle d'information devaient être soulignées, il faut également envisager l'obligation de confirmer ces informations qui vient renforcer l'obligation précontractuelle d'information pour une meilleure protection du cyberconsommateur.

#### B. La confirmation de l'information

L'obligation précontractuelle d'information est un système à double détente car les informations doivent être fournies au préalable puis être confirmées « en temps utile », c'est-à-dire dans un délai raisonnable et au plus tard lors de la livraison. Cela signifie que les informations peuvent être confirmées après la conclusion, alors que la logique consumériste devrait pousser à l'option inverse. Cette confirmation a été instituée par la directive sur les ventes à distance en vue d'éclairer le consentement du consommateur. Le contrat électronique étant assimilé à un contrat à distance<sup>156</sup>, cette confirmation lui est applicable.

Cette confirmation des informations doit être faite « par écrit » et « sur un support durable », qui doit garantir la stabilité, la lisibilité et l'inaltérabilité du contenu. Cet écrit, qui est exigé, non à titre de validité, mais à titre de preuve de l'obligation précontractuelle d'information, peut être un écrit papier ou un écrit électronique puisque la directive vise au côté de l'écrit tout autre support durable<sup>157</sup>. Le contrat type de commerce électronique<sup>158</sup> a d'ailleurs opté pour une confirmation par voie de courrier électronique, « en tant qu'elle est le mieux adaptée au commerce électronique ». En pratique, on pourra aussi utiliser les disquettes informatiques, les CD-Rom, les DVD ou encore le disque dur de l'ordinateur du cyberconsommateur<sup>159</sup>. La

---

<sup>154</sup> Art. 1641 c. civ.

<sup>155</sup> Art. 1626 c. civ.

<sup>156</sup> Voir supra.

<sup>157</sup> Cet écrit électronique devra satisfaire aux conditions posées par la loi du 13 mars 2000 et intégrées à l'article 1316-1 du code civil.

<sup>158</sup> Voir en annexes.

<sup>159</sup> Considérant 20 de la directive commerce électronique.

confirmation sur écran, courante en pratique, est exclue en raison de l'instabilité de ce support car les messages sont susceptibles d'être modifiés par le professionnel.

Comme pour l'obligation précontractuelle d'information, la seule sanction prévue en cas de non confirmation de ces informations est la constatation et la poursuite de l'infraction par les agents de la DGCCRF, sans détails sur la nature et les modalités de cette sanction. Le cyberconsommateur pourra encore se tourner vers le droit commun des contrats. Cependant, les règles concernant le droit de rétractation<sup>160</sup> prévoient qu'en cas de défaut de confirmation de ces informations, le délai de rétractation est porté de sept jours à trois mois.

L'offre électronique, acte unilatéral et initiateur potentiel d'un contrat électronique, est de plus en plus encadrée pour assurer la protection du consentement du cyberconsommateur. Malgré des lacunes notables, le contenu de l'offre en ligne est déterminé et imposé. A cela s'ajoute pour l'offrant une obligation de maintenir son offre durant un délai raisonnable.

### Section III : La durée de validité de l'offre électronique

En droit commun l'offre peut comporter un délai durant lequel elle sera maintenue mais elle peut aussi être stipulée sans délai. Dans ce cas, la jurisprudence retient que l'offre doit être maintenue durant un délai raisonnable, afin que le destinataire puisse l'examiner. Ce délai raisonnable est déterminé au cas par cas par la jurisprudence<sup>161</sup>.

Le droit de la consommation oblige les professionnels à préciser la durée de validité de leur offre<sup>162</sup>. Or, dans le domaine du commerce électronique, le caractère mouvant et rapide du net doit être pris en compte. Le projet de LSI<sup>163</sup> voulait insérer un article 1369-3 dans le code civil qui précisait que « l'auteur de l'offre est tenu par cette proposition tant qu'elle reste accessible par voie électronique ». Cette disposition, qui a été reprise par le projet initial de LEN<sup>164</sup>, entraîne une discrimination par rapport à l'offre papier car seul le cyber-vendeur serait tenu

---

<sup>160</sup> Voir infra.

<sup>161</sup> Ex. : Cass. 3<sup>e</sup> civ. 21 oct. 1975, Bull. III, n° 302.

<sup>162</sup> Art. L. 121-8 c.consom. issu de l'ord. n° 2001-741 du 23 août 2001, JO 25 août 2001, p. 13645.

<sup>163</sup> Préc.

<sup>164</sup> MER (F.), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. AN, n° 528, 21 janv. 2003.

indéfiniment, ce qui est peu opportun. En effet, sur internet, en raison des techniques, une offre supprimée peut survivre à l'insu de son auteur. L'Assemblée nationale a mis fin à cette difficulté en ajoutant l'expression « de son fait », ce qui a été confirmé par le Sénat<sup>165</sup>. L'auteur de l'offre ne sera donc pas tenu après avoir supprimé son offre si celle-ci se trouve encore sur internet. Il sera tenu par son offre tant qu'elle reste accessible sur internet de son propre fait<sup>166</sup>.

Le contrat type proposé par la CCIP incite à prévoir un délai et estime que « compte tenu de la spécificité de l'offre en ligne, il est recommandé de veiller à la retirer lorsqu'elle n'est plus valable ou que les stocks sont épuisés »<sup>167</sup>. Cette dernière précision sur l'épuisement des stocks n'est pas suffisamment informative pour le cyberconsommateur car celui-ci ne peut connaître l'état des stocks et n'est donc pas en mesure d'apprécier la durée de validité de l'offre, à moins que l'offrant fournisse une indication sur l'état des stocks.

---

<sup>165</sup> Voir en annexes.

<sup>166</sup> Art. 14 qui prévoit d'insérer un article 1369-1 dans le code civil. Doc. AN n° 89.

<sup>167</sup> Voir en annexes.

La première étape de la formation du contrat électronique, que constitue la présentation du produit ou du service est fortement influencée par le droit commun des contrats. Le cyberconsommateur est invité à consommer par une publicité électronique et /ou une offre électronique, qui hormis leur support électronique ne sont guère différentes de la publicité et de l'offre rencontrées dans le commerce traditionnel, ce qui explique que le droit commun des contrats et ses règles protectrices du consentement du consommateur ont pu facilement trouver à s'appliquer.

A ce stade de la formation du contrat électronique c'est l'information à fournir qui est privilégiée pour assurer un consentement clair et éclairé du cyberconsommateur. Les règles du droit de la consommation déjà très précises en la matière ont été complétées par les règles du commerce électronique, qui sont venues ainsi marquer les spécificités du commerce électronique.

Avec internet de nouvelles techniques publicitaires ont vu le jour, alliant interactivité et diversité pour un moindre coût mais l'une de ces techniques consistant en l'envoi de communications commerciales non sollicitées, appelée spamming, a nécessité l'intervention de règles particulières qui ont évoluées vers plus de protection du cyberconsommateur, tout envoi nécessite désormais une autorisation préalable du cyberconsommateur, il s'agit du système de l'opt-in.

Concernant l'offre électronique, on regrette que le législateur n'ait pas profité de son intervention pour donner plus de précisions sur les modalités d'exécution de l'obligation précontractuelle d'information, qui faisaient déjà défaut.

Ainsi la présentation du produit ou du service dans le contrat électronique obéit au droit commun des contrats auquel sont venues s'ajouter quelques règles spécifiques du commerce électronique pour tenir compte de la spécificité de ces contrats sans modifier le droit commun des contrats. Cette influence est inversée au stade de la conclusion du contrat électronique pour lequel les règles du commerce électronique ont contraint le droit commun des contrats à s'adapter.

DEUXIEME PARTIE : LA CONCLUSION  
DU CONTRAT ELECTRONIQUE

Le législateur de 1804 n'a envisagé le consentement que sous l'angle des vices du consentement<sup>168</sup> sans définir la notion et sans préciser les formes dans lesquelles celui-ci doit être exprimé. L'échange des consentements correspond en droit français à la rencontre des volontés qui fait naître une volonté nouvelle, celle de réaliser une opération commune, qui est l'objet du contrat<sup>169</sup>.

Ainsi, c'est la rencontre des volontés qui crée, en principe, le contrat, c'est elle qui détermine donc le moment de la conclusion du contrat. Or, une volonté n'a rien de concret, ce qui importe, c'est sa manifestation.

Le consentement ne pourra en effet donner naissance au contrat que s'il est extériorisé, de telle sorte que l'autre partie puisse en prendre connaissance. Quand le contrat est conclu en présence des parties par des paroles, un écrit ou un geste, la rencontre des volontés est facilement identifiable. Or ce n'est pas le cas du contrat électronique et c'est justement parce que le contrat a un support électronique et se forme sans la présence physique des parties, qu'il suscite le plus d'interrogations.

En matière de conclusion du contrat électronique, le droit commun des contrats s'est avéré inadapté et en contradiction avec le développement du commerce électronique. En effet, le moment de la conclusion du contrat électronique ne peut se déterminer par la simple acceptation de l'offre sans autre formalité (chapitre I) et à l'inverse le formalisme exigé pour la conclusion de certains contrats est désormais contraire à la directive commerce électronique (chapitre II).

---

<sup>168</sup> Art. 1109 à 1118 c.civ.

<sup>169</sup> ROUHETTE (G.), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, 1965, n° 98 et s.

# Chapitre I : Le moment de la conclusion du contrat électronique

Dès les premiers contrats électroniques conclus sur internet, les associations de consommateurs se sont érigées contre le danger du simple « clic » qui engage le cyberconsommateur. Face à l'insuffisance du droit commun des contrats pour protéger efficacement le consentement du cyberconsommateur<sup>170</sup>, le législateur s'est penché sur la manière de déterminer le moment de la conclusion du contrat électronique (section I) et a finalement opté pour le système du « double clic » (section II). Néanmoins, le droit de rétractation du droit commun des contrats a trouvé avec le contrat électronique un nouveau domaine d'application (section III).

## Section I : Détermination du moment de la conclusion du contrat électronique

Si la détermination du moment de la conclusion du contrat électronique a retenu l'attention du législateur, c'est en raison des enjeux (§1) et du fait que le contrat électronique est un contrat entre absents pour lequel le droit commun s'est révélé inadapté ou plutôt insuffisant à la protection du cyberconsommateur (§2).

### §1 : Les enjeux

Il est important de déterminer le moment exact de la conclusion du contrat car cela entraîne des effets juridiques importants. L'acceptation de l'offre vaut en principe formation du contrat. L'article 9 de la directive de 1997 sur les contrats à distance<sup>171</sup> interdit d'ailleurs la

---

<sup>170</sup> ZOIA (M.), La notion de consentement à l'épreuve de l'informatique, 1<sup>e</sup> partie, Gaz. Pal., 15-17 juill. 2001, p. 16 et 2<sup>e</sup> partie, Gaz. Pal., 14-16 oct. 2001, p. 14.

<sup>171</sup> Aujourd'hui inséré à l'art. L 122-3 c.consom.

fourniture de bien ou de service sans commande préalable lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement. A compter de la conclusion du contrat, l'offre et l'acceptation ne sont en principe plus révocables. Le transfert de propriété d'un bien qui s'accompagne du transfert des risques, notamment le risque de perte, se réalise au moment de la conclusion du contrat et de nombreux délais tels que les délais de garanties, de prescription, ou encore le délai de rétractation commencent à courir à compter de la conclusion du contrat.

De plus on observe une dépersonnalisation de l'acte de volonté, lorsque l'offre est générée automatiquement par une machine. La principale difficulté réside dans le fait de savoir quelle valeur donner à une impulsion électronique, c'est-à-dire un simple « clic ». « Cliquer est-ce contracter ? ». Le principe d'autonomie de la volonté qui gouverne notre droit des contrats invite à répondre par l'affirmative. D'ailleurs un geste qui consiste à hélér un taxi, peut parfaitement faire naître un contrat. Mais pour les associations de consommateurs et la majorité de la doctrine, un simple « clic » ne signifie rien et peut être dénié par le cyberconsommateur qui pourra facilement prétendre avoir cliqué par erreur sans vouloir manifester sa volonté de contracter. Mais, selon Monsieur RAYNOUARD<sup>172</sup>, le cyberconsommateur ne pourra pas invoquer l'erreur vice de consentement car dans cette hypothèse, ce n'est pas la validité du contrat qui est en cause mais son existence. Ainsi, la charge de la preuve incombe à celui qui invoque l'existence du consentement, c'est-à-dire au cybercommerçant, la partie forte et non au cyberconsommateur, la partie faible. En apparence, cela est favorable au cyberconsommateur mais cela ne résout pas le problème de la valeur conférée à un simple « clic ». En effet, si l'on admet qu'un simple « clic » suffit à manifester le consentement, l'efficacité de la protection du cyberconsommateur s'en trouve diminuée. A l'inverse, admettre un formalisme trop important, tel qu'une confirmation par écrit papier de l'acceptation, revient à nier l'existence de ce nouveau moyen de contracter que constitue la voie électronique. Il convient donc de trouver un juste milieu.

---

<sup>172</sup> RAYNOUARD (A.), La formation du contrat électronique, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 15 et s.

Renonçant à un formalisme trop lourd et face à l'incompatibilité des systèmes européens quant à la qualification de l'offre<sup>173</sup>, l'article 11 de la directive commerce électronique<sup>174</sup> laisse finalement aux Etats membres le choix du moment de la conclusion du contrat électronique. Dans le silence des textes, c'est une fois de plus vers la théorie générale des contrats qu'il faut se tourner et plus spécialement vers le droit des contrats entre absents car le contrat électronique, dont la conclusion intervient sans la présence physique des parties est un contrat entre absents.

## §2 : Insuffisance du droit commun des contrats

Le contrat se forme en principe lors de la rencontre des volontés, c'est-à-dire pour les contrats entre absents lors de l'acceptation de l'offre. L'acceptation est l'expression de l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions fixées par l'offrant.

Pour déterminer le moment de la conclusion des contrats entre absents, deux théories ont été présentées par la doctrine classique, celle de l'émission de l'acceptation et celle de la réception de l'acceptation.

Selon la théorie de l'émission, le contrat est formé dès que l'acceptation a été expédiée par l'acceptant, on ne peut exiger aucune condition supplémentaire. Dès cet envoi, l'offre et l'acceptation sont irrévocables.

En revanche, selon la théorie de la réception, le contrat est formé seulement lorsque le pollicitant ou l'offrant a reçu l'acceptation émise par l'acceptant, c'est-à-dire dès qu'il a eu la possibilité d'en prendre connaissance. Jusqu'à l'arrivée de l'acceptation, il n'y a pas formation du contrat donc l'offre peut être révoquée et l'acceptation demeure rétractable. Cette théorie est moins favorable au consommateur car la conclusion du contrat dépend de la partie forte.

En l'absence de texte de droit positif, c'est la jurisprudence qui a tranché, elle a consacré la théorie de l'émission de l'acceptation<sup>175</sup>.

C'est donc cette théorie qui devrait naturellement s'appliquer aux contrats électroniques. Pourtant, eu égard aux enjeux de la conclusion du contrat électronique et à la protection du

---

<sup>173</sup> Voir supra.

<sup>174</sup> Préc.

<sup>175</sup> Cass. Req. 21 mars 1932, D.P. 1933, I, 65 ; Cass. Com. 7 janv. 1981, Bull. IV, n° 14 (arrêt de principe).

cyberconsommateur, cette théorie de l'émission apparaît insuffisante car elle permet la conclusion du contrat électronique par un simple « clic ».

