

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER I

CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE
(UMR 5815 CNRS Dynamiques du Droit)

Master 2 Consommation et Concurrence

**La protection du consommateur et le
contrat en ligne**

Par :

Virginie Geslak

Directeur de Mémoire : Madame Hélène DAVO

Année Universitaire : 2010-2011

SOMMAIRE

<u>INTRODUCTION</u>	5
<u>PARTIE I</u> : LA PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR ET LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	13
<u>TITRE I</u> : L'INFORMATION DU CYBERCONSOMMATEUR AVANT LA CONCLUSION DU CONTRAT	14
<u>CHAPITRE I</u> : LA PROMOTION DES VENTES SUR UN SITE MARCHAN EN LIGNE	14
<u>SECTION I</u> : UNE PUBLICITÉ ÉLECTRONIQUE ENCADRÉE	16
<u>SECTION II</u> : UNE PUBLICITÉ SPÉCIFIQUE	22
<u>CHAPITRE II</u> : L'OFFRE SUR INTERNET : PHASE PRÉALABLE A LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	36
<u>SECTION I</u> : LA NOTION D'OFFRE A DISTANCE	36
<u>SECTION II</u> : L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE RENFORCÉE	41
<u>TITRE II</u> : LA PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR ET LA CONCLUSION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	59
<u>CHAPITRE I</u> : LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	60
<u>SECTION I</u> : LE MOMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	60
<u>SECTION II</u> : L'OBLIGATION DU PROFESSIONNEL DE CONFIRMER LA COMMANDE	64
<u>CHAPITRE II</u> : UNE PROTECTION RENFORCÉE DU CYBERCONSOMMATEUR	66
<u>SECTION I</u> : LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ET DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE	66
<u>SECTION II</u> : LE DROIT DE RÉTRACTATION	72

<u>PARTIE II</u> : L'EXECUTION DU CONTRAT EN LIGNE ET LE RÉGLEMENT DES LITIGES	81
<u>TITRE I</u> : L'EXECUTION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	82
<u>CHAPITRE I</u> : LE CYBERCONSOMMATEUR ET LA SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE	82
<u>SECTION I</u> : LE PAIEMENT EN LIGNE	83
<u>SECTION II</u> : LA SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE	88
<u>CHAPITRE II</u> : LES OBLIGATIONS DU CYBERÇOMMERCANT LIÉES À L'EXECUTION DU CONTRAT	94
<u>SECTION I</u> : LA LIVRAISON DU BIEN COMMANDÉ EN LIGNE	95
<u>SECTION II</u> : LES OBLIGATIONS DE L'E-COMMERCANT APRÈS LA RÉALISATION DE LA LIVRAISON	102
<u>TITRE II</u> : LA RESPONSABILITÉ DU CYBERMARCHAND ET LE RÉGLEMENT DES LITIGES	110
<u>CHAPITRE I</u> : LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DU CYBERMARCHAND	110
<u>SECTION I</u> : LA NATURE DE CETTE RESPONSABILITÉ	111
<u>SECTION II</u> : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ	114
<u>CHAPITRE II</u> : LE RÉGLEMENT DES LITIGES	117
<u>SECTION I</u> : UNE PROTECTION COMMUNAUTAIRE INADAPTÉE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	118
<u>SECTION II</u> : LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET LE DÉVELOPPEMENT DES SOLUTIONS ALTERNATIVES	124
<u>CONCLUSION</u>	140

BIBLIOGRAPHIE

135

TABLES DES MATIÈRES

142

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier ma directrice de mémoire, Mme Hélène DAVO, mon directeur de Master, M. Henri Temple, et M. David THIRY (Directeur Général D3T), qui m'ont conseillé, du temps et de l'attention, m'ont conseillé et m'ont soutenu tout au long de mon mémoire.

INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, l'Internet constitue une véritable révolution. Aujourd'hui tous les pays sont connectés à Internet et quand on parle d'Internet on pense en priorité à sa dimension mondiale. L'Internet s'est développé dans tous les domaines possibles et inimaginables. Il constitue une source d'information à dimension planétaire, un moyen de communication qui permet une rapidité des échanges extraordinaire et un moyen d'exercer une activité commerçante. Internet est caractérisé par la dématérialisation des actes, la maîtrise de la distance et le gain considérable de temps.

Néanmoins, l'espace virtuel que constitue Internet est porteur de risques car il permet le développement d'activités illicites, la circulation d'informations fausses, la propagation rapide de virus informatiques.

On s'aperçoit que le développement d'Internet a permis de développer un nouveau type de commerce qui est « Le Commerce Electronique ». La LCEN¹ a défini pour la première fois en droit français la notion de commerce électronique comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ». Cette activité est définie de manière très large puisqu'elle comprend à la fois les services de fournitures d'informations en ligne, de communications commerciales et les outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. Au-delà de l'activité de vente de produits ou de services payants en ligne, le commerce électronique couvre donc un panel de services étendu qui touche les services d'information ou de presse en ligne, les services de promotion ou d'annonces publicitaires, ainsi que les moteurs de recherches et la fourniture d'accès à Internet ou d'hébergement de sites web.

¹ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

Le commerce électronique constitue aujourd'hui la forme la plus achevée du commerce à distance. L'acheteur dispose d'un moyen supplémentaire, rapide et efficace pour contracter sans déplacement physique ; d'une variété de produits et services nationaux et internationaux qui ne se trouvent pas forcément dans les magasins ; d'une possibilité de comparer les prix facilement.

Le vendeur lui trouve un mode de distribution de masse. Il peut profiter de la souplesse d'Internet et de sa forte potentialité publicitaire grâce à la multiplicité de formes telles les bandeaux, le courrier électronique, les forums et bien sûr le web qui lui permet de présenter ses produits et services à un public planétaire. Internet permet de mieux cibler l'offre, de conquérir de nouveaux marchés tout en payant un prix moindre puisqu'il limite le recours à plusieurs intermédiaires.

La chambre de commerce et de l'industrie de Paris a élaboré un contrat-type de commerce électronique qui a été remis à jour le 1^{er} janvier 2008 en tenant compte de l'évolution des législations et des pratiques relatives à la spécificité du commerce électronique. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris a élaboré un modèle de contrat qui a vocation à servir de référence de base pour régir chaque étape de la transaction commerciale. Il est conçu selon quatre approches :

- Des clauses-types qui fixent et adaptent les règles de droit
- Des observations se présentant comme un guide d'application des clauses
- Des précautions à prendre concernant certains points délicats (zone géographique de couverture de l'offre, produits réglementés, règlement des litiges...)
- Des questions et réponses pratiques susceptibles de répondre aux interrogations ou incertitudes du consommateur qui hésite encore à passer commande.

Dans un souci de garantir la meilleure sécurité juridique possible, ce document a pour objectif de mettre en évidence pour chaque clause les choix à opérer par les commerçants et les risques encourus.²

Selon la définition de l'OCDE, le commerce électronique ou e-commerce en anglais est « la vente ou l'achat de biens ou de services, effectués par une entreprise, un particulier, une administration ou toute autre entité publique ou privée, et réalisés au moyen d'un réseau électronique ». On distingue :

- L'échange électronique entre entreprises, souvent appelé B To B (Business To Business). Il s'agit de sites web marchands.
- Le commerce électronique entre particuliers, ou C To C (Consumer To Consumer). Il s'agit de sites web permettant la vente entre particuliers.
- L'échange électronique entre les entreprises privées et le gouvernement, souvent appelé B To G (Business to Government) ou B To A (Business To Administration).

La fédération du e-commerce et de la vente à distance, créée en 1957, fédère aujourd'hui plus de 500 entreprises et près de 800 sites internet. Elle permet l'organisation représentative du secteur du commerce électronique et de la vente à distance. La FEVAD a notamment pour mission de recueillir et diffuser l'information permettant l'amélioration de la connaissance du secteur et d'agir en faveur du développement durable et éthique de la vente à distance et du commerce électronique en France.

La FEVAD³ a dressé un bilan relatif aux ventes sur Internet au 1er trimestre 2011.⁴ Les ventes sur Internet ont progressé de 20% au 1er trimestre 2011. Le chiffre d'affaires de l'ensemble

² www.etudes.ccip.fr

³ La fédération e-commerce et ventes à distance.

des sites en ligne atteint 8,8 milliards d'euros. Le nombre d'acheteurs et d'entreprises ont progressé de manière significative : le nombre d'acheteurs progresse de + de 11% et le nombre de sites de + de 28% par rapport au même trimestre en 2010. On compte désormais 85300 sites marchands soit 18500 sites supplémentaires en un an. La valeur des transactions en ligne réalisées par les plateformes sécurisées de paiement continue de progresser rapidement (+21%) au cours du 1er trimestre 2011. 83,3 millions de transactions ont été réalisées. Le chiffre d'affaires des 40 sites leaders a progressé de 11% sur un an. La croissance des ventes en ligne de produits grand public (B To B) se maintient au 1er trimestre 2011 au rythme élevé quasi équivalent à celui de 2010 (+10%) tiré par la forte progression du textile-mode (+16%). Les produits techniques affichent une croissance de 7%. Ces résultats interviennent dans un contexte de tassement de la consommation des ménages sur les 3 premiers mois de l'année : +1% (Source INSEE, Note de conjoncture mars 2011 ; indice de la consommation des ménages manufacturés). De manière générale, on observe chez les sites de ventes de produits grand public une hausse du panier moyen par rapport au 1er trimestre 2010 avec + 6%. Les sites d'E-Tourisme poursuivent leur développement avec une croissance de 12% au 1er trimestre 2011 (après 23% au premier trimestre de l'an dernier), malgré la conjoncture internationale qui a affecté le secteur du tourisme. Les sites de vente aux professionnels (B to B) affichent une croissance de 8 % dans un contexte de progression des investissements des entreprises de 1,2%.

Les résultats de l'enquête trimestrielle sont calculés à partir des données recueillies auprès des sites du panel iCE 40 (destiné à mesurer la croissance des sites leaders du e-commerce) de la FEVAD. Créé en 2004 par la FEVAD, ce panel regroupe les principaux sites marchands leaders dans leur secteur. La représentativité et la stabilité du panel permettent de mesurer l'évolution du marché à périmètre constant et par secteur.

Les 40 sites participants à iCE sont : 3 suisses, Accor-hôtels, Alapage, Arianta, Camif Collectivités, Carrefour, Cdiscount, Célio, Clud Med, Darty, Ebookers, Fnac, France-Loisirs, Go Voyages, M6 Boutique, Ipsopresto, Jm Bruneau, JPG, La Redoute, Lastminute, Ldlc, Manutan, Mistergooddeal, Nouvelles Frontières, Pixmania, Raja, Rue du Commerce, Sarenza,

⁴ www.fevad.com

Sephora, Spartoo, Surcouf, Thalasseo, Vente-privée.com, Vertbaudet, Viking Direct, Voyage privé, Voyages Loisirs, Voyages-sncf.com, Welcome Office.

Pour les besoins de son enquête trimestrielle, la FEVAD interroge également les sept principales plateformes sécurisées de paiement, opérant pour plus de 85000 sites marchands ; la liste des plateformes sécurisées de paiement participant à l'enquête comprend : Atos, Wordline, SP-Plus (CNCE), Crédit Mutuel CIC, Monext, Ogone, Paybox et Paypal.

L'indice global de croissance et l'estimation de la taille de marché sont calculés à partir des données recueillies auprès des sites du panel iCE40 et des valeurs des paiements électroniques communiquées par les plateformes sécurisées de paiements qui participent à l'enquête.

Concernant la législation sur le commerce électronique, les règles matérielles ont commencé à se mettre en place avec la recommandation du Conseil de l'Europe du 11 décembre 1981, qui visait à engager les Etats Membres à rapprocher leurs législations, notamment dans le sens des enregistrements et la preuve informatique. Puis le conseil a adopté, le 23 novembre 2001, la Convention sur la cybercriminalité, l'un des principaux risques rencontrés par le commerce électronique. Elle concerne non seulement les Etats Membres mais également le Japon et les Etats-Unis qui l'ont signée.

Au niveau de l'Union Européenne, les deux instruments fondamentaux intéressant le commerce électronique sont :

- La directive 1999/93 sur la signature électronique du 13 décembre 1999. Celle-ci met en place un cadre harmonisé en matière de signature électronique qui s'articule autour de deux objectifs la reconnaissance juridique des signatures électroniques et l'établissement d'un cadre juridique pour l'activité des prestataires de service de certification.
- La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique du 8 juin 2000. Elle institue au sein du marché intérieur un cadre pour le commerce électronique garantissant la sécurité juridique pour les entreprises et les consommateurs. Elle établit des règles harmonisées sur des questions comme les exigences en matière de transparence et

d'information imposées aux fournisseurs de service en ligne, les communications commerciales, les contrats par voie électronique ou les limites de la responsabilité des prestataires intermédiaires.

De plus, le 23 juin dernier, les nouvelles règles de la directive européenne sur les droits des consommateurs ont été votés. Ces règles prévoient une harmonisation des règles de protection des consommateurs et notamment dans le commerce électronique.

En droit français, trois lois concernent spécifiquement le commerce électronique :

- La loi 2000-230 relative à la preuve électronique du 3 mars 2000
- La loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) 2004-575 du 21 juin 2004 qui est la transposition en France de la directive européenne du 8 juin 2000.
- La loi sur la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel du 6 août 2004 modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Au niveau international, la première initiative dans ce domaine est marquée par la Recommandation de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international) relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques du 11 novembre 1985, visant à favoriser la prise en compte des nouveaux documents informatisés dans les transactions internationales.

La CNUDCI a ensuite adopté deux textes types :

- La loi type sur le commerce électronique, le 16 décembre 1996, sans caractère contraignant, mais qui exerce une forte influence et nombre d'Etats et d'institutions la considèrent comme une norme de fait.
- La loi type sur les signatures électroniques, adoptée le 5 juillet 2001, dont le principal apport est de définir une règle de bonne conduite informatique en vertu de laquelle

toute personne qui omet d'effectuer une vérification de la fiabilité d'un système informatique avant de s'engager subit directement les inconvénients de sa négligence.

Concernant la protection du consommateur, la loi prévoit deux outils principaux :

- Une obligation d'information renforcée : le professionnel doit lui fournir un ensemble d'informations précontractuelles puis les confirmer par écrit ou sur un support durable. Le but d'imposer une telle obligation est d'éclairer le consentement du consommateur avant de s'engager. Ces informations complètent par ailleurs celles générales prévues dans le code de la consommation, et doivent être communiquées en langue française. Ce qui paraît contraire aux dispositions communautaires.
- D'un droit de rétractation : elle reconnaît au consommateur une faculté de rompre unilatéralement l'engagement auquel il a consenti pendant un délai déterminé sans avancer un motif particulier, ni payer une quelconque pénalité à l'exception, le cas échéant, des frais de retour du produit.

L'étude portera sur l'ensemble de la protection du cyberconsommateur lorsqu'il contracte sur un site marchand en ligne. La protection du consommateur vise à sécuriser sa transaction du début à la fin c'est-à-dire que la réglementation du commerce électronique encadre la prospection en ligne. Le cybermarchand est tenu de mettre en ligne des offres électroniques légales. Il y a de nombreuses mentions légales qui doivent apparaître sur son site internet.

Concernant la formation du contrat, les problèmes se posent essentiellement au moment de la formation du contrat. La LCEN est venue encadrer les modalités de conclusion du contrat électronique et imposer un certain nombre d'obligations de la part du cybermarchand.

L'un des problèmes majeurs lié au commerce électronique est le paiement en ligne car les fraudes relatives au paiement sur internet sont nombreuses. Des outils ont été mis en place afin de limiter ces fraudes et de sécuriser les paiements en ligne.

De plus, le code de la consommation prévoit du fait que le consommateur ne peut pas voir en réel ce qu'il reçoit, un droit de rétractation à l'égard du consommateur et une responsabilité de

plein droit de la part du cybermarchand. Ce sont deux moyens de protection très importants en faveur du consommateur.

A l'heure actuellement, le commerce électronique ne concerne pas que la France, il s'est développé au niveau mondial. Cela est très problématique en cas de litiges car il est difficile pour le consommateur d'agir en justice lorsqu'il a commandé un bien sur un site américain par exemple. Les frais de justice seront beaucoup plus élevés que le prix initial de son bien donc cela est un frein pour le consommateur. Il est nécessaire que les modes alternatifs de résolution des conflits se développent afin d'assurer un minimum de sécurité au consommateur en cas de litige.

Dans un premier l'étude portera sur la protection du consommateur avant et jusqu'à la formation du contrat en ligne (I) on s'apercevra que tout le déroulement de la vente électronique est encadrée par la loi et que rien n'est laissé au hasard. Puis dans un second temps, il conviendra d'analyser la protection du consommateur et l'exécution du contrat en ligne puis le règlement des litiges pouvant être dus tant à cause d'une irrégularité au moment de la formation du contrat qu'à une irrégularité survenue lors de l'exécution du contrat (II).

PARTIE I LA PROTECTION DU

CYBERCONSOMMATEUR ET LA FORMATION

DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

Le commerce électronique expose le consommateur à un certain nombre de difficultés. Les Cybermarchands ne respectent pas toujours toute la réglementation relative au commerce électronique et plus précisément celle concernant le contrat électronique. Le législateur français et la commission européenne ont donc œuvré pour organiser au plan législatif un système de protection du cyberconsommateur car l'un des meilleurs 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 respectent les règles juridiques à cet égard. Il faut toujours tenter de trouver un équilibre entre le développement du commerce électronique et le respect des droits des consommateurs.

La formation du contrat peut emprunter la voie de l'internet en tant que support de communication. Par conséquent l'exécution du contrat ne gouverne pas la qualification du contrat électronique, seule la formation du contrat électronique importe. Il faut donc durant cette période de formation du contrat anticiper tous les risques que peut entraîner l'exécution du contrat, par conséquent la protection du cyberconsommateur doit être renforcée. Le droit civil et le droit de la consommation sont très complets en matière de protection des consommateurs et s'applique à la formation des contrats électroniques mais cela n'a pas empêché l'émergence de règles nouvelles du commerce électronique qui sont dues aux spécificités du contrat électronique.

Un dispositif a été mis en place afin d'assurer la protection du cyberconsommateur lorsqu'il désire effectuer un achat sur internet. Il était nécessaire d'intervenir au stade de la formation du contrat électronique ainsi qu'au moment de la phase préalable à la formation de ce contrat.

TITRE I L'INFORMATION DU **CYBERCONSOMMATEUR AVANT LA** **CONCLUSION DU CONTRAT**

En vertu du code de la consommation⁵ le cyberconsommateur est tenu de respecter l'obligation d'information renforcée avant la formation du contrat. Cette obligation d'information est très stricte et doit être respectée tant dans les publicités que les offres électroniques.

Il est nécessaire que le consommateur soit clairement informé sur les produits qu'ils désirent acheter, il ne doit pas par exemple être victime d'une publicité trompeuse ou mensongère. Tout doit être fait pour que le cyberconsommateur soit mis confiance avant son consentement. Ce dispositif de protection ne vise donc pas que le contrat électronique au stade de sa formation mais englobe aussi toute la phase préalable à la formation du contrat électronique c'est-à-dire la prospection en ligne se traduisant plus couramment par la publicité électronique et l'offre électronique.

CHAPITRE I LA PROMOTION DES VENTES SUR UN **SITE MARCHAND EN LIGNE**

« Quelle que soit sa forme, la publicité est l'une des premières sources de revenus sur internet. Nul ne s'étonnera que les professionnels du commerce électronique attirent les consommateurs par ce procédé incitatif »⁶

⁵ Le code de la consommation

⁶ www.lexisnexis.com, JurisClasseur Commercial fasc 860, « commerce électronique et protection du consommateur », 18 mai 2009, Jean-Michel Brugnière.

Comme dans le commerce traditionnel, le meilleur moyen d'attirer le consommateur réside dans des campagnes de publicité adaptées et ciblées. L'internet permet à la fois une publicité de masse et sur mesure.

La publicité électronique présente des dangers car pour attirer le consommateur, les cybermarchands peuvent employer des techniques qui contiennent de fausses informations ou omettent certains renseignements de façon à induire en erreur le consommateur et à l'inciter à contracter. La publicité électronique permet de faire un rapprochement avec l'obligation d'information renforcée du cybermarchand avant la formation du contrat. Le législateur français a mis en place une réglementation complète pour encadrer la publicité lorsqu'elle s'adresse au consommateur en insistant plus particulièrement sur l'ensemble des informations à fournir.

La publicité électronique prend plusieurs formes c'est-à-dire des bandeaux publicitaires affichés généralement en bas ou en haut de l'écran que le cyberconsommateur active en cliquant afin d'obtenir des informations complémentaires de caractère promotionnel ou d'accéder à un forum de discussion qui pourra, le cas échéant, présenter une même nature. Elle peut prendre aussi la forme de messages interstitiels c'est-à-dire des messages qui s'affichent très rapidement en plein écran entre les pages de présentation d'un site. De plus la publicité peut se manifester sous la forme de courriers électroniques, de forums de discussion, de sites web ou de référencement de sites à partir de moteur de recherche. Les messages électroniques qui ne sont pas personnalisés et qui ne présentent pas, en conséquence, le caractère d'une correspondance privée, représentent de la publicité lorsqu'ils sont mis à disposition d'un public.⁷

Nous nous intéresserons dans un premier temps à l'encadrement de la publicité électronique puis dans un second temps à la réglementation spécifique de la publicité électronique.

⁷ www.lexisnexis.com, JurisClasseur Commercial fasc 860, « commerce électronique et protection du consommateur », 18 mai 2009, Jean-Michel Brugnière.

SECTION I : UNE PUBLICITÉ ÉLECTRONIQUE ENCADRÉE

La publicité ne fait l'objet d'aucune définition générale en droit français. En effet, Le code de la consommation reste silencieux sur cette définition. On ne trouvera donc pas de définition légale de la publicité électronique mais cette forme de publicité fait l'objet de règles générales que le cybermarchand devra respecter afin d'éviter de se retrouver dans la catégorie d'une publicité mensongère ou trompeuse.

§ I : La notion de publicité électronique

Il n'existe pas de définition légale de la publicité par conséquent il en est de même pour la publicité électronique. Les articles L 121-1 et suivant du code de la consommation sont silencieux sur ce point.

Un décret relatif à la publicité télévisée dispose dans son article 2 « toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue de promouvoir la fourniture de biens et de services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée »⁸, on retrouve dans cette définition le but principal de la publicité qui est la promotion des ventes. Elle a aussi pour but de maintenir le contact avec le consommateur.

Au niveau communautaire, une définition est donnée dans la directive relative à la publicité trompeuse⁹, il s'agit de « 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 et de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations »

On retient de ces deux textes que la publicité peut se définir à partir de deux critères. On a comme premier critère la finalité du message qui doit assurer la promotion du bien ou du

⁸ Décret n°92-280 du 27 mars 1992 relatif à la publicité télévisée

⁹ Directive n°84/450 du 10 décembre 1984, relative à la publicité trompeuse

service puis comme second critère la destination du message qui doit être adressé à un public. Donc les différents types de communication relative citées précédemment répondent bien aux critères définissant la publicité en générale donc on les appliquera à la publicité électronique.

La jurisprudence¹⁰ a souligné qu'Internet « est un support publicitaire comme un autre » et en conséquence, « la publicité qui y est faite pour le crédit à la consommation ou le crédit immobilier doit être conforme aux articles L311-12¹¹ et L312-4¹² du code de la consommation »¹³, en l'espèce un intermédiaire financier proposait une page web accessible par un lien hypertexte. Etait proposée une formule de rachat de crédit avec exemples à l'appui sans indication par le prêteur, du coût total, du TEG ou du nombre d'échéances.

La prospection sur internet se décline sur le WEB sous la forme soit d'une page html, soit d'un bandeau ou d'une bannière ou d'une icône qui s'affiche sur l'écran permettant à l'internaute d'un simple clic de se connecter sur la page ou le site de l'annonceur, soit encore d'un message virtuel animé et/ou sonore. Le pop-up ou flash s'ouvre de manière intrusive ou intempestive pendant une session. Elle peut prendre la forme de messages interstitiels, de courriers électroniques, de forums de discussion, de site web ou de référencement de sites à partir de moteur de recherche. Le droit de la publicité est applicable à partir du moment où il y

10 TGI Saint-Malo, 18 décembre 2001

11 Article L311-12 du code de la consommation qui dispose que « Lorsque l'offre préalable est assortie d'une proposition d'assurance, une notice doit être remise à l'emprunteur, qui comporte les extraits des conditions générales de l'assurance le concernant, notamment les nom et adresse de l'assureur, la durée, les risques couverts et ceux qui sont exclus. Si l'assurance est obligatoire pour obtenir le financement, l'offre préalable rappelle que l'emprunteur peut souscrire une assurance équivalente auprès de l'assureur de son choix. Si l'assurance est facultative, l'offre préalable rappelle les modalités suivant lesquelles l'emprunteur peut ne pas y adhérer.