L'article 11 de la directive commerce électronique<sup>176</sup> s'intitule « passation de commande » et contient des dispositions techniques qui ne disent rien sur le moment de la conclusion du contrat. Ce texte prévoit seulement que le prestataire doit accuser réception de la commande, la directive semble donc obéir à la théorie de la réception, moins protectrice du consommateur, et que la commande et l'accusé réception sont présumés reçus dès que le destinataire peut y avoir accès. Or, l'utilité de ces précisions ne concerne que la preuve et non le fond. De plus, la formule « passation de commande » est peu explicite. Faut-il l'assimiler à la conclusion du contrat ou est-ce simplement une étape dans la formation du contrat ? La référence à l'esprit de la directive commerce électronique invite à penser que la passation d'une commande correspond à la conclusion du contrat. De plus l'article 11 de la proposition initiale de directive commerce électronique<sup>177</sup> s'intitulait « moment de conclusion du contrat ». Cet article, qui n'a pas été repris dans le projet définitif, présentait pourtant l'avantage de poser une règle d'harmonisation du moment de la conclusion du contrat électronique. Selon cette règle, le contrat était conclu quand le destinataire du service avait reçu par voie électronique, l'accusé réception de son acceptation et qu'il en avait confirmé la réception.

Cela montre que la question du moment de la conclusion du contrat électronique dépasse la seule question du moment de la rencontre des volontés et tend vers l'admission d'un formalisme de la formation des contrats électroniques.

Le législateur français, privilégiant la protection du cyberconsommateur, a choisi d'imposer plus de formalités que le législateur communautaire pour la conclusion du contrat électronique et a consacré dans son projet de LEN<sup>178</sup> un nouveau système d'acceptation, celui du « double clic ».

## Section II : Consécration du système du « double clic »

---

<sup>176</sup> Préc.

<sup>177</sup> Proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 1999/C/30/04, COM (1998) 586 final – 98/0325 (COD).

<sup>178</sup> Voir en annexes.

Le système du « double clic » est actuellement consacré dans le projet de LEN, or il convient de rappeler que ce dernier est toujours en discussion au Parlement. Par conséquent ce système n'appartient pas encore au droit positif. Ce système réintroduit un formalisme là où le droit commun des contrats l'exclue (§1) et comporte des exceptions notables (§2).

## §1 : Un système formaliste

Le projet de LSI<sup>179</sup> prévoyait l'insertion d'un article 1369-4 dans le code civil, qui disposait que « le contrat se forme par l'émission par l'acceptant de la confirmation de son acceptation ». Cette formule complexe constitue une nouvelle théorie de l'émission, appelée par la pratique système du « double clic ».

Ce système a été repris par le projet de LEN<sup>180</sup> dans des termes plus clairs. L'article 14 du projet prévoit l'insertion dans le code civil d'un article 1369-2 ainsi rédigé :

« Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation.

« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

« La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

Un auteur proposait l'insertion d'un article 1101-2 ou 1108-2 dans le code civil pour le moment de la conclusion des contrats entre absents avec un premier alinéa consacrant la théorie de l'émission pour les contrats entre absents et un second alinéa pour les contrats électroniques reprenant le système du double clic<sup>181</sup>. Le projet de LEN a choisi d'insérer

---

<sup>179</sup> Préc.

<sup>180</sup> Voir en annexes.

<sup>181</sup> GRYNBAUM (L.), *Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique »*, D. 2002, Le point, p. 378.

l'article dans la partie du code civil consacrée à la preuve car ce système est surtout destiné à prouver la conclusion du contrat, ce n'est pas une condition de fond du contrat.

On retrouve une ébauche de ce système original d'acceptation dans le contrat type de commerce électronique<sup>182</sup> qui prévoit que l'acceptation accompagnée de la confirmation de la commande doit être réalisée par « une série de saisies de données sur pages-écran successives. Ces données doivent apparaître sur un écran récapitulatif qui doit comporter un mention explicite de l'engagement ferme du consommateur ». Cette formalité doit être suivie par la confirmation de l'acceptation par le commerçant.

Ce système constitue un formalisme qui peut paraître paradoxal car le propre de l'informatique est d'alléger les formalités. Il entraîne surtout une discrimination par rapport aux contrats papier pour lesquels la théorie générale des contrats prévoit que l'échange des volontés suffit à former le contrat. Cela peut être une source d'insécurité juridique, non souhaitable. Il risque aussi de dissuader le cyberconsommateur de suivre toutes ces étapes et donc de contracter. En effet, beaucoup d'opérations risquent d'être inachevées, moins par volonté délibérée des parties que par incompréhension du système. Il est dès lors permis de s'interroger sur le sort réservé à ces contrats, parfois exécutés en tout ou partie et dont on contestera ensuite la conclusion.

En revanche, l'objectif de protection du consentement du cyberconsommateur est pleinement atteint. Ce système permet au cyberconsommateur de réfléchir et de vérifier les caractéristiques essentielles de la convention avant de donner son acceptation définitive, grâce à un récapitulatif de la commande.

Cependant, le projet de LEN prévoit une exception peu opportune pour les contrats électroniques conclus par courriers électroniques.

## §2 : Une exception critiquable

---

<sup>182</sup> Voir en annexes.

L'article 14 du projet de LEN<sup>183</sup> prévoit l'insertion d'un article 1369-3 dans le code civil comprenant des exceptions au système du « double clic » pour les contrats conclus entre professionnels mais également pour les contrats conclus par courriers électroniques. Le projet prévoit également qu'il sera fait exception à ce système « pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ».

Il s'agit d'une exception à l'exception qui confirme la règle du consensualisme<sup>184</sup>. Néanmoins ces exceptions sont critiquables<sup>185</sup> car le courrier est aussi un moyen de donner son consentement. Il faut espérer que les courriers électroniques ne deviendront pas le mode le plus courant de conclusion des contrats électroniques, auquel cas la protection du consentement du cyberconsommateur se verrait réduite à néant. Le projet est pourtant conforme à la directive commerce électronique, qui prévoit la même exception<sup>186</sup>.

Si le droit commun des contrats a du s'adapter au commerce électronique pour la conclusion des contrats, il a pu à nouveau apporter sa contribution à la protection du cyberconsommateur par l'application du droit de rétractation.

### Section III : Le droit de rétractation

L'application du droit de rétractation aux contrats électroniques se déduit de l'article 10 de la directive commerce électronique<sup>187</sup>, qui renvoie aux autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire. Et il convient de rappeler que la mention de l'existence ou non d'un droit de rétractation et des modalités de son exercice fait partie des informations précontractuelles exigées pour la validité de l'offre électronique<sup>188</sup>. Ce droit de rétractation, issu du droit de la consommation, a récemment vu ses fondements évoluer (§1), sans que cela

---

<sup>183</sup> Voir en annexes.

<sup>184</sup> VERBIEST (T.), *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique*, Com. com. électr., févr. 2003, p. 9.

<sup>185</sup> GRYNBAUM (L.), *Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » : encore un petit effort de rigueur juridique pour un « contrat électronique » fiable*, D. aff. 2003, n° 11, p. 747 ; *Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » : après la société de l'information, retour vers le commerce électronique*, Com. com. électr., avr. 2003, p. 25.

<sup>186</sup> Art. 11. 3.

<sup>187</sup> Préc.

<sup>188</sup> Voir supra.

n'affecte sa mise en œuvre (§2). Mais l'application de ce droit de rétractation aux contrats électroniques amène à s'interroger sur ses conséquences sur la formation du contrat (§3).

## §1 : L'évolution des fondements du droit de rétractation

Le droit français, relayé par le droit communautaire, ont institué un droit de rétractation pour certains contrats de consommation dans le but de protéger le consommateur (A.). Mais l'élargissement récent du champ d'application du droit de rétractation en a modifié le sens (B.).

### A. La protection du consommateur contre le professionnel

C'est le droit français de la consommation qui a institué en premier un délai de rétractation alors appelé droit de retour, pour assurer la protection des consommateurs face à certaines techniques de vente. Ce droit a d'abord été prévu pour le démarchage à domicile<sup>189</sup>, technique de vente jugée particulièrement agressive puis très vite pour le crédit à la consommation et pour les contrats de vente à distance. Ce droit de rétractation permet au consommateur de disposer d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison du bien pour faire retour du produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans avoir à donner de motif et sans pénalité à l'exception des frais de retour<sup>190</sup>.

Le fondement du droit de rétractation réside dans l'idée que le consommateur n'est pas en mesure, au vu d'images ou de descriptions souvent flatteuses, d'apprécier véritablement le produit ou le service avant de se décider et d'exprimer son consentement par l'emploi d'une technique de communication à distance. En outre, tenter d'annuler un contrat par le biais d'une procédure peut dans certains cas être irréaliste, notamment au regard du faible enjeu financier du contrat.

Le droit de rétractation permet au consommateur de revenir facilement sur son engagement, de se repentir. Ce droit est générateur de confiance, indispensable pour le développement du

---

<sup>189</sup> Art. L. 121-25 et L. 121-6 c.consom.

<sup>190</sup> Art. L. 121-16 c. consom.

commerce électronique. En effet, peu importe que le destinataire d'une marchandise conteste l'avoir commandée puisqu'il dispose de toute façon de la possibilité de la rendre.

L'article 6 de la directive de 1997<sup>191</sup> est venu poser un principe général de droit de rétractation pour les contrats à distance. Cette extension a obligé le législateur français à modifier le droit, mais il a surtout donné une nouvelle signification au droit de rétractation en le banalisant.

## B. Vers un droit ordinaire

Le domaine d'application de la directive de 1997 est plus large car il vise les contrats conclus à distances, c'est-à-dire les contrats de vente et les contrats de fourniture de service. L'ordonnance de transposition du 23 août 2001<sup>192</sup> a donc étendu le droit de rétractation aux contrats de services conclus à distance en modifiant l'article L. 121-16 du code de la consommation qui définit les contrats conclus à distance comme « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service, conclue sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ». Désormais tous les contrats électroniques sont concernés par le droit de rétractation.

Cela crée une discrimination par rapport aux contrats de service conclus avec un consommateur sans l'utilisation d'une technique de communication à distance, pour lesquels aucun droit de rétractation n'est prévu.

De plus, au regard de l'objectif de protection du consommateur contre le professionnel, cette extension ne se justifie pas. En effet, le droit de rétractation s'applique alors même que le contrat de service n'a pas encore commencé, donc il n'est plus justifié ni par les pressions du professionnel, ni par la déception du consommateur. Monsieur CALAIS-AULOY<sup>193</sup>, auteur de référence en droit de la consommation, estime qu'il s'agit d'une fausse symétrie par rapport aux contrats portant sur les biens car on comprend moins que le consommateur, après avoir conclu un contrat de service à distance, puisse se rétracter car il ne connaîtra pas mieux ce service. Il ne le connaît mieux que si l'exécution a commencé mais paradoxalement le droit de rétractation est exclu dans ce cas.

---

<sup>191</sup> Préc.

<sup>192</sup> Préc.

<sup>193</sup> CALAIS-AULOY (J.), Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 93.

Cette extension ne correspond plus à la volonté de protection du consommateur contre le professionnel, on recherche plus à protéger le consommateur contre lui-même en lui accordant un temps de réflexion sur le contrat qu'il vient de conclure. Désormais, le droit de rétractation ne sera plus seulement exercé en réaction au comportement du professionnel ou au mécontentement du consommateur mais il tend à devenir un droit ordinaire<sup>194</sup>.

Toutefois, cette extension du champ d'application du droit de rétractation n'a pas affecté sa mise en œuvre.

## §2 : La mise en œuvre du droit de rétractation

Le cyberconsommateur dispose d'un délai de sept jours ouvrables pour se rétracter. La détermination du point de départ de ce délai paraît complexe. Lorsqu'il y a eu confirmation écrite des informations, le délai court pour les biens à compter du jour de leur réception par le consommateur et pour les services à compter du jour de la conclusion du contrat. S'il n'y a pas eu confirmation écrite des informations, le professionnel se voit sanctionné par un allongement du délai de rétractation qui est porté à trois mois, mais le professionnel bénéficie alors d'un droit de repentir.

Ce délai est de 14 jours pour les contrats à distance de services financiers<sup>195</sup>, la directive apporte une précision importante en indiquant que le consommateur peut notifier son intention de se rétracter par courrier électronique.

Les auteurs<sup>196</sup> sont contre l'exception posée par la directive de 1997<sup>197</sup> qui autorise le consommateur à accepter l'exécution d'un contrat de service avant la fin du délai de rétractation. Ils préconisaient que la loi de transposition limite ou exclut la possibilité pour le consommateur de donner son accord à l'exécution du contrat avant l'expiration du délai de rétractation et exclut la possibilité de renonciation du consommateur au droit de rétractation à moins que cette renonciation soit faite de façon expresse. L'ordonnance de 2001 n'a pas répondu à ces attentes.

---

<sup>194</sup> ROCHFELD (J.), Le contrat ?... Si je veux !, RTD civ. 2001, p. 969.

<sup>195</sup> Préc.

<sup>196</sup> En ce sens, TROCHU (M.), Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97/7 CE du 20 mai 1997, D. 1999, chron. p. 179 ; GATSI (J.), La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997, D. aff. 1997, p. 1378.

<sup>197</sup> Art. 6.3.

Le droit de rétractation constitue pour le cyberconsommateur comme pour tous les consommateurs une faculté discrétionnaire. Seuls les frais de retour pourront être mis à sa charge. Par conséquent la théorie de l'abus de droit ne pourra pas être invoquée à l'encontre du cyberconsommateur. Ce droit a pour conséquence d'anéantir le contrat, si le professionnel a commencé à exécuter le contrat, le cyberconsommateur est obligé de restituer le bien livré dans les sept jours, et réciproquement le professionnel qui a reçu une somme d'argent doit la restituer, ce remboursement doit intervenir dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours qui suivent la réception de la commande<sup>198</sup>.

Le droit de rétractation crée une insécurité temporaire des conventions car il influe sur le contrat mais la doctrine diverge sur la nature de ces conséquences.

### §3 : Les conséquences du droit de rétractation sur le contrat électronique

En apparence, ce droit porte atteinte à la force obligatoire des contrats qui veut qu'un contrat soit formé dès la rencontre des volontés. Plusieurs théories s'affrontent, pour une partie de la doctrine, ce droit touche à la formation du contrat<sup>199</sup>, ce dernier ne devient parfait qu'à l'expiration du délai de rétractation. En réalité, le contrat sera formé à l'expiration du délai de rétractation car c'est seulement à ce moment que la volonté du consommateur sera éclairée ou du moins sera censée l'être. Le droit de rétractation ne déroge donc pas à la force obligatoire des contrats car lorsqu'il est exercé, le contrat n'est pas encore conclu. L'exercice du droit de rétractation retarde le moment de la conclusion du contrat et se rapproche ainsi d'un délai de réflexion, sauf que le consommateur n'a pas à réitérer son acceptation mais doit manifester son désaccord.

Pour d'autres auteurs<sup>200</sup>, le contrat est définitivement formé dès l'échange des consentements, le délai de rétractation ne fait que suspendre l'exécution des obligations du consommateur, mais il existe des divergences sur le fait de savoir si cette suspension repose sur une condition ou un terme.

---

<sup>198</sup> Art. L. 121-20-1 c.consom.

<sup>199</sup> CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2000 et LUBY (M.), J. Cl. concu.conso., fasc. 800.

<sup>200</sup> CLORET (H.), J. Cl., App. art. 1109, fasc. 10.

Un auteur<sup>201</sup> propose de distinguer la perfection du contrat et son efficacité. Le contrat serait ainsi parfait dès l'échange des consentements mais son efficacité serait suspendue pendant le délai de rétractation. En cas d'exercice de ce droit, le contrat deviendrait caduc.

Si la protection du cyberconsommateur a motivé le législateur à céder au formalisme pour la conclusion du contrat électronique, c'est en revanche la motivation du commerce électronique qui a contraint le législateur français à revoir son formalisme contractuel.

---

<sup>201</sup> CHRISTIANOS (V.), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateur, D. 1997, chron. p. 28.

## Chapitre II : Le formalisme contractuel

Lorsqu'on évoque le formalisme en droit civil, on pense naturellement dans un premier temps au formalisme probatoire, c'est-à-dire aux exigences de formes destinées à prouver l'existence et le contenu d'une convention, encore appelées exigences *ad probationem*. L'apparition du support électronique n'a d'ailleurs pas manqué de susciter des interrogations et les législateurs européen<sup>202</sup> et français<sup>203</sup> sont intervenus pour réformer le droit de la preuve. Mais le formalisme ne se résume pas au droit de la preuve, il conditionne également la validité de certains contrats<sup>204</sup>. Il s'agit de véritables exceptions car le droit commun des contrats est gouverné par le principe du consensualisme. La mise en place de ce formalisme contractuel trouve pour partie son fondement dans l'ordre public de protection qui a imposé le respect de prescriptions pour que la manifestation de volonté du consommateur soit juridiquement efficace. Or, appliqué aux contrats électroniques, ce formalisme contractuel s'est vite avéré être un frein au développement du commerce électronique (section I). Seule une réforme du droit des contrats pouvait l'adapter aux besoins du commerce électronique (section II).

### Section I : Un formalisme contractuel protecteur mais inadapté à l'univers électronique

#### §1 : Un formalisme protecteur

Le droit français est dominé par le principe du consensualisme, qui ne subordonne la conclusion du contrat à aucune formalité particulière sauf exceptions légales.

Par exception, il existe un formalisme protecteur qui passe par des mentions écrites obligatoires (par exemple la stipulation du taux effectif global pour les contrats de prêt, art. L. 313-2 c. consom.), la rédaction d'un écrit pour la validité du contrat (par exemple pour le

---

<sup>202</sup> Directive CE n° 1999-93 du 13 déc. 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE, L 13, 19 janv. 2000, p. 12.

<sup>203</sup> Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000, p. 3968.

<sup>204</sup> FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Mélanges Rippert, 1950, p. 93 et s.

contrat de construction de maisons individuelles, art. L. 231-1 CCH) ou l'exigence de mentions manuscrites (par exemple dans le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, art. L. 121-64 c. consom.). L'écrit est un mode de protection car il vise à attirer l'attention du consommateur sur l'importance de l'engagement. Or le simple défilé de stipulations écrites sur un écran d'ordinateur ne paraît pas répondre à l'essence de ce formalisme.

La téléologie, qui consiste à dire que toute norme ou institution doit être interprétée et appliquée en tenant compte de sa finalité, invite, relativement à la forme des contrats, à se demander « à quoi cela sert-il ? ».

Trois réponses peuvent être apportées. Tout d'abord, le formalisme sert à réduire le contentieux, puisque le contenu du contrat sera clair. Ensuite il sert à assurer la sécurité de la circulation des biens et empêche ainsi les fraudes à l'égard des tiers, puisque pour l'acheteur et pour l'acheteur de l'acheteur, la question de savoir quel est le bien transmis et dans quelles conditions est claire. Enfin il permet aux contractants de connaître l'étendue de leurs droits et de conserver le contrat.

Mais la forme peut aussi avoir une fonction psychologique en ce sens qu'elle oblige le contractant à prendre du recul et à réfléchir avant de contracter. Le fait de cliquer sur la souris reliée à un ordinateur a-t-il la même force psychologique que le fait d'apposer une signature au bas d'une page ? Il convient d'en douter. Cela explique pourquoi on ne peut pas faire de donation par voie électronique. De même la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative aux rapprochements des législations des Etats membres en matière de crédit à la consommation prévoit expressément que les contrats de crédits doivent être écrits<sup>205</sup>. La téléologie de la forme des contrats oblige à réfléchir sur l'identité entre forme écrite et forme électronique pour les contrats électroniques car en l'état actuel du droit des contrats, le formalisme requis constitue un obstacle au développement du commerce électronique.

## §2 : Un formalisme inadapté au développement du commerce électronique

Dans sa volonté de promouvoir le commerce électronique le législateur communautaire s'est opposé à tout formalisme contractuel. L'article 9 alinéa 1 de la directive commerce

---

<sup>205</sup> Article 4 § 1.

électronique<sup>206</sup> dispose en effet que « Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ». Tous les contrats ne sont toutefois pas concernés, l'alinéa 2 de cet article prévoit des exceptions qui se justifient par la nature particulière de certains contrats<sup>207</sup>.

La majorité de la doctrine estime que la loi du 13 mars 2000<sup>208</sup>, relative à l'écrit et à la signature électronique, ne concerne pas les écrits exigés *ad validitatem*<sup>209</sup>. Elle s'appuie sur un amendement déposé lors des débats ayant précédés le vote de la loi du 13 mars 2000 et précisant que l'écrit électronique est admis en preuve et « pour la validité de l'acte », qui a été rejeté à la demande expresse du Garde des Sceaux. Ainsi pour les contrats de consommation qui requièrent un écrit *ad validitatem*, le recours à l'écrit électronique est impossible. Cela va à l'encontre de la directive commerce électronique qui oblige les Etats membres à supprimer toutes les interdictions et les restrictions concernant l'utilisation des contrats électroniques. Certains<sup>210</sup> estiment néanmoins que nos tribunaux, procédant à la mise en conformité de notre droit, pourraient refuser d'annuler un contrat constaté par un écrit électronique, après avoir vérifié que l'esprit du formalisme a été respecté.

Le droit français en contradiction avec le droit communautaire devra être réformé.

## Section II : Une réforme du droit des contrats nécessaire

---

<sup>206</sup> Préc.

<sup>207</sup> Il s'agit des contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; des contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de profession exerçant une autorité publique ; des contrats de sûretés et garanties fournis par une personne agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale et des contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

<sup>208</sup> Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO 14 mars 2000, p. 3968.

<sup>209</sup> En ce sens, PASSA (J.), Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, p. 555 ; TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2002, n° 145.

<sup>210</sup> DEVEZE (J.), La forme du contrat électronique, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 59 et s.

Face à la nécessité d'une réforme pour mettre le droit français en conformité avec le droit communautaire, plusieurs propositions ont été faites (§1) et c'est finalement le choix de l'adoption d'un texte général qui a été préféré (§2). Cette réforme n'est pas encore effective car le projet de LEN est toujours en discussion au Parlement. Néanmoins, le choix d'une réforme générale est d'ores et déjà acquis, c'est pourquoi il convient de la présenter.

## §1 : Propositions de réforme

Une solution radicale pourrait conduire à faire primer le principe du consensualisme en estimant que la nature du contrat est essentielle et que les modalités de sa conclusion sont casuelles. Cette solution contraire à toute idée de protection du cyberconsommateur doit être rejetée. Le principe du consensualisme a organisé une zone de protection indispensable. Aujourd'hui le souci de protection est toujours aussi nécessaire et le formalisme électronique de la conclusion du contrat électronique<sup>211</sup> est insuffisant.

Une autre solution serait de modifier tous les textes concernant le formalisme, cette solution paraît plus conforme à la directive mais est beaucoup plus complexe à réaliser.

Monsieur GRYNBAUM souhaite une réforme générale pour conserver la protection de la partie faible. Selon lui il faut conserver la distinction entre le fond et la forme et réfléchir à la valeur de l'écrit électronique. Pour une réforme générale, il faudrait insérer un article 1108-1 dans le code civil ainsi rédigé : « lorsque l'écrit est exigé comme condition de validité des conventions, l'écrit sur support électronique est admis au même titre que l'écrit sur support papier »<sup>212</sup>. Cet article serait une exception au consensualisme de l'article 1108.

L'auteur estime qu'« il ne faut pas créer un nouveau droit du contrat électronique mais revenir aux principes essentiels du droit des contrats afin de trouver les solutions adaptées aux nouveaux modes de commercialisation et au commerce électronique ».

Monsieur MANARA qui approuve également cette solution « attend que ce qui a été fait pour la preuve, le soit pour le fond, autrement dit que la directive commerce électronique s'ancre

<sup>211</sup> Voir supra.

<sup>212</sup>GRYNBAUM (L.), La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, Com. com. électr., juill-août 2001, chron. 18, p. 9 et JCP éd. G, 2001, I 307, p. 594.

elle aussi dans le Code civil au titre des obligations »<sup>213</sup>. Les vœux de ces auteurs ont été entendus par le législateur.

## §2 : Le choix d'un texte général

Le projet de LSI<sup>214</sup> prévoyait l'insertion dans le code civil d'un article 1369-1 qui affirmerait l'équivalence entre l'écrit électronique et l'écrit papier lorsque l'écrit est exigé *ad validitatem*. Si la reconnaissance d'une telle équivalence est une solution judicieuse, le choix d'insérer le texte à la suite des dispositions relative à la preuve est critiquable car cela engendre une confusion entre la forme et le fond, non protectrice du consommateur, et dangereuse pour la sécurité juridique.

Un auteur<sup>215</sup>, qui juge la distinction entre l'écrit requis *ad validitatem* et l'écrit requis *ad probationem* artificielle, a proposé un nouveau formalisme original qu'il nomme la « preuve protectrice », et qui fait l'amalgame entre le fond et la forme. Mais cet auteur reste marginal, la majorité de la doctrine<sup>216</sup>, qui a vivement critiqué le projet de LSI, souhaite le maintien de la distinction entre le fond et la forme. Monsieur GRYNBAUM<sup>217</sup> a également critiqué le projet d'insertion des articles 1369-1 à 1369-3 créant un chapitre « contrat sous forme électronique » car cela concerne l'offre de contrat et non la preuve des obligations. Une meilleure solution serait de les insérer après les articles 1101 ou 1108 du code civil.

Le projet de LEN<sup>218</sup> a tenu compte des critiques de la doctrine et prévoit dans son article 14 l'insertion d'un article 1108-1 qui dispose que « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique [...] Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir que la mention ne peut émaner que de lui-même » et d'un article 1108-2 reprenant les exceptions

---

<sup>213</sup> CATALA (P.), L'électronique et la cohérence du Droit, Com. com. électr., févr. 2001, n° 2, Repères.

<sup>214</sup> Préc.

<sup>215</sup> ZOIA (M.), La notion de consentement à l'épreuve de l'informatique, 1<sup>e</sup> partie, Gaz. Pal., 15-17 juill. 2001, p. 16 et 2<sup>e</sup> partie, Gaz. Pal., 14-16 oct. 2001, p. 14.

<sup>216</sup> Voir par ex. GRYNBAUM (L.), Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique », D. 2002, Le point, p. 378.

<sup>217</sup> Op. cit. note préc.

<sup>218</sup> Voir en annexes.

prévues par la directive commerce électronique. Ce texte respecte la *summa divisio* entre la forme et le fond.

La généralité de ce texte risque de le rendre insuffisant à la transposition complète de la directive commerce électronique, c'est pourquoi le projet de LEN a ajouté un article 15 qui autorise le gouvernement «à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique ». La technique n'est pas nouvelle, elle a été utilisée pour l'ordonnance du 23 août 2001, mais pareille délégation est normalement prévue en cas d'urgence. De plus, étant donné la complexité et les enjeux de la matière, il serait judicieux que le Parlement soit associé à l'élaboration de ces règles.

Afin de trouver un juste milieu entre deux objectifs contradictoires, à savoir le développement du commerce électronique et la protection du consommateur, le législateur communautaire a choisi d'imposer plus de formalités pour le moment de la conclusion du contrat là où il n'y en avait pas et à l'inverse d'ôter les formalités existantes. Le législateur français est allé plus loin que son homologue communautaire et s'est engagé dans son projet de LEN à assurer une meilleure protection du cyberconsommateur. Il a ainsi décidé d'imposer plus de formalisme pour la conclusion du contrat en consacrant le système du « double clic » et il s'est refusé à renoncer à son formalisme protecteur et a reconnu l'équivalence entre écrit papier et écrit électronique par l'insertion d'un article 1108-1 dans le code civil. Cette solution n'est pas sans incidence car elle nécessite une modification importante du droit commun des contrats, qui vient pour la première fois poser une exception au principe du consensualisme. Le projet de LEN n'est pas encore voté, la réforme n'est donc pas encore effective, mais elle est de taille. Elle marque une fois de plus l'influence du droit communautaire sur le droit des obligations mais surtout du commerce électronique sur le droit commun des contrats.

Mais il ne suffit pas d'accorder des droits aux cyberconsommateurs pour rendre effective leur protection, encore faut-il qu'ils disposent de procédures efficaces leur permettant de défendre leurs intérêts. Hormis quelques arrêts relatifs à la responsabilité des prestataires de services de la société de l'information<sup>219</sup>, on trouve peu de jurisprudence sur les contrats de cyberconsommation. La directive commerce électronique<sup>220</sup> est venue poser un principe d'irresponsabilité repris par le projet de LEN<sup>221</sup>, ce qui risque de diminuer encore plus le contentieux. Ce constat d'une jurisprudence peu nombreuse s'explique également par les inconvénients d'une procédure judiciaire longue et coûteuse. Aujourd'hui, ce sont les Modes Alternatifs de Règlements des Conflits, ci-après dénommés M.A.R.C., en plein essor, qui sont le plus à même de satisfaire le cyberconsommateur qui s'estime lésé dans la formation de son contrat électronique.

---

<sup>219</sup> On peut citer l'affaire Estelle Halliday c/ Lacambe (TGI Paris 9 juin 1998, JCP éd. E, 1998, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC) dans laquelle le mannequin reprochait à un prestataire d'héberger un site reproduisant des photos d'elle dans son plus simple appareil et l'affaire du portail Yahoo qui permettait d'accéder à des sites de ventes aux enchères proposant des objets nazis.

<sup>220</sup> Art. 14.

<sup>221</sup> ROZENFELD (S.), *Projet de loi sur l'économie numérique : un contenu dicté par les directives européennes*, in *Expertsies*, févr. 2003, p. 43.

TROISIEME PARTIE : LE  
DEVELOPPEMENT DU RECOURS AUX  
M.A.R.C. DANS LES LITIGES DE  
CYBERCONSOMMATION

Le recours aux modes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, qui connaît actuellement un engouement particulier, n'est pas un phénomène nouveau.

La transformation de notre société a contribué à la croissance de la juridicité des rapports sociaux et a favorisé le développement des contentieux. Cela a pour conséquence l'engorgement des tribunaux<sup>222</sup>. La pratique a vu, très tôt, se développer de nombreuses solutions de remplacement de la justice étatique. Il s'agit de modèles de justice non contraignants qui permettent en outre d'éviter de porter les différends sur la place publique. C'est une justice basée sur la recherche d'un accord négocié et non sur le prononcé d'une décision autoritaire. Dès 1790, Prugnon, député du baillage de Nancy avait déclaré que rendre la justice n'est que la seconde dette de la société. Empêcher le procès c'est la première.

Ces alternatives à la justice étatique ne sont pas récentes. En Grèce classique (VIème- IVème siècle avant J.C.), d'innombrables arbitrages ont eu lieu entre cités grecques et à Rome, l'arbitrage, présent dès la plus haute antiquité (VIIèmes-VIème siècle avant J.C.) a connu son apogée sous la révolution. Ce sont les Etats-Unis qui, à la fin des années 70, ont les premiers conceptualisé ces alternatives au règlement juridictionnel des litiges sous le nom de « Alternative Dispute Resolution (A.D.R.) ».