12 Article L312-4 du code de la consommation qui dispose que « toute publicité faite, reçue ou perçue en France, qui, quel que soit son support, porte sur l'un des prêts mentionnés à l'article L. 312-2, doit :

1° Préciser l'identité du prêteur, la nature et l'objet du prêt ;

2° Préciser, si elle comporte un ou plusieurs éléments chiffrés, la durée de l'opération proposée ainsi que le coût total et le taux effectif global annuel du crédit, à l'exclusion de tout autre taux. (1)

Toutes les mentions obligatoires doivent être présentées de manière parfaitement lisible et compréhensible par le consommateur.

13 Contrats, conc.consom. 2002, comm. 131 ; Droit de l'Internet par l'ERCIM, obs. V.Nisato

a « publicité » or dans toutes les formes précédemment citées, au sens juridique il y a bien publicité.

« L'internet constitue un média particulier puisque l'interactivité en est le fondement. De plus l'utilisateur qui cherche une offre commerciale ne visite pas un site web par hasard. La consultation d'un site se fait un peu à l'image de la commande d'un document commercial. En somme la publicité sur Internet présente la spécificité de ne pas constituer un passage obligé, à la différence d'un affichage sur la voie publique. »¹⁴

En d'autres termes, la prospection directe est caractérisée par « l'envoi de tout message destiné à promouvoir directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou¹⁵ fournissant des services ». Il est interdit à tout cybercommerçant d'utiliser à des fins de prospection directe, les coordonnées personnelles d'un consommateur sans avoir obtenu préalablement son accord.¹⁶

C'est une publicité ciblée par la diffusion d'annonces sélectionnées en temps réel en fonction des sites internet et des pages consultées par les internautes ou grâce aux informations recueillies par les témoins de connexion placés sur le disque dur de ces mêmes internautes, qui permettent aux professionnels de dresser le profil de clients potentiels et de leur adresser ensuite des messages correspondant à leurs attentes et centres d'intérêts. Quant à l'interactivité, elle découle d'un simple clic de la part de l'internaute qui lui permet d'accéder directement à d'autres pages-écrans où figurent des informations sur le professionnel, les biens ou services proposés, et le plus souvent s'offre à lui la possibilité de commander directement grâce à un bon de commande.

14 L.Bochurberg, Internet et commerce électronique : Delmas 1999, p.76

15 Article L 33-4-1 al.3 du code des postes et des communications électroniques qui dispose « Constitue une prospection directe l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services. »

16 Article L33-4-1 al.2 du code des postes et des communications électroniques qui dispose « Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen ».

Tout comme la publicité traditionnelle, la publicité électronique est soumise à une réglementation dite générale afin d'assurer la protection du cyberconsommateur lors de sa présence sur internet.

§2 les règles générales de la publicité électronique

Tout d'abord, l'identification précise de la publicité fait partie des règles incontournables en matière de publicité électronique. Plus précisément, chaque publicité diffusée par un service de communication au public en ligne doit être clairement identifiable, tout comme l'annonceur pour le compte duquel elle est réalisée.¹⁷ Toute personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne doit communiquer certaines informations : les personnes physiques doivent communiquer leur nom, prénom, domicile et numéro de téléphone, si elles sont inscrites au registre des sociétés et du commerce, il faudra indiquer le numéro d'inscription. Les personnes morales devront préciser les mêmes informations ainsi que leur dénomination ou raison sociale, leur capital social ainsi que le nom du directeur ou du codirecteur de la publication, le cas échéant celui du responsable de la publication. Ces informations d'identifications doivent être mises à disposition du public dans un standard ouvert.

La sanction du manquement à ces conditions expose son auteur à des sanctions pénales et s'il s'agit d'une personne morale, l'amende est multipliée par cinq et le dirigeant encourt une peine d'interdiction d'exercice professionnel.

Les offres promotionnelles telles que les rabais, primes, cadeaux ou jeux-concours adressés par courriers électroniques doivent pouvoir être identifiées dès leur réception par le destinataire. En conséquence, et sauf impossibilité technique, le destinataire doit être en mesure d'identifier l'offre promotionnelle sans ouvrir le courrier électronique.

¹⁷ Article 20 de la loi n°2004-575 « pour la confiance dans l'économie numérique » du 21 juin 2004 qui dispose « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public 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. Précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation. »

Le cybercommerçant doit tout mettre en œuvre pour que le cyberconsommateur puisse l'identifier facilement. Ce dernier doit pouvoir contacter le professionnel sans avoir à chercher minutieusement après ses coordonnées téléphoniques ou son adresse mail. Or en réalité il est très fréquent que ces informations soient très difficiles à trouver ou même quasi inexistantes.

L'un des éléments important de la publicité est le prix et celui-ci doit être indiqué de façon non équivoque, il doit être mentionné en euros toutes taxes comprises en précisant s'il y a lieu, ce qui est gratuit et ce qui est payant. Toutes ces précisions s'imposent en amont de la démarche commerciale, dès le stade de la prospection alors même qu'il ne s'agirait pas d'une offre contractuelle.¹⁸ L'information doit également couvrir les caractéristiques essentielles du bien ou du service c'est-à-dire les caractéristiques quantitatives et qualitatives du bien.¹⁹

La loi précise qu'elle soit diffusée sur un site web ou par un e-mail, la publicité « sous quelle que forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir clairement être identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée »²⁰

Toutefois la frontière entre la publicité et l'information peut parfois apparaître difficile à cerner dès lors que la notion de publicité ne fait pas l'objet d'une définition claire dans notre droit. La jurisprudence a pu considérer que la publicité s'entend de « tout document commercial, les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé de se former une opinion sur les résultats du bien ou du service proposé »²¹. Dans un autre arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux dans le cadre de l'article

18 Article L113-3 al.1 du code de la consommation dispose que « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

19 Article L111-1 du code de la consommation dispose que « Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.

20 V. supra article 20 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004.

21 C.Cass ch.crim 12 novembre 1986

L121-1 du code de la consommation qui réprime la publicité mensongère ou trompeuse a défini la publicité comme « tout moyen d'information permettant aux consommateurs de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens et services qui leurs sont proposés »²²

On s'aperçoit que la publicité électronique et l'offre électronique sont des notions très similaires et que la distinction entre les deux n'est pas toujours aussi facile car on peut regarder toute publicité commerciale comme une offre potentielle. Souvent une publicité présente tous les éléments de l'offre au sens classique du terme, mais lorsque la publicité ne comporte pas toutes les précisions nécessaires à la formation immédiate du contrat, elle ne peut être considérée comme une véritable offre juridique. Elle est cependant une offre au sens économique, car elle est toujours une invitation à acquérir des produits ou les services de l'entreprise. A l'inverse on pourrait dire que toute offre est en même temps une publicité. C'est donc le contenu de la publicité qui va constituer le critère de distinction en général. Si la publicité électronique comporte toutes les précisions nécessaires à la conclusion du contrat, elle est une offre électronique sans cesser pour autant d'être une publicité, sinon elle n'est qu'une publicité.

De plus la loi fournit un autre critère de distinction entre l'offre électronique et la publicité électronique : l'offre doit comporter les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat sous forme électronique.²³ Autrement dit, la publicité n'est une véritable offre de contrat électronique que si elle comporte la possibilité de passer commande par cette voie. La

22 CA Bordeaux, 29 avril 1997

23 Article 25 de la LCEN du 21 Juin 2004 crée l'article L1369-1 1° du code civil dispose que « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition 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. L'offre énonce en outre :

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

publicité doit pouvoir transformer en contrat sur le même vecteur et à partir du même message ex : « Pour passer commande cliquez ici ».

Il existe d'éventuelles objections quant à la possibilité d'accorder une valeur contractuelle aux documents publicitaires sonores et visuels, objections fondées sur le caractère habituellement vague et subjectif de cette forme de publicité. La publicité en ligne est le plus souvent très ciblée, soit adressée nominativement par courrier électronique. Aussi il pourrait être à la fois qualifié de document publicitaire et de document contractuel²⁴. La présence de la mention « ne constitue pas un document contractuel » ne suffit pas à disqualifier l'offre selon la doctrine majoritaire. La commission des clauses abusives se prononce même en faveur de l'élimination de ce type de clause ayant pour objet ou pour effet de rendre inopposable au professionnel ses propres documents.

Certains produits et services réglementés font l'objet de dispositions particulières en matière de publicité traditionnelle qui s'applique à la publicité électronique. De plus certaines pratiques sont strictement encadrées et d'autres sont simplement interdites.

Section II : Une publicité électronique spécifique

Prospecter une clientèle nécessite la plupart du temps de diffuser donc d'élaborer préalablement une publicité à son attention. Cette publicité peut concerner une pratique encadrée (§1) et l'obligation de loyauté du cybermarchand interdit certaines pratiques (§2)

§1 Une publicité électronique encadrée

La prospection électronique fait l'objet d'une réglementation stricte. D'une part l'encadrement de cette publicité concerne la pratique dite « des cookies » et d'autre part, il concerne la réglementation de certains produits ou services considérés comme sensibles vis-à-vis du consommateur.

24 G.Teissoonière, l'encadrement du commerce électronique par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique »JCP G, N°37, 8 septembre 2004, act.414

A/ les cookies

Les cookies appelés, aussi « témoins de connexion » ou « mouchards » dans le langage courant, sont devenus de par leurs caractéristiques notamment un des enjeux de la pratique du commerce électronique et du droit commercial.

De nombreux sites commerciaux affichent un questionnaire imposant à l'internaute de devoir répondre pour accéder à d'autres parties du site. Il doit communiquer. Le cookies est une technique de collecte sur le web. Il doit communiquer des informations le concernant (nom, prénom, adresse, mail etc...). Certains fichiers dénommés cookies²⁵ s'installent sur le disque dur de l'utilisateur à l'occasion de la consultation de certains sites. Ils permettent d'enregistrer la trace des passages de l'utilisateur, des informations sur ses habitudes de navigation. Le serveur ayant mis en place la récolte de ces informations peut récupérer les données et les réutiliser lors de la prochaine visite du site par l'internaute. Cette technique ne doit pas être utilisée à l'insu de l'internaute. La collecte n'est loyale que si elle est faite avec l'accord de l'intéressé qui doit alors être en mesure de faire jouer ses droits et en particulier son droit d'opposition.

La question de la loyauté de la collecte s'est posée à l'occasion de l'utilisation des cookies, étant entendu que celle-ci ne constitue une pratique loyale que lorsqu'ils sont implantés sur l'ordinateur de l'internaute à son insu pour plus de développements.

La CNIL énumère dans ses recommandations de pratiques de 2005²⁶ les informations à communiquer à l'internaute : la finalité des cookies, sa durée de validité, les conséquences liées à sa désactivation. La légitimité et l'utilité des cookies ont également été admises par les parlementaires européens « à condition que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises » conformément à la directive n°95/46/CE du 24 octobre 1995, sur la finalité des témoins de connexion ou des dispositifs analogues, de manière à être au courant

25 C'est à l'occasion du dossier relatif aux services en ligne de Microsoft que la CNIL a été saisie de la question des cookies.

26 Cnil, « je monte un site internet » recomm.pratiques.http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/declarer/mode_d-emploi:declarer_internet.pdf.

des informations placées sur l'équilibre terminal qu'ils utilisent.²⁷ L'utilisateur doit avoir en outre la possibilité de refuser les cookies. Depuis la loi du 6 août 2004 les cookies entrent directement dans le champ d'application de la loi informatique et libertés. Ainsi les données à caractère personnel qui sont collectées par les cookies doivent l'être « de manière loyale et licite » pour « des finalités déterminées, explicites et légitimes » et elles ne doivent pas être traitées « ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ». Ces données doivent également être « adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ». De sorte que les sites commerciaux qui utilisent des témoins de connexion sont tenus d'une obligation d'informer de manière claire et complète sur la finalité de la collecte et du traitement des données à caractère personnel, sauf si la finalité exclusive est de permettre ou de faciliter la communication par voie électronique.²⁸

Une collecte déloyale de données à caractère personnel constitue une infraction sanctionnée par le code pénal²⁹ qui prévoit des peines de cinq ans d'emprisonnement et de 300000€ d'amende. C'est sur ce fondement que la cour de Cassation a pu considérer, dans un arrêt que « caractérise des moyens frauduleux, déloyaux, ou illicites la collecte auprès de tiers à l'insu des intéressés et sans déclaration de traitement »³⁰.

Les cookies ne sont pas à confondre avec les spams et les spywares, ils constituent un atout puissant pour le vendeur sur le réseau car ils permettent qu'au fur et à mesure l'empreinte des préférences de l'utilisateur affina son portrait jusqu'à pouvoir constituer son profil commercial, économique, social et culturel. Ils permettent au cybermarchand de personnaliser

27 Dir.n°2002/58/CE, 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE L 201/37,31 juill 2002.

28 Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel

29 Article 226-18 du code pénal dispose «Le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende.

30 C.Cass, ch.Crim 3 nov 1987

son offre en fonction des goûts de ses clients, voir de devancer leurs demandes. Les cookies ne sont pas critiquables à tous les égards, ils sont d'abord conçus pour faciliter l'accès aux sites et la navigation sur internet, évité de répéter les informations et effectuer des statistiques pour améliorer les services.

La loi informatique et libertés exige le consentement express du consommateur pour la collecte des « données à caractère personnel qui font apparaître, directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes, ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle »³¹ de celui-ci. Donc dès lors que les données à caractère personnel collectées par les cookies concernent la vie privée du consommateur, le consentement de ce dernier est obligatoire. Par ailleurs il est légitime que l'utilisateur d'internet puisse accéder à tous les services commerciaux du site malgré son refus à l'installation de cookies.

Les cookies sont les pratiques encadrées les plus utilisées or ces pratiques encadrées concernent aussi le contenu des publicités ou plutôt les produits et services pouvant faire ou non l'objet d'une publicité électronique du fait de leur caractère sensible à l'égard des consommateurs.

B/ Les publicités spécifiques en faveur du tabac, de l'alcool et des médicaments

En raison de leur objet, des communications commerciales par voie électronique peuvent nécessiter en certaines hypothèses un niveau de protection renforcée par rapport aux dispositions de droit commun. Dans certaines hypothèses la commercialisation de l'objet est illicite et ne peut donc en aucun cas être convenue dans des communications commerciales par voie électronique. Il en est ainsi des produits non conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Le principe de libre circulation des biens et services connaît les limites énoncées par le code civil.³² Il est notamment interdit de vendre, louer ou de passer toute convention

31 Article 8 de la Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

32 Article 1598 du code civil dispose « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'ont pas prohibé l'aliénation »

portant sur le corps humain, sur des sépultures ou encore de faire du commerce de choses illicites ou immorales, sous peine de nullité de la convention et de sanctions.

En effet des réglementations spécifiques sont prévues pour certains produits, services ou métiers. On s'intéressera essentiellement à certains produits sensibles pour la santé publique comme le tabac, l'alcool, les médicaments et les aliments pour lesquels les règles de droit commun régissant ces matières devront s'appliquer à Internet.

1° la cas particulier du tabac

La production et la distribution du tabac sont strictement réglementées. Les impératifs de santé publique et la lutte contre le tabagisme ont été pris en compte depuis la loi Veil de 1976, renforcée par la loi dite « Loi Evin ». ³³le principe d'interdiction de la publicité sur le tabac a fait l'objet d'une insertion dans le code de la santé publique à l'article L3511-3 au terme duquel « la propagande ou la publicité directe et indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire au objectifs de santé publique sont interdites. »

Dans une affaire opposant l'Association des droits des non-fumeurs à la Fédération Française du sport automobile, la Cour d'Appel a constaté que sur des photographies prises lors de manifestations sportives apparaissaient des marques de cigarettes sur des véhicules et sur des combinaisons de pilote. Or la photographie présentant des véhicules et des coureurs automobiles célèbres revêtus de combinaison sur laquelle est notamment inscrite une marque de cigarette constitue une publicité indirecte en faveur du tabac dont il est fait la promotion. Peu importe la finalité initiale de la photographie. Il y a donc violation de l'article L3511-1 du code de la santé publique. La Cour d'Appel a confirmé la décision de la première instance condamnant cette publicité. ³⁴

³³ Loi n°91-32 du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi Evin, parue au JO le 12 janvier 1991, aujourd'hui codifiée au livre III du code de la santé publique.

³⁴ CA de Dijon le 26 janvier 2007

Par ailleurs il est également interdit toute opération de parrainage lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou des produits du tabac.³⁵

Même si internet n'est pas cité expressément dans la loi, cette interdiction lui est applicable. Aussi les communications commerciales par voie électronique qui auraient pour objet le tabac sont strictement interdites.

Cependant des cas de dérogations au régime d'interdiction sont prévus. La directive en matière de publicité et de parrainage en faveur de produits du tabac précise que « la publicité qui n'est pas autorisée dans la presse et d'autres médias imprimés n'est pas autorisée dans les services de la société de l'information »³⁶

Il faut noter que la dérogation relative à la publicité à destination des professionnels , le régime d'interdiction ne concerne pas les publications et les services de communications en ligne réservées aux professionnels. Cette condition nécessite la création d'une liste de diffusion réservée au professionnel ainsi qu'un système d'identification des professionnels adhérents ou autorisés.

Les infractions aux dispositions relatives à la publicité en faveur du tabac et aux mentions obligatoires requises sont punies de 100 000€ d'amende³⁷. En cas de propagande ou de publicité interdite, le maximum de l'amende peut être porté à 50 % du montant des dépenses consacrées à l'opération illégale.

2° le cas particulier de l'alcool

35 Article L3511-3 du code de la santé publique

36 Directive du 23 mai 2003 a fait l'objet d'une transposition dans le code de la santé publique par la loi 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique à l'article L3511-3.

37 Article L3511-3 du code de la santé publique.

La référence réglementaire est la loi dite « Loi Evin »³⁸, elle a posé le principe général d'interdiction de la publicité en faveur de l'alcool, sous toutes ses formes, sauf cas de dérogations prévues par le nouvel article L3323-2 du code de la santé publique. La loi Evin n'autorise la publicité pour l'alcool que dans des cas spécialement listés à l'article L3323-2 du Code de la santé publique.³⁹Certains auteurs incitent à une assimilation des publications sur internet avec les publications dans la presse. La dérogation dont bénéficie la presse écrite s'étendrait donc aux contenus publiés sur internet jusqu'à de récentes décisions jurisprudentielles infirmant cette position.

La publicité sur les alcools était autorisée sur internet, et qu'il convenait simplement, dans cette hypothèse, de se conformer aux règles de contenus applicables sur les supports traditionnels.

Une récente jurisprudence rend illicite la publicité sur les alcools sur internet. Il s'agit de l'ordonnance de référé, affaire opposant L'Anppa (Association Nationale de Prévention en Alcoologie et Addictologie) à Bacardi Martini France.⁴⁰

Ensuite dans une autre affaire opposant l'Association Nationale de Prévention en Alcoologie et Addictologie à la Société Heineken, L'Anppa expose que la société Heineken Entreprise diffuse de la publicité en faveur de la bière Heineken sur son site internet www.heineken.fr, support qui n'est pas autorisé par l'article L3323-2 du code de la santé publique, et publicités sur support internet excède les pouvoirs du juge des référés. Il a été précisé que le quatrième de l'article L3323-2 autorise la publicité « sous forme d'envoi par les producteurs [...] de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures dès lors que ces documents ne comprennent que les mentions prévues par l'article L3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent » Que l'expression « sous forme d'envoi »

38 Loi n°91-32 du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi Evin

39 Article L3323-2 du code de la santé publique dispose « la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites ; sont autorisées exclusivement : dans la presse écrite, par voie de radiodiffusion sonore, sous forme d'affiches ou d'enseignes ».

40 Ordonnance en référé, TGI de Paris le 2 avril 2007

définit comme dans les alinéas précédant un support, que les termes circulaires, catalogues, brochures, documents expriment un support papier, que le terme message dans le contexte de l'énumération ne comprend pas les messages électroniques. Le juge des référés du tribunal de Grande Instance de Paris a constaté que la publicité faite par Heineken par messages électroniques diffusés sur le site www.heineken.fr empruntait un support qui n'entre pas dans l'autorisation limitative de l'article L3323-2 du code de la santé publique et constaté le trouble manifestement illicite qui en résultait.

La société Heineken a interjeté appel et la cour d'Appel⁴¹ a confirmé la décision du Tribunal de Grande Instance. Elle a par ailleurs précisé que « le trouble manifestement illicite consistant, pour la société Heineken, à utiliser un site de l'Internet pour faire de la publicité pour une boisson alcoolique, est aggravé par la mention, sur le site considéré, du slogan « for a fresher world ».

Il est manifestement nécessaire que la vente de produits alcooliques sur internet fasse l'objet d'un encadrement juridique afin de combler ce vide juridique et préserver la santé publique.

En cas de publicité interdite pour l'alcool, le contrevenant risque une amende pouvant atteindre 100000€ et jusqu'à la moitié des dépenses consacrées à l'opération illégale. S'agissant enfin des règles déontologiques relatives à la publicité de l'alcool, le BVP (le bureau de vérification de la publicité) devenu l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) qui se réfère au code international de pratiques loyales en matière de publicité considère également que les règles déontologiques s'appliquent à Internet. Le BVP a élaboré une recommandation sur les boissons alcooliques dont les dispositions sont susceptibles d'être applicables pour Internet. Le BVP considère que le contenu des publicités doit se limiter à des informations ou des mentions autorisées par la réglementation.

3° Le cas particulier des médicaments

41 CA de Paris le 13 février 2008

L'article L5111-1⁴² du Code de la santé publique vise les médicaments concernés par la réglementation spécifique. Le régime applicable à la publicité pour les médicaments diffère selon la cible visée. La réglementation distingue en effet les publicités visant le grand public et les publicités visant les professionnels. L'utilisation du terme « prospection » laisse présumer que les communications commerciales par voie électronique sont concernées par cette réglementation.

En vertu de l'article L5122-8⁴³ du code de la santé publique, toute publicité à destination de grand public doit être soumise à un contrôle préalable de l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des Produits de Santé (AFSSAPS) qui délivre un « visa de publicité ».

L'article L5122-6 du code de la santé publique dispose que la publicité à destination du public doit être limitée aux médicaments non soumis à prescription médicale, non remboursable par des régimes obligatoires d'assurance maladie et qui ont obtenu une autorisation de mise sur le marché. Elle doit également inclure un message de prudence et de renvoi à la consultation d'un médecin en cas de symptômes persistants. Lorsqu'elle est autorisée auprès du public, la publicité ne doit pas porter atteinte à la protection de la santé publique.

S'agissant de la publicité de médicaments en ligne, elle exige la mise en œuvre de mesures techniques. La Charte⁴⁴ pour la communication sur Internet des entreprises pharmaceutiques

42 Article L5111-1 al.1 du code de la santé publique dispose « On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique.

43 Article L5122-8 du code de la santé publique dispose « La publicité auprès du public pour un médicament mentionné à l'article L. 5122-6 ainsi que les campagnes publicitaires auprès du public pour les vaccinations sont soumises à une autorisation préalable de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé dénommée visa de publicité.

Ce visa est délivré pour une durée qui ne peut excéder la durée de l'autorisation de mise sur le marché pour les médicaments soumis à cette autorisation.

En cas de méconnaissance des dispositions des articles L. 5122-2 ou L. 5122-7, le visa peut être suspendu en cas d'urgence ou retiré par décision motivée de l'agence.

44 Charte pour la communication sur internet des entreprises pharmaceutiques / Afssaps signée le 26 décembre 2001.

élaborée conjointement par l’Afssaps et le syndicat national de l’Industrie Pharmaceutique préconise à cet effet la mise en place de restrictions réelles d’accès à l’entrée des sites professionnel de la santé.