En France, la doctrine a retenu le vocable général de « Modes Alternatifs de Règlement des Conflits » (M.A.R.C.). Ce terme M.A.R.C. s'est peu à peu imposé chez les juristes français, alors que plusieurs autres termes ont été envisagés<sup>223</sup>. Selon Monsieur JARROSSON, un des auteurs qui a le plus écrit sur le sujet, « le terme M.A.R.C. a été choisi pour une raison euphonique car cela sonne mieux à l'oreille ».

Si dans un premier temps l'apparition du terme M.A.R.C. dans le discours des juristes français a été assimilé à un effet de mode, tout droit venu des Etats-Unis, force est de constater que les M.A.R.C. ont aujourd'hui vocation à se développer et à s'installer définitivement, si tant est qu'ils ne le soient déjà. Nous en voulons pour preuve l'abondance

<sup>222</sup> Notons en effet qu'une procédure peut durer 5 mois pour un Tribunal d'Instance, 9 mois pour un Tribunal de Grande Instance, 14 mois en Cour d'Appel et 2 ans pour les Tribunaux administratifs.

<sup>223</sup> Pour une étude sur le terme M.A.R.C., voir GIP Mission de recherche droit et justice, Les M.A.R.C. : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? , 2001.

des ouvrages, revues, études et articles récents<sup>224</sup> y faisant référence et l'existence d'organismes spécialisés<sup>225</sup>.

Le droit de la consommation ne fut pas l'un des domaines précurseurs de l'utilisation des M.A.R.C., mais c'est dans le droit des contrats que les M.A.R.C. se sont le plus développés et le commerce électronique constitue aujourd'hui l'un de ses domaines de prédilection.

Les M.A.R.C. constituent une catégorie ouverte, et donc mal délimitée. Si le législateur a parfois encadré les conséquences de leur mise en œuvre, il n'a pas pris la peine de les définir. Les principaux M.A.R.C. rencontrés en pratique sont l'arbitrage, la médiation, la conciliation et les dérivés de la médiation.

L'arbitrage n'a pas de définition légale. Dans sa thèse, Monsieur JARROSSON<sup>226</sup> le décrit comme « l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ». L'arbitre a une obligation de trancher le litige par une décision obligatoire, appelée sentence.

A la différence de l'arbitrage, la médiation et la conciliation permettent un rapprochement des points de vue plutôt qu'une prise de décision autoritaire par un tiers. Lorsque la conciliation et la médiation aboutissent, elles donnent lieu à une transaction, qui est un contrat par lequel les parties traitant sur un droit litigieux terminent une contestation à naître au moyen de concessions ou de sacrifices réciproques<sup>227</sup>.

On associe souvent la médiation à la conciliation car ils partagent la même finalité philosophique et juridique<sup>228</sup>. Pourtant, ces deux notions peuvent être distinguées. La médiation implique en effet obligatoirement l'intervention d'un tiers qui est chargé d'une mission plus active que le conciliateur dans la recherche des éléments d'une entente qu'il

---

<sup>224</sup> Voir la bibliographie située dans GIP Mission de recherche droit et justice, Les M.A.R.C. : un objet nouveau dans le discours des juristes français ? , 2001.

Certaines revues de procédure et d'arbitrage consacrent une rubrique aux M.A.R.C.

<sup>225</sup> Ex : - le CEMARC, Centre d'Etude des M.A.R.C.

- le Centre National de la Médiation, qui a édicté un code de la médiation

- les nombreux centres privés et associations de médiation et de conciliation comme le centre de médiation et d'arbitrage de Paris (voir le site [www.cmap.asso.fr](http://www.cmap.asso.fr)).

<sup>226</sup> JARROSSON (Ch.), La notion d'arbitrage, L.G.D.J. 1987.

<sup>227</sup> Le régime de la transaction est défini aux art. 2044 à 2058 c. civ.

<sup>228</sup> PERRIN (M-D.), Conciliation-Médiation, Petites affiches, 26 août 2002, n°170.

propose aux parties. Là où le conciliateur favorise le dialogue entre les parties, le médiateur leur propose des solutions.

Parmi les dérivés de la médiation, on trouve d'abord le Mini trial, très répandu au Québec, qui est un système de médiation organisé autour d'un collège composé d'un haut représentant de chacune des parties en litige et présidée par un tiers. Les parties présentent, « plaident » leur dossier devant ce collège qui délibère ensuite afin de trouver un accord.

Il y a ensuite le Med/Arb<sup>229</sup>, qui permet de conjuguer la médiation et l'arbitrage. Ainsi, si la médiation ne permet pas aux parties de se mettre d'accord, le médiateur tranche et statue en qualité d'arbitre. Une variante, le « co-med-arb », consiste à faire intervenir deux personnes différentes.

Enfin dans le Base ball Arbitration chacun propose une solution ferme et écrite et l'arbitre choisit celle qui correspond le mieux aux intérêts de chacun, sans pouvoir lui-même proposer une solution intermédiaire.

Les M.A.R.C. ne sont pas restés étrangers au développement d'internet et du commerce électronique. Ils ont su s'adapter à l'environnement numérique. Désormais, on trouve également une vaste gamme de M.A.R.C. en ligne<sup>230</sup>, qui correspondent aux M.A.R.C. « traditionnels » et qui ont pour seule spécificité la gestion électronique du processus.

Le recours aux M.A.R.C.<sup>231</sup> peut s'effectuer à travers des processus autres que en ligne et inversement les M.A.R.C. en ligne peuvent permettre de résoudre des litiges autres que ceux issus du commerce électronique. Les M.A.R.C. en ligne apparaissent naturels et sont presque unanimement préconisés pour les litiges de cyberconsommation. On observe, en effet une convergence édifiante des textes, des praticiens et de la doctrine, qui confèrent tous leurs encouragements au développement des M.A.R.C. dans les litiges de cyberconsommation (Chapitre I). Toutefois, ces encouragements s'accompagnent d'un encadrement naissant et nécessaire (Chapitre II).

---

<sup>229</sup> ZARKALAM (S.), Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme M.A.R.C., Rev. Gén. Proc., 1998, p. 589.

<sup>230</sup> Pour une liste des organismes présentant leurs services de MARC sur internet voir <http://www.ombuds.org>.

<sup>231</sup> SIIRIAINEN (F.), Réflexion sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le commerce électronique, in Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, Centre de recherche en droit économique (CREDECO), 2001.

# Chapitre I : Un recours encouragé

Même si les encouragements de la pratique ont joué un rôle important dans le développement du recours aux M.A.R.C., c'est essentiellement à leurs atouts pratiques que les M.A.R.C. doivent leur essor dans le domaine des litiges de cyberconsommation (section I). Face à ce constat, le législateur s'est joint à la pratique pour encourager à son tour le recours aux M.A.R.C. et favoriser ainsi la poursuite de leur développement dans ce domaine (section II).

## Section I : Les causes pratiques de l'essor des M.A.R.C. dans les litiges de cyberconsommation

Le succès des M.A.R.C. réside précisément dans leur alternative à la justice étatique car ils permettent aux cyberconsommateurs de pallier les inconvénients d'un procès classique (§1). Néanmoins, tous les M.A.R.C. ne se sont pas révélés adaptés aux litiges de cyberconsommation, seuls la médiation et la conciliation ont eu les faveurs des praticiens (§2).

### §1 : Les avantages des M.A.R.C.

Le cyberconsommateur, en raison du faible enjeu financier du litige, hésitera à exposer les frais d'une longue procédure en justice, surtout si le dossier présente un élément d'extranéité<sup>232</sup>. Les M.A.R.C. permettent de pallier ces inconvénients car ils rapprochent les parties (A) et offrent un recours peu onéreux (B) et une solution rapide et adaptée (C).

#### A. Le rapprochement des parties

---

<sup>232</sup> Voir Rapport final du groupe de travail « Internet et les modes alternatifs de règlement des différends », 17 juin 2002, Forum des droits de l'internet, [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org).

Le commerce électronique a une vocation internationale et permet la délocalisation de l'activité. Cette internationalité constitue également l'une des caractéristiques des litiges en matière électronique.

Or l'éloignement géographique des litigants ne facilite pas l'exercice de l'action en justice. Outre la question délicate de la loi applicable, le demandeur devra souvent obtenir la reconnaissance et l'*exequatur* de la décision à l'étranger et il risque de rencontrer des difficultés pour son exécution<sup>233</sup>. Autant dire que cela risque fort de dissuader le cyberconsommateur.

Les M.A.R.C. permettent d'arriver à une solution sans que se pose le problème de la loi applicable ou de la juridiction compétente et sans que les parties n'aient à se déplacer. En effet, les échanges peuvent se faire par courrier papier ou électronique et même par audience virtuelle<sup>234</sup>.

## B. Un recours peu onéreux

Les difficultés successives, que peut rencontrer le cyberconsommateur lors de l'exercice d'une action en justice, peuvent paraître disproportionnées au regard de l'enjeu financier souvent très faible des litiges contractuels nés à l'occasion d'une relation de consommation.

En effet, l'enjeu de ces litiges représente souvent moins de 30 € alors que le seuil des petits litiges fixés pour l'arbitrage du commerce international est de 200 000 €<sup>235</sup>.

Le considérant n° 3 de la recommandation de 1998<sup>236</sup>, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, précise lui aussi que « la majorité des litiges de consommation, de par leur nature, se caractérisent par une disproportion entre l'enjeu économique de l'affaire et le coût de leur règlement judiciaire » ce qui peut dissuader le cyberconsommateur de faire valoir ses droits.

---

<sup>233</sup> CACHARD (O.), La régulation internationale du marché électronique, LGDJ ; t. 365, 2002.

<sup>234</sup> Par exemple par visioconférence mais ce procédé coûte cher.

<sup>235</sup> CACHARD (O.), op. cit.

<sup>236</sup> Recommandation de la Commission du 30 mars 1998, 98/257/CE, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE, L 115/31, 17 avr. 1998.

Avec les M.A.R.C., le problème du coût devient accessoire et ne constitue plus un obstacle pour le cyberconsommateur. Pour autant, les M.A.R.C. ne sont pas des services gratuits. Les tiers qui interviennent, à savoir l'arbitre, le médiateur ou le conciliateur sont bien souvent des professionnels qui vont demander une rémunération. Mais cette dernière n'a rien de comparable avec les honoraires d'un avocat et le montant des divers frais d'instance. En recourant à un M.A.R.C., le cyberconsommateur sera donc moins préoccupé par la question du coût financier de son action et pourra espérer une réponse plus rapide et adaptée à son litige.

### C. Une réponse rapide et spécifique

Avec internet, on assiste à une accélération du temps, tout se fait beaucoup plus vite que dans le commerce traditionnel. L'exécution du contrat peut d'ailleurs être simultanée à sa conclusion et un auteur note l'urgence car avec la multiplication des contrats à exécution successive comme les contrats d'abonnement, l'écoulement du temps est préjudiciable au créancier de l'obligation inexécutée car si en plus il y a eu prélèvement automatique, il est difficile de mettre en œuvre l'exception d'inexécution<sup>237</sup>.

Le risque d'une procédure longue et hasardeuse, en raison de la technicité de la matière<sup>238</sup>, constitue un frein considérable pour le cyberconsommateur, qui bien souvent renoncera à engager une procédure judiciaire. Les M.A.R.C. en ligne permettent de répondre à la célérité des transactions par la rapidité des procédures de règlement des litiges. Les techniciens, plus au fait des NTIC et plus proche de la pratique, seront plus à même de trouver des solutions plus rapides et surtout mieux adaptées.

Tous ces avantages permettent de convaincre le cyberconsommateur de choisir un M.A.R.C. Toutefois le cyberconsommateur n'a aucune obligation de choisir tel M.A.R.C. plutôt que tel autre M.A.R.C. Pourtant, on constate que la médiation et la conciliation sont préférées à l'arbitrage.

---

<sup>237</sup> CACHARD (O.), op. cit.

<sup>238</sup> Le juge sera souvent amené à faire appel à un expert, ce qui rallonge la procédure.

## §2 : Faveurs accordées à la médiation et la conciliation

L'avantage de la médiation et de la conciliation réside dans la perspective d'une exécution spontanée de la transaction et l'avantage de l'arbitrage réside dans la force obligatoire de la sentence et le caractère optionnel de la clause compromissoire.

Or l'arbitrage comme l'arbitrage électronique<sup>239</sup> s'adresse surtout aux litiges entre professionnels.

L'arbitrage électronique connaît d'ailleurs un certains succès. Un projet expérimental a été mis en place au Québec : le Cybertribunal. Cet organisme québécois, créé à l'initiative du Centre de Recherches en Droit Public de l'Université de Montréal propose sur son site<sup>240</sup> de résoudre en ligne des litiges survenant sur internet. Le projet a depuis été remplacé par celui d'E-resolution<sup>241</sup>. Il existe le même exemple aux Etats-Unis avec le Virtual Magistrate<sup>242</sup>.

En pratique, l'arbitrage est peu utilisé par les cyberconsommateurs pour résoudre leur litige et dans l'ensemble la doctrine est plus favorable à la médiation et la conciliation. Le contrat type de commerce<sup>243</sup> électronique recommande d'ailleurs le recours à la médiation. Cela s'explique par le caractère consensuel de la médiation et de la conciliation et par le fait que contrairement à l'arbitre le médiateur et le conciliateur n'ont pas l'obligation de trouver une solution au litige, leur action est axée sur le dialogue. De plus, l'arbitre a une mission juridictionnelle, il tranche et impose une sentence aux parties qui n'en connaissent pas les termes lorsqu'elles s'étaient engagées à la respecter.

Le développement du recours aux M.A.R.C. est désormais également assuré par le législateur, qui joue un rôle primordial en consacrant leur existence et en encourageant leur utilisation.

## Section II : Le rôle du législateur

Les institutions communautaires travaillent depuis un certains temps sur les M.A.R.C. en matière de litiges de consommation et de cyberconsommation. Ce travail s'est concrétisé par plusieurs textes (§1). Dans ce domaine, le législateur communautaire a largement devancé son

<sup>239</sup> HUET (J.), VALMACHINO (S.), Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz. Pal., 9-11 janv. 2000, p. 103.

<sup>240</sup> <http://www.cybertribunal.org>.

<sup>241</sup> <http://www.eresolution.ca>.

<sup>242</sup> <http://www.vmag.vcilp.org>.

<sup>243</sup> Voir en annexes.

homologue français, qui malgré des textes généraux sur les M.A.R.C. semble accuser un certain retard (§2).

## §1 : Le législateur communautaire

Toutes les institutions communautaires travaillent de concert pour encourager le recours aux M.A.R.C. dans la cyberconsommation et chacune d'entre elles est à l'origine d'un texte de référence.

On trouve d'abord la **résolution du Conseil** relative à la création d'un réseau communautaire d'organes nationaux en charge du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, adoptée le 25 mai 2000<sup>244</sup>. Pour l'essentiel, il s'agit pour chaque Etat membre de désigner un organisme central permettant d'informer les consommateurs, de les assister et par conséquent de les inciter à saisir un organe national de règlement extrajudiciaire.

Puis la **directive commerce électronique**<sup>245</sup> s'est donné pour but de faire tomber les obstacles aux M.A.R.C.<sup>246</sup> dont le recours constitue une des « libertés du marché »<sup>247</sup>. Son article 17 intitulé « Règlement extrajudiciaire des litiges » dispose que « 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 du service ; leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés ».

Les M.A.R.C. ont ensuite fait l'objet d'une **recommandation de la Commission**<sup>248</sup> du 4 avril 2001, relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, qui est venue compléter celle de 1998<sup>249</sup>. En effet cette dernière ne visait que les « procédures qui mènent à un règlement du litige par

---

<sup>244</sup> JOCE C 155, 6 juin 2000.

<sup>245</sup> Préc.

<sup>246</sup> Considérant n° 51 : « Il doit incomber à chaque Etat membre, le cas échéant, de modifier toute législation susceptible de gêner l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges par les voies électroniques. Le résultat de cette modification doit être de rendre réellement et effectivement possible, en droit et dans la pratique, le fonctionnement de tels mécanismes, y compris dans des situations transfrontalières. »

<sup>247</sup> Voir le considérant n° 52.

<sup>248</sup> Recommandation de la Commission du 4 avril 2001, 2001/310/CE, relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, JOCE, L 109/56, 19 avr. 2001.

<sup>249</sup> Op. cit.

l'intervention active d'un tiers qui propose ou impose une solution »<sup>250</sup>. Le champ d'application de la nouvelle recommandation est plus large car elle « s'applique aux organes tiers responsables de procédures de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation qui, indépendamment de leur dénomination, tentent de régler un litige en rapprochant les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord ». La recommandation de 2001 est le premier texte officiel qui fait référence aux M.A.R.C. en ligne et qui encourage leur développement. « Le commerce électronique facilite les transactions transfrontalières entre les entreprises et les consommateurs. Ces transactions sont souvent de faible valeur et la résolution de tout litige doit donc être simple, rapide et peu coûteuse. Les nouvelles technologies peuvent contribuer à la conception de systèmes électroniques de résolutions des litiges, offrant un mécanisme qui permet de résoudre effectivement des litiges impliquant des juridictions différentes sans qu'un face-à-face soit nécessaire, ce qui devrait donc être encouragé par des principes garantissant des normes cohérentes et fiables inspirant confiance à tous les consommateurs »<sup>251</sup>.

Parallèlement le législateur européen a pris conscience que la confidentialité des transactions, qui règne dans le domaine des M.A.R.C., n'est pas propice à leur généralisation. C'est pourquoi l'article 17, 3) de la directive commerce électronique<sup>252</sup> précise que « les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us et coutumes relatifs au commerce électronique ». Cet article consacre l'autorégulation d'internet et montre que le législateur européen y voit un nouveau moyen d'harmonisation.

Pour l'instant, on ne trouve aucune disposition comparable en droit français même si ce dernier n'ignore pas l'importance croissante des M.A.R.C.

## §2 : Le retard du législateur français

---

<sup>250</sup> Considérant n° 9.

<sup>251</sup> Considérants n° 2 et 6.

<sup>252</sup> Préc.

Les résolutions et les recommandations n'ont pas de valeur contraignante et n'ont donc pas à être transposées. En revanche, il est étonnant de constater que le titre II du projet de LEN destiné à transposer la directive commerce électronique, ne contient aucune disposition relative aux M.A.R.C. Il faut cependant se garder de conclure à un défaut de transposition ou un oubli critiquable car les M.A.R.C. ne sont pas étrangers à notre droit.

Le législateur français, à l'écoute de la pratique, est intervenu à plusieurs reprises pour tenir compte des M.A.R.C., il a notamment investi le juge d'une mission de conciliation. Ainsi, l'article 21 du Nouveau Code de Procédure Civile prévoit qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ». Le juge a donc la possibilité de tenter d'obtenir cette conciliation.

La législation récente semble également vouloir favoriser le développement des M.A.R.C. La loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative a consacré la validité de la médiation et de la conciliation judiciaires. Le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996, pris en application de la loi du 8 février 1995 précitée, s'efforce d'intégrer l'institution des conciliateurs dans la procédure suivie devant le TI et étend la médiation devant toutes les juridictions et le décret du 28 décembre 1998 favorise l'intervention du conciliateur sur délégation du juge<sup>253</sup>.

De même, le législateur contemporain semble favorable au règlement amiable des conflits comme en témoigne la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.

Or ces textes n'ont qu'un caractère général, ils ne sont pas propres au commerce électronique et à la cyberconsommation. Dès lors, on pourrait y voir un retard du législateur français. Mais avant cela, il convient de s'interroger sur le point de savoir si ces textes, certes généraux, ne sont pas suffisants. En effet, le législateur français a résolument décidé de favoriser le développement du commerce électronique tout en accordant une place importante à la protection du cyberconsommateur. Il aurait donc du transposer les dispositions de la directive commerce électronique relatives aux M.A.R.C. Cependant ce défaut de transposition ne peut être considéré comme une erreur du législateur qui serait trop grossière, il faut chercher la

---

<sup>253</sup> Voir COHEN (C.), Les habits neufs de la conciliation et de la médiation, le décret du 28 décembre 1998 -ou- Quand le droit rattrape le fait, Gaz. Pal., 1999, p.1287.

raison ailleurs. Ainsi, si on analyse ces dispositions, on constate qu'elles ne font qu'encourager un tel recours sans apporter aucune précision technique. Par conséquent, les textes français qui permettent le recours aux M.A.R.C. de manière générale, sans l'interdire dans le domaine de la cyberconsommation apparaissent suffisants et confirment qu'une transposition sur ce point n'était pas nécessaire. Toutefois, la reprise de ces dispositions dans le projet de LEN aurait peut-être permis d'informer les cyberconsommateurs sur l'existence des M.A.R.C.

Le comportement du législateur français peut encore s'expliquer par le fait que le soutien accordé aux M.A.R.C. n'est pas tout à fait unanime car les M.A.R.C. sont porteurs d'un certain risque de dérives. C'est pourquoi, on cherche aujourd'hui à les encadrer.

## Chapitre II : Un recours encadré

Les M.A.R.C. ne font pas l'objet que de louanges et d'encouragements, ils suscitent également la critique (section I), ce qui a conduit à tenter d'imposer certaines garanties (section II) et à rappeler la coexistence de ces M.A.R.C. avec le juge étatique (section III). Toutefois, l'opportunité de cet encadrement naissant dénature les M.A.R.C. et mérite donc d'être discuté.

### Section I : Analyse critique des M.A.R.C.

Le premier et le plus important reproche adressé aux M.A.R.C. en général est qu'ils entraînent une certaine déréglementation de la justice et réside dans le risque de voir se développer un marché de la justice privée, avec une justice à deux vitesses, c'est-à-dire une pour les riches et une pour les plus pauvres.

Certains auteurs<sup>254</sup> ont en outre fait observer que ces M.A.R.C. pouvaient permettre à des professionnels de contourner les règles de protection du cyberconsommateur et du consommateur, qui rappelons-le sont d'ordre public. Ainsi, s'ils constatent que ces M.A.R.C. prolifèrent et tendent à devenir le principal mode de règlement des litiges de consommation tout en se procéduralisant, ces auteurs affirment que les M.A.R.C. sont moins une source de progrès qu'un signe de régression pour la protection des consommateurs. Si les M.A.R.C. facilitent le recours des consommateurs contre les professionnels, en revanche ces derniers peuvent ainsi faire échec aux droits substantiels du consommateur. Ce risque de dérive se trouve accentué par l'ignorance qu'a le cyberconsommateur des dispositions protectrices du droit de la consommation et du droit des contrats. On peut en effet émettre des soupçons quant au consentement libre et éclairé du cyberconsommateur lorsqu'il accepte de recourir à un M.A.R.C.

des modes alternatifs de règlements des conflits, LGDJ, t. 362, 2002.

Le bilan des diverses initiatives relatives aux M.A.R.C. est en outre très contrasté. Dans ce domaine l'Etat se trouve concurrencé par les initiatives émanant des professionnels, et principalement par la mise en place de services de consommateurs. Même s'ils sont encore sous-exploités, ces services de consommateurs ne présentent pas un réel intérêt pour les consommateurs. Ces initiatives ont un caractère paradoxal car les professionnels sont les personnes contre lesquelles le droit de la consommation s'est élaboré et le risque de dérive est grand car il y a de fortes probabilités que les services consommateurs mis en place par les professionnels traitent les litiges uniquement d'un point de vue économique, c'est-à-dire dans un sens favorable au professionnel.

De leur côté les associations de consommateurs sont trop nombreuses et trop dispersées pour être réellement efficaces et faire entendre leur voix. Comme les professionnels, les associations de consommateurs sont favorables à l'extension des M.A.R.C. et surtout des M.A.R.C. en ligne mais elles redoutent en même temps un refus de l'accès à la justice pour les cyberconsommateurs.

Une dernière série de critiques concernent le tiers susceptible d'intervenir et d'informer les justiciables concernant les M.A.R.C.<sup>255</sup>. Il est permis de se demander quelles sont les qualités et quel est le niveau de formation qu'il convient d'exiger de ce tiers, dont le manque de partialité est souvent mis en exergue.

La redécouverte de la maxime selon laquelle « un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès » met en lumière une contradiction entre des considérations dogmatiques et pragmatiques. Une approche dogmatique exige que le professionnel et le consommateur puissent avoir accès à la justice pour obtenir l'application de la règle de droit et ainsi la garantie de leurs droits subjectifs, une approche pragmatique prête moins attention aux droits subjectifs et privilégie l'obtention d'une solution équitable. Cette contradiction explique la difficulté à imposer le respect de règles rigides à ces M.A.R.C. par hypothèse emprunts d'une grande souplesse. Pourtant, aujourd'hui des garanties sont offertes.

---

<sup>255</sup> Voir l'article de RACINE (J-B.) in Centre de recherche en droit économique, Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, 2001.

## Section II : Les garanties offertes

Il convient de s'interroger sur ce qui distingue les M.A.R.C. d'une procédure judiciaire classique, ce qui fait leur intérêt. Leur application fait en effet appel à la théorie générale des contrats mais se rapproche parfois d'un jugement ordinaire.

Les M.A.R.C. occupent une place centrale dans le phénomène de régulation d'internet. Ils permettent d'apporter une solution adaptée à ces conflits tout en préservant l'aspect contractuel et privé qui anime le réseau. Ils participent donc pleinement à l'objectif poursuivi en la matière, qui rappelons-le est de répondre à l'absolue nécessité d'instaurer une confiance des internautes.

Les garanties qu'ils offrent sont celles du droit des contrats (§1), on parle d'ailleurs des « droits contractuels des cyber-consommateurs »<sup>256</sup>, mais la question de l'application des règles de procédure mérite d'être posée (§2).

### §1 : Des garanties contractuelles insuffisantes

Les parties ont la liberté de rechercher conventionnellement une solution à leurs litiges par le biais des M.A.R.C. Elles insèrent à cet effet dans leur contrat des clauses renvoyant aux M.A.R.C. en cas de litige. Pour leur rédaction, le principe est celui de la liberté contractuelle avec les limites qu'elle comporte pour la rédaction de tout contrat. L'effet du recours aux M.A.R.C. est relatif, il ne concerne que les parties et ne saurait préjudicier aux tiers.

En matière d'arbitrage les parties peuvent rédiger un compromis d'arbitrage après la naissance du litige, ce qui est assez rare en pratique, ou rédiger une clause compromissoire avant la naissance du litige. L'article 1442 du NCPC définit la clause compromissoire comme « la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ».

La clause compromissoire doit être stipulée par écrit à peine de nullité<sup>257</sup> et doit comporter la désignation de l'institution d'arbitrage choisie, les modalités de désignation des arbitres et les

<sup>256</sup> SIIRIAINEN (F.), Réflexion sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le commerce électronique, in Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, Centre de recherche en droit économique (CREDECO), 2001.

<sup>257</sup> Art. 1443 du NCPC.

modalités d'arbitrage. Un écrit électronique est désormais valable car il répond à ce formalisme<sup>258</sup>.

De la même manière, la clause de médiation et de conciliation, précise l'identité du médiateur ou du collège de médiateurs. Dans cette clause, les parties peuvent écarter les règles de droit en raison de la liberté contractuelle.

Notons que si la clause de médiation permet de renégocier le contrat, sa mise en œuvre est conditionnée par l'existence d'une contestation, ce qui la différencie d'une simple clause d'adaptation telle que la clause de hardship. De même, cette clause permet la mise en œuvre d'un processus essentiellement axé sur le dialogue, ce qui la distingue de la clause d'expertise qui a pour but d'aboutir à une solution.

Les parties qui décident d'avoir recours à un M.A.R.C. peuvent se référer au règlement d'une institution qui organise une médiation, un arbitrage ou autre.

En France, on trouve le règlement de la Cour d'arbitrage et de conciliation qui détermine son fonctionnement. Le Centre National de la médiation a établi un Code de déontologie de la médiation et une charte de la médiation énumérant un ensemble de règles décrivant la fonction et les devoirs du tiers. Le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP) qui permet tout particulièrement de régler les litiges entre entreprises, a également rédigé un règlement d'arbitrage et de médiation. Le contrat type de commerce électronique, qui préconise le recours à la médiation, fournit les coordonnées du CMAP<sup>259</sup>.

Des institutions spécialisées voient également le jour. En novembre 2000, a été créé EuroArbitrage, centre européen d'arbitrage basé à Paris et spécialisé en matière financière afin de développer l'arbitrage dans ce secteur où il était jusqu'ici trop peu présent. Cette institution propose elle aussi un règlement d'arbitrage, un règlement de médiation et un règlement d'expertise.

Dans le même esprit, les organismes offrant des services de M.A.R.C. en ligne peuvent proposer à leurs clients des certificats de sécurité numérique et les sites de ces organismes peuvent faire l'objet de certification pour assurer la confiance des cyberconsommateurs.

---

<sup>258</sup> Voir supra.

<sup>259</sup> Voir en annexe.

Toutes ces garanties contractuelles ne sont pas apparues suffisantes à surmonter les nombreuses critiques. C'est pourquoi, on tente aujourd'hui d'appliquer des garanties procédurales à l'image de celles que l'on trouve dans un procès judiciaire. Mais l'opportunité de leur application dans le domaine des M.A.R.C. est très discutée en doctrine.

## §2 : L'opportunité de garanties procédurales

L'application de garanties procédurales aux M.A.R.C. est au cœur d'un débat actuel, relancé par les recommandations de la Commission. Ces garanties sont relatives d'une part au tiers qui intervient (A) et d'autre part au dialogue sur lequel est fondé le processus des M.A.R.C. (B).

### A. Les garanties relatives au tiers

Tous différents, les M.A.R.C. ont en commun de se démarquer du système juridictionnel et de faire intervenir un tiers. L'intervention d'un tiers peut poser des difficultés identiques à celles rencontrées pour l'intervention d'un juge, telles que les problèmes d'indépendance ou d'impartialité. Que se passe-t-il si une partie conteste l'impartialité du tiers ? Certains règlements ont prévu une procédure de récusation à l'image de celle qu'on trouve en matière juridictionnelle. De même on peut s'interroger sur l'obligation ou non pour le tiers de motiver l'avis qu'il rend ou la recommandation qu'il fait. Si l'on ne veut pas dénaturer les M.A.R.C. cela ne doit pas être une obligation mais une simple faculté.

L'arbitre, le médiateur ou encore le conciliateur doit faire preuve à la fois d'indépendance, d'impartialité, de neutralité, d'objectivité, d'équité et de justice ce qui constitue des garanties essentielles pour les parties. Il doit avoir à la fois une compétence technique et juridique, avoir une bonne expérience des procédures contentieuses, de la négociation et de ses techniques, et avoir le sens de la confiance.