Une directive européenne⁴⁵ a harmonisé les règles en instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain. Ce texte est en contradiction avec l’interdiction nationale de faire de la publicité pour la vente par correspondance des médicaments dont la délivrance est réservée exclusivement aux pharmacies dans l’Etat membre concerné. Cette interdiction nationale rend par conséquent illicites les communications commerciales par voie électronique se rapportant à ces produits sur le territoire de la République. Il est possible de faire de la publicité en ligne de médicaments en provenance d’un autre Etat membre à condition toutefois qu’il ne s’agisse pas de médicaments soumis à la prescription médicale. La CJUE a retenu cette solution.⁴⁶

S’agissant de la vente en ligne de médicaments, une situation de monopole en France rend les pharmaciens seuls habilités à préparer et à vendre les médicaments. La vente de médicaments en dehors des offices est illégale. La situation monopolistique en faveur des officines fait actuellement l’objet de débats dans une affaire récente opposant Leclerc à plusieurs groupements et syndicats de pharmaciens. En effet Edouard Leclerc souhaite pouvoir commercialiser dans ses magasins, les médicaments ne faisant pas l’objet de remboursement par la sécurité sociale. Pour ce faire, il a lancé une campagne publicitaire, mais celle-ci a été jugée comme « agressive et déloyale ».⁴⁷

45 Directive européenne N°2001-83-CE du 6 novembre 2001

46 CJUE 11 décembre 2003, JOCE C 348.

47 TGI Colmar le 15 avril 2008.

La violation de ces règles expose le contrevenant à des peines d'un an de prison et à une amende de 15000 euros.⁴⁸

4° le cas des aliments

Depuis la loi du 6 août 2004 visant à enrayer la progression alarmante de l'obésité, les annonceurs sont contraints d'afficher des messages d'intérêt public sur toutes les publicités pour les produits alimentaires. Le décret d'application a pris effet le 25 février 2007. Selon l'article L2133-1 du code de la santé publique, les messages publicitaires télévisés ou radiodiffusés en faveur des boissons avec ajouts de sucres, de sel ou d'édulcorants de synthèse et de produits alimentaires manufacturés, émis et diffusés à partir du territoire français et reçus sur ce même territoire, doivent désormais contenir une information à caractère sanitaire validée par l'agence Française de sécurité sanitaire des aliments et l'institut national de prévention et d'éducation pour la santé. La même obligation d'information s'imposant aux actions de promotion de ces boissons et produits, toute communication commerciale par voie électronique devra donc respecter ces dispositions.

Outre le respect des règles de droit commun, relatives aux communications commerciales par voie électronique, les communications commerciales par voie électronique relatives à la promotion agroalimentaire devront désormais également comporter successivement et équitablement l'un des quatre messages suivants :

« Pour votre santé, évitez de grignoter entre les repas »

« Pour votre santé, pratiquez une activité physique régulière »

« Pour votre santé, mangez au moins cinq fruits et légumes par jour »

L'information à caractère sanitaire doit être complétée par la mention de l'adresse « www.mangerbouger.fr » pour les publicités diffusées sur Internet. Sur ces services;

⁴⁸ Article L4223-1 al 1 du code de la santé publique dispose « Le fait de se livrer à des opérations réservées aux pharmaciens, sans réunir les conditions exigées par le présent livre, constitue l'exercice illégal de la profession de pharmacien. Cet exercice illégal est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

l'information à caractère sanitaire apparaît en même temps que le message publicitaire et doit être accessible lors de la consultation du message publicitaire.

De plus, pour les publicités ciblant les enfants de moins de trois ans, deux messages supplémentaires sont à insérer :

« Apprenez à votre enfant à ne pas grignoter entre les repas »

« Bougez, jouer est indispensable au développement de votre enfant »

Le cyberconsommateur est sollicité de manière illicite et agressive par certaines méthodes de prospection qui sont interdites.

§2 les publicités non sollicitées, l'exemple du SPAMMING

L'obligation de loyauté proscriit certaines pratiques ; il s'agit tout d'abord de la pratique du spamming.

Le rapport de la commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) définit le spamming de manière positive comme négative⁴⁹ : « constitue des spams les messages adressés sur la base d'une collecte irrégulière de mails, soit au moyen d'un moteur de recherche dans les espaces publics de l'Internet (sites web, forum de discussion, listes de diffusion, chat...), soit que les adresses aient été cédées sans que les personnes en aient été informées et sans qu'elles aient été mises en mesure de s'y opposer ou d'y consentir ». Le plus souvent ces messages n'ont pas d'adresse valide d'expédition ou de « reply to » et l'adresse de désinscription est inexistante ou invalide. En revanche ne constitue pas du spamming, l'envoi de message par un organisme qui a procédé à une collecte loyale des adresses électroniques, de l'utilisation de leur adresse à des fins notamment commerciales ou de sa cession à des tiers à telles fins et qu'ils ont été mis en mesure d'accepter ou de s'y opposer par un moyen simple tel une case à cocher ou l'envoi d'un courrier électronique. N'est pas non plus un spam la réception d'une

⁴⁹ Rapport de la CNIL « Opération boîte à spam » du 24 octobre 2002

lettre d'information (newsletter), envoyée à partir d'un site sur lequel l'internaute s'est préalablement enregistré.

La loi du 21 juin 2004 ajoute dans le code des postes et communications électroniques⁵⁰, la prospection par courrier électronique et édicte une interdiction radicale de ce moyen de prospection sans accord préalable du destinataire pour l'utilisation de ces données personnelles. C'est donc ici l'offre elle-même qui est interdite et devient illicite par le moyen utilisé. La loi du 21 Juin 2004 tranche le débat entre consentement préalable (opt in) et le droit d'opposition (opt out c'est-à-dire entre d'un côté la manifestation de volonté d'une personne acceptant d'être prospectée et de l'autre la simple possibilité de s'opposer à cette prospection. Le choix du consentement préalable est finalement conforme à la logique qui prévaut en matière de prospection directe et est respectueux des droits des consommateurs. Le destinataire a aussi la faculté de s'opposer à l'envoi d'un message de prospection à son intention avant même de le recevoir. Son consentement doit être donné à l'occasion d'un contact direct et personnel et non pas noyé dans l'acceptation de conditions générales. Le consentement n'est alors valable que pour le prestataire qui l'a sollicité à l'exclusion de tout autre tiers. Il n'est pas exigé de consentement express, on peut imaginer l'analyse de circonstances et au cas que l'internaute a exprimé un consentement implicite par exemple lorsqu'il s'est adressé au prestataire pour lui demander des informations ou des précisions. Or dans le cas où les coordonnées de l'utilisateur ont été recueillies directement auprès de lui à l'occasion d'une précédente vente ou fourniture de prestation de services portant sur des biens ou des services analogues, le consentement préalable du cyberconsommateur n'est pas requis.⁵¹

50 Article 33-4-1 du code des postes et télécommunications électroniques dispose « Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen. »

51 Article L33-4-1 3° du code des postes et télécommunications électroniques dispose « Toutefois, 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 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la

Un tribunal de Grande Instance⁵² a sanctionné l'envoi illicite de courriers électroniques vides visant à encombrer la bande passante de l'internaute. Le tribunal a sanctionné sur le fondement de l'article L323-2 du code pénal⁵³, l'émetteur des messages.

La cour de Cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet et a souligné qu'est « déloyal le fait de recueillir à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'internet, le procédé faisant obstacle à leur droit d'opposition ». ⁵⁴

Il convient de faire une dernière précision au sujet des pratiques interdites en matière de prospection électronique. Il y a d'autres pratiques publicitaires qui sont interdites notamment la réglementation de la publicité trompeuse ou mensongère récemment renforcée par la loi Chatel⁵⁵, l'article L121-1 ⁵⁶du code de la consommation détaille les circonstances considérées comme constituant une pratique commerciale trompeuse.

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.

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. »

52 TGI Lyon 20 février 2001.

53 Article 323-2 du code pénal dispose « Le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. »

54 Cass.Crim, 14 mars 2006 : D.2007 p.399, ob. Roujou de Boubée

55 Loi Chatel 3 janvier 2008, Loi n°2008-3

56 Article L121-1 du code de la consommation

CHAPITRE II L'OFFRE SUR INTERNET : PHASE

PRÉALABLE A LA FORMATION DU CONTRAT

ÉLECTRONIQUE

« *Etre libre, c'est être informé* ». Le droit à l'information est un axe classique de toute politique de protection des consommateurs, puisque cela permet de rétablir l'équilibre des rapports entre le consommateur, réputé partie faible, et le professionnel réputé partie forte. Le droit à l'information paraît d'autant plus nécessaire dans le cadre du commerce électronique, que ce déséquilibre tend à s'aggraver en ce domaine, du fait de l'éloignement des parties, et de l'absence de « contact » tant avec le professionnel qu'avec le produit. L'information permet ainsi au consommateur de « s'auto-protéger », en augmentant le degré de connaissance de ses droits, mais aussi de se faire sa propre opinion sur la qualité, les dangers, la valeur des produits ou des services, et d'agir ainsi en toute connaissance de cause. La notion d'offre à distance ne diffère pas beaucoup de l'offre de droit commun mais soulève tout de même des problèmes qui lui sont propres et spécifiques. L'offre est une 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.

Afin que cette offre à distance soit valable, elle doit présenter un certain nombre de caractéristiques cela permettra de la définir (Section 1) et le législateur a tenu à renforcer la protection du cyberconsommateur lorsqu'une offre lui était destinée, en imposant au professionnel de respecter l'obligation précontractuelle renforcée (Section 2).

SECTION I : LA NOTION D'OFFRE Á DISTANCE

Cette offre à distance présente certaines spécificités mais de manière générale elle est calquée sur l'offre de droit commun (§1) mais L'Internet pose certains problèmes dus à l'absence de contact entre le consommateur et le professionnel (§2).

§1 Les caractéristiques de l'offre à distance

Le code de la consommation ne donne pas de définition de l'offre à distance, cela implique que l'on doit se référer à la notion d'offre de droit commun. Deux conditions sont nécessaires pour qu'une offre soit valable, elle doit être suffisamment précise et non équivoque dans son contenu et être ferme quant à l'intention de son auteur d'être lié si son destinataire l'accepte.⁵⁷ La jurisprudence et la doctrine française s'accordent sur l'exigence de fermeté de l'offre. Cette dernière ne devrait pas poser de problème sur Internet car l'offre en ligne peut comme toute autre offre, être acceptée en l'état pour aboutir à la conclusion du contrat.

En d'autres termes, pour que la proposition émise à distance soit qualifiée d'offre, elle doit comporter tous les éléments nécessaires à l'accord de volonté mais rien n'empêche que ces éléments figurent sur l'écran de l'ordinateur.

La Loi pour la confiance dans l'économie numérique⁵⁸ a ajouté de nouveaux éléments à fournir dans l'offre électronique. L'article L 1369-4⁵⁹ du code civil impose à tout opérateur de commerce électronique de mettre à disposition ses conditions contractuelles applicables d'une

57 Cass.3e civ.28 nov 1968 : JCP G, 1969, II, n° 15797

58 Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

59 Article 1369-4 du code civil dispose « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition 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.

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. »

manière permettant leur conservation et leur reproduction. Celui-ci reste engagé par son offre tant qu'elle est accessible par voie électronique de son propre fait. Cet article prévoit aussi que l'offre électronique doit énoncer : les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat électronique ; les moyens techniques permettant à l'utilisateur avant la conclusion du contrat d'identifier d'éventuelles erreurs et les corriger ; les langues proposées pour la conclusion du contrat ; les modalités d'archivage et les conditions d'accès au contrat archivé ; les moyens de consulter les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. Ces différents éléments sont de portée générale et s'appliquent à toute offre électronique⁶⁰ : entre professionnels (sauf convention contraire) ; entre professionnels et consommateurs.

L'offre à distance ne déroge pas aux règles de droits commun tant qu'elle exige pour sa validité de comporter tous les éléments essentiels d'un contrat projeté pour qu'une simple acceptation de la part du destinataire forme le contrat.

L'offre à distance destinée aux consommateurs présente des caractéristiques aussi prévues dans le code de la consommation. La loi n'impose pas seulement une obligation précontractuelle d'information à la charge du professionnel mais précise en plus la teneur des informations à fournir dans l'offre dans le but d'éclairer le consentement du consommateur.⁶¹ En plus de conditions que doit contenir l'offre en vertu de l'article 1369-4 du code civil , lorsqu'elle vise les consommateurs, elle se qualifie toujours d'offre au sens du code la consommation puisqu'elle doit obligatoirement contenir toutes les informations précontractuelles.

La présentation de produits et services sur un site web ne s'analyse pas toujours en une offre à distance puisque le professionnel peut utiliser ce site comme une simple vitrine. Il doit clairement préciser le caractère non contractuel de la présentation pour éviter toute confusion

60 Sauf pour les contrats conclus exclusivement par échange de courriers électronique.

61 Article L121-18 et suivants du code de la consommation

ou tromperie. Si le commerçant veut vendre sur son site il devra respecter toutes les conditions relatives à la validité de l'offre à distance.

§2 les problèmes liés à cette offre à distance

Le professionnel qui a recourt à l'Internet pour véhiculer son offre de vente l'adresse à un public sans frontière. Cette offre peut toucher des personnes aux quatre coins du monde. Retenir systématiquement la qualification d'offre de ce message paraît excessif et trop risqué pour le professionnel puisqu'il connaît ni son cocontractant et moins sa solvabilité.

Pour éviter d'être lié à un contrat le professionnel qui n'a pas l'intention de s'engager immédiatement entoure souvent son offre par des réserves expresses ou tacites d'agrément de son cocontractant. On peut douter de ce mécanisme lorsque le professionnel vise les consommateurs comme destinataires de l'offre à distance puisque le législateur qualifie aujourd'hui la proposition d'offre ferme.⁶²

Concernant la validité de ces réserves, on est face à un vide juridique donc on va se retourner vers la jurisprudence et la doctrine pour répondre à cette question.

La jurisprudence attribue une importance particulière aux réserves dès lors que le contrat projeté est marqué « d'intuitu personae ».⁶³

On peut aussi évoquer la réserve dite « d'épuisement des stocks ». La jurisprudence l'a considérée comme une réserve implicite même si l'auteur de l'offre ne l'a pas expressément mentionnée. Cette attitude est approuvée par la majorité de la doctrine pour la simple et bonne raison que l'intention de l'offre ne doit pas aller au-delà des stocks disponibles. De plus, l'épuisement des stocks ne dépend pas de la volonté de son auteur mais plutôt de circonstances extérieures. Cette réserve est donc parfaitement objective. Si on transpose ces solutions à notre hypothèse : la clause valable dès lors qu'elle est marquée d'intuitu

62 Article L121-18 et suivant du code de la consommation

63 CA Toulouse, 21 février 1984, RTD civ 1984 obs J.Mestre ; G Kostig, L'intuitu personae dans le contrat de droit privé.

personae » ou lorsque l'offrant s'expose à un risque réel et sérieux justifiant le recours à une telle clause sous réserve qu'elle soit objective et soumise au contrôle du juge. La qualification d'offre ou de simple proposition du message diffusé en ligne dépend d'après la jurisprudence française de la volonté du pollicitant.

Dans la pratique, certains opérateurs, proposant en ligne la vente de produits ou la fourniture de services, prévoient expressément dans leur offre une clause dite « clause de non frontière » ou « clause de couverture » qui restreint la zone de couverture de l'offre à une limite géographique déterminée. Toute commande provenant en dehors de cette zone pourra être acceptée ou refusée par l'offrant d'où l'expression de « clause d'agrément du contractant », la jurisprudence valide en principe la clause d'agrément utilisée par le professionnel sauf s'il y a un abus du droit ou de fraude.⁶⁴ Le professionnel peut également limiter la zone de couverture des livraisons en prévoyant une clause analogue à la précédente. Ici on limite les lieux de livraison en fonction des moyens logistiques de l'opérateur.

Ensuite en vertu de l'article 1369-5 du code civil⁶⁵, le contrat électronique se forme par deux clics successifs : le client clique une première fois pour passer commande après avoir eu la possibilité d'en vérifier le détail ainsi que son prix total et d'en corriger les éventuelles erreurs et une deuxième fois pour confirmer son acceptation. L'auteur de l'offre doit dès réception de cette dernière, accuser réception sans délai injustifié.

La solution selon laquelle le contrat ne pourra être conclu qu'après le paiement du prix doit par conséquent être rejetée au moins dans les contrats avec les consommateurs. Une telle

64 Cass.Com 2 juillet 2002

65 Article 1369-2 du code civil dispose « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et 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.

exigence est contraire à la loi puisqu'elle entend créer une nouvelle modalité de conclusion du contrat électronique. Or le paiement du prix n'est qu'une simple modalité d'exécution.

Après avoir analysé la notion de l'offre à distance ainsi que ses caractéristiques il est important de s'arrêter sur l'obligation de loyauté du cybermarchand qui se traduit par le respect de l'obligation précontractuelle renforcée pour assurer la protection du cyberconsommateur.

SECTION II : L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE RENFORCÉE

Les exigences de loyauté et de bonne foi du droit commun ne suffisent pas à protéger efficacement le consommateur qui contacte à distance. Il en est de même de l'obligation générale d'information établie aux articles L111-1⁶⁶ et suivants du code de la consommation. Le législateur encadre alors l'offre à distance, en imposant à la charge du professionnel, une obligation d'information renforcée en faveur du consommateur ayant pour objectif d'éclairer son consentement en amont de la formation du contrat à distance afin de lui permettre de s'engager en toute connaissance de cause. Ces informations précontractuelles sont édictées à titre impératif et leur respect est d'ordre public.

L'article L121-18⁶⁷ du code de la consommation prévoit que le professionnel doit communiquer au consommateur les informations précontractuelles « de manière claire et

66 Article L111-1 du code de la consommation dispose « I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.

II. - Le fabricant ou l'importateur de biens meubles doit informer le vendeur professionnel de la période pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation des biens seront disponibles sur le marché. Cette information est obligatoirement délivrée au consommateur par le vendeur, avant la conclusion du contrat.

III. - En cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations.

67 Article L121-18 al.2 du code de la consommation dispose « ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée.

compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ». Certaines informations doivent être confirmées par écrit de la part du professionnel.⁶⁸

La directive européenne relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs⁶⁹ prévoit dans son article 5 que les conditions contractuelles et informations préalable doivent être communiquées « sur un support papier ou un autre support durable mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès en temps utile et avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre ».

La loi pour la confiance dans l'économie numérique énonce des dispositions similaires relatives aux contrats électroniques. En effet, elle impose dans son article 1369-4 alinéa 1 du code civil, une obligation au prestataire qui consiste à mettre « à disposition » ses conditions contractuelles par l'insertion d'un lien hypertexte sur son site internet permettant de les consulter ou de les télécharger et cela est suffisant. La loi lui impose également de prendre les mesures nécessaires pour leur reproduction et leur conservation.

68 Article L121-19 du code de la consommation dispose « I.-Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :

1° Confirmation des informations mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 121-18 et de celles qui figurent en outre aux articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat ;

2° Une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation ;

3° L'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;

4° Les informations relatives au service après vente et aux garanties commerciales ;

5° Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an.

II.-Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur de cette technique à l'exception du 3°.

III.-Les moyens de communication permettant au consommateur de suivre l'exécution de sa commande, d'exercer son droit de rétractation ou de faire jouer la garantie ne supportent que des coûts de communication, à l'exclusion de tout coût complémentaire spécifique.

69 Directive n°2002/65/CE du Parlement Européen et du Conseil en date du 23 septembre 2002.

Leur reproduction et conservation ne peuvent être assurées que par l'existence d'un support durable défini à l'article de la directive relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.⁷⁰

Concernant l'insertion d'un lien hypertexte pour accéder à ces informations pendant la connexion ne suffit pas à assurer la protection du consommateur car un consommateur qui contracte occasionnellement, qui néglige souvent ou n'a pas assez d'expérience en informatique, ne prendra pas forcément connaissance de ces informations à moins de cliquer sur l'icône adéquat. Il paraît donc nécessaire de mettre en place un système qui permettra au consommateur de consulter les informations par un défilé de pages successives avant d'exprimer son acceptation. Il aurait été préférable de subordonner cette mise à disposition à l'existence d'une connaissance effective, surtout face au consommateur⁷¹, en lui permettant de valider progressivement et par des clics successifs les principales clauses contractuelles pour que le consentement à la conclusion du contrat concorde avec son contenu.

Dans la pratique certains sites emploient une technique simple consistant à intégrer les conditions contractuelles dans le processus de la commande, l'écran se divise en deux parties :

- D'un côté, figurent les conditions générales du contrat restant en permanence accessibles au consommateur et qu'il peut à tout moment de la commande, consulter par défilement des pages du site.
- De l'autre côté, s'affiche le bon de commande que le consommateur ne peut remplir qu'après avoir cliqué sur une icône située de l'autre côté de l'écran et qui prouve que celui-ci a eu connaissance de l'ensemble des conditions contractuelles.

70 Article 5 de la directive n°2002/65/CE dispose « comme tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y rapporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »

71 O.Cachard, le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Lamy Droit Civil , Sept 2004, contrat, N°8, p.15

Le consommateur doit aussi avoir un accès facile et permanent aux contenus de ces informations. Cette exigence est proche de celle déjà prévue à l'article L121-18 du code de la consommation. Bien entendu l'internaute ne doit pas être contraint d'acquérir des logiciels spéciaux pour accéder aux informations obligatoires. L'article 4 de la loi LCEN⁷² définit le terme « standard ouvert » pour justifier l'exigence d'un accès permanent à l'information.

§1 les différentes informations précontractuelles

La loi précise la teneur des informations précontractuelles qui se divisent en 3 catégories :

- Les informations relatives à l'identification du cybercommerçant ;
- Les informations relatives aux conditions contractuelles ;
- Les informations concernant le délai de validité de l'offre

A/ Les informations relatives à l'identification du cybermarchand

Nombreux sont les sites qui ne peuvent être identifiés en raison de l'absence des coordonnées du professionnel auxquelles il peut être contacté en cas de litige. C'est également le cas de cybervendeurs qui, après paiement, tentent de disparaître sans rendre compte aux destinataires des biens ou services.

Pour éviter un tel risque, la loi impose à tout professionnel émetteur d'une offre à distance d'être identifiable comme tel et afin de permettre au consommateur d'être en mesure de connaître précisément l'identité de son cocontractant et savoir à qui une éventuelle réclamation peut être adressée⁷³. Les mentions obligatoires sur le site internet permettant

⁷² Article 4 de la loi pour la confiance en l'économie numérique dispose « tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données inter opérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »

⁷³ V. Forum des droits sur Internet, Premier Rapport de l'observation de la cyberconsommation, mars 2004.

l'identification du cybermarchand sont prévues à l'article L121-18 du code de la consommation.⁷⁴

Il s'agit d'une obligation générale d'identification indépendante de la qualité du destinataire. Le prestataire doit indiquer ses noms, prénoms, sa raison sociale s'agissant d'une personne physique, et s'agissant d'une personne morale : son lieu d'établissement défini par l'article 14 de la LCEN comme le lieu où celui-ci est « installé de manière stable et durable pour exercer son activité, quelque soit le lieu d'implantation de son siège social » ainsi que son adresse électronique et son numéro de téléphone ; le cas échéant son numéro d'inscription au registre du commerce ou au répertoire des métiers, son capital social et l'adresse de son siège social ; le numéro d'identification TVA quand les personnes y sont assujetties.

D'après ces nouvelles exigences, l'identification du professionnel par le biais d'un nom de domaine ne suffit pas mais reste utile. Pour se procurer un nom de domaine dans la zone « .fr », il faut s'adresser à l'AFNIC (association française pour le nommage internet en coopération). En revanche, il faudra, pour l'enregistrement d'un nom de domaine dans la zone « .com » (zone commerciale), s'adresser à l'Internic, géré par le NSI (Network Solutions Inc). Cette société privée américaine est la seule habilitée à attribuer des noms de domaine dans la zone « .com ».

Les éléments d'identification imposés par la nouvelle loi permettent bien évidemment d'identifier le prestataire de produits ou services dans une simple vitrine ou boutique virtuelle. Mais lorsque celui-ci s'installe dans une galerie marchande virtuelle, il est alors, parfois difficile, de savoir avec qui on contracte. L'identification du prestataire, dans ce dernier cas s'effectue selon deux hypothèses :

74 Article L121-18 1° du code de la consommation dispose « Sans préjudice des informations prévues par les articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes :

1° Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre ;

- Si la galerie est composée de plusieurs boutiques différentes ; chaque cybervendeur est seul en position d'offrant pour les produits et services qu'il propose et doit alors s'identifier comme tel selon les règles précédentes ;
- Si la galerie marchande apparaît pour les internautes comme une sorte de grande surface ou de supermarché composé simplement de plusieurs rayons mais avec une enseigne unique, dans ce cas, c'est la galerie qui est en position d'offrant et doit alors s'identifier comme tel. L'obligation d'identification s'impose également lorsque le consommateur est démarché par téléphone ou par toute autre technique assimilable (courrier électronique).

B/ Les informations relatives aux conditions contractuelles

Pour que le consommateur qui contracte à distance puisse s'engager en toute connaissance de cause, il lui faudra des informations loyales, complètes et précises sur les conditions contractuelles du futur contrat. Il s'agit d'informations concernant les conditions générales de vente, les caractéristiques essentielles des biens ou prestations de service, des informations sur le prix et les modalités de paiement, les modalités de livraison, d'exécution et d'existence d'un droit de rétraction.⁷⁵

Concernant les conditions générales du contrat à conclure, l'article 1602 du code civil pose un principe général selon lequel « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Ce principe, tout comme celui de la bonne foi est applicable à tout contrat dont le contrat à distance. Les informations du droit commun de la consommation et celle prévues en matières de contrat à distance : elles portent sur l'objet du contrat, les caractéristiques essentielles des produits ou services proposés, le prix et la TVA applicable, les moyens et modalités de paiement, le prix de livraison, le coût de la communication à distance , les modalités d'engagement et procédure de passation de commandes, les moyens et délais de livraison des produits ou d'exécution des services, l'existence d'un droit de rétraction et les modalités et conditions d'exercice, les modalités et conseils d'utilisation, les garanties et

⁷⁵ Article L121-18 et L121-19 du code de la consommation

service après-vente, les clauses limitatives de responsabilité, la loi applicable et la juridiction compétente en cas de litige, les réserves de propriété et les conditions de résiliation.

Si l'offre s'accompagne de promotions et de réduction de prix, de prime, de jeux, de cadeaux et de concours, le consommateur doit en être informé.

L'offre électronique doit répondre aux conditions générales imposées par l'article 1369-1 du code civil⁷⁶, ces informations sont édictées en faveur de tout acheteur, professionnel ou consommateur à la différence près qu'aucune dérogation n'est possible lorsque l'offre électronique est destinée au consommateur alors que le professionnel peut y déroger dans les rapports entre professionnels et lorsque les contrats sont exclusivement conclus par échange de courriers électroniques.

Concernant les caractéristiques des biens ou services, le consommateur doit préalablement à la formation du contrat, être informé sur les caractéristiques essentielles du bien ou service proposé à la vente. L'article L111-1⁷⁷ du code de la consommation, la loi impose une obligation générale d'information. Il faut entendre par « caractéristiques essentielles » celles

76 Article 1369-1 du code civil dispose « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition 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.

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.

77 L111-1 du code de la consommation dispose « I. - Tout professionnel vendeur de biens doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien.

« qui déterminent le consentement du consommateur et qui permettent l'utilisation correcte du bien ou du service ». ⁷⁸

La jurisprudence impose encore que les photographies qui illustrent la présentation du produit offert à la vente le reproduisent fidèlement et surtout ne comportent pas d'ambiguïté, d'équivoque de nature à induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques essentielles et composants du bien. ⁷⁹L'étendue de l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des produits et services oblige le professionnel à fournir des informations loyales, objectives et complètes pour garantir l'intégrité du consentement du consommateur qui contracte à distance et se trouve dans l'impossibilité de vérifier la réalité des produits et services proposés à la vente.

Les éléments essentiels varient en fonction de l'objet spécifique du contrat proposé : lorsqu'un produit suppose par exemple une technicité particulière, le professionnel doit fournir une fiche technique et le mode d'emploi.

Concernant le prix et les modalités de paiement, le consommateur doit impérativement être informé du prix des produits et service de manière précise car il est l'un des éléments essentiels du futur contrat. Le principe général de l'indication de prix en droit de la consommation consacré par l'article L113-3⁸⁰ s'applique aux contrats à distance. L'information sur le prix en matière de contrats à distance est plus particulièrement régie par l'article 14 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix de tout produit ou toutes prestations de services proposés selon une technique de communication à distance. Le prix doit être indiqué de façon précise au consommateur, par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat. L'essentiel est donc l'indication précise du prix, peu importe ensuite le procédé utilisé à cet effet. Le professionnel est donc

78 J.Calais-Auloy, H.Temple, droit de la consommation, 8e édition

79 Cont.Conc.Conso, 1996, N°118, obs.Raymond

80 Article L113-3 al 1 du code de la consommation dispose « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation.

libre de choisir le procédé qui lui semble le plus adéquat. L'obligation d'information sur le prix s'étend également à l'affichage du prix sur un support électronique. L'article 19 de la LCEN impose au cybervendeur « même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'il mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ». Le cybervendeur peut, en faisant simplement figurer sur son site le prix, le prix hors taxes et frais de livraison, satisfaire à cette obligation.

Le prix total prévu par l'article 1369-5⁸¹ du code civil n'a pas été défini par le texte. Dans la pratique, c'est au cybermarchand de le préciser et il doit l'être toutes taxes comprises. Le professionnel doit indiquer le prix global que le consommateur doit effectivement payer. A défaut, le consommateur peut légitimement croire que le prix est calculé frais de livraisons inclus. Concernant ces frais de livraisons, le consommateur est obligé de payer ces frais qu'à condition qu'il ait été préalablement et expressément informé de leur existence et les a acceptés avant la conclusion du contrat. Sinon, le vendeur ne peut plus réclamer ultérieurement une telle somme d'argent puisque les frais de livraison seront alors considérés comme inclus dans le prix communiqué au consommateur. L'offre à distance doit apporter une précision sur les modalités de paiement surtout lorsque elle s'accompagne d'une possibilité d'octroi d'un crédit, auquel cas, elle doit répondre aux exigences légales en la matière. Le prix indiqué reste, dans tous les cas, valable pour toute la durée de l'offre et toute augmentation de prix due par exemple à l'augmentation de taxes ou autres pendant cette période à la charge exclusive du vendeur.

Concernant l'emploi de la langue française et les informations précontractuelles, l'objectif de l'obligation d'information en matière de contrats à distance est d'éclairer le consentement du consommateur avant de s'engager. Mais cela ne pourra réellement être efficace lorsqu'il aura été informé dans une langue qui lui est compréhensible. Chaque professionnel, même

81 Article 1369-5 du code civil dispose « Article 1369-5 Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et 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.

étranger, doit utiliser le français lorsque, par son offre, il souhaite cibler les consommateurs français. Cette obligation découle de l'article 2 de la loi « Toubon ».⁸²

La directive européenne du 20 mai 1997 relative au « commerce électronique », précise que l'emploi des langues en matière de contrats négociés à distance relève de la compétence des Etats membres », la CJCE⁸³ a jugé que la Loi Toubon est incompatible avec les règles communautaires de libre circulation. La directive « commerce électronique » propose que le prestataire offre à ses clients la possibilité de conclure le contrat en plusieurs langues. La LCEN transpose cette règle en droit français et impose au cybermarchand de préciser dans l'offre les langues proposées pour la conclusion du contrat. Il ressort de cette nouvelle disposition que le cybermarchand est libre de choisir les langues qui valent sur son internet pour la conclusion du contrat électronique. Pour certains, il s'agit d'un abandon des dispositions de la loi Toubon⁸⁴ mais cela ne reflète pas la réalité car la loi Toubon n'a pas été abrogée par la nouvelle loi. La formule « langues proposées pour la conclusion du contrat » n'est pas claire et laisse sous entendre qu'elle vise la langue future du contrat alors que la portée de la loi Toubon est plus large et s'applique aussi bien à la phase précontractuelle que contractuelle. Or cette dernière n'interdit pas formellement que l'offre présentée en français le soit également dans une ou plusieurs langues étrangères à conditions toutefois que la présentation en français soit aussi « lisible, audible et intelligible que la présentation en langue étrangère ». La LCEN prévoit encore une autre exception selon laquelle, l'exigence des langues ne s'applique pas aux contrats de consommation conclus exclusivement par échange de courriers électroniques. Il est, en somme, conseillé au cybermarchand de prévoir parmi les langues proposées une version française.

82 Article 2 de la loi du 4 août 1994 dite « Toubon » dispose « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou l'utilisation, les descriptions de l'étendue de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que les factures et quittances » et dans « toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle ».

83 CJCE, 12 sept 2000, Sté Casino France : L. Bernardeau, Cont, Conc, Conso. D, 2001.

84 L. Grynbaum, la loi « confiance dans l'économie numérique » : une version définitive proche de la version originale de la directive « commerce électronique », Comm, Com. élect 2004.

Concernant les informations sur le délai de validité de l'offre, en droit commun, l'émetteur de l'offre peut mais n'est pas obligé de prévoir un délai de validité de l'offre. En revanche, lorsqu'il décide de contracter à distance, la loi lui impose d'assortir son offre d'un délai de validité. Le délai de validité de l'offre pourrait être précisé de manière expresse ou tacite. Il est express lorsque l'offre utilise, par exemple, les termes suivants « l'offre est valable jusqu'à... », « Offre valable à partir de... » Ou « offre valable 15jours par exemple ». il est tacite dans le cas où l'offrant prévoit que l'offre est valable jusqu'à la réalisation d'un événement (ex : l'épuisement des stocks). L'offrant en tant que débiteur de cette obligation peut juger suffisant l'indication des termes « jusqu'à l'épuisement des stocks » puisque cette formule indique indirectement la durée de validité de l'offre. Cela est contestable car d'une part, aucune obligation n'impose à l'offrant de montrer expressément l'état de son stock. Par contre, le délai de validité de l'offre à distance doit obligatoirement être indiqué de manière expresse car il est impossible de le déduire implicitement. D'autre part, la formule « offre valable jusqu'à épuisement des stocks » n'est pas suffisamment informative puisque le consommateur, qui ne peut connaître l'état des stocks, n'est pas à même d'apprécier la durée pendant laquelle l'offre pourra être maintenue. On peut donc affirmer que l'offrant ne répond pas à l'obligation d'indication du délai de validité de l'offre lorsqu'il utilise les termes « jusqu'à l'épuisement des stocks ». Il est donc obligé de prévoir un délai de validité de l'offre à distance de manière expresse, claire et sans équivoque. Lorsque l'offrant respecte l'exigence du délai de validité de l'offre, deux conséquences juridiques en découlent. Tout d'abord, une acceptation qui interviendrait pendant cette période, déboucherait sur la formation du contrat et les parties devront alors l'exécuter sinon l'auteur de l'offre sera poursuivi sur la base de la responsabilité contractuelle même si l'offrant prétendait avoir retiré son offre. Ensuite, l'offrant ne peut plus retirer son offre durant le délai imparti et sa révocation anticipée peut donner lieu au paiement de dommages-intérêts.

Si l'offrant ne prévoit pas un délai de validité de l'offre, la jurisprudence l'oblige à maintenir quand même son offre pendant un délai dit « raisonnable » pour permettre à son destinataire de l'examiner et éventuellement d'y répondre. Cette appréciation pose souvent une difficulté en matière de contrats à distance surtout dans le contexte du commerce électronique. La détermination du point de départ de ce délai est également délicate en matière de commerce

électronique dans la mesure où il n'existe pas de support incontestable auquel il est possible de se référer.

Si le cybermarchand ne prévoit aucun délai de validité, l'offre en ligne ne sera pas présumée limitée à un délai « raisonnable » apprécié souverainement par le juge mais la loi par contre l'engage « tant qu'elle est accessible par voie électronique ». Cette disposition incite l'émetteur de l'offre en ligne à rester vigilant et à retirer l'offre de son site dès lors qu'elle est caduque ou qu'il veut la révoquer/

S'il prouve que l'offre est restée accessible du fait d'un tiers non complice, l'offrant sera alors libéré de son offre. D'autres règles de droit commun restent applicables au délai de validité des offres à distance : l'incapacité de l'offrant ou son décès intervenant avant l'acceptation rend l'offre caduque. La caducité s'explique par le fait que l'auteur de l'offre ne pourrait plus s'engager contractuellement et son appréciation relèvera du pouvoir souverain du juge du fond.

La loi prévoit que le cybermarchand doit fournir une confirmation écrite des informations déjà fournies dans l'offre faite à distance.⁸⁵ L'exécution de l'obligation d'information en matière de contrats à distance se déroule en deux temps. Tout d'abord, le professionnel doit fournir obligatoirement un certain nombre d'informations préalables dans l'offre dans le but de déterminer le consentement du consommateur. Ensuite, le professionnel doit en temps utile et au plus tard au moment de la livraison confirmer par écrit ou sur tout autre support durable la teneur des informations fournies lors de la première phase⁸⁶. La loi impose que la

85 Ordonnance du 23 août 2001

86 Article L121-19 du code de la consommation dispose « I.-Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :

1° Confirmation des informations mentionnées aux 1° à 4° de l'article [L. 121-18](#) et de celles qui figurent en outre aux articles [L. 111-1](#), [L. 111-2](#) et [L. 113-3](#) ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article [L. 214-1](#), à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat ;

2° Une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation ;

3° L'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;

4° Les informations relatives au service après vente et aux garanties commerciales ;

confirmation écrite intervienne « en temps utile » c'est-à-dire dans un délai raisonnable et « au plus tard lors de la livraison » donc éventuellement après la conclusion du contrat. Ce qui paraît un peu étonnant puisque l'intérêt d'une information précontractuelle est d'éclairer le consentement du consommateur préalablement à la formation et non après. Le terme « livraison » évoque des biens corporels et non des contrats s'exécutant en ligne ou des prestations de service en général. Les informations relatives au prix, aux caractéristiques du produit ou du service, à l'identité du professionnel, aux frais de livraison, aux modalités de paiement, de livraison ou d'exécution et d'exercice d'un droit de rétractation n'auront pas à être confirmées si elles ont déjà été transmises par écrit ou sur tout autre support durable car le professionnel a satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat. Le consommateur doit recevoir une confirmation écrite d'un certain nombre d'informations complémentaires dont certaines n'étaient pas exigées lors de la présentation de l'offre et ce indépendamment de la technique utilisée pour la conclusion du contrat. Il s'agit d'informations relatives aux conditions et modalités d'exercice du droit de rétractation, à la communication de l'adresse du fournisseur où le consommateur peut éventuellement adresser des réclamations, aux services après vente, aux garanties commerciales et aux conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an. Cette confirmation n'est pas applicable aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur à l'exception toutefois de l'adresse à laquelle le consommateur peut envoyer ses réclamations. L'exigence d'une telle confirmation écrite s'impose également au contrat électronique. L'absence de cette confirmation écrite entraîne un prolongement du délai d'exercice du droit de rétractation à trois mois.

5° Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an.

II.-Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur de cette technique à l'exception du 3°.

III.-Les moyens de communication permettant au consommateur de suivre l'exécution de sa commande, d'exercer son droit de rétractation ou de faire jouer la garantie ne supportent que des coûts de communication, à l'exclusion de tout coût complémentaire spécifique. »

Une chose est sûre ; il est impossible de garantir que les cybermarchands respecteront à la lettre les différentes obligations précontractuelles qui leur incombent. Donc en cas de non respect de ces dernières, le professionnel risque d'être sanctionné tant sur le plan pénal que civil.

§2 Le non respect de ces obligations précontractuelles

Dans un premier temps la distinction faite entre la nature précontractuelle ou contractuelle de l'obligation d'information n'est pas utile pour le commerce électronique car cette obligation est prévue en la matière, par un texte spécial qui protège efficacement le consommateur de tout risque de tromperie et de mauvaise surprise. Le respect de cette obligation est d'ordre public. Toutes ces précautions sont nécessaires au vue de protéger le consentement du consommateur. Dans un second temps on s'aperçoit que le consommateur peut jouer sur un terrain d'attaque en cas de manquement à cette obligation, c'est-à-dire la sanction pénale ou civile. La loi sanctionne aussi l'inexactitude des informations fournies sans porter préjudice au droit du consommateur de demander la nullité du contrat ou l'octroi de dommages et intérêts selon les règles de droit commun.

A/ Une inexécution sanctionnée civilement

Le consommateur devra invoquer les règles de droit commun prévues à cet effet c'est-à-dire l'action pour vices du consentement ou l'octroi de dommages et intérêts.

Concernant l'action pour vices de consentement, le consommateur peut agir soit sur le dol, soit sur l'erreur.

Tout d'abord le dol, il se définit par l'absence ou l'inexactitude de l'information. Le code civil le définit⁸⁷ et la nullité du contrat pour dol résulte de 3 conditions :

Les conditions liées à la qualité de l'auteur du dol suppose que l'une des parties au contrat mais également son représentant légal ou complice soit responsable du dol.

⁸⁷ Article 1116 du code civil dispose « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé. »

Pour entraîner, la nullité du contrat, les manœuvres dolosives constitutives du dol doivent être destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du cocontractant et à conduire ce dernier à contracter.

Les manœuvres doivent être déterminantes dans le consentement du cocontractant. Sans ces manœuvres il n'aurait pas contracté ou alors à des conditions plus avantageuses.

Concernant la preuve du dol, l'article 1315⁸⁸ pose un principe général selon lequel la preuve de l'information incombe au professionnel. L'exécution de cette obligation d'information peut être apportée par tout moyen.

Ensuite le consommateur peut aussi agir sur le fondement de l'erreur prévue par le code civil⁸⁹. Il faut prouver l'absence ou l'inexactitude des informations à entraîner une erreur sur une qualité essentielle et que celle-ci était déterminante dans le consentement au contrat. Il faut donc d'une part prouver l'existence de l'erreur et d'autre part prouver qu'elle était déterminante à amener le contractant à conclure le contrat. L'erreur doit donc être déterminante dans le consentement du cocontractant mais elle doit aussi être excusable. L'erreur peut résulter de l'insuffisance des informations précontractuelles nécessaires à guider le choix du destinataire. En matière de contrat à distance, le caractère excusable de l'erreur devrait être appréhendé différemment de celui des contrats conclus entre présents où le contractant peut également se renseigner lui-même.

L'annulation ou pas du contrat pour dol ou erreur n'empêche pas le juge de condamner éventuellement sur le fondement de l'article 1382 du code civil, le débiteur de l'information devra payer des dommages et intérêts à l'autre contractant pour les préjudices subis résultant de la violation de l'obligation précontractuelle d'information. La responsabilité est de nature délictuelle puisque la faute est commise avant la conclusion du contrat.

88 Article 1315 du code civil dispose « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation »

89 Article 1110 du code civil dispose « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. »

B/ L'inexécution sanctionnée pénalement

Dans sanctions pénales sont prévues en cas de violation de l'obligation d'information en matière de contrat à distance. Le code de la consommation⁹⁰ sanctionne la violation des articles L121-18 et L121-19 par l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

Le débiteur de l'information s'expose à des peines encore plus lourdes s'il s'avérait qu'il a fourni des informations inexacts. L'absence ou l'inexactitude pourrait être sanctionnée sur le fondement de la publicité mensongère, de la tromperie sur les caractéristiques essentielles des produits ou services.

L'incrimination de la publicité trompeuse vise à la fois à protéger les concurrents et les consommateurs et est prévue à l'article L121-1 du code de la consommation⁹¹. Le délit a un caractère général puisque ni le support de la publicité ni les moyens utilisés pour tromper importent. La publicité porte sur l'un des éléments limitativement énumérés par la loi pour que le délit soit constitué. Le délit de publicité trompeuse est une infraction formelle et instantanée. Le moment de ce délit remonte à l'instant de la diffusion du message au public et la modification ultérieure du message ou la suppression des indications erronées initialement

90 Article R121-1 et R121-1-1 du code de la consommation.

91 Article L121-1 du code de la consommation dispose « I.-Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ; 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ; c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ; d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ; e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ; f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ; 3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en oeuvre n'est pas clairement identifiable.

II.-Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte. Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes : 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ; 2° L'adresse et l'identité du professionnel ; 3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance ; 4° Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations des consommateurs, dès lors qu'elles sont différentes de celles habituellement pratiquées dans le domaine d'activité professionnelle concerné ; 5° L'existence d'un droit de rétractation, si ce dernier est prévu par la loi. III.-Le I est applicable aux pratiques qui visent les professionnels. »

données ne changent rien en l'incrimination puisque l'appréciation du caractère trompeur du contenu du message sera faite à l'époque de sa diffusion. Le délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur est sanctionné dans tous les cas sans chercher si son auteur a agi de bonne ou mauvaise foi.

La cour de Cassation a jugé, trompeuse une offre « connexion illimitée » faite par un fournisseur d'accès à internet qui s'est retrouvé par la suite dans l'impossibilité technique d'assurer un accès à tous ses abonnés et qui, de ce fait, installait des moyens techniques engendrant une déconnexion automatique après un certain temps de connexion.⁹² L'auteur de ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 37500€ d'amende ou de l'une de ces deux peines. L'amende maximale encourue peut être portée à 50% des dépenses de la campagne publicitaire constituant ce délit.

L'inexactitude des informations fournies au consommateur peut être sanctionnée également sur le fondement de la tromperie.⁹³ L'élément matériel de ce délit consiste en une tromperie portant sur des marchandises ou services. La tromperie doit se produire en vue d'un contrat ou d'un acte à titre onéreux ou à leur occasion. Il n'est pas indispensable qu'un contrat soit effectivement conclu par la suite puisque la simple tentative est punissable. Il faut prouver l'existence d'une intention frauduleuse. L'auteur de la tromperie est l'auteur de l'infraction qu'il soit une partie ou pas au contrat électronique. La personne morale peut également être déclarée responsable de ce délit et encourir la peine prévue à l'article L213-6 du code de la consommation.⁹⁴

92 C.Cass. 1ère civ 9 mars 2004

93 Article L213-1 du code de la consommation dispose « Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 37 500 euros au plus ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.

94 Article L213-6 du code de la consommation dispose « Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions définies aux articles L. 213-1 à L. 213-4 encourrent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues par les 2° à 9° de l'article 131-39

Pour en finir avec les sanctions pénales il reste une dernière hypothèse à ne pas exclure, il s'agit du délit d'escroquerie si les éléments matériel et intentionnel de l'infraction sont réunis. Cela est prévu par l'article 313-1 du code pénal.⁹⁵Cette infraction exige l'emploi de manœuvres frauduleuses et l'extorsion de fonds ou de biens à la victime. Les manœuvres frauduleuses doivent être déterminantes dans la remise des fonds ou marchandises et intervenir antérieurement à celle-ci. Le délit est aussi intentionnel : une intention de fraude est nécessaire et se manifeste par un acte positif du fraudeur. Une peine de 5 ans d'emprisonnement et une amende est prévue en cas de réalisation de ce délit d'escroquerie.

L'offre à distance constitue le premier pas de l'accord de volonté entre un professionnel et un consommateur, physiquement éloignés l'un de l'autre. C'est pourquoi elle doit être ferme et précise pour que son acceptation débouche sur la formation du contrat.

du même code. L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

95 Article 313-1 du code pénal dispose « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende.

TITRE II LA PROTECTION DU

CYBERCONSOMMATEUR ET LA CONCLUSION

DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE

Les règles de protection qui ont le caractère d'ordre public s'appliquent « à toutes ventes 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 »⁹⁶. Le législateur est intervenu au stade de la formation du contrat électronique car l'utilisation d'Internet pour effectuer une commande est un excellent moyen pour qu'un consommateur à l'aide d'un simple clic effectue une mauvaise manipulation qui pourrait être assimilée à son acceptation de contracter.

La formation du contrat électronique pose de nombreux problèmes juridiques notamment celui du moment de la formation du contrat ou encore de la confirmation de la commande.

La protection du cyberconsommateur se trouve renforcée, et plus précisément à la fin du processus de contractualisation par la reconnaissance de l'écrit et de la signature électronique et d'autre part il bénéficie d'un droit de rétractation de 7 jours ouvrables qui dans quelque temps passera à 14 jours. On peut considérer que l'état de faiblesse du cyberconsommateur face au professionnel se trouve réduit grâce à ces différents outils de protection. Or est ce que les consommateurs sont suffisamment informés des droits dont-ils disposent ? Au vu des litiges dus à un achat sur Internet il me semble que non, il y a encore beaucoup de chemin à faire pour garantir une sécurité quasi-totale lors de la conclusion d'un contrat électronique.