Face à toutes ces exigences, certes légitimes, se pose le problème de la formation des tiers : en France, les différents centres privés de médiation ou arbitrage proposent des formations. Il existe également à Paris II, un DESS du contentieux, arbitrage et M.A.R.C. dirigé par Monsieur JARROSSON.

En raison du développement des M.A.R.C., la Commission européenne a décidé de mener une réflexion approfondie afin de présenter une proposition visant à établir des normes communes. Dans son livret vert d'avril 2002, la Commission prône une formation initiale des Tiers de 40 heures minimum à laquelle s'ajouterait une formation continue annuelle. Elle prône également l'élaboration d'un Code de déontologie pour guider « les tiers » dans leur mission. Enfin, elle affirme qu'il serait intéressant de regrouper les tiers dans le cadre d'associations qui pourraient alors être agréées au niveau européen.

Le tiers peut agir soit dans le cadre contractuel, soit à l'initiative ou sous le contrôle du juge. Dans tous les cas, le recours aux M.A.R.C. doit reposer sur la commune volonté des parties de rechercher une issue amiable à leur désaccord. La solution des litiges relève de l'autonomie de la volonté des parties. Notons que sans cet accord des parties, les M.A.R.C. n'ont de toutes façons aucune chance d'aboutir.

La question essentielle est de savoir si les M.A.R.C. ont pour but de rechercher la justice ou simplement de mettre un terme au litige. On reproche parfois aux M.A.R.C. de permettre aux professionnels de faire échec aux règles impératives de protection des consommateurs. On pourrait obliger le médiateur ou le conciliateur à tenir compte des dispositions protectrices des consommateurs. Mais raisonner ainsi revient à postuler une compétence des médiateurs et des conciliateurs dans le domaine du droit de la consommation, on retrouve le problème de la formation des tiers, et cela tend à assimiler le tiers à un juge, ce qu'il n'est pas. Cela accroît le risque de dénaturation des M.A.R.C. et il en va de même pour les garanties relatives au dialogue.

## B. Les garanties relatives au dialogue

Les recommandations de 1998 et de 2001<sup>260</sup> ont posé des principes que les organes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation devront respecter. Celle de 1998 a retenu sept principes, qui sont l'indépendance, la transparence, le contradictoire, l'efficacité, la légalité, la liberté et la représentation tandis que celle de 2001 n'en a retenu que quatre : l'impartialité, la transparence, l'efficacité et l'équité.

Ces recommandations semblent constituer le premier acte de portée générale qui affirme la nécessaire combinaison des règlements non-juridictionnel des litiges et des principes gouvernant le droit processuel. Elles n'ont pas de caractère coercitif mais c'est pour certains le premier pas vers une directive<sup>261</sup>. Cependant l'application de principes de procédure aux M.A.R.C. dont le but est précisément de se démarquer du système juridictionnel peut surprendre et mérite donc une attention particulière.

La recommandation de 1998 pose le principe du contradictoire comme l'article 15 du NCPC et il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'une telle démarche. La transposition du principe du contradictoire aux M.A.R.C. se heurte à des obstacles difficilement contournables car ce principe s'appuie sur des règles très rigides ce qui risque d'altérer la souplesse que réclame le recours aux M.A.R.C. Ce principe interdirait au médiateur d'entendre séparément les parties et l'empêcherait de respecter son obligation de confidentialité alors que la médiation ne peut prospérer que si le médiateur alterne les entretiens en présence des deux parties et les entretiens particuliers. De plus ce principe s'explique d'ordinaire par le rapport de contrainte qui existe et l'obligation de trancher pour le juge or dans les M.A.R.C. ce n'est pas le cas.

Les auteurs favorables à l'application de ce principe ont avancé l'argument suivant : les parties sont en conflit et doivent donc être logées à la même enseigne, afin de pouvoir s'exprimer et défendre leur position. La majorité de la doctrine admet que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité mais analyse cela comme une règle de bon sens et non comme le respect du principe du contradictoire.

En définitive, on constate une certaine réticence de la doctrine à juridictionnaliser les M.A.R.C., ce qui s'explique par le fait que les M.A.R.C. sont avant tout une alternative à la justice étatique. Les auteurs préfèrent appliquer les principes de bonne foi et de bon sens au processus des M.A.R.C. même si les obligations contractuelles ne sont pas toujours clairement affirmées.

Monsieur JARROSSON résume très bien cela en affirmant que « nous nous trouvons au confluent du contrat et du procès »<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> CAMOUS (E.), Règlement non-juridictionnel des litiges de la consommation, contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits, LGDJ, t. 362, 2002.

<sup>262</sup> Op. cit.

La recommandation de 2001 a préféré au principe du contradictoire celui de la transparence car ce qui compte dans les M.A.R.C. c'est que les consommateurs soient informés sur les conditions du recours, de la procédure et du formalisme.

La directive commerce électronique<sup>263</sup> encourage l'édiction de codes de conduite dans ce domaine. Les principes de ces codes pourront acquérir une certaine juridicité si les contrats y font références, cela pourrait même devenir un usage du commerce électronique<sup>264</sup>.

On observe aujourd'hui une procéduralisation des M.A.R.C. et la question d'une éventuelle intervention du législateur se pose sérieusement. Monsieur JARROSSON<sup>265</sup> est contre une telle intervention qui est en contradiction avec la souplesse qui caractérise les M.A.R.C. et avec l'existence même des M.A.R.C. dont le but est d'éviter une procédure judiciaire longue et hasardeuse.

Les M.A.R.C. participent pleinement au phénomène d'autorégulation d'internet. Une intervention du législateur concernant leur encadrement va dans le sens actuel d'une corégulation.

Malgré l'intérêt que présente ces M.A.R.C. pour le cyberconsommateur, ce dernier est libre d'y avoir recours ou non.

### Section III : La justice étatique

Le cyberconsommateur doit pouvoir conserver son droit à l'accès à la justice (§1), qu'il décide de ne pas avoir recours à un M.A.R.C. ou que la médiation ou la conciliation ait échoué (§2).

#### §1 : Préserver le droit à l'accès au juge

Le considérant n° 19 de la recommandation de 1998<sup>266</sup> précise que la flexibilité des M.A.R.C. ne doit pas diminuer le niveau de protection du consommateur par rapport à la protection que lui assurerait, dans le respect du droit communautaire, l'application du droit des tribunaux.

---

<sup>263</sup> Art. 16.

<sup>264</sup> En ce sens, A. CAPRIOLI, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, Revue de l'arbitrage 1999, n° 2, p. 225 et s.

<sup>265</sup> JARROSSON (Ch.), Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, R.I.D.C., 2-1997, p. 325 et s.

<sup>266</sup> Op. cit.

Les deux recommandations<sup>267</sup> rappellent clairement que le droit à l'accès aux tribunaux, consacré par l'article 6 de la CEDH, est un droit fondamental.

Les M.A.R.C. se développent considérablement et semblent avoir vocation à supplanter le juge étatique dans le commerce électronique. Mais ces M.A.R.C. restent et doivent rester une alternative à la procédure judiciaire. Les arbitres, médiateurs et conciliateurs doivent donc coexister avec les juges étatiques.

## §2 : Coexistence avec le juge étatique

Le juge français est également investi d'une mission de conciliation. L'article 21 du NCPC incite le juge à concilier les parties. En France, devant certaines juridictions d'exception telles que le Conseil de Prud'hommes et le Tribunal paritaire des baux ruraux, la tentative de conciliation est obligatoire. La tentative de conciliation est également un préalable obligatoire en matière de divorce ou de saisie des rémunérations.

Si le juge peut lui-même concilier les parties, la loi du 8 février 1995 lui permet désormais avec l'accord des parties de nommer un tiers, arbitre, médiateur, conciliateur ou expert.

Le conciliateur est par exemple nommé par le premier président de la Cour d'Appel, sur proposition du juge d'instance après avis du procureur général, pour une période d'un an à l'issue de laquelle il peut être reconduit dans ses fonctions pour deux ans.

Dans tous les cas, la durée de la conciliation ou de la médiation est fixée par le juge. Celui-ci peut toutefois renouveler la mission du conciliateur ou médiateur ou y mettre fin avant l'expiration du délai à la demande du médiateur.

Ces M.A.R.C. judiciaires démontrent que justice étatique et M.A.R.C. peuvent coexister.

L'écueil des M.A.R.C. judiciaires est que les parties craignent une trop grande intervention du juge et de voir la conciliation imposée. Le risque est également qu'ils ne soient qu'un moyen pour le juge de se défausser de sa mission ou encore un moyen d'exercer un chantage sur un cocontractant qui aura le choix entre une conciliation ou la poursuite d'une procédure longue et coûteuse<sup>268</sup>.

---

<sup>267</sup> Respectivement les considérants n° 21 et n° 14.

<sup>268</sup> WOOG (J-C.), Les mérites des M.A.R.C., la pratique de l'amour obligé et les risques de l'acharnement conciliatoire, Gaz. Pal., 1999, p.1346

C'est pourquoi les parties ont aujourd'hui davantage recours aux M.A.R.C. conventionnels ce qui n'empêche pas, en cas d'échec, le recours à un procès car les M.A.R.C. ne sont pas une éviction systématique du juge, le passage par le juge est parfois obligatoire par exemple pour obtenir une mesure conservatoire ou une mesure provisoire.

Le commerce électronique est un défi pour le juge<sup>269</sup> non dans le sens où il va devoir s'adapter, il a déjà prouvé qu'il pouvait le faire, mais parce qu'il va devoir repenser sa compétence et ses pouvoirs. Le juge va devoir être actif, imaginatif, créateur, se déclarer compétent plus largement et élargir ses pouvoirs, c'est-à-dire être plus présent et contribuer à faire le droit en ce domaine. Mais il va devoir également apprendre à s'effacer face aux cybermédiateurs et cyberjuges. Ces deux modes de résolution des litiges peuvent coexister. Le recours au juge ne disparaît pas, les M.A.R.C. doivent rester alternatifs ou plutôt optionnels.

---

<sup>269</sup> VIVANT (M.), Le commerce électronique, défi pour le juge, D. aff. 2003, n° 10, p. 674.

Les M.A.R.C. ou Modes Alternatifs de Règlement des Conflits permettent au cyberconsommateur d'éviter les nombreux inconvénients que représentent une procédure judiciaire et ainsi de pouvoir trouver une solution rapide, adaptée et peu onéreuse à son conflit. En l'absence de ces M.A.R.C., le cyberconsommateur qui ne désire pas être confronté à une procédure judiciaire pourrait à l'avenir décider de ne plus contracter par la voie électronique ce qui constituerait un frein au développement du commerce électronique. Les M.A.R.C. permettent donc le développement du commerce électronique tout en augmentant la confiance du cyberconsommateur.

Les M.A.R.C. se sont très vite adaptés à internet, en développant des M.A.R.C. en ligne, qui ont naturellement trouvé à s'appliquer aux litiges de cyberconsommation permettant au cyberconsommateur de faire valoir ses intérêts tout en assurant le développement du commerce électronique. Après la pratique, c'est le législateur communautaire qui est venu encourager le développement du recours aux M.A.R.C.

Néanmoins ces modes extrajudiciaires de résolution des conflits ne sont pas exempts de toute critique, ils comportent notamment le risque de voir contourner les règles d'ordre public de protection du consommateur. Les M.A.R.C. ont une nature conventionnelle car ils reposent sur le contrat, les garanties contractuelles du droit commun des contrats leur sont donc applicables. Mais ces garanties ne semblent plus suffire aujourd'hui car on constate une procéduralisation de ces M.A.R.C. Or l'application de principes de procédure tel que le principe du contradictoire conduit à une dénaturalisation des M.A.R.C. Ce débat concerne les M.A.R.C. en général mais il revêt une acuité particulière en matière de cyberconsommation en raison de la protection du cyberconsommateur que l'on cherche à assurer et marque la volonté d'encadrer ces M.A.R.C.

Si les M.A.R.C. tendent aujourd'hui à supplanter la justice étatique dans le domaine de la cyberconsommation, ils ne la remplaceront jamais car ils doivent conserver leur caractère alternatif afin de préserver le droit fondamental de l'accès à la justice.

## CONCLUSION

Le contrat électronique parce qu'il est conclu sans la présence physique des parties et par le biais d'une technique de communication à distance est un contrat à distance au sens de l'article L 121-16 du code de la consommation. Lorsqu'il est conclu avec un cyberconsommateur il rejoint la catégorie des contrats dits « de consommation », pour lesquels le législateur a mis en place un système de protection relativement efficace. Ces règles que l'on retrouve dans le droit commun des contrats et plus particulièrement dans le droit de la consommation sont applicables au contrat électronique, mais l'actualité législative en matière de commerce électronique prouve que des règles spécifiques sont aussi nécessaires.

Mais en ce domaine deux objectifs contradictoires s'opposent : d'une part un objectif économique de développement du commerce électronique et d'autre part un objectif juridique de protection du cyberconsommateur. Or le développement du commerce électronique passe par une confiance indispensable des cyberconsommateurs et cette dernière peut être assurée par une protection accrue des cyberconsommateurs. Ces deux objectifs ne sont donc pas contradictoires et le législateur français ne s'y est pas trompé en intitulant son projet de loi de transposition de la directive commerce électronique « projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique »<sup>270</sup>.

La protection du cyberconsommateur passe par la prévention, elle intervient donc principalement au stade de la formation du contrat et plus particulièrement dans la protection du consentement du cyberconsommateur. L'analyse du système de protection du cyberconsommateur montre qu'il existe une influence réciproque du droit commun des contrats et du commerce électronique qui s'accompagne également d'une importante complémentarité.

Ainsi au stade de la présentation du produit ou du service, on observe une influence du droit commun des contrats par l'application des règles sur la publicité trompeuse et mensongère ou encore celles relatives à l'obligation précontractuelle d'information en matière d'offre. L'ensemble de ces règles s'est cependant avérée insuffisante pour tenir compte des

---

<sup>270</sup> Voir en annexes.

spécificités du contrat électronique et les règles du commerce électronique sont venues compléter le droit commun des contrats sans le modifier, notamment en ce qui concerne la lutte contre les communications commerciales non sollicitées ou spamming et l'obligation précontractuelle d'information sur les différentes étapes de la formation du contrat électronique.

En revanche, au stade de la conclusion du contrat électronique on observe une forte influence des règles du commerce électronique qui ont obligé le droit commun des contrats à s'adapter par une réforme importante. La réforme toujours en cours, prévoit l'insertion des articles 1369-1 à 1369-3 dans le code civil qui consacrent un nouveau système de conclusion des contrats entre absents, à savoir le système du double clic, et l'insertion des articles 1108-1 et 1108-2 qui posent une exception au principe du consensualisme en consacrant l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique. Le système du double clic permet au cyberconsommateur de prendre le temps de la réflexion et de donner un consentement clair et éclairé tandis que la reconnaissance de l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique répond à la demande du législateur communautaire de supprimer les obstacles à la conclusion de contrats par la voie électronique.

La formation du contrat électronique peut être source de conflits et il ne suffit pas d'accorder des droits aux cyberconsommateurs pour rendre effective leur protection, encore faut-il qu'ils disposent de procédures efficaces leur permettant de défendre leurs intérêts. Avec la cyberconsommation, les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (M.A.R.C.), tels que l'arbitrage, la médiation et la conciliation, ont trouvé un nouveau domaine de prédilection. Il existe désormais de nombreux M.A.R.C. en ligne aux côtés des M.A.R.C. « traditionnels ». Outre les avantages qu'ils présentent pour les cyberconsommateurs, ils illustrent une parfaite complémentarité entre le droit commun des contrats sur lequel ils reposent et le commerce électronique auquel ils ont su s'adapter.

L'influence réciproque du droit commun des contrats et du commerce électronique observée au travers de l'analyse de la protection du cyberconsommateur au stade de la formation du contrat électronique est riche de deux enseignements. Tout d'abord, elle confirme l'influence toujours grandissante du droit communautaire sur notre droit des obligations et ensuite elle

prouve que notre droit est bien un droit vivant qui sait évoluer avec la société et s'adapter dans le but en l'espèce d'assurer une protection efficace du cyberconsommateur.

## ANNEXES

- **Extraits du projet de loi modifié par le sénat pour la confiance dans l'économie numérique**, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2003, Doc. AN n° 991.

Ces extraits concernent la transposition de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juill. 2000.

Il s'agit de la version la plus récente du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. A la date du 18 septembre 2003, ce texte se trouve toujours à l'Assemblée nationale pour une deuxième lecture.

- **Contrat-type de commerce électronique commerçants-consommateurs**, AFCEE (Association Française pour le Commerce et les Echanges électroniques) et CCIP (Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris), juin 1998, disponible à l'adresse suivante : <http://www3.ccip.fr/etudes/dossiers/contrat/CONTRAT>.

Ce contrat a été élaboré par MM. Jean-Paul SAILLAUD, Michel VIVANT, Olivier ITEANU, Michel TOPORKOFF, Hubert BITAU, Arnaud BRUNET et Mmes Anne OUTIN-ADAM et Dominique MORENO.

- **Recommandation de la Commission du 4 avril 2001** relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, JOCE, n° L 109/56, 19 avr. 2001.

N° 991

**ASSEMBLÉE NATIONALE**  
**CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958**  
**DOUZIÈME LÉGISLATURE**

Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 26 juin 2003.

**PROJET DE LOI**

modifié par le sénat

*pour la confiance dans l'économie numérique.*

transmis par

M. LE PREMIER MINISTRE

à

M. LE PRÉSIDENT DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE

(Renvoyé à la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire)

*Le Sénat a modifié, en première lecture, le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, dont la teneur suit :*

Voir les numéros :

*Assemblée nationale* : **528, 612, 608** et T.A. **89**.

*Sénat* : **195, 345, 342, 351** et T.A. **140** (2002-2003).

TITRE II  
**DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE\***

Chapitre I<sup>er</sup>

**Principes généraux**

**Article 6**

Le commerce électronique est l'activité par laquelle une personne, agissant à titre professionnel, propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.

Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social.

**Article 7**

I. - L'activité définie à l'article 6 s'exerce librement sur le territoire national à l'exclusion des domaines suivants :

1° Les jeux d'argent, y compris sous forme de paris et de loteries, légalement autorisés ;

2° Les activités de représentation et d'assistance en justice ;

3° Les activités exercées par les notaires en application des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat.

II. - En outre, lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France, l'activité définie à l'article 6 est soumise au respect :

1° Des dispositions relatives au libre établissement et à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté européenne dans le domaine de l'assurance, prévues aux articles L. 361-1 à L. 364-1 du code des assurances ;

2° Des dispositions relatives à la publicité et au démarchage des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, prévues à l'article L. 214-12 du code monétaire et financier ;

3° Des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et à la concentration économique, prévues aux titres II et III du livre IV du code de commerce ;

4° Des dispositions relatives à l'interdiction ou à l'autorisation de la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique ;

5° Des dispositions du code général des impôts ;

6° Des droits protégés par le code de la propriété intellectuelle.

\*Les articles conformes ont été repris sur le projet de loi adopté en 1ère lecture par l'Assemblée nationale, Doc. AN n° 89.

### **Article 7 bis (nouveau)**

L'activité définie à l'article 6 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.

L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :

1° De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;

2° De déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi française pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national ;

3° De déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les engagements qui y sont pris, prévues aux articles L. 181-1 à L. 183-2 du code des assurances.

### **Article 8**

Dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice de leur activité par les personnes mentionnées à l'article 7 peuvent être prises par l'autorité administrative lorsqu'il est porté atteinte ou qu'il existe un risque sérieux et grave d'atteinte au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et financier.

### **Article 9**

Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 6 est tenue d'assurer, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :

1° S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;

2° L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ;

3° Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ;

4° Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 *ter* du code général des impôts, son numéro individuel d'identification ;

5° (*nouveau*) Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ;

6° (*nouveau*) Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite.

Les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce.

## Chapitre II

### La publicité par voie électronique

#### *Article 10 (conforme)*

*Il est inséré, après l'article 43-14-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précitée, un article 43-15 ainsi rédigé :*

*« Art 43-15. - Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication publique en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée.*

*« L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation. »*

#### *Article 11(conforme)*

*Sont insérés, après l'article L. 121-15 du code de la consommation, les articles L. 121-15-1, L. 121-15-2 et L. 121-15-3 ainsi rédigés :*

*« Art. L. 121-15-1. - Les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message.*

*« Art. L. 121-15-2. - Sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1, les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles.*

*« Art. L. 121-15-3. - Les articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 sont également applicables aux publicités, offres, concours ou jeux à destination des professionnels.*

*« Les infractions aux dispositions des articles L. 121-15-1 et L. 121-15-2 sont passibles des peines prévues à l'article L. 121-6. Elles sont recherchées et constatées dans les conditions prévues à l'article L. 121-2. Les articles L. 121-3 et L. 121-4 sont également applicables. »*

### **Article 11 bis (nouveau)**

Après le 10° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, il est inséré un 10° bis ainsi rédigé :

« 10° bis Courrier électronique.

« On entend par courrier électronique tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau ouvert au public qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ; ».

### **Article 12**

I. - L'article L. 33-4-1 du code des postes et télécommunications est ainsi rédigé :

*« Art. L. 33-4-1. - Est interdite la prospection directe, notamment la publicité, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées de toute personne qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.*

*« Est interdite la prospection directe, notamment la publicité, au moyen de courriers électroniques utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique ou morale non inscrite au registre du commerce et des sociétés qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir de tels courriers électroniques.*

*« Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, à*

l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

« Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé.

« La Commission nationale de l'informatique et des libertés recueille, par tous moyens, y compris par courrier électronique, les plaintes relatives au non-respect des dispositions du présent article.

« Les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce.

« Un décret en Conseil d'Etat précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article, notamment eu égard aux différentes technologies utilisées. »

II. - L'article L. 121-20-5 du code de la consommation est ainsi rédigé :

« *Art. L. 121-20-5.* - Sont applicables les dispositions de l'article L. 33-4-1 du code des postes et télécommunications, ci-après reproduites :

« " *Art. L. 33-4-1.* - Est interdite la prospection directe, notamment la publicité, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées de toute personne qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen.

« " Est interdite la prospection directe, notamment la publicité, au moyen de courriers électroniques utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique ou morale non inscrite au registre du commerce et des sociétés qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir de tels courriers électroniques.

« " Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses

coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

« " Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé.

« " La Commission nationale de l'informatique et des libertés recueille, par tous moyens, y compris par courrier électronique, les plaintes relatives au non-respect des dispositions du présent article.

« " Les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce.

« " Un décret en Conseil d'Etat précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article, notamment eu égard aux différentes technologies utilisées. " »

III. - *Supprimé* Après le 10° de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications, il est inséré un 10° bis ainsi rédigé :

« 10° bis Courrier électronique.

« On entend par courrier électronique tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère; ».

IV. - Les dispositions des I et II entreront en vigueur six mois après l'entrée en vigueur de la présente loi. Jusqu'à cette date, les informations relatives aux clients ou prospects ayant été collectées loyalement pourront être utilisées une fois et une seule afin d'offrir à ces derniers la faculté d'exprimer leur consentement à de futures opérations de prospection directe.

### **Article 13 (Conforme)**

*L'article L. 121-20-4 du code de la consommation est complété par un alinéa ainsi rédigé :*

« Les dispositions des articles L. 121-18 et L. 121-19 sont toutefois applicables aux contrats conclus par voie électronique lorsqu'ils ont pour objet la prestation des services mentionnés au 2°. »

### **Article 13 bis (nouveau)**

A la fin de la dernière phrase de l'article L. 121-27 du code de la consommation, les références : « aux articles L. 121-16 et L. 121-19 » sont remplacées par les références : « aux articles L. 121-18, L. 121-19, L. 121-20, L. 121-20-1 et L. 121-20-3 ».

### Chapitre III

#### **Les obligations souscrites sous forme électronique**

##### **Article 14**

I. - Après l'article 1108 du code civil, sont insérés les articles 1108-1 et 1108-2 ainsi rédigés :

« *Art. 1108-1.* - Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

« Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même.

« *Art. 1108-2.* – (Non modifié) *Il est fait exception aux dispositions de l'article 1108-1 pour :*

« *1° Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions;*

« *2° Les actes soumis à autorisation ou homologation de l'autorité judiciaire;*

« *3° Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession. »*

II. - Après le chapitre VI du titre III du livre III du même code, il est inséré un chapitre VII ainsi rédigé :

« *Chapitre VII*

« ***Des contrats sous forme électronique***

« *Art. 1369-1.* - Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services transmet les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.

« Un décret précise les modalités de transmission des conditions contractuelles au destinataire de l'offre en cas d'impossibilité technique de satisfaire à l'obligation de conservation et de reproduction mentionnée au premier alinéa. Dans les cas d'impossibilité technique, cette obligation ne s'applique pas aux services dont le montant est inférieur à un seuil fixé par arrêté ministériel.

« L'offre énonce en outre :

« 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

« 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;

« 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

« 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

« 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre.

« *Art. 1369-2.* – (non modifié) Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation.

« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

« La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

« *Art. 1369-3.* – (non modifié) Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-1 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

« Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-2 et des 1° à 5° de l'article 1369-1 dans les conventions conclues entre professionnels. »

### **Article 15 (conforme)**

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique.

L'ordonnance prévue à l'alinéa précédent devra être prise dans l'année suivant la publication de la présente loi.

Un projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance.

### **Article 16 (conforme)**

Il est inséré, après l'article L. 134-1 du code de la consommation, un article L. 134-2 ainsi rédigé :

« *Art. L. 134-2.* - Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande. »









































# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages généraux

- CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.), Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2000.
- CARBONNIER, Droit civil, T. 4, Les obligations, PUF, 22<sup>e</sup> éd., 2000.
- GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (J.), Lexique, Termes juridiques, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 1998.
- Lamy droit de l'informatique et des réseaux, éd. 2003, sous la responsabilité de M. VIVANT.
- MERCADAL (B.), Droit des affaires, Contrats et droits de l'entreprise, Mémento pratique Francis LEFEBVRE, 9<sup>e</sup> éd., 2001.
- TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), Droit civil, Les obligations, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2002.

## Ouvrages spécialisés et thèses

- BENSOUSSAN (A.), BREBANT (Y.), Les arrêts tendance de l'internet, Hermès Science Publication, 2000.
- BLAISE (C.), Le commerce électronique entre professionnels sur le réseau Internet, Mémoire sous la direction de M. le Professeur J. HUET, disponible à l'adresse suivante <http://www.eridia.com/cblaise>.
- BOCHURBERG (L.), Internet et commerce électronique, Encyclopédie Delmas, 1<sup>e</sup> éd., 1999.
- BRUYLANT, Commerce électronique, le temps des certitudes, Bruxelles, 2000.
- CAMOUS (E.), Règlement non-juridictionnel des litiges de la consommation, contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits, LGDJ, t. 362, 2002.
- CACHARD (O.), La régulation internationale du marché électronique, LGDJ, t. 365, 2002.
- DEPRez (P.) et FAUCHOUX (V.), Les contrats de l'internet et du multimédia, éd. Dixit, 2000.

- DUFOUR (A.), Internet, PUF, coll. Que sais-je ? , 8<sup>e</sup> éd., 2000.
- FALQUE-PIERROTIN (I.), Internet, Enjeux juridiques, Doc. fr., 1997.
- FERAL-SCHUHL (C.), Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2000.
- GROUPE DES ECOLES DES TELECOMMUNICATIONS, Ethique et société de l'information, sous la direction de D. Bahu-Leyser et P. Faure, Doc. fr., 2000.
- HUITEMA (C.), Et dieu créa l'internet..., Eyrolles, 1999.
- ITEANU (O.), Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Eyrolles, 1996.
- JARROSSON (Ch.), La notion d'arbitrage, L.G.D.J. 1987.
- JEAN-BAPTISTE (M.), Créer et exploiter un commerce électronique, éd. Litec, 1998.
- LITTY (O.), Inégalité des parties et durée du contrat, étude de quatre contrats d'adhésion usuels, LGDJ, t. 322, préface J. Ghestin, 1999.
- MARTIN-LALANDE (P.), L'internet, un vrai défi pour la France, Doc. fr., 1998.
- NOTAISE (J.), BARDA (J.) et DUSANTER (O.), Dictionnaire du multimédia, audiovisuel, informatique, télécommunication, AFNOR, 2<sup>e</sup> éd., 1996.
- SAUPHANOR (N.), L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ, t. 326, 2000.
- Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002.
- TRUDEL (P.), ABRAN (F.), BENYEKHFLEF (K.), Droit du cyberspace (Université de Montréal), Thémis, 1997.
- VERBIEST (Th.), La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.
- VIVANT (M.), Les contrats du commerce électronique, Litec, 1999.

## Etudes doctrinales et articles

- A. CAPRIOLI (E.), Contrats informatiques et clauses abusives, Contrats, conc., consom., juin 1996, p. 1.
- A. CAPRIOLI (E.), Sécurité et confiance électronique. Signature numérique et autorité de certification, JCP éd. G 1998, I 123, p. 583.
- BERNAULT (C.), Directive commerce électronique, les communication commerciales sur internet, in Expertises, juin 2001, p. 220.

- BLACK (J.), L'arsenal discret des pollueurs de mail, Le Monde, 27 juin 2002, p. 23.
- BOUTELLER (P.), La protection du consommateur et l'organisation d'une loterie publicitaire, JCP éd. E, 24 oct. 2002, p. 1706.
- CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ. 1994, p. 239.
- CALAIS-AULOY (J.), Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 93.
- CATALA (P.), L'électronique et la cohérence du Droit, Com. com. électr., févr. 2001, n° 2, Repères.
- CATHELIN (A.), La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive..., Contrats, conc., consom., déc. 1999, chr. 13, p. 4.
- CHAZAL (J-P.), Le consommateur existe-t-il ? , D. 1997. chron. p. 260.
- CHEFFERT (J-M.), Le commerce électronique : autorégulation et asymétrie d'information, Revue Ubiquite, n°12/2002, p. 31.
- COHEN (C.), Les habits neufs de la conciliation et de la médiation, le décret du 28 décembre 1998 -ou- Quand le droit rattrape le fait-, Gaz. Pal., 1999, p.1287.
- DE CORDOVEZ (M-L.) et LIPOVETSKY (S.), La loi Toubon confrontée aux technologies de l'information, Com. com. électr., juin 2002, chron. 16, p. 19.
- DUMESTE (M-H.), Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 44.
- Equipe de Recherche Création Immatérielle et Droit (ERCIM) s/s la resp. de Michel VIVANT, Informatique, droit de l'internet, JCP éd. E, 23 janv. 2003, p. 171.
- ESPAGNON (M.), Le paiement d'une somme d'argent sur internet : Evolution ou révolution du droit des moyens de paiement ?, JCP éd. G 1999, I 131, p. 787.
- FAURAN (B.), Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet, Gaz. Pal., 24-26 mars 2002, p.36.
- FOREST (D.), FRIEDMAN (D.), Le spamming devant les tribunaux, L'e-mail indésirable, Legalis.net, 2002-3, p. 93.
- GALLO (G.), Les promotions sur la toile, Rev. conc. consom., n° 129, sept-oct. 2002, p. 43.
- GATSI (J.), La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997, D. aff. 1997, p. 1378.