96 Article L121-16 du code de la consommation

CHAPITRE I LA FORMATION DU CONTRAT

ÉLECTRONIQUE

Concernant la formation du contrat électronique, les problèmes majeurs concernent le moment de la formation du contrat, l'obligation pour le professionnel de confirmer la commande. En effet, le contrat électronique se forme entre absents or en droit commun, le contrat se forme par l'accord des deux volontés concordantes. Les contrats à distance sont des contrats consensuels. La forme de l'acceptation dans les contrats consensuels est en principe libre. Aucune forme n'est requise à titre de validité pour que les parties puissent exprimer leur volonté. Ces contrats n'exigent aucune forme particulière pour leur formation. Dans les contrats à distance l'acceptation ne peut s'exprimer que de manière expresse. Le silence du consommateur ne pourra jamais être interprété comme acceptation conformément au principe selon lequel le silence vaut acceptation.

La LCEN règle la question de la conclusion du contrat par voie électronique en prévoyant les modalités à suivre.

Cette même loi impose une obligation aux professionnels de confirmer la commande, on parle alors d'un accusé de réception électronique.

SECTION I : LE MOMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT

ÉLECTRONIQUE

Il convient d'analyser la détermination de la date de formation du contrat électronique et ensuite l'élaboration du système du double clic permettant l'acceptation à distance.

§1 La date de formation du contrat électronique

Par l'intermédiaire d'un moyen de communication à distance, les parties expriment leurs volontés définitives de s'engager lorsque le contrat se forme à distance. Il y a donc un laps de

temps séparant l'offre de l'acceptation et entre les parties puisque celles-ci se trouvent dans des lieux différents au moment des consentements.

La détermination de cette date de formation est très importante car elle permet de connaître le moment exact du transfert de propriété. De plus, en connaissant cette date on pourra fixer les points de départ de certains délais (ex : délai de rétractation, délai de prescription...)

Le texte communautaire n'indique pas le moment de la formation du contrat. Le droit français considère comme plutôt favorable la théorie de l'émission bien que la jurisprudence n'ait jamais tranché la question de manière définitive.⁹⁷

Les juges préfèrent souvent prendre en considération les circonstances de fait pour apprécier s'il faut adopter l'une ou l'autre conception et considérer le contrat comme conclu ou non. La loi semble considérer que le contrat est conclu lors de l'expression de l'acceptation.⁹⁸ La théorie de l'émission préserve les intérêts de l'acceptant notamment contre le retrait de l'offre. Selon M.Grynbaum, la théorie de l'émission rend, en outre plus aisée, « *la preuve de la formation du contrat et des conditions auxquelles il a été conclu... car l'acceptant détiendra dans son propre système la matérialité de l'émission du message d'acceptation et l'étendue de son contenu* ».

La loi, suivant la directive, semble verser tout de même son tribut à la théorie de la réception. En effet la commande, la confirmation et l'avis de réception sont considérés comme reçus lorsque la partie à laquelle ils sont adressés peut y avoir accès.

97 La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique : Comm.Com.électro.2004, chron.10.

98 Article 1369-5 du code civil dispose « Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et 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.

Une distinction est importante, s'il s'agit d'une véritable offre, au sens civiliste, il est possible de considérer que l'acceptation achève le processus de formation du contrat. En revanche, s'il ne s'agit pas d'une véritable offre mais simplement d'une proposition de contracter, l'acceptation de cette proposition ne saurait à elle seule emporter conclusion du contrat. Faut-il alors considérer que le contrat n'est conclu que par l'avis de réception adressé au client ? Cela sera sans doute le cas, lorsque l'avis de réception exprime effectivement la volonté de conclure du professionnel. En revanche, lorsqu'il n'est qu'un simple avis de réception technique, il ne pourra à lui seul permettre la formation du contrat.⁹⁹

§2 L'acceptation à distance : le principe du double clic

Comment l'e-consommateur va-t-il pouvoir exprimer sur internet son acceptation ? la solution permettra d'éviter que certaines manipulations sur Internet ne soient assimilées injustement à une acceptation, et ne lient le consommateur. L'article 1369-5 du code civil prévoit le principe du double clic *« pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation »*.

L'acceptation du consommateur devant être intègre et manifestée de façon expresse et éclairée, plusieurs situations peuvent être distinguées, dans lesquelles les manipulations du consommateur peuvent être considérées judicieusement comme une manifestation de sa volonté de contracter.

Il s'agit tout d'abord du **double clic, sans commande expresse et sans insertion des coordonnées géographiques**. C'est la situation dans laquelle seul l'e-mail est nécessaire, pour le téléchargement de fichiers, de logiciels, de MP3... Dans ce cas là, un simple clic de souris serait trop ambigu pour caractériser l'acceptation, et pourrait résulter d'un malentendu, ou d'une erreur de manipulation. Le double clic semble donc être judicieux et il est nécessaire qu'il y ait au moins deux clics distincts, sur deux boutons séparés : le premier sur l'icône « j'accepte l'offre », et le second sur « confirmez vous bien votre commande ? ». La

⁹⁹ www.lexisnexis.com , fasc 10 : contrats et obligations – Des contrats sous forme électronique. 8 janv 2008.

confirmation de l'acceptation est nécessaire pour exprimer la volonté d'engagement et constitue un moyen de protection du consommateur en limitant les risques de manipulation par inadvertance.

Il s'agit ensuite du **double clic avec l'insertion des coordonnées** : le simple enregistrement des coordonnées peut demeurer ambigu, dans la mesure où cela peut correspondre par exemple à la simple volonté de recevoir des informations. On peut considérer que si l'enregistrement est suivi d'un double clic, la volonté du consommateur aura été expressément manifestée et ce de manière claire et non équivoque.

Enfin il s'agit du panier informatique. De nombreux sites contiennent un tel processus de commande, qui permet une sélection des produits, grâce au curseur qui attrape le bien convoité, pour le faire glisser dans une autre icône représentant un panier. Par souci de protection du consommateur, et par analogie avec la jurisprudence relative aux supermarchés, qui a jugé qu'il existe un droit de repentir jusqu'au passage définitif à la caisse¹⁰⁰, il faudrait considérer que l'insertion du produit dans le panier ne constitue pas une acceptation.

Il convient d'imposer aux commerçants l'obligation de mettre en œuvre les procédés sûrs précédemment évoqués. Cela éviterait par la même d'éventuels conflits ultérieurs. La commission des clauses abusives attache de l'importance au principe du double clic et a recommandé que soient éliminés des contrats les clauses qui ont pour objet ou pour effet de permettre de refuser au consommateur la possibilité de confirmer l'acceptation de l'offre.¹⁰¹

L'auteur de l'offre doit ensuite accuser réception de la commande.

100 CA Bordeaux, 2 sept 1997, JCP 1998

¹⁰¹ Recommandation CCA, n°2007-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet

SECTION II : L'OBLIGATION DU PROFESSIONNEL DE CONFIRMER LA COMMANDE

Le professionnel est tenu de confirmer la commande et il a l'interdiction d'envoyer un article sans commande préalable de la part d'un consommateur.

§1 L'accusé de réception de la commande

L'article 1369-5 du code civil consacre cette obligation pour le professionnel de confirmer la commande, « *L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et 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. ». Cet accusé de réception de la part de l'auteur de l'offre soulève quelques incertitudes. Il n'est pas exclu qu'un juge déduise que la formation du contrat électronique est effectivement retardée à l'accusé de réception par l'acceptant. L'article 1369-2 alinéa 2 impose à l'auteur de l'offre d'accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été adressée et l'alinéa 3 dispose que « *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* » c'est-à-dire que la commande ainsi que la confirmation de l'acceptation sont les seules conditions nécessaires à la conclusion du contrat électronique. Si l'accusé de réception avait été une condition du fond, il aurait à priori fallu préciser son contenu : la loi est silencieuse à ce sujet.

L'accusé de réception n'est pas une étape nécessaire à la perfection du contrat électronique puisque celui-ci est d'ores et déjà formé par le double clic avant même qu'un accusé de réception ne soit adressé. Son rôle se limite exclusivement à constater que la commande a bien été reçue par l'offrant.

§2 L'interdiction d'envoi sans commande

L'article L122-3 du code de la consommation dispose que « *Il est interdit d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de*

biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur, sauf lorsqu'il s'agit d'un bien ou d'un service de substitution fourni conformément à l'article L. 121-20-3 ».

En pratique, un commerçant envoie un objet à une personne qui ne l'a pas commandé et lui indique qu'elle peut soit le garder en payant le prix, soit le renvoyer. Du moment que le consommateur n'a pas commandé l'objet, il n'est pas lié par contrat avec l'expéditeur. Il n'est donc obligé ni de payer le prix, ni de faire les frais et démarches nécessaires pour le renvoi de l'objet.

L'envoi forcé de produits et services sans commande préalable est donc interdit. Si dans la pratique un consommateur reçoit une commande non souhaitée, il n'est pas obligé d'y répondre, son silence ne vaut pas acceptation.

L'article R.635-2 du Code pénal réprime le non respect de cette obligation au terme duquel, *« Le fait d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant que cet objet peut être accepté contre versement d'un prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si ce renvoi peut être fait sans frais pour le destinataire, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe. Les personnes coupables de la contravention prévue au présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :*

1° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ;

2° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit.

Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article [121-2](#), de l'infraction définie au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article [131-41](#), les peines suivantes :

1° L'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ;

2° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit.

La récidive de la contravention prévue au présent article est réprimée conformément aux articles [132-11](#) et [132-15](#). »

Cette interdiction a été instaurée dans le but d'assurer la protection du consommateur qui serait victime d'un consentement forcé.

CHAPITRE II UNE PROTECTION RENFORCÉE DU CYBERCONSOMMATEUR

L'achat sur internet nécessite une protection renforcée du cyberconsommateur car il contracte à distance et n'a pas la faculté de s'assurer de la réalité et de la conformité du produit qu'il commande. Le législateur est venu encadrer ce déséquilibre notamment à la fin du processus de contractualisation.

Le législateur français est venu tout d'abord reconnaître légalement la signature électronique en vertu de la loi du 13 mars 2000, puis il a consacré l'écrit électronique ad validitatem en vertu de la LCEN du 21 juin 2004.

Le code de la Consommation reconnaît un autre droit très protecteur pour le consommateur, il s'agit du droit de rétractation. En effet le consommateur qui conclut un contrat à distance dispose d'un délai de 7 jours ouvrables pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités.

Cette protection renforcée pour le cyberconsommateur concerne donc la consécration de l'écrit et de la signature électronique (I) et de l'existence d'un droit de rétractation pour les contrats à distance (II).

SECTION I : LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ET DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

Pour conclure un contrat, la signature des pages du contrat étaient manuscrites. Or avec le développement du commerce électronique et des nouvelles technologies vient se poser la réflexion de la signature électronique et de savoir si cette dernière avait la même valeur juridique que la signature manuscrite. A cette question L'Union Européenne y a répondu en

reconnaissant la signature électronique par sa directive 1999/93/CE en date du 13/12/1999. Ainsi chaque état membre a du transposer cette directive dans son droit national ce que La France à fait le 13 mars 2000¹⁰² en établissant une loi, cette dernière a vu son décret d'application promulgué le 31 mars 2001. La France consacrera dans un premier temps l'écrit électronique « ad probationem ». Quatre ans plus tard, la loi de confiance en l'économie numérique¹⁰³ ira plus loin dans la consécration de l'écrit électronique, celui-ci acquiert une valeur « ad validitatem ».

Grâce à cette reconnaissance, le cyberconsommateur dispose d'une protection renforcée lorsqu'il contracte via Internet car il aura un moyen de preuve reconnu par la loi en cas de litige.

§1 La Consécration de l'écrit électronique

A/ La reconnaissance de l'écrit électronique ad probationem

C'est à travers une nouvelle définition de la preuve littérale, que la loi du 13 mars 2000 consacre l'écrit électronique. La loi opte pour une approche fonctionnelle. Le droit consacrait une conception unique de la notion d'écrit mais en distinguant deux catégories : acte authentique et sous seing privé. On ne trouvait pas de définition légale de l'écrit. Les nouvelles technologies de transmission et de conservation de l'écrit furent donc une véritable révolution : elles firent irruption dans une civilisation dont l'organisation ancestrale repose sur la technique de l'écrit.

La jurisprudence avait préparé le terrain en jugeant qu'un écrit puisse « (...) être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées »¹⁰⁴. Mais

102 L n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information

103 L n°2004-575, 21 juin 2004, loi pour la confiance en l'économie numérique (LCEN)

104 Cass.Com, 2 déc 1997, JCO E 1998, p.178 note bonneau

désormais, l'article 1316 du Code civil¹⁰⁵ définit l'écrit en termes généraux sans lien avec le support ou même les modalités de transmission. Il est interdit de considérer comme écrit une suite de signes mis bout à bout par hasard. Cette loi permet de mettre fin à la distinction entre écrit original et copie. Seule importe désormais l'intégrité de l'information transmise. On retrouve aux articles 1316-4 à 1317 du Code civil la consécration du principe de la dématérialisation de l'acte authentique et de sa signature, plaçant ainsi les actes sous seing privé et authentique sous le même régime. Le législateur est allé au-delà de ce que lui imposait la directive sur la signature électronique de 1999 qui prévoit des dérogations pour les actes répondant à des exigences formelles. Il était possible d'exclure les actes authentiques puisque la directive sur le commerce électronique¹⁰⁶ dispose que les Etats membres peuvent exclure des écrits électroniques les contrats qui requièrent l'intervention d'une autorité publique ou d'un officier public.

Le problème majeur de cette loi de 2000 est qu'elle reconnaît la validité de l'écrit électronique que quand il s'agit de lui reconnaître une valeur ad probationem. La LCEN du 21 juin 2004 est venue résoudre ce problème.

B/ La reconnaissance de l'écrit électronique ad validitatem

La nouvelle définition de la preuve par écrit telle qu'elle ressortait de la loi de 2000 était censée être sans incidence sur l'écrit exigé ad validitatem. Cette position restrictive était difficilement tenable au regard de l'article 9-1 de la directive du 18 juin 2000 qui dispose que « 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 la voie électronique ». La LCEN introduit dans le code civil un nouvel article 1108-1¹⁰⁷ qui

105 Article 1316 du Code Civil dispose « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission »

106 Dir. N°2000/31/CE du 8 Juin 2000

107 Article 1108-1 du Code Civil dispose « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il 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

aligne l'ensemble du formalisme probatoire et solennel autour d'une unique notion d'écrit. Toutefois ne bénéficient pas de cette disposition les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille ainsi que les actes relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés pour les besoins de la profession.

En application de l'article 1317, al 2 du Code civil¹⁰⁸, un décret n°2005-976 du 10 août 2005 a apporté des modifications au décret du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires. Il résulte que l'acte établi sur support électronique « doit être signé par le notaire au moyen d'un procédé de signature électronique sécurisée » (al 1^{er}) et que « pour leur signature, les parties et les témoins doivent utiliser un procédé permettant l'apposition sur l'acte notarié, visible à l'écran, de l'image de leur signature manuscrite »(al.3). Enfin, « lorsque l'acte doit contenir une mention manuscrite émanant d'une personne qui y concourt, le notaire énonce que la mention a été apposée dans le respect des conditions prévues au second alinéa de l'article 1108-1 du Code civil »(al.4). Tous les contrats qui ne sont soumis à aucune autre formalité que celle d'être constatés par écrit ou de contenir des mentions obligatoires peuvent être dématérialisés.

Une ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 est venue clarifier l'accomplissement par voie électronique de quelques formalités subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats. En vertu de celle-ci, les informations demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou au cours de son exécution peuvent être adressées par mail si le destinataire en a accepté le principe. Il sera également possible d'adresser par voie électronique une lettre simple ou encore lettre recommandée, sous réserve que la lettre soit acheminée par un tiers utilisant un procédé permettant d'identifier le tiers lui-même, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre est remise ou non.

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.

108 Article 1317 al 2 du Code Civil dispose « Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

§2 Les conditions d'admission de l'écrit électronique

Les conditions légales d'admission de la preuve de l'écrit électronique sont prévues à l'article 1316-1 du Code civil¹⁰⁹ et sont au nombre de deux.

Dans un premier temps, l'auteur de l'écrit doit pouvoir être identifié, et ce, « dûment ». Traditionnellement, l'auteur d'un écrit est identifié par la signature que celui-ci appose sur l'écrit. La loi du 13 mars 2000 prévoit une définition de la signature, on l'a retrouvée à l'article 1316-4 du Code civil qui dispose « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

La deuxième condition d'admission de l'écrit électronique consiste en ce qu'il soit « établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

Lorsque ces conditions sont remplies, les règles applicables à la preuve papier sont étendues à la preuve électronique. Autrement dit, écrit papier et écrit électronique auront la même valeur probante. Ce qui induit naturellement l'idée de conflits de preuves. En cas de litiges entre écrit papier et écrit électronique, le législateur fait confiance au juge. Toute hiérarchie entre les preuves littérales est écartée sans primauté du papier sur le numérique. En l'absence de preuve préconstituée plus ou moins convaincante, ce sont des indices qui pourront emporter la conviction du juge.

109 Article 1316-1 du Code civil dispose « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. »

§3 La reconnaissance de la signature électronique

La loi du 13 mars 2000 apporte une définition générale et fonctionnelle de la signature. Cette même loi donne ensuite une définition spéciale de la signature électronique. L'article 1316-4 al 1^{er}¹¹⁰ prévoit la définition générale d'une signature. L'article 1316-4 al.2¹¹¹ du Code civil consacre la signature électronique. La validité de cette dernière dépend de l'existence d'un lien certain entre le contenu de l'acte et la manifestation de la volonté. La signature électronique est conditionnée à l'existence d'un lien fiable entre la signature et le contenu de l'acte. Le terme « identification » évoque la garantie permettant de rattacher la signature à son auteur. Le décret n°2001-272 du 30 mars 2001 définit le signataire comme étant « toute personne physique, agissant pour son propre compte ou pour celui de la personne physique ou morale qu'elle représente, qui met en œuvre un dispositif de création de signature électronique. Le terme « intégrité », vise les garanties permettant l'établissement et la conservation du message électronique dans des conditions aptes à le conserver en bon état sans que le support ne soit altéré ou modifié. Lorsque les conditions d'identification et d'intégrité sont réunies, la signature électronique équivaut à une signature manuscrite tant pour l'acte authentique que pour l'acte sous seing privé.

Il existe deux types de signature électronique , le décret du 30 mars 2001 distingue entre signature simple qui consiste en une donnée qui résulte d'un procédé répondant aux prescriptions prévues par l'article 1316-4 du Code civil et signature électronique de catégorie particulière dite sécurisée. Cette dernière pour être considérée comme telle, doit satisfaire à plusieurs exigences à la fois : être propre au signataire, être créée par des moyens qui permettent au signataire de les garder sous son contrôle exclusif, de garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable. Le

110 Article 1316-4 al 1er du Code civil dispose « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. »

111 Article 1316-4 al.2 du Code civil dispose « Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

décret précise aussi les étapes et les conditions techniques qui s'imposent à la mise en œuvre de la signature électronique sécurisée. La signature électronique doit être établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique c'est-à-dire un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de création de signature électronique. L'objectif de cette distinction est d'établir une présomption simple de fiabilité uniquement en faveur de la signature électronique sécurisée. La signature électronique simple ne bénéficie pas de la présomption de fiabilité, elle doit quand même être recevable en justice et il incombe alors à l'intéressé d'en apporter la preuve. Les deux types de signature électronique sont recevables en justice. Cependant, la signature électronique sécurisée à la différence de la signature électronique simple, est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire et aura une valeur juridique équivalente à une signature manuscrite.

La reconnaissance juridique de la preuve littérale sous forme électronique a rendu la conclusion des contrats à distance par voie virtuelle plus facile. L'égalité entre ces deux formes rend les actes authentiques ou sous seing privés électroniques admissibles en preuve en tant que tels au même titre que ceux sur support papier et auront la même valeur probatoire. Pour éviter l'instauration d'une hiérarchie entre les deux formes d'écrit, la loi valide la convention sur la preuve et confie au juge en l'absence de convention valable de trancher entre les différentes preuves écrites selon le titre le plus vraisemblable. Le décret débouche sur un seul système de sécurisation : celui de l'intervention d'un tiers certificateur garant de la fiabilité de la signature ainsi apposée. Dans la pratique d'autres moyens potentiels d'authentification pouvant garantir les données n'a pas été retenus.

SECTION II : LE DROIT DE RÉTRACTATION

§1 Le Champ d'application

Le consommateur n'a pas la possibilité de vérifier la réalité du produit mis en vente sur un site Internet avant la conclusion du contrat donc ce droit de rétractation accordé au cyberconsommateur est entièrement justifié. Il s'agit d'un droit dérogatoire aux règles générales de droit commun.

L'article L121-20 du code de la consommation¹¹² énonce ce droit de rétractation et dispose « à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. Le consommateur peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait besoin de faire appel à une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d'existence. Dans ce cas, il continuerait à exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services.

Lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa.

Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. »

Il résulte de cet article que le consommateur dispose d'un délai de 7 jours ouvrables pour exercer son droit de rétractation lorsqu'il conclut un contrat à distance. Le consommateur ne doit pas justifier de motifs, ni à payer de pénalités. Lorsque le délai expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Si le contrat porte sur des biens, il court à compter de la réception des biens par le consommateur. Lorsque le contrat porte sur des services, il court à partir de la conclusion du contrat. Ce délai est prolongé à 3 mois dans le cas où le fournisseur n'a pas communiqué les informations à fournir lors de l'exécution du contrat. Si l'information n'est toujours pas fournie trois mois après la conclusion du contrat de service ou la livraison du bien, on considère le délai comme étant d'office expiré.

112 Article 121-20 du Code de la Consommation, Modifié par Loi n°2005-841 du 26 juillet 2005 - art. 3 JORF 27 juillet 2005

Le droit de rétractation est supprimé pour les contrats de service dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant le délai normal de sept jours.

L'article L121-20-2 du code de la consommation¹¹³ exclut de son domaine d'application certains contrats où les parties pourront prévoir un droit de rétractation conventionnelle.

Le droit de rétractation est supprimé pour les contrats de fourniture de biens ou de service, dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier que le fournisseur n'est pas en état de contrôler, ne comprennent pas de droit de rétractation. Sont exclus aussi les contrats concernant des biens confectionnés spécialement pour le consommateur, ou personnalisés, ou des journaux périodiques ou magazines. Un droit de rétractation n'aurait pas de sens parce que les biens restitués après la rétractation n'auraient plus aucune valeur commerciale pour le fournisseur. Une autre exception concerne les enregistrements audio ou vidéo et les logiciels informatiques. Une autre exception concerne également les services de pari et de loterie.

Dans la pratique, le professionnel pour satisfaire à cette obligation de permettre au consommateur de se rétracter, met en place un système de formulaire détachable qui sera rempli, signé et renvoyé à l'adresse du vendeur.

« Le consommateur ne peut faire revivre un contrat en retirant sa rétractation dans le délai légal »¹¹⁴, un arrêt de la Cour de cassation de 2008¹¹⁵ décide que l'exercice du droit légal de rétractation ayant pour effet d'anéantir le contrat, le retrait de la rétractation ne peut pas

113 Article L121-20-2 du Code de la consommation dispose « Le droit de rétractation ne peut être exercé, sauf si les parties en sont convenues autrement, pour les contrats : 1° De fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs ; 2° De fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier ; 3° De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ; 4° De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été scellés par le consommateur ; 5° De fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines ; 6° De service de paris ou de loteries autorisés. »

114 Cass.3e civ, 13 fév 2008, Communication Commerce électronique n°7, Juillet 2008, comm.91 Philippe STOFFEL-MUNCK

115 D.2008 note Y.Dagorne-Labbé

rétablir la relation contractuelle détruite, même si ce repentir intervient avant l'expiration du délai de sept jours. La Cour de cassation juge donc que la vente avait disparu par l'effet de la première rétractation, de sorte que son retrait avait été opéré dans le vide. Autrement dit, pour donner une suite concrète au regret qu'avait l'acquéreur de s'être rétracté, le vendeur aurait dû recommencer un processus contractuel, au terme duquel un nouveau contrat se serait formé.

En matière de vente à distance, le consommateur envoie sa rétractation après avoir reçu l'objet. S'il le réexpédie puis prétend revenir sur sa rétractation, le professionnel aura tout intérêt à refuser d'en tenir compte quitte à renvoyer le consommateur à former un nouveau contrat à des conditions éventuellement nouvelles. Cet arrêt lui donne tout loisir, et le remboursement que le professionnel doit au consommateur pourra se compenser avec le prix que celui-ci devra lui verser en raison du nouveau contrat.

Si au contraire, le consommateur a encore l'objet entre ses mains après qu'il ait envoyé sa rétractation que faire ? Le professionnel peut considérer qu'il est plus commode de laisser les choses en l'état.¹¹⁶

Il convient de préciser que ce droit de rétractation n'est pas applicable pour une vente à distance entre particuliers. Un juge de proximité de Dieppe n'a pas donné raison à un consommateur qui avait effectué un achat sur le site Priceminister (ce site internet met en relation des acheteurs et des vendeurs) et qui dès le lendemain a voulu se rétracter. Le Site n'a pas donné suite à sa demande en invoquant que l'achat avait été effectué auprès d'un particulier et par conséquent le droit de rétractation ne s'appliquait pas.¹¹⁷ Le consommateur doit être très prudent lorsqu'il contracte auprès d'un particulier. De plus, lorsqu'il se rend sur des sites tels que « Le Bon Coin », « Ebay », « Priceminister », il doit vérifier que le vendeur est bien un professionnel car sur ce type de site il y a des vendeurs particuliers et des vendeurs professionnels. On doit trouver une identification très claire de ces vendeurs.

Quelques conseils pratiques devraient être portés à la connaissance des cyberconsommateurs :

116 Communication Commerce électronique n°7, Juillet 2008, comm.91 Philippe STOFFEL-MUNCK.

117 <http://www.quechoisir.org> , « Vente entre particuliers, la rétractation c'est non – UFC Que Choisir », 03/03/2011.

- En cas de rétractation, il est conseillé de retourner les articles en recommandé afin d'avoir une preuve de l'envoi.
- Le professionnel n'a pas le droit de refuser un article parce qu'il manque un élément mineur. Le bien doit être retourné en bon état.
- Le consommateur a le droit d'essayer l'article commandé (par exemple : allumer une télévision, essayer une paire de chaussure) avant de le rendre. Le professionnel n'a pas le droit d'interdire cela.
- Si la commande est livrée en plusieurs fois, le délai de rétractation débute à partir de la dernière livraison.
- Si une procédure quelconque est imposée au consommateur pour effectuer sa demande de rétractation, en aucun cas le professionnel pourra refuser un retour sous prétexte que cette procédure n'a pas été respectée.
- Les seuls frais pouvant être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises.

Après avoir vu l'étendue du champ d'application du droit de rétractation, il convient d'examiner les modalités d'exercices de cette faculté offerte au cyberconsommateur.

§2 Les modalités d'exercice du droit de rétractation

Il résulte de l'article L121-19 que ce droit pour le consommateur doit être exercé dans un délai limité, que le professionnel ne peut pas demander de contrepartie financière en cas d'exercice de ce droit. Le Consommateur étant réputé comme une partie faible au contrat, il ne doit pas obtenir l'accord du professionnel avec lequel il a contracté pour faire valoir son droit. Par conséquent c'est un droit unilatéral.

L'article 121-20 alinéa 1 prévoit le délai dans lequel le consommateur peut exercer son droit de rétraction. Il dispose en principe d'un délai de sept jours francs ouvrables pour exercer son droit. Ce délai court à compter de la réception des biens achetés. S'il y a un conflit relatif au point de départ de ce délai, la charge de la preuve incombe au professionnel. Si le professionnel n'adresse pas au consommateur une confirmation écrite des informations

prévues à l'article L121-20 du code de la consommation, le délai de rétractation sera porté à 3 mois.

Le professionnel ne peut pas prévoir un délai plus court mais par contre il a la possibilité de prévoir un délai plus long que celui fixé par la loi. Le point de départ du délai de rétractation est la date de réception des biens ce qui permet au consommateur de profiter d'un délai favorable car c'est à ce moment là que le consommateur peut vérifier la réalité du produit acheté.

Le droit de rétractation n'est reconnu qu'au consommateur. En aucun cas un professionnel peut se prévaloir de ce droit et toute clause donnant un droit de rétractation à un professionnel est nulle de plein droit. Le consommateur n'a pas à se justifier sur son changement d'avis, il n'a aucun motif à avancer et aucune pénalité à payer. Il a à sa charge les frais de retour de la marchandise.

Il convient d'insister sur un point très important : le consommateur n'est pas contraint de payer une pénalité financière en cas d'exercice de son droit de rétractation. Dans l'hypothèse où le consommateur se rétracte dans les conditions prévues par la loi, le professionnel est tenu de lui rembourser la somme du prix versé au plus tard trente jours suivant l'exercice de ce droit. A défaut de remboursement dans ce délai, la somme devient productive d'intérêts en vertu d'un taux légal en vigueur.

L'article L121-19 précise que le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support les informations relatives aux modalités d'exercice du droit de rétractation.¹¹⁸

118 Article L121-19 2° du Code de la Consommation « I.-Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :

1° Confirmation des informations mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 121-18 et de celles qui figurent en outre aux articles L. 111-1, L. 111-2 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat ;

2° Une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation »

La Commission des clauses abusives a du intervenir face à une tendance de certains commerçants de tenter d'insérer dans leurs contrats des clauses subordonnant l'exercice du droit de rétractation à des formalités excessives, voire à une contrepartie financière.

Dans une recommandation relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet¹¹⁹, la Commission recommande l'élimination de certaines clauses dans les contrats de commerce électronique :

« celles ayant pour objet ou pour effet de faire croire que l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation prévu à l'article L.121-20 du Code de la consommation est subordonné à d'autres conditions que celles prévues par la loi ou encore de soumettre l'exercice du droit de rétractation à des modalités pratiques non justifiées par la nécessité d'assurer la protection du bien restitué ».

La CJCE est venue rajouter que « l'imposition de manière générale d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation des biens acquis par un contrat à distance est incompatible avec les objectifs poursuivis par la directive, dès lors que l'exercice de la faculté de rétractation été exercée dans les délais »¹²⁰

Une indemnité compensatrice pourra être mise à sa charge pour l'utilisation du bien dans l'hypothèse où le consommateur en aurait fait usage d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause. Même dans ce cas l'indemnité ne doit pas être disproportionnée par rapport au prix d'achat du bien. Il ne saurait non plus être exigé du consommateur la charge de la preuve qu'il n'a pas utilisé ce bien pendant le délai de rétractation d'une manière allant au-delà de ce qui était nécessaire pour lui permettre d'exercer utilement son droit de rétractation.¹²¹

119 Recommandation n°07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet, BOCCRF du 24 déc.2007)

120 CJCE, 17 avril 2008, Aff.C-404/06, D.2008. Jur.2631, Note G et L-F. Pignarre

121 www.dalloz.fr, Dalloz actualité 14 sept 2009, V.Avena-Robardet

La CJUE en 2010¹²² confirme une décision similaire rendue en 2009. Dans les deux cas c'est la protection du consommateur qui est largement privilégiée. Dans l'arrêt de 2010, il résulte que l'article 6 de la directive 97/7 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui permet au fournisseur, dans un contrat conclu à distance, d'imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur dans le cas où ce dernier exerce son droit de rétractation. L'imputation des frais de livraison au consommateur en cas de rétractation serait de nature à le décourager d'un tel droit. Elle mettrait à mal une répartition équilibrée des risques entre le professionnel et le consommateur en faisant peser sur ce dernier les frais de livraison des marchandises. La solution peut trouver une justification dans le fait que l'article 6 de la directive n'établit aucune distinction entre le prix du bien et les frais de livraison lorsqu'il aborde les conséquences de la rétractation.

Dans les deux arrêts de 2009 et 2010 le professionnel est tenu de rembourser l'ensemble des frais mis à la charge du consommateur, à l'exception des frais de renvoi de la marchandise. Cela est justifié par l'objectif de la directive sur les contrats à distance, à savoir encourager les consommateurs à employer les techniques de vente à distance.

Pour conclure sur ce droit de rétractation il convient de faire un point sur son actualité !

En effet après des mois de négociation, le 22 juin 2011, Le Conseil et le Parlement Européen ont trouvé un accord en vue d'assurer des règles claires et communes sur les droits des consommateurs en Europe. Le projet de directive du 8 octobre 2008 relatif aux droits des consommateurs a été adopté après de nombreuses modifications.¹²³

La principale innovation de directive est : En cas d'achat à distance, le consommateur disposera dorénavant de 14 jours à partir de la date de réception du produit au lieu de 7 pour se rétracter et en obtenir le remboursement (frais de livraison compris). Une fois cette demande de rétractation déposée, le consommateur disposera à nouveau de 14 jours pour retourner sa commande. Le cybercommerçant devra indiquer sur son site les coûts liés aux

122 CJUE, 14 avril 2010, Arrêt « HEINE »

123 [http:// www.ecommercemag.fr](http://www.ecommercemag.fr) « les nouvelles règles de la directive européenne votées le 23 juin », Martine FUXA.

retours des produits encombrants sous peine de devoir les prendre à sa charge. Ces dispositions devront être appliquées par tous les sites marchands européens, quel que soit le pays dans lequel ils sont implantés. En revanche contrairement à ce que prévoyait le projet initial, les cybermarchands n'auront pas, en cas de rétractation à rembourser les frais de retour (ceux que le client paie pour renvoyer l'article).¹²⁴

La FEVAD a soutenu jusqu'à l'adoption de la directive la suppression de certaines dispositions prévues dans le texte initial et notamment celle concernant « le retrait de la prise en charge des frais de retour »¹²⁵

En conclusion, la formation du contrat électronique est strictement encadrée par la loi et cela concerne aussi la phase précontractuelle. Le code de la consommation prévoit que le professionnel doit respecter une importante obligation d'information tant durant la phase précontractuelle que contractuelle. Cela permet de mettre en confiance le consommateur lors de ces achats sur internet et surtout à le fidéliser.

124 [http:// www.quechoisir.org](http://www.quechoisir.org), « E-commerce, le droit de rétractation étendu » 21 juin 2011.

125 [http:// www.ecommercemag.fr](http://www.ecommercemag.fr) « les nouvelles règles de la directive européenne votées le 23 juin », Martine FUXA.

PARTIE 2 L'ÉXÉCUTION DU CONTRAT EN **LIGNE ET LE RÉGLEMENT DES LITIGES**

Une fois le contrat électronique valablement conclu, il est temps de passer à l'exécution de celui-ci.

Cette exécution se traduit par des obligations réciproques entre les parties au contrat. L'exécution du contrat englobe le paiement dû par le cyberconsommateur qui est son obligation principale et l'obligation de livraison de la part du consommateur.

Tout est fait pour assurer une sécurisation du paiement en ligne de la part du consommateur mais on s'aperçoit que les fraudes liées à l'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire sont encore nombreuses donc les progrès dans ce domaine ne manqueront jamais.

Le code de la consommation prévoit une responsabilité de plein droit du professionnel et les cas d'exonérations sont strictement limités et encadrés par la loi.

Mais au moment de l'exécution du contrat on peut s'apercevoir que le contrat au nul à cause d'une erreur au moment de la formation du contrat ou au moment de l'exécution du contrat. Il conviendra d'étudier les différents modes de résolution des litiges. Le consommateur aura le choix entre un règlement de son litige par voie de justice ou par voie amiable c'est-à-dire grâce aux MARC (Les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits).

TITRE 1 L'ÉXÉCUTION DU CONTRAT

ÉLECTRONIQUE

L'exécution du contrat électronique suppose que cyberconsommateur respecte son obligation de paiement en ligne. Afin qu'il réalise à bien cette obligation, les cybermarchands mettent tout en œuvre pour assurer la sécurisation des paiements en ligne. Il conviendra d'étudier les différentes méthodes de sécurisation des paiements virtuels. (I) Ensuite le cybermarchand est tenu de respecter un certain nombre d'obligation (II), le code de la consommation encadre l'obligation de livraison ainsi que les défauts de livraison. De plus le code civil prévoit une garantie légale contre les vices cachés et le code de la consommation prévoit une garantie légale de conformité. Le professionnel est tenu d'informer ces clients de l'existence de ces deux garanties mais bien souvent le client n'a connaissance que de la garantie commerciale.

CHAPITRE 1 LE CYBERCONSOmmATEUR ET LA

SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE

Pour assurer le développement du commerce électronique, il est indispensable de mettre en place un système de sécurisation des paiements. Cela a un double enjeu, cette sécurisation doit permettre de garantir les montants prélevés et la confidentialité des informations bancaires transmises et pour le cybermarchand elle doit garantir l'effectivité du paiement.

La directive 2007/64/CE¹²⁶ harmonise les conditions de transparence et d'information des consommateurs, des droits et obligations des utilisateurs qui devront se substituer aux règles de chacun des pays de l'Union Européenne. Elle harmonise également les droits et obligations des utilisateurs et des prestataires de services de paiements, avec pour objectif le

¹²⁶ Dir.2007/64/CE, 13 nov 2007, concernant les services de paiements dans le marché intérieur modifiant la directive 97/7/CE.

développement des systèmes de paiement électronique moderne pour renforcer la confiance des utilisateurs et accroître l'efficacité des entreprises sur le marché.¹²⁷

L'exécution du contrat de vente par Internet obéit aux règles générales du droit commun de la vente et du droit particulier de la vente au consommateur. Ces règles ne subissent que des adaptations pratiques du fait de la nature particulière du paiement en ligne. En effet les obligations de l'acheteur ne sont pas nombreuses. La principale obligation du cyberconsommateur est de payer le prix.¹²⁸

Il convient donc d'analyser dans un premier temps cette obligation de paiement (I) puis dans un second temps d'étudier les différents modes de paiement proposés au consommateur afin d'assurer la sécurisation de son paiement et de le mettre en confiance (II).

SECTION I : LE PAIEMENT EN LIGNE

En effet afin de finaliser le processus de contractualisation et de débiter l'exécution du contrat électronique, le cyberconsommateur est tenu de payer le prix (§1), de nombreux moyens de paiement virtuels sont mis à sa disposition. Mais qui dit Internet, dit Utilisation frauduleuse des moyens de paiement (§2), cela a fait l'objet d'une réglementation très protectrice à l'égard du cyberconsommateur.

§1 La principale obligation du cyberconsommateur

Le paiement constitue une obligation essentielle dans les relations contractuelles, celle de payer le prix, contrepartie du bien acquis ou du service rendu. Bien qu'il s'agisse d'une obligation fondamentale, le code de la consommation est silencieux sur les questions du paiement en ligne. La directive « commerce électronique » n'apporte pas plus.

¹²⁷ « CYBERDROIT- Le droit à l'épreuve de l'internet » 2009-2010, 5^e édition Dalloz, Christiane FERAL-SCHUHL.

¹²⁸ Article 1650 du Code civil « La principale obligation de l'acheteur est de payer le prix au jour et au lieu réglés par la vente.

La directive 2007/64/CE dite « services de paiements dans le marché intérieur » devrait permettre d'atteindre les objectifs de sécurisation des paiements en ligne afin de mettre en confiance le consommateur lors de ses achats sur internet. La mise en confiance du consommateur lors de son achat sur internet est indispensable. En effet les relations contractuelles nées en ligne présentent un danger majeur, car les cocontractants ne se connaissent pas ainsi, ils ne sont pas toujours certains de l'existence réelle et de l'identité véritable de leur partenaire d'affaires. De même que sur sa crédibilité, son sérieux et sont encore moins sûrs de l'aboutissement effectif de leur contrat, sinon de son exécution c'est-à-dire du bien pour lequel ils auraient payé.

Le consommateur dispose d'un droit de rétractation prévu dans le code de la consommation, or rien n'interdit les paiements effectués par le consommateur avant la fin de la période mise à sa disposition pour se rétracter. Si le consommateur exerce son droit de rétractation, « le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais ». La loi Châtel du 3 janvier 2008¹²⁹ impose au vendeur le remboursement de la totalité des sommes versées en cas de rétractation du client et ce dans un délai maximum de 30 jours après la demande de remboursement du client. Les paiements anticipés sont donc licites. Le législateur français n'a pas estimé nécessaire de prévoir un régime plus protecteur du consommateur. En pratique, si le professionnel n'effectue pas le remboursement on s'aperçoit que rares sont les cas où le consommateur agira en justice pour obtenir ce remboursement du paiement anticipé.

Le cyberconsommateur dispose de différents moyens de paiements virtuels¹³⁰ :

- **Le porte monnaie virtuel (PMV): correspond au porte-monnaie électronique sur internet.** le débit est effectué après la transaction. Le terme confiance prend alors toute son importance car le client a une relation avec un serveur. Le PMV est un moyen de paiement gratuit qui permet de ne pas donner son numéro de carte bancaire

¹²⁹ LOI n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

¹³⁰ « La monnaie électronique » - Université des sciences sociales de Toulouse

sur internet. l'internaute doit créer un compte, par le biais de la banque ou du site marchand, et le créditer d'une somme d'argent. Après avoir suivi cette démarche, l'internaute peut payer ses achats en s'identifiant avec un login et un mot de passe.

- **Moneo : porte-monnaie électronique sur une carte à puce** qui permet d'avoir toujours de la monnaie sur soi pour régler les petites dépenses quotidiennes. Les principaux établissements bancaires français proposent MONEO soit sur une carte bancaire soit sur une carte indépendante, liée ou non à un compte de dépôt. La première fois que le client retire sa carte MONEO à sa banque, il doit la charger sur une borne. L'opération de chargement nécessite la saisie confidentielle de la carte, qui est délivrée par la banque. Le montant chargé sur la carte est débité du compte.

- **L'E-carte bleue : elle permet de payer sur internet à l'aide d'un « e-numéro » sans avoir à communiquer le numéro de la carte bancaire réelle.** Il est possible de réaliser des achats sur internet en toute simplicité et en toute confiance. Le E-carte bleue est utilisable chez tous les marchands en ligne français et étrangers acceptant la carte bleue ou les cartes visa. L'internaute doit s'inscrire auprès de sa banque afin de recevoir un identifiant et un mot de passe, ainsi que l'adresse Internet où il téléchargera son logiciel E-carte bleue.

- **Le paiement par onde sonore : Id-Tronic de la Caisse d'Epargne :** cette technologie s'appuie sur des ondes sonores. Le client dispose d'une carte qui émet des ondes, que le commerçant reçoit sous forme cryptée afin de les déchiffrer. Cette solution utilise le téléphone portable pour identifier le porteur de la carte. Id-Tronic est une solution de paiement qui ne nécessite pas la divulgation du numéro de carte bancaire sur internet. Le client n'est pas obligé de posséder un compte à la caisse d'Epargne pour bénéficier de ce service. Dans un premier temps il doit s'inscrire sur le site sécurisé de la Caisse d'Epargne en indiquant ses coordonnées personnelles et bancaires. Ensuite il reçoit un numéro Id-Tronic de 16 chiffres par mail. Le numéro servira d'identification pour les prochains achats sans que la personne ne soit obligée de remplir à nouveau le formulaire. Au moment du paiement, un numéro unique à

saisir de 8 chiffres est adressé par SMS sur son téléphone portable. Ce numéro permet d'authentifier la transaction.

- **Des paiements très virtuels : une puce par radio-fréquence et boîtier-lecteur de cartes à puce.** Ces sociétés travaillent sur une puce d'identification par radio fréquence (RFID-Radio Frequency Identification). Alors que certains constructeurs voudraient placer la puce dans des objets (stylos, porte clefs, boucle d'oreille), d'autres dénoncent un manque de sécurité du système dû à la perte ou au vol de l'objet. Ils préconisent alors de placer la puce « de la taille d'un demi-grain de sable » sous la peau.

MasterCard et Visa et Visa expérimentent une nouvelle solution de sécurisation pour les paiements électroniques reliant carte à puce et boîtier. Au niveau de la mise en pratique, l'utilisateur insère sa carte bancaire dans le boîtier d'identification et compose son code à quatre chiffres. Ce système permet à la banque d'authentifier l'identité du propriétaire de la carte. En retour il reçoit sur l'écran du boîtier un cryptogramme à huit caractères. Ainsi, l'utilisateur n'utilise plus sa carte bancaire pour les paiements en ligne, mais un numéro unique, généré à chaque nouvelle transaction. Cette solution a un double intérêt. D'une part, elle symbolise une assurance de paiement pour les e-commerçant et d'autre part, un acte de confiance pour la clientèle.

Il existe donc de nombreux moyens de paiements pour sécuriser les paiements en ligne mais cela ne garantit pas une totale sécurité car des fraudes liées à l'utilisation d'une carte bancaire sont fréquentes.

§2 Le risque d'une utilisation frauduleuse du moyen de paiement

Le consommateur n'est pas à l'abri d'un vol, d'une perte de sa carte bancaire. Cela pourrait permettre une utilisation frauduleuse de son moyen de paiement sur Internet. Le législateur français est intervenu pour assurer la protection du consommateur et il a inséré des nouvelles dispositions au sein du Code Monétaire et Financier. L'article L132-4 al.1 du Code Monétaire et financier dispose que « *La responsabilité du titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-1 n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance,*

sans utilisation physique de sa carte. » la protection du consommateur en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte bancaire se limite donc aux contrats à distance et n'a en conséquence qu'un champ d'application limité, même s'il est certain qu'il vise les opérations réalisées sur l'Internet.¹³¹

Le troisième alinéa du même article¹³² garantit le remboursement des montants frauduleusement prélevés dans le délai maximum d'un mois après réception de la contestation écrite formée par le consommateur. Aucun frais de restitution des sommes ne pourra être mis à la charge du titulaire.

La Cour de Cassation avait également considéré qu'en présence d'un paiement intervenu à distance, « sans utilisation physique de la carte, ni saisie du code confidentiel, la contestation de ce débit par le titulaire du compte oblige la banque à procéder à la restitution de la somme débitée »¹³³. Il y a donc bien une obligation de paiement pour les banques en cas d'utilisation frauduleuse d'un moyen de paiement sur Internet.

Le cybermarchand est tenu de vérifier que les opérations de paiements ne sont pas réalisées au moyen d'une carte non valide, périmée ou annulée. La Cour d'appel de Pau a fait une application stricte de cette règle.¹³⁴

Le titulaire d'une carte dispose d'un délai de 70 jours à compter de la date de l'opération contestée pour déposer sa réclamation.¹³⁵

¹³¹ « La fraude à la carte bancaire », Pascal COLOMBANI, édition Carnot.

¹³² Article L132-4 al 3 du Code monétaire et financier dispose « Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait, les sommes contestées lui sont recreditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées, sans frais, au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation.

¹³³ Cass.Com 23 juin 2004, n°02-15-547 Bardie c/ Banque Populaire provençale et corse.

¹³⁴ T.Com Bayonne 19 avril 2004 confirmé par CA Pau, 2^e ch, sect 1, 8 janv 2007, SARL caves et épicerie du progrès c/ Sté générale.

Pour faire face à cette insécurité constante sur la toile, il est indispensable que le professionnel mette en place des systèmes de sécurité pour assurer la confidentialité des transactions bancaires.

SECTION II : LA SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE

Le besoin pour le consommateur de s'assurer que le commerçant existe bel et bien derrière la marque qu'il affiche sur ses pages web ou au commerçant d'être convaincu, voire garanti par une autorité de certification de l'identité du consommateur qui lui passe commande justifie la mise en place de système de sécurité pour garantir la bonne réussite de la transaction. Les besoins de conserver la traçabilité et l'intégrité aussi bien de l'opération que des informations et données stockées par le commerçant sont tout aussi importants. La sécurisation des paiements sur internet s'est développée avec le perfectionnement de la technique de cryptologie et son adaptation à chaque instrument de paiement (§1). Par ailleurs l'archivage est un procédé technique participant à la sécurisation des transactions via le web en intégrant une fonction de garantie de la conservation des données et informations stockées ou détenues par un commerçant (§2)

§1 La technique du cryptage

C'est un procédé de sécurisation de la transmission des données et des transactions¹³⁶. Le cryptage est une science dont l'objet est de rendre secret un message, une information. L'accessibilité du contenu d'un message crypté est limitée à un public déterminé. C'est donc un système de codification, de chiffrement ou de déchiffrement qui s'opère sur la base des théories mathématiques.