- GAVANON (I.), La directive « Commerce électronique » : continuité ou nouveauté juridique ?, Com. com. électr., déc. 2001, chr.28, p.10.
- GIAUME (C.), Le non-professionnel est-il un consommateur ?, Petites affiches, 23 juill. 1990, p. 27.
- GREGOIRE (S.), L'offre d'accès à internet et la protection des consommateurs, Droit de la consommation, Contrats, conc., consom. hors série déc. 2000, p. 310.
- GRYNBAUM (L.), La directive « Commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, Com. com. électr., juill.-août 2001, chron. 18, p. 9 et JCP éd. G, 2001, I 307, p. 594.
- GRYNBAUM (L.), note sur le projet de loi sur la société de l'information, 14 juin 2001, Com. com. électr., févr. 2002, p. 29.
- GRYNBAUM (L.), Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique », D. 2002, Le point, p. 378.
- GRYNBAUM (L.), Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » : encore un petit effort de rigueur juridique pour un « contrat électronique » fiable, D. aff. 2003, n° 11, p. 747.
- GRYNBAUM (L.), Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » : après la société de l'information, retour vers le commerce électronique, Com. com. électr., avr. 2003, p. 25.
- HASS (G.) et DE TISSOT (O.), Le pollupostage dans le collimateur de la justice, in Expertises, mai 2002, p.187.
- HUET (J.), La modification du droit sous l'influence de l'informatique : aspect du droit privé, JCP éd. G 1983, I 3095, n° 42.
- HUET (J.), La problématique juridique du commerce électronique, in Le droit des affaires au XXIe siècle, R.J.Com., 2001, n° spécial janv., p. 17. (colloque de Deauville 27-28 juin 2000).
- HUET (J.) et VALMACHINO (S.), Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz. Pal., 9-11 janv. 2000, p. 103.
- JARROSSON (Ch.), Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale, RIDC, 2-1997, p. 325 et s.
- JOURDAIN (P.), Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : Ne pas manquer une occasion de progrès, D. 2003, n° 1, p. 4.

- LAPIERRE DONZEL (C.), Nouvelles technologies de l'information et de la communication, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 11.
- LAPIERRE DONZEL (C.), Nouvelles technologies de l'information et de la communication, vers une mutation économique profonde, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 34.
- LECLERCQ (P.), Le commerce électronique des produits immatériels, Com. com. électr., 2000, chron. 3, p. 10.
- LEPAGE (A.), La responsabilité des fournisseurs d'hébergement et des fournisseurs d'accès à internet, un défi pour la justice du XXIe siècle ?, Com. com. électr., fév. 2002, chron. 5, p. 12.
- LEVENEUR (L.), Le commerce électronique et la protection des cyber-consommateurs, Contrats, conc., consom. 1999, Repères, p. 4.
- LINANT DE BELLEFONDS (X.), Quid du formalisme minimum ?, Com. com. électr., juill. août 2001, Repères.
- LORENTZ (F.), Le commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, mes citoyens et les pouvoirs publics, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 5.
- LUBY (M.), La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance..., Contrats, conc., consom. hors série déc. 2000, p. 58.
- LUBY (M.), Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence !, Contrats, conc., consom., juill. 2002, chron. 14, p. 4.
- LUBY (M.), Sommes-nous tous des consommateurs ?, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p. 44.
- MARTIN (R.), Le consommateur abusif, D. 1987, chron. p. 150.
- MAZEAUD (D.), La parole est à la défense..., D. 2003, n° 1, p. 6.
- MESTRE (J.), Des notions de consommateur, RTD civ. 1989, p. 62.
- MESTRE (J.), Effets du contrat, le point sur les clauses abusives, RTD civ. 1995, p. 360.
- MOLE (A.), LEBON (H.), BENSOUSSAN (A.), Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes (1<sup>e</sup> partie), Gaz. Pal., 17-18 avr. 2002, p.29.
- MOLE (A.), LEBON (H.), BENSOUSSAN (A.), Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes (2<sup>e</sup> partie), Gaz. Pal., 12-13 juill. 2002, p.27.
- MORENO (D.), ARNOUX-EVRAT (V.), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Présentation de la position de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, JCP éd. E, 3 avr. 2003, 100, p. 581.

- PAISANT (G.), Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP éd. E 1993, I 267.
- PAISANT (G.), A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct », JCP éd. G 2003, I 121, p. 549.
- PASSA (J.), Commerce électronique et protection du consommateur, D. aff. 2002, n° 6, P. 555.
- PERRIN (M-D.), Conciliation-Médiation, Petites affiches, 26 août 2002, n°170.
- PERROT (R.), La conciliation en matière civile et commerciale en France. Deuxièmes journées juridiques franco-japonaises, R.T.D. Com. 1988, p.237.
- PIZZIO (J-P.), L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, chron. p. 91.
- POIDEVIN (B.), Le commerce électronique à la lumière du projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique, in Expertises, juin 2003, p. 217.
- POMBIEILH (D.), Le point de vue des juridictions régionales sur la notion de consommateur, Dr. et patrimoine, oct. 2002, p.52.
- RACINE (J-B.) in Centre de recherche en droit économique, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, 2001.
- RAYMOND (G.), Des prélèvements bancaires autorisée par un consommateur, Contrats, conc., consom., 1997, chron. 4, p. 4.
- RIVOISY (J.), La sécurisation des paiements, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 26.
- ROCHFELD (J.), Le contrat ? ... Si je veux !, RTD civ. 2001, p. 969.
- ROZENFELD (S.), L'Europe adopte l'opt-in mais n'interdit pas les cookies, in Expertises, juill. 2002, p. 243.
- ROZENFELD (S.), Projet de loi sur l'économie numérique : un contenu dicté par les directives européennes, in Expertises, févr. 2003, p. 43.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), CERMOLACCE (A.), Image électronique et consommateur, Com. com. électr., févr. 2003, p. 23.
- SIIRIAINEN (F.), Réflexion sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le commerce électronique, Centre de recherche en droit économique (CREDECO), in *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale*, 2001.
- SINAY-CYTERMANN (A.), Protection ou surprotection du consommateur ? , JCP éd. G 1994, I 3804.

- SIOUFFI (B.), La VPCD dans la société de l'information, Rev. conc. consom., n° 101, janv-févr. 1998, p. 40.
- STAUDER (H. et B.), La protection des consommateurs acheteurs à distance, éd. Bruylant 1999.
- TESSALONIKOS (A.), BENSOUSSAN (A.), Risque informatique et sécurité juridique, Gaz. Pal., 17-18 avr. 2002, p.12.
- TESSONNIERE (G.), Compétence judiciaire et contrats conclus sur internet par les consommateurs européens, in Expertises, juin 2001, p. 224.
- TOURNAFOND (O.), Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ?, D. 2003, n° 7, p. 427.
- TROCHU (M.), Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997, D. 1999, chron. p. 179.
- VARET (V.), Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif ?, in Expertises, mai 2002, p. 189.
- VARET (V.), Le cadre juridique du spam : état des lieux, Com. com. électr., sept. 2002, chron. 21, p. 14.
- VERBIEST (T.), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique, Com. com. électr., févr. 2003, p. 9.
- VIVANT (M.), Commerce électronique : un premier contrat type, cahier Lamy de Droit de l'informatique, 1998, E, p. 1.
- VIVANT (M.), Le commerce électronique, défi pour le juge, D. aff. 2003, n° 10, p.674.
- VOLO (P.), Quels nouveaux principes de la directive européenne ?, in Expertises, janv. 2001, p. 27.
- WOOG (J-C.), Les mérites des M.A.R.C., la pratique de l'amour obligé et les risques de l'acharnement conciliatoire, Gaz. Pal., 1999, p.1346
- ZARKALAM (S.), Les avantages et les inconvénients du « med-arb » comme M.A.R.C., Rev. Gén. Proc., 1998, p. 589.
- ZOIA (M.), La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (1<sup>e</sup> partie), Gaz. Pal., 15-17 juill. 2001, p. 16.
- ZOIA (M.), La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2<sup>e</sup> partie), Gaz. Pal., 14-16 oct. 2001, p. 14.
- Atelier de réflexion, « Le cyberconsommateur », Rev. conc. consom., n° 114, mars-avr. 2000, p. 11.

- Consommateur – Notion, Droit de la consommation, éd. du Juris Classeur, hors série déc. 2000, p. 57.

## Actes de colloques et de congrès

Colloque « commerce électronique », Marrakech, 8 et 9 nov. 2001, JCP éd. E, n° 4, supplément JCP éd. E 12 sept. 2002 :

- Rapport introductif, RAVILLON
- Libertés publiques et internet, KORNPORST
- Le droit français et le commerce électronique, MORENO
- Le droit communautaire et le commerce électronique, PIZZIO
- La loi applicable aux contrats de commerce électronique, PAULIK
- La loi applicable à la responsabilité civile, NOURISSAT
- Le règlement des litiges et le commerce électronique, BENCHENEB
- Le droit pénal international et le commerce électronique, BONNARD

## Rapports et documents officiels

- ALVERGNAT (C.), Rapport de la CNIL : Le publipostage électronique et la protection des données personnelles, adopté le 14 oct. 1999, disponible sur le site <http://www.cnil.fr>.
- ALVERGNAT (C.), Rapport de la CNIL : Opération « boîte à spams » : Les enseignements de la CNIL en matière de communications électroniques non sollicitées, adopté le 24 oct. 2002, disponible sur le site <http://www.cnil.fr>.
- DGCCRF, Rapport d'activité 2001, Le commerce électronique.
- DIONIS DU SEJOUR (J.), Rapport sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. AN, n° 612, déposé le 12 février 2003.
- Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, 4 juin 1997.

- Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juill. 2000.
- Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE n° L 271/16, 9 oct. 2002.
- MER (F.), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. AN, n° 528, 21 janv. 2003.
- Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture, le mercredi 26 février 2003, Doc. AN, n° 89.
- Ord. n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO 25 août 2001.
- Recommandation de la Commission du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE, L 115/31, 17 avr. 1998.
- Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, JOCE, L 109/56, 19 avr. 2001.
- TABAROT (M.), Rapport pour avis sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. AN, n° 608, déposé le mardi 11 février 2003.

## Notes et observations de jurisprudence

- GRYNBAUM (L.), note sous TI de Rochefort sur mer, 28 févr. 2001, Com. com. électr., avr. 2002, comm. 59.
- GRYNBAUM (L.), note sous TI Saint-Malo, 18 déc. 2001, Com. com. électr., nov. 2002, p.28.
- LEVENEUR (L.), note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 24 janv. 1995 et 21 fév. 1995, Contrats, conc., consom., 1995, comm. 84.
- MANARA (C.), note sous TGI Paris, 15 janv. 2002, D. 2002, AJ, p.1138.
- MANARA (C.), Rédaction de contrats de vente via internet : quelques indications, TGI Paris, 4 févr. 2003, D. aff. mars 2003, p. 762.

- MARINO (L.), La bonne conduite sur internet : ne pas spammer !, note sous TGI Paris 15 janv. 2002, D. 2002, n° 10, p. 1544.
- MISSE (B.), note sous TGI Paris 15 janv. 2002, Gaz. Pal., 12-13 juill. 2002, p. 46.
- PAISANT (G.), note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 24 janv. 1995, D. 1995, p. 327.
- RAYMOND (G.), note sous CE 27 avr. 1998, Cornette de Saint-Cyr, Contrats, conc., consom., 1999, comm. 15.
- STOFFEL-MUNCK (P.), note sous Cass. Ch. Mixte 6 sept. 2002, Com. com. électr., déc. 2002, p. 24.
- TGI Paris, 15 janv. 2002, Legalis.net 2002-3, p. 112.
- TGI Rochefort sur Mer, 28 févr. 2001, Legalis.net 2002-3, p. 114.

# TABLE DES MATIERES

Introduction.....	5
Chapitre I : La publicité électronique.....	20
Section I : La notion de publicité électronique.....	20
§1 : Définition.....	20
§2 : Les spécificités de la publicité électronique.....	21
A. Une relation ciblée avec le cyberconsommateur.....	21
B. Des formes variées.....	22
Section II : La réglementation de la publicité électronique.....	24
§1 : Une publicité claire et transparente.....	24
A. Le contenu de la publicité.....	24
B. Utilisation de la langue française.....	27
§2 : Les règles particulières du spamming.....	28
A. La notion de spamming.....	28
B. Une solution contractuelle insuffisante.....	30
1) Présentation de la solution contractuelle.....	30
2) Les faiblesses de la solution contractuelle.....	32
C. La solution législative.....	32
1) L'opposition entre le système de l'opt-out et de l'opt-in.....	33
2) Le droit communautaire.....	34
3) Le droit français .....	36
Chapitre II : L'offre électronique.....	38
Section I : La notion d'offre électronique.....	38
§1 : La différence avec la publicité électronique.....	38
§2 : Une offre de contrat à distance.....	39
Section II : Une obligation précontractuelle d'information renforcée.....	41
§1 : Le contenu de l'obligation précontractuelle d'information.....	42
§2 : Exécution de l'obligation précontractuelle d'information .....	45
A. Un manque de précision regrettable.....	45
B. La confirmation de l'information.....	48
Section III : La durée de validité de l'offre électronique.....	49
Chapitre I : Le moment de la conclusion du contrat électronique.....	54
Section I : Détermination du moment de la conclusion du contrat électronique.....	54

§1 : Les enjeux.....	54
§2 : Insuffisance du droit commun des contrats.....	56
Section II : Consécration du système du « double clic ».....	57
§1 : Un système formaliste.....	58
§2 : Une exception critiquable.....	59
Section III : Le droit de rétractation.....	60
Chapitre II : Le formalisme contractuel.....	66
Section I : Un formalisme contractuel protecteur mais inadapté à l'univers électronique....	66
§1 : Un formalisme protecteur.....	66
§2 : Un formalisme inadapté au développement du commerce électronique.....	67
Section II : Une réforme du droit des contrats nécessaire.....	68
§1 : Propositions de réforme.....	69
§2 : Le choix d'un texte général .....	70
Chapitre I : Un recours encouragé.....	77
Section I : Les causes pratiques de l'essor des M.A.R.C. dans les litiges de cyberconsommation.....	77
§1 : Les avantages des M.A.R.C.....	77
A. Le rapprochement des parties.....	77
B. Un recours peu onéreux.....	78
C. Une réponse rapide et spécifique.....	79
§2 : Faveurs accordées à la médiation et la conciliation.....	80
Section II : Le rôle du législateur.....	80
§1 : Le législateur communautaire.....	81
§2 : Le retard du législateur français.....	82
Chapitre II : Un recours encadré.....	85
Section I : Analyse critique des M.A.R.C.....	85
Section II : Les garanties offertes.....	87
§1 : Des garanties contractuelles insuffisantes.....	87
§2 : L'opportunité de garanties procédurales.....	89
A. Les garanties relatives au tiers.....	89
B. Les garanties relatives au dialogue.....	90
Section III : La justice étatique.....	92
§1 : Préserver le droit à l'accès au juge .....	92

§2 : Coexistence avec le juge étatique.....	93
CONCLUSION.....	96
Annexes.....	103
Bibliographie.....	
133Table	des
matières.....	145