¹³⁵ Article L132-6 du Code monétaire et financier dispose « Le délai légal pendant lequel le titulaire d'une carte de paiement ou de retrait a la possibilité de déposer une réclamation est fixé à soixante-dix jours à compter de la date de l'opération contestée. Il peut être prolongé contractuellement, sans pouvoir dépasser cent vingt jours à compter de l'opération contestée. »

¹³⁶ « Observatoire de la sécurité des cartes de paiements » Rapport Annuel 2010 – Banque de France

Pour être opérationnelle dans le cadre du commerce électronique, la cryptologie doit être mise en œuvre dans un système appelé architecture. Il en existe deux qui sont fondés sur la notion de clef, qui est en fait l'élément logique permettant de chiffrer ou déchiffrer un message. Ces deux clefs de chiffrement et de déchiffrement sont identiques. Ce système requiert que l'émetteur du message fasse parvenir au récepteur la clef afin de la déchiffrer or l'évolution des échanges et les impératifs de rapidité ne peuvent se compromettre de tels mécanismes.

Une nouvelle architecture dite asymétrique a donc été créée, elle repose sur l'asymétrie des clefs de chiffrement et de déchiffrement. La clef d'envoi du message dite publique est librement disponible alors que celle du déchiffrement dite privée est gardée secrète. C'est donc pour garantir le lien entre la personne destinataire du message et la clef publique qui est la sienne et un quelconque abus, qu'un autre acteur est introduit dans le schéma moderne du cryptage, l'autorité de certification ou le tiers de confiance. Ce tiers a pour rôle de vérifier l'identité de celui qui présente une clef publique et lui délivre un certificat numérique qui garantit le lien de celui-ci et la clef publique qu'il rend librement disponible.

A/ La SSL, secure socket layer¹³⁷

Aujourd'hui la solution la plus utilisée est la « secure, socket, layer » créée par Netscape. C'est un système de cryptage ou un protocole de communication d'information qui permet d'assurer la confidentialité et l'intégrité des données échangées. Ce protocole utilise l'algorithme à clé RSA, et effectue la gestion des clefs et l'authentification du serveur avant que les informations ne soient échangées. Le serveur sécurisé issu du système SSL présente le dispositif **HTTPS**¹³⁸ dont le certificat obéit à la norme X509.

Avec ce protocole une nouvelle paire de clés est générée à chaque établissement de la communication entre le logiciel client de l'utilisateur et le logiciel serveur. La communication est donc sûre, mais en aucun cas le serveur commercial ne peut s'assurer de l'identité de l'utilisateur à l'autre extrémité. Il faut joindre à ce processus un système de validation tel que le numéro d'identification personnel qui s'obtient par une inscription préalable du client et du

¹³⁷ www.ssl.com

¹³⁸ www.fevad.com

serveur. Ce protocole a été universellement accepté sur la toile pour assurer la confidentialité et l'intégrité des messages échangés entre ordinateurs ainsi que l'authentification mutuelle des clients.

Il est composé de deux niveaux de sécurité SSL2 et SSL3. Le niveau 3 apporte, en plus, l'authentification des intervenants et la négociation des paramètres de chiffrement. Il n'offre pas les services de signatures électroniques sécurisés, ne garantit pas les risques de répudiation du paiement par le client et les informations sensibles sont gérées par l'ordinateur personnel du client, il n'assure pas non plus la confidentialité des données stockées chez le prestataire.

B/ Le programme SET¹³⁹

C'est un protocole utilisé par les banques. L'avantage de la SSL est d'être un protocole indépendant, il peut donc s'inscrire dans d'autres protocoles plus élaborés tels que ceux utilisés par les banques à l'intérieur de leur propre protocole de sécurisation. Le SET est un ensemble de spécifications publiques promues par VISA, MASTERCARD, MICROSOFT, IBM, HP et ORACLE et qui permet de rendre les paiements sur les réseaux ouverts comme internet et d'authentifier les acteurs tout en préservant la confidentialité des données. C'est une sorte de chaîne de confiance remontant jusqu'à une clé publique racine unique détenue par SETco, entité initiatrice du système. Cette clé publique et les clés secrètes nécessaires aux signatures sont présentes dans les logiciels des micro-ordinateurs de porteurs de cartes. Toutes les transmissions des données sont signées et cryptées et les tiers n'ont pas accès aux informations.

Les inconvénients d'un tel système sont d'une part sa complexité, les banques doivent distribuer des certificats qualifiés à l'ensemble de leur clientèle et d'autre part, le manque de protection du logiciel utilisé par le client, vulnérable aux différents virus : les clés secrètes gardées sur le disque dur sont l'un des points faibles de ce protocole.

¹³⁹ www.parliament.uk

C/ Le développement de FIA NET¹⁴⁰

900 sites bénéficient du tampon FIA NET. Ce service propose au consommateur de payer, une fois leur commande reçue et vérifiée. Depuis sa création en 2000, FIA NET s'est imposé comme un gage de sérieux et de qualité dans le monde du commerce électronique. C'est un système d'analyse des commandes permettant de détecter les tentatives de fraudes à la carte bancaire (ex : numéros de carte bancaires volés). FIA NET sert aussi de garantie financière pour couvrir les litiges. Tout client faisant ses courses sur un site, bénéficie alors gratuitement d'un certain nombre de services : paiement sécurisé, accès aux performances du site, service de médiation des litiges. C'est le commerçant qui paie pour se soumettre aux analyses FIA NET.

§2 La traçabilité d'une opération en ligne

L'archivage est une technique ou un procédé de conservation et de stockage d'informations, mais au-delà elle garantit la traçabilité de l'opération et répond aux exigences relatives à la production de la preuve ; stockage des données et informations afin de pouvoir les utiliser ultérieurement. Cette fonction de conservation intègre elle aussi celle de reproduire l'original sinon l'intégralité du document stocké.

L'archivage électronique correspond à un réel besoin : les données doivent être toujours conservées dans des conditions garanties optimales de sécurité contre toute altération, modification ou destruction. Elles seront restituables quel que soit l'écoulement du temps, conformes à leur contenu original, les prestataires de services financiers en ligne sont tenus d'archiver les transactions réalisées pour en conserver la preuve.

La conservation du document est donc le résultat final à atteindre et l'archivage le procédé technique et dynamique pour l'atteindre. Le législateur exige l'archivage sans indiquer les moyens, alors que paradoxalement la valeur probante d'un écrit sous forme électronique est subordonnée à son archivage.

¹⁴⁰ www.linternaute.com et www.fia-net.com

En effet, un client peut nier n'avoir jamais fait une commande ou un commerçant n'avoir pas eu le paiement ou encore un opérateur peut remettre en cause sa participation à une transaction. L'exigence de conservation et stockage des données pèse plus sur le commerçant en ligne que sur les autres opérateurs, l'archivage de ce point lui est indispensable : il sert à effectuer des recherches et permet par exemple d'apporter la preuve des paiements en cas de contestation. Mais il pose un réel problème de sécurité. Le plus grand risque que court un commerçant est de ne pas protéger les données relatives à un paiement ou de ne pas s'assurer de leur protection, si elles sont traitées par un tiers. Il faut donc être attentif à la protection des sites et dans le cas de sous traitance à un tiers, aux clauses contractuelles.

Une collection de numéros de carte peut être particulièrement alléchante pour un hacker. Il y trouve des identifiants de cartes en circulation et non opposées qu'il peut utiliser, voir diffuser. Les données stockées par les prestataires doivent être conservées et dupliquées si possible en deux lieux distincts.

Un document électronique peut être issu d'un processus de numérisation des documents sur support papier ou de microformes (documents dématérialisés) ou directement d'un processus informatique (documents natifs électroniques). La norme NF Z 42-013 élaborée par l'association française de normalisation (AFNOR), s'applique indifféremment des documents dématérialisés et aux documents natifs électroniques. Cette norme est une norme technique sur l'archivage électronique qui vise à créer un état de l'art en la matière.

Cette norme s'applique exclusivement aux systèmes informatiques comportant des équipements de stockage optique utilisant des supports de type non réinscriptibles (supports WORM) pour le stockage permanent de documents électroniques. L'écriture des données sur des supports non réinscriptibles entraîne une transformation irréversible d'un ou plusieurs constituants de la couche sensible de ces derniers. Le contenu d'un enregistrement stocké sur un disque optique WORM ne pouvant être modifié, le document reproduit par un tel système peut vraisemblablement être considéré comme intègre et fidèle au document d'origine.

La nouvelle norme AFNOR offre à l'entreprise la possibilité d'organiser son archivage en considération de ses priorités et/ou de sa politique de gestion des risques dans ce domaine. Le

choix sera établi sur sept options techniques différentes dans la mesure où les systèmes d'information ne comportent pas des équipements de stockage permettant d'être « delete » ou d'être modifiés à posteriori. Ces options auront un impact sur la complexité du système de stockage de l'entreprise et dès lors sur son coût.

Le paiement en ligne n'en est pas à ses premiers pas, il y a eu un développement considérable des différents moyens de paiement virtuels permettant au consommateur de réaliser sa principale obligation pour que l'exécution du contrat électronique soit menée à bien. La Carte bancaire joue un rôle prépondérant mais la monnaie électronique doit faire face à des difficultés importantes liées à sa rentabilité et à la sensibilité que présente la question monétaire pour tous les états membres.

La sécurisation des paiements en ligne, bien que satisfaisante, devra faire face à des périls toujours plus grands, issus notamment de la croissance des processeurs. De plus, seule une coopération internationale facilitant les poursuites et les condamnations garantira l'effectivité de la sécurité du paiement en ligne.

Il convient maintenant de s'intéresser aux obligations du professionnel qu'il doit respecter pour mener à bien l'exécution du contrat.

CHAPITRE 2 LES OBLIGATIONS DU **CYBERCOMMERCANT LIÉES A L'ÉXECUTION DU** **CONTRAT**

Au moment de l'exécution du contrat il s'avère que le cybercommerçant est tenu de respecter un certain nombre d'obligations prévues dans le code de la consommation. Un rapport du Forum « sur les droits de l'internet » publié le 30 mars 2004, portant sur les nouvelles tendances de la Cyberconsommation, souligne avec insistance les difficultés rencontrées au moment de l'exécution du contrat et notamment les retards ou les défauts de livraison. Ainsi le législateur, dans la loi sur la confiance pour l'économie numérique, a institué une importante responsabilité de plein droit des professionnels du commerce électronique précisément destinée à répondre aux difficultés d'exécution.

Il est important de ne pas confondre la délivrance et la livraison. Selon L'article 1604 du Code Civil « la délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur ». Ce texte donne une définition générale de la délivrance. La délivrance est un acte matériel : le vendeur va se dessaisir de la chose. La délivrance en signifie pas que la chose doive être acheminée jusque chez l'acheteur. Il convient seulement de la mettre à disposition. C'est à l'acheteur de retirer la chose, et donc de prendre le soin de la faire enlever ou transporter si nécessaire.

Le cybermarchand est tenu d'exécuter la commande dans un temps limité par la loi. La loi prévoit les cas où la livraison du bien pose problème. Parallèlement à cette obligation de livraison, le cybermarchand est tenu de respecter la garantie des vices cachés du code civil¹⁴¹ et l'obligation légale de conformité du code de la consommation¹⁴². Les consommateurs sont très mal informés sur ces deux garanties légales que les cybercommerçants ne mettent pas en

¹⁴¹ Article 1641 à 1649 du code civil

¹⁴² Article L211-1 et suivants du code de la consommation

avant sur leur site marchand. Par contre, le consommateur trouvera toutes informations nécessaires sur les garanties commerciales ainsi que leur extension qui en réalité sont inutiles.

SECTION I : LA LIVRAISON DU BIEN COMMANDÉ EN LIGNE

Le code de la consommation encadre la livraison du bien effectué par le cybermarchand (§1) et le cas où il lui serait impossible d'effectuer cette livraison (§2).

§1 L'obligation de livraison

La livraison de la chose vendue peut être exécutée de deux manières :

- Si le bien (ou le service) est immatériel, une livraison par l'intermédiaire du réseau devient possible (logiciel, jeu électronique, accès à une base de données, information au sens large, musique...). Ce mode d'exécution présente le principal avantage de la rapidité, ce qui plaît généralement à l'acheteur. Cet avantage masque néanmoins une concession de taille : la livraison en ligne entraîne en effet une exception au droit de rétractation du consommateur.
- Si le bien ne le permet pas ou les parties ne le désirent pas, la livraison peut avoir lieu en dehors du réseau. Il s'agit alors d'une vente à distance traditionnelle, à la différence près que l'internationalisation sera fréquemment beaucoup plus poussée.

Les entreprises de vente ou de service à distance mentionnent généralement un délai de livraison ou d'exécution dans leur offre, mais indique souvent que celui-ci est donné à titre indicatif et qu'un dépassement du délai ne saurait entraîner la responsabilité de l'entreprise. Cette double clause a été considérée comme abusive par la Cour de cassation, donc réputée non écrite en vertu de l'article L132-1¹⁴³ du Code de la consommation.¹⁴⁴

¹⁴³ Article 132-1 du Code de la consommation dispose «Sans préjudice des informations prévues par les articles [L. 111-1](#), [L. 111-2](#) et [L. 113-3](#) ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article [L. 214-1](#), l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes :

En vertu de l'article L121-20-3 al.1 qui dispose « *Le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation de services dès la conclusion du contrat. En cas de non-respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article [L. 114-1](#). Il est alors remboursé dans les conditions de l'article [L. 121-20-1](#).* »

Dans les contrats à distance, le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation de services. A défaut, il doit livrer ou exécuter dès la conclusion du contrat.

Si la date limite est dépassée, le consommateur peut dénoncer le contrat par lettre recommandée avec avis de réception. Le fournisseur est dès lors tenu de rembourser le consommateur dans le délai de 30 jours ; au-delà, la somme due est productive d'intérêt au taux légal.

En vertu de l'article L121-20-3 al.4 du code de la consommation¹⁴⁵, pour renforcer le régime protecteur du consommateur, le législateur a prévu que le cybermarchand « est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a

1° Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre ;

2° Le cas échéant, les frais de livraison ;

3° Les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; [...] Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée »

¹⁴⁴ « Droit de la consommation » 8^e édition Précis Dalloz, Jean CALAIS-AULOY, Henri Temple.

¹⁴⁵ Article L121-20-3 al.4 du Code de la consommation dispose « Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. »

conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de service, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. »

Le cybermarchand a la possibilité de s'exonérer dans les cas prévus au dernier alinéa de l'article L121-20-3 c'est-à-dire en cas de force majeure, en cas de faute du consommateur, soit à cause d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat. La preuve de son exonération lui incombera.

Un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 4 février 2003, à propos de certains contrats proposés par la société « Père Noël.fr » a été amené à se prononcer sur la clause suivante :

« Un délai de livraison est indiqué pour chaque produit dans le catalogue électronique. Pour les produits peu encombrants, la livraison intervient en principe dans un délai de 4 jours ouvrables à compter de l'acceptation de l'offre par l'acheteur et au plus tard dans les 30 jours ... Ce délai précisé pour chaque produit n'est qu'indicatif, et le vendeur ne peut être tenu pour responsable en cas de dépassement de ce délai. En Particulier, le dépassement de ce délai ne peut donner lieu à aucune annulation de la commande, à aucune réduction de prix payé par l'acheteur et à aucun versement au titre de dommages intérêts dès lors que le client est livré dans les 30 jours suivants la confirmation de sa commande »¹⁴⁶

La réponse du Tribunal est dénuée de toute ambiguïté. Ainsi le jugement énonce que « l'association demanderesse fait valoir à juste titre que cette clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en ce qu'elle supprime le droit à réparation du consommateur et permet à cette société de déterminer unilatéralement, après la conclusion du contrat, la date de livraison. »¹⁴⁷

A la demande de l'association UFC-Que choisir, le Tribunal de Grande instance de Bordeaux rend une décision favorable aux consommateurs à l'encontre du e-commerçant

¹⁴⁶ TGI Paris 4 février 2003, D 2003 p.762 Obs. C. MANARA

¹⁴⁷ www.lexisnexus.com

« CDISCOUNT ». ¹⁴⁸ En effet plus d'une dizaine de clauses proposées par la société CDISCOUNT ont été reconnues comme abusives et illicites par le juge. Certaines d'entre elles concernent les modalités de livraison, on retrouvait dans les conditions générales de vente ces clauses :

- « mentionne que les délais de livraison sont des délais moyens »
- « limite le droit d'annulation de la commande à un défaut de livraison »
- « prévoit que le droit de retour est conditionné par une autorisation du service client »
- « restreint le droit de rétractation et de retour si l'emballage d'origine est endommagé »
- « exclut du droit de rétractation et de retour les produits déstockés »
- « impose au consommateur des diligences précises à l'égard du transporteur en cas de livraison défectueuse »
- « exonère le professionnel de ses obligations en cas de grève des services postaux, de transporteurs et de catastrophes causées par inondations ou incendies »

L'ensemble de ces clauses doivent être supprimées des conditions générales de vente.

Malgré cette obligation de livraison il arrive que dans certains cas le professionnel soit face à une impossibilité de l'exercer. Parfois il arrive même qu'en cours d'exécution, il y ait un imprévu qui empêche de mener à bien cette livraison.

§2 Les défauts de livraison

¹⁴⁸ TGI Bordeaux, 11 mars 2008 – www.quechoisir.org « On trouve de tout chez CDISCOUNT, même des clauses abusives » Communiqué du 27 mars 2008.

Lors de la conclusion du contrat il est possible que le produit ne doit pas être disponible car il est épuisé.

A/ Le produit épuisé ou indisponible

L'article L121-20-3 al 2 du Code de la consommation prévoit le cas où le produit est épuisé et dispose donc « En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit, le cas échéant, pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées. Au-delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal ». Le Code de la consommation¹⁴⁹ prévoit le remboursement du consommateur en cas d'indisponibilité du bien et limite ce remboursement à un délai de 30 jours. En cas de non-remboursement par le professionnel les sommes versées par le consommateur seront productive d'intérêts.

Il convient de préciser que si les clauses du contrat en font mention, le vendeur peut livrer à la place d'un produit épuisé, un article de substitution. Cette possibilité pour le professionnel est prévue à l'article L121-20-3 al.3 du Code de la consommation¹⁵⁰ qui dispose « *Toutefois, si la possibilité en a été prévue préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalents. Le consommateur est informé de cette possibilité de manière claire et compréhensible. Les frais de retour consécutifs à l'exercice du droit de rétractation sont, dans ce cas, à la charge du fournisseur et le consommateur doit en être informé.* »

¹⁴⁹ L121-20-3 al.2 du Code de la Consommation dispose « En cas de défaut d'exécution du contrat par un fournisseur résultant de l'indisponibilité du bien ou du service commandé, le consommateur doit être informé de cette indisponibilité et doit, le cas échéant, pouvoir être remboursé sans délai et au plus tard dans les trente jours du paiement des sommes qu'il a versées. Au-delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal. »

¹⁵⁰ L121-30-3 al.3 du Code de la Consommation dispose « Toutefois, si la possibilité en a été prévue préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalents. Le consommateur est informé de cette possibilité de manière claire et compréhensible. Les frais de retour consécutifs à l'exercice du droit de rétractation sont, dans ce cas, à la charge du fournisseur et le consommateur doit en être informé. »

Si le consommateur fait valoir son droit de rétractation du fait que le produit est indisponible, les frais de retour seront à la charge du professionnel. De plus pour faire valoir cette possibilité d'envoyer un produit similaire, le consommateur doit avoir été informé de cela d'une manière claire et compréhensible.

B/ Le cas des colis perdus

Si le consommateur ne reçoit pas son colis dans le délai indiqué dans le contrat passé sur internet, il doit absolument signaler ce retard au cybermarchand. Ce dernier contactera la société chargée du transport. L'enquête peut prendre un certain temps (environ 21 jours à la Poste pour rechercher un colis égaré). Or si au bout de 31 jours, le consommateur n'a toujours rien reçu, le professionnel est tenu de le rembourser. La poste n'est plus le seul moyen de livraison d'un colis, il existe de nombreuses sociétés spécialisées dans cette activité et chacune d'entre elle a sa propre procédure d'enquête pour retrouver un colis perdu.

C/ Le cas des colis endommagés ou dont le contenu a été volé

Il est possible qu'à l'arrivée d'un colis, ce dernier peut être endommagé ou son contenu a été volé. Dans ce cas précis, le consommateur doit faire preuve d'une grande vigilance au moment de la livraison. Il faut distinguer deux types de situations, celle où le consommateur est présent lors de la livraison et peut donc émettre des réserves et celle où il est absent et donc dans l'impossibilité de d'émettre des réserves.

Tout d'abord, si le consommateur est présent au moment de la livraison d'un colis, il est vivement conseillé de vérifier son aspect puis son contenu devant le livreur ou le facteur afin d'éviter toute contestation future. Pour effectuer cette livraison, le transporteur utilise un bordereau de livraison. En cas de vol du contenu ou d'endommagement du produit, il faut indiquer sur ce bordereau de livraison des réserves manuscrites. Ces réserves doivent être datées, explicites, détaillées et bien entendu signées de la part du consommateur. Si le consommateur décide de refuser la marchandise, il doit dans ce cas, préciser les réserves et demander au transporteur le renvoi du colis à son expéditeur accompagné d'un constat de spoliation ou un constat de détérioration. Le consommateur doit garder une copie de ce constat, en cas de litige il pourra le faire valoir.

Il est bien entendu conseiller au consommateur, d'adresser un courrier en recommandé avec accusé de réception au vendeur et au livreur pour les avertir de l'inexécution du contrat.

Ensuite, dans le cas où le consommateur n'était pas présent au moment de la livraison (ex : colis déposé dans la boîte à lettre sans avis de réception), et n'a pas formulé de réserves, il pourra tout de même exercer son droit de retour à condition qu'il ait sous 3 jours signifié au transporteur et au vendeur par lettre recommandée avec accusé de réception, qu'il a découvert que le produit avait été spolié pendant le transport.

La jurisprudence sanctionne les conditions générales de vente qui refusent au consommateur le droit de faire valoir son droit de retour d'un produit détérioré pendant le transport sous prétexte qu'il n'a pas remarqué le problème au moment de la livraison. Ces types de clauses sont considérés comme étant abusives.¹⁵¹

En vertu de l'article L121-20-3 al.4 du Code de la consommation qui dispose « Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. » le professionnel ne peut pas invoquer la responsabilité de la société chargée de transport en cas de problème au moment de la livraison du produit. L'alinéa 5 de ce même article prévoit les cas possibles d'exonération pour le professionnel.

Les obligations de l'e-commerçant ne se limitent pas à cette obligation de livraison, il est tenu de respecter les obligations tenant à la garantie des vices cachés prévue par le code civil et à l'obligation de conformité prévue par le Code de la consommation.

¹⁵¹ TGI Paris, 4 fév 2003

SECTION II : LES OBLIGATIONS DE L'E-COMMERÇANT APRÈS LA RÉALISATION DE LA LIVRAISON

Après l'exécution du contrat, il est possible que le consommateur rencontre des problèmes liés à l'utilisation de son bien, ou liés à un défaut d'origine. Bref le consommateur ne pouvait en aucun cas s'en apercevoir avant l'utilisation du produit. En cas de défaillance de ce produit, le consommateur dispose de deux garanties légales prévues par le code de la consommation (§1) et par le code civil (§2), le professionnel est tenu de respecter ces garanties si le consommateur désire les mettre en œuvre. Parallèlement à ces garanties légales, il existe les garanties contractuelles souvent complétées par des extensions de garanties (§3).

§1 La garantie légale de conformité

Le code de la consommation encadre la garantie légale de conformité aux articles L211-1 à L211-14.

En vertu de l'article L211-1 du code de la consommation¹⁵², entre dans le champ d'application de cette garantie légale, les contrats de vente de biens corporels ainsi que les contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire.

Selon l'article L211-3 du même code¹⁵³, la loi est applicable aux relations contractuelles entre le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle et l'acheteur agissant en tant que consommateur.

¹⁵² Article L211-1 du code de la consommation dispose « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux contrats de vente de biens meubles corporels. Sont assimilés aux contrats de vente les contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire. » Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à l'eau et au gaz lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée.

¹⁵³ Article L211-3 du code de la consommation dispose « Le présent chapitre est applicable aux relations contractuelles entre le vendeur agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale et l'acheteur agissant en qualité de consommateur. Pour l'application du présent chapitre, est producteur le fabricant d'un bien meuble corporel, l'importateur de ce bien sur le territoire de la Communauté européenne ou toute personne qui se présente comme producteur en apposant sur le bien son nom, sa marque ou un autre signe distinctif.

On peut conclure en vertu de ces deux dispositions que les contrats conclus à distance, c'est-à-dire les contrats électroniques rentrent dans le champ d'application de cette garantie légale de conformité et que n'importe quel consommateur peut s'en prévaloir en cas de besoin.

Le vendeur est tenu responsable de la conformité des produits qu'il commercialise et qu'il livre au consommateur.¹⁵⁴

Le bien doit être conforme au contrat et pour cela le bien doit être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et le cas échéant :

- « Corresponde à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle.
- Présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage.

Ou présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté. »¹⁵⁵

En cas de non-conformité du bien au contrat, la responsabilité contractuelle du professionnel pourra être engagée.

¹⁵⁴ Article L211-4 du code de la consommation « Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité »

¹⁵⁵ Article L211-5 du code de la consommation

L'article L211-7 du code de la consommation régit le régime de la preuve et dispose « *Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire.*

Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la nature du bien ou le défaut de conformité invoqué »

Si le consommateur a eu connaissance des défauts au moment de la conclusion du contrat ou si le défaut a son origine dans les matériaux fournis par l'acheteur, il ne sera pas en mesure d'exiger la conformité du bien au contrat.¹⁵⁶

En cas de défaut de conformité, les articles L211-9 à L211-11 du code de la consommation prévoient les sanctions. Le consommateur aura le choix entre le remboursement du bien, le remplacement du bien, la restitution de la chose et du prix (résolution), la garde de la chose et la restitution d'une partie du prix et l'octroi de dommages et intérêts.

Le délai de prescription de l'action en défaut de conformité est de 2 ans à compter de la délivrance du bien.¹⁵⁷

§2 La garantie légale contre les vices cachés

La garantie légale contre les vices cachés est prévue aux articles 1641 à 1648 du code civil.

L'article 1641 du code civil dispose « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* »

¹⁵⁶ Article L211-8 du code de la consommation dispose « L'acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat. Il ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté. Il en va de même lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis. »

¹⁵⁷ Article L211-12 du code de la consommation dispose « L'action résultant du défaut de conformité se prescrit par deux ans à compter de la délivrance du bien. »

Le bien doit respecter la conformité à l'usage auquel on destine le bien. Les vices cachés doivent rendre impropre le bien à l'usage auquel il est destiné. La personne responsable est le vendeur, le consommateur pourra invoquer la responsabilité contractuelle ou délictuelle du professionnel.

Les articles 1642¹⁵⁸ et 1643¹⁵⁹ du code civil prévoient les deux causes d'exonération du professionnel, il s'agit des vices apparents et d'une éventuelle exclusion de garantie (contractuelle).

Les articles 1644 à 1646 du code civil prévoient les sanctions en cas de vices cachés, le consommateur pourra demander la résolution de la chose, la garde de la chose et restitution d'une partie du prix, des dommages et intérêts si le vendeur avait connaissance du vice ou la restitution du prix et remboursement des frais de la vente, si le vendeur avait l'ignorance du vice.

Cette procédure peut être couteuse si le vendeur ne veut pas reconnaître le vice. Le consommateur devra entreprendre des frais d'expertise et de justice. Donc il est nécessaire de les engager en connaissance de cause.

Le consommateur a donc la possibilité d'invoquer soit la garantie légale prévue par le code civil ou par le code de la consommation.

Dans la pratique, le consommateur ignore très souvent l'existence de ces deux garanties légales qui doivent être mentionnées le contrat. Il les confond avec les garanties commerciales et les extensions de garanties proposées par les professionnels.

De plus d'après une récente enquête d'UFC que choisir en mars 2011¹⁶⁰, la garantie apparaît très rarement à l'écran lorsque le consommateur effectue un achat sur internet. L'enquête a

¹⁵⁸ Article 1642 du code civil dispose « Le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même. »

¹⁵⁹ Article 1643 du code civil dispose « Il est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie. »

été réalisé sur 3 sites « Les 3 suisses », « Mistergoodeal » et « Cdiscount » et l'information relative à la garantie légale fait défaut sur ces sites.

§3 Les garanties commerciales

Les garanties commerciales sont limitées dans le temps et dans son étendue. Elle peut prévoir l'exclusion de certaines choses par exemple : des pièces, la prise en charge du déplacement ou même de la main d'œuvre.

La garantie commerciale fait appel à la manifestation de volonté d'une personne, le garant, qui s'auto responsabilise pour certains défauts. Le vendeur qui offre une garantie commerciale est lié juridiquement par celle-ci selon les conditions établies dans le document de garantie et dans la publicité y afférent. La garantie doit indiquer que le consommateur bénéficie en outre de droit légaux et indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie. La garantie doit également établir en termes simples et compréhensibles, quel est son contenu et quels sont les éléments nécessaires à sa mise en œuvre, notamment sa durée, son étendue territoriale ainsi que le nom et l'adresse du garant. A la demande du consommateur, la garantie est remise par écrit et sous la forme d'un autre support durable.¹⁶¹

Lorsque l'acheteur demande au vendeur une remise en état couverte par la garantie en cours de la garantie contractuelle qui lui a été consentie « lors de l'acquisition ou de la réparation du bien », toute période d'immobilisation d'au moins sept jours vient s'ajouter à la durée de la garantie restant à courir. Cette période courra à compter de la demande d'intervention du

¹⁶⁰ « L'info fait défaut », UFC que choisir, n°490-mars 2011, Micaëlla MORAN.

¹⁶¹ Article 211-15 du code de la consommation « La garantie commerciale offerte à l'acheteur prend la forme d'un écrit mis à la disposition de celui-ci. Cet écrit précise le contenu de la garantie, les éléments nécessaires à sa mise en oeuvre, sa durée, son étendue territoriale ainsi que le nom et l'adresse du garant. Il mentionne que, indépendamment de la garantie ainsi consentie, le vendeur reste tenu des défauts de conformité du bien au contrat et des vices rédhibitoires dans les conditions prévues aux articles 1641 à 1649 du code civil. Il reproduit intégralement et de façon apparente les articles L. 211-4, L. 211-5 et L. 211-12 du présent code ainsi que l'article 1641 et le premier alinéa de l'article 1648 du code civil. En cas de non-respect de ces dispositions, la garantie demeure valable. L'acheteur est en droit de s'en prévaloir.

consommateur ou de la mise à disposition du bien en vue de sa réparation, si la mise à disposition est postérieure à la demande d'intervention.¹⁶²

Sans cette disposition, l'option en faveur de la réparation ne serait pas intéressante pour le consommateur, du moins lorsque les travaux de réparations risquent d'être longs et d'amputer ainsi le temps de la garantie.

Les extensions de garantie proposées au consommateur sont très onéreuses et comprennent des exclusions sur certaines pièces. D'un point de vue juridique, elles sont inutiles au vu de l'existence des garanties légales.

L'enquête d'UFC Que-choisir de mars 2011¹⁶³ que les sites marchands ne respectent pas l'obligation d'informer le consommateur de l'existence des garanties légales et mettent en avant la souscription à ces extensions de garantie.

L'enquête a été réalisé sur le 3 sites :

- L'enquête réalisée sur le site « Les 3 suisses » révèle que : « les conditions générales de vente ne sont pas téléchargeables ; la case garantie étendue est pré cochée (on peut la décocher) ; des frais de traitement apparaissent en cours de route. »
- L'enquête réalisée sur le site « Mistergooddeal » révèle que : « quand on clique sur la garantie légale, pour plus d'information, on tombe sur l'extension payante. »
- L'enquête réalisée sur le site « CDISCOUNT » révèle que : « pas d'information sur les garanties légales. Lors de l'achat on recommande l'extension de garantie, même chose quand on vérifie son panier. »

¹⁶² Article L211-16 du code de la consommation dispose « Lorsque l'acheteur demande au vendeur, pendant le cours de la garantie contractuelle qui lui a été consentie lors de l'acquisition ou de la réparation d'un bien meuble, une remise en état couverte par la garantie, toute période d'immobilisation d'au moins sept jours vient s'ajouter à la durée de la garantie qui restait à courir. Cette période court à compter de la demande d'intervention de l'acheteur ou de la mise à disposition pour réparation du bien en cause, si cette mise à disposition est postérieure à la demande d'intervention. »

¹⁶³ V.Supra

En conclusion, il est indispensable de faire un point d'actualité concernant la livraison d'un produit acheté en ligne. En effet, les nouvelles règles de la directive européenne votées le 23 juin prévoient que les frais de retour restent à la charge de l'acheteur mais le vendeur est tenu d'informer son client de leur montant dans le contrat de vente. Puis, tout bien commandé à distance devra être livré à l'acheteur dans un délai de 30 jours. Si ce délai n'est pas respecté, le consommateur aura le droit d'annuler l'achat. A noter également, c'est le commerçant qui est responsable de tout endommagement ou de toute perte du bien.

Le projet de directive prévoyait une obligation de livrer les 27 pays de L'Union Européenne et la suppression de la prise en charge des frais de retour mais cette disposition a été retirée.

De plus, Frédéric Lefebvre, secrétaire d'Etat à la consommation a présenté son projet de loi n°3508 en conseil des ministres le 1^{er} juin 2011, renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs.¹⁶⁴

Le projet de loi prévoit d'interdire au transporteur, qui livre le bien, de se retourner contre le consommateur en cas de défaillance du vendeur à distance. Actuellement, le transporteur qui n'aurait perçu aucune rémunération de la part du vendeur peut demander au destinataire du produit de payer le coût du transport, en lieu et place d'un vendeur défaillant, en vertu de l'article L132-8 du code de commerce. C'est l'action directe du transporteur. Or cette règle ne paraît pas adaptée aux contrats de vente à distance conclus entre professionnels et consommateurs car dans ce type de contrats, le consommateur s'acquitte des frais de livraison auprès du vendeur, lequel est d'ailleurs responsable de plein droit de l'ensemble de l'exécution du contrat jusqu'à l'acheminement des produits. Une action possible du transporteur vis-à-vis du destinataire ne se justifie pas et peut même se révéler extrêmement défavorable au consommateur. Le projet de loi vise donc à renforcer la protection du consommateur auquel le transporteur ne pourra plus réclamer les frais de transport laissés impayés par un vendeur défaillant. Le projet de loi donne au consommateur, toujours pour les contrats conclus à distance, dix jours au lieu de trois pour émettre des protestations sur l'état

¹⁶⁴ www.dalloz-actualite.fr – « Vers un nouveau renforcement des droits des consommateurs », Projet de loi n°3508, 1^{er} juin 2011, Frédéric LEFEBVRE, secrétaire d'Etat à la consommation.

du bien livré, quand le transporteur n'a pas permis au consommateur de vérifier effectivement l'état du bien livré.

TITRE 2 LA RESPONSABILITÉ DU CYBERMARCHAND ET LE RÈGLEMENT DES LITIGES

Le code de la consommation prévoit une responsabilité de plein droit du professionnel. (I) Malgré tout dans la pratique les cybermarchands essaient de détourner cette responsabilité en insérant certaines clauses dans leur contrat électronique. Bien entendu toutes ces clauses sont considérées comme étant non écrites c'est-à-dire nulles.

De plus, on s'aperçoit que des irrégularités peuvent apparaître tant au moment de la formation qu'à l'exécution du contrat électronique (II). Au vue de l'internationalisation du commerce électronique, ces litiges peuvent poser de nombreux problèmes et les consommateurs n'osent pas d'engager dans des procédures beaucoup trop longues et coûteuses. Face à ce phénomène, on observe un développement des Modes Alternatifs de règlements des litiges.

CHAPITRE 1 LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DU CYBERMARCHAND

La responsabilité du cybermarchand se situe dans le champ d'application du commerce électronique et est réglée par l'article 15 de la LCEN. Cet article introduit deux alinéas supplémentaires au sein de l'article L121-20-3 du Code de la consommation, relatif aux contrats conclus à distance. Ces deux alinéas énoncent que :

« le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat à distance, que ces obligations soient à l'exécuter par le professionnel qui a conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de service, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, il peut s'exonérer de toute ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure. »¹⁶⁵

Cette article instaure une responsabilité de plein droit couvrant le fait contractuel d'autrui puisque le professionnel est responsable personnellement et du fait des autres prestataires de services, contre lesquels il peut toutefois se retourner ensuite. Seule une cause étrangère peut permettre d'exonérer le professionnel, comme le précise le dernier aliéna.

Cela est très protecteur pour le consommateur en cas d'inexécution du contrat de la part du professionnel. Il dispose d'une action directe contre le cybermarchand.

Il convient d'analyser la nature de cette responsabilité (I) puis le régime de cette responsabilité (II).

SECTION I : LA NATURE DE CETTE RESPONSABILITÉ

Au stade de l'exécution du contrat, la protection du consommateur se résume dans la loi LCEN, c'est-à-dire à l'importante responsabilité de plein droit. Le législateur a voulu accroître la responsabilité du professionnel non seulement sur les opérations réalisées par voie électronique, mais plus généralement sur toutes les opérations d'intermédiaires concourant à la satisfaction finale de la commande. Le rapporteur à la commission des affaires économiques explique à ce titre qu'il faut que : « le client électronique ait la certitude qu'il n'a en face de lui qu'un seul partenaire : le vendeur électronique. C'est pourquoi nous avons

¹⁶⁵ Article L121-20-3 al.4 et 5 du code de la consommation.

voulu lier de manière très forte tout ce qui relève de la passation de commande et de la facturation, d'une part, et tout ce qui constitue, d'autre part, la chaîne logistique – préparation de commande, transport, livraison. Nous avons ainsi été amenés à proposer une définition du commerce électronique qui inclut tout ce qui se passe en aval, avec les prestataires logistiques. La responsabilité du vendeur sur internet s'entendra donc à toute la chaîne logistique ».¹⁶⁶

L'article L121-20-3 alinéa 4 et 5 du Code de la consommation instaure une responsabilité de plein droit du professionnel. Le modèle qui a servi à la rédaction de cet article est le régime de la responsabilité des agences de voyages¹⁶⁷. L'inspiration est totale et par conséquent, c'est dans la jurisprudence relative à la responsabilité des agences de voyages qu'il faudra aller chercher le matériau permettant de déterminer, par analogie, comment est conçue la responsabilité du professionnel se livrant au commerce électronique à l'attention des consommateurs.

En effet cette réglementation a pour but de permettre au consommateur d'avoir un interlocuteur unique qui portera la responsabilité de tout incident ayant pu ponctuer la chaîne des opérations nécessaires à la réalisation de l'opération économique constituant l'objet du contrat. Il est vrai qu'en matière de vente, la question de la livraison et de l'irrespect des délais constituait un motif majeur d'insatisfaction, auquel les professionnels répondaient souvent qu'ayant expédié la marchandise à temps, le reste n'était plus de leur ressort.¹⁶⁸

Le champ d'application ratione materiae est restreint car cette responsabilité concerne toute personne qui pratique « l'activité économique », consistant à proposer « à distance ou par

¹⁶⁶ Rapp.N°612 au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique par Jean Dionis du Séjour.

¹⁶⁷ JOAN, Débats 9 janvier 2004, p193

¹⁶⁸ V. Premier Rapport sur la cyber consommation p10. Sur la pratique de la stipulation des délais d'expédition au lieu des délais de livraison.

voie électronique la fourniture de biens ou de services ». Cependant dans chacun des deux alinéas le texte ne vise que « l'acheteur » comme bénéficiaire de la protection.

L'un des problèmes majeurs était le fait que ce qui était mis avant c'était « le principe de transfert de propriété dès la conclusion de la transaction »¹⁶⁹ qui créait le problème car la chose s'en trouvant transportée aux « risques et périls de l'acquéreur », cela mettait ce dernier à la merci des opérateurs chargés de la livraison. Et l'autre justification de cette responsabilité résulte dans le fait qu'il y a « une impossibilité de voir ou de toucher les produits » pour le consommateur.

Il semble que ces deux alinéas instaurent une responsabilité objective ou une obligation de résultat de source légale à la charge des opérateurs du commerce électronique pour tous les contrats conclus et exécutés par la voie électronique. Le législateur a tout de même prévu que le professionnel du commerce électronique peut s'exonérer et il peut exercer un recours contre d'autres s'il estime ne pas être en cause dans la mauvaise exécution de la prestation.

Dans la pratique, il est vrai que le consommateur a beaucoup de difficultés à trouver le responsable de l'inexécution de son contrat car les différents intervenants se renvoient tous la balle. Avec l'instauration de cette responsabilité de plein droit le consommateur ne devra s'adresser qu'à son vendeur et ce dernier ne pourra plus être tenté de dire que ce n'est plus de son ressort.

Avec la loi de 2004, peu importe l'éventuelle faute du transporteur qui n'a pas respecté le délai annoncé, le consommateur va pouvoir s'adresser à son vendeur pour obtenir satisfaction.

Le vendeur est responsable contractuellement du fait d'autrui et cette responsabilité contractuelle du fait d'autrui contribue à gagner la confiance du consommateur. Il s'agit de permettre au consommateur d'avoir un interlocuteur unique.

Il convient de préciser que seule une cause étrangère peut permettre d'exonérer le professionnel. Mais il a été jugé que le transporteur n'est pas un tiers à l'égard du contrat

¹⁶⁹ J.Dionis du Séjour : JOAN, débats, 9 janvier 2004

conclu par le consommateur avec l'entreprise de vente à distance, laquelle ne pourra plus s'exonérer de sa responsabilité en cas de perte ou de détérioration en cours de transport¹⁷⁰. En l'espèce, il s'agissait d'un litige opposant un consommateur à la société SLG, les faits sont les suivants : « Mme X a le 24 février 2006 commandé, par téléphone, auprès de la société SLG, quarante huit bons d'achat d'une valeur de 1298,85€, réglés le jour même, par carte bancaire, a, faute d'avoir reçu les bons qui auraient été perdus par la Poste. Mme X a donc assigné la société en résolution de la vente et en paiement de la somme de 848,25€ correspondant au solde du prix versé, après le remboursement de la somme de 450€ en vertu d'une clause limitative de réparation. La juridiction de proximité a accueilli la demande et la société SLG fait grief au jugement. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société SLG. »

En effet le prestataire de service auquel le professionnel a recours pour l'exécution des obligations résultant d'un contrat à distance n'est pas un tiers au contrat au sens de l'article L121-20-3 du Code de la consommation. Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur, en vertu de dispositions d'ordre public, de la bonne exécution des obligations nées d'un contrat conclu à distance, ne peut conventionnellement exclure ni limiter, en dehors des prévisions de la loi, la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un tel contrat.

La remise de l'objet vendu entre les mains du transporteur n'est donc pas suffisante pour que le professionnel se libère de toute responsabilité.

Il convient d'étudier le régime de cette responsabilité ainsi que son étendue.

SECTION II : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ

Le professionnel semble être concerné par la responsabilité de plein droit vis-à-vis du consommateur.

¹⁷⁰ C.Cass. Civ. 1^{ère}.13 novembre 2008

Le consommateur est celui qui a recours à « une prestation de services ». Plus exactement, la loi parle des « obligations » qui sont « à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services.

Faut-il alors en conclure que cette responsabilité de plein droit du professionnel ne joue que pour ceux qui offrent une prestation de service ? en d'autres termes faut-il exclure la vente ?

La réponse est certainement négative car rien ne justifie cette exclusion. De plus, comme la loi de 2004 a été codifiée dans le code de la consommation il faut sûrement étendre la prestation de service au sens économique. Le responsable de plein droit est a priori celui qui exerce l'activité de commerce électronique. On pense donc à l'exploitant du site sur lequel on a passé commande, mais pourquoi écarter les autres acteurs du commerce électronique c'est-à-dire les fournisseurs d'informations, d'outils ou de recherche d'accès.¹⁷¹

Concernant l'étendue de cette responsabilité, l'article L121-20-3 énonce que le professionnel est responsable de la « bonne exécution des obligations résultant du contrat ». L'étendue de cette responsabilité semble très large. Elle semble induire qu'il n'y a plus d'obligations de moyen dans les contrats conclus à distance. Et donc une différence de traitement entre les contrats conclus à distance et les contrats conclus sur place.

Il appartiendra à la jurisprudence de limiter la portée du texte aux seules obligations par rapport auxquelles la distance, qui existait entre les contractants au moment de la conclusion du contrat, a pu jouer un rôle. Une telle limitation sera bienvenue, car il n'est pas au pouvoir des parties de l'opérer.

En effet, l'ensemble des dispositions régissant les contrats à distance est d'ordre public. La raison voudrait que l'on intègre dans cette disposition les seules obligations susceptibles d'être affectées par le fait que le contrat ait été passé à distance.

En tout état de cause, le professionnel, cybercommerçant ne va pas pouvoir invoquer le fait d'un tiers contractant mais seulement rapporter : « la preuve que l'inexécution ou la mauvaise

¹⁷¹ www.lexisnexis.com

exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure ».¹⁷²

En pratique, cette preuve sera difficile à rapporter. De plus, les dispositions du Code de la consommation étant d'ordre public, le cybercommerçant a une marge de manœuvre réduite.

La licéité des clauses limitatives de responsabilité ou de clauses définissant le champ des obligations assumées par le prestataire ne semble pas menacé, sous les réserves qu'y apporte le droit commun. Le dispositif incite les prestataires à définir plus exactement quelle sera la nature et l'étendue de leur obligations, à peine d'encourir la responsabilité générale de plein droit prescrite par le texte.

La transparence du contrat et sa prévisibilité ressortiront renforcées de cette pratique. De sorte que si la loi n'atteint peut-être pas la vertu qu'elle prévoyait, elle en produira un corollaire.

C'est donc bien le B to C¹⁷³ qui se trouve concrètement concerné par la loi. L'objectif de protection du consommateur est d'ailleurs omniprésent dans les travaux préparatoires de la loi, en écho bruyant aux considérants de la directive.

Largement mis en œuvre au travers du formalisme présidant à la conclusion du contrat électronique, sous les réserves signalées, il a trouvé un prolongement au stade de son exécution par le rehaussement formel de la responsabilité des prestataires. Il reste à voir si la mise en pratique de ces règles remplira l'objectif de mise en confiance du consommateur lorsqu'elle était donnée. La loi du virtuel doit s'affronter au monde réel.

¹⁷² Article L121-20-3 al.5 du Code de la consommation.

¹⁷³ B to C : Business to Consumer

CHAPITRE II LE RÉGLEMENT DES LITIGES

Le consommateur reste souvent confortablement assis devant son bureau, chez lui, devant son ordinateur, le contrat qu'il est amené à conclure sur Internet sera dans certains cas un contrat international. Par son essence internationale, Internet donne lieu à une situation où une multitude de droits nationaux est potentiellement applicable. Or les professionnels ne peuvent matériellement se conformer aux différentes législations de tous les Etats de la planète, alors même que leurs sites sont consultables dans tous les pays du monde. Quant au consommateur, l'application d'une loi étrangère peut lui être particulièrement défavorable. En effet il ne pourra pas se prévaloir des dispositions très protectrices qui lui sont conférées par le régime de la vente à distance (ex : droit de rétractation). L'application d'une loi étrangère à l'e-consommateur fait donc dépendre sa protection du niveau de protection accordé par l'Etat du professionnel en cause, ce qui crée une rupture d'égalité entre les consommateurs français, dont la protection dépend de la forme de commerce utilisée, traditionnelle ou électronique, alors même qu'ils contractent en France. Les Etats prévoient soit une protection laxiste, favorisant les intérêts des professionnels au détriment de ceux du consommateur, soit l'Etat dispose d'une législation efficace, mais dans ce cas la protection de l'e-consommateur n'est pas effective. Est-ce que un français va-t-il sérieusement assigner Amazon Aux Etats Unis, en appliquant la loi américaine, si le livre qu'il a commandé n'a pas été livré ou si sa carte de crédit a été débitée d'un montant inexact ? Sachant qu'il lui en coûtera environ 1000 fois le prix du livre, on peut douter qu'il se lance dans l'aventure. Et c'est bien là le problème, en cas de litige, bien souvent le consommateur ne pourra raisonnablement réagir. De plus, ce qui est

interdit en France pour des raisons d'intégrité, morale ou physique du consommateur, peut être permis dans d'autres pays.

Les transactions transfrontalières entre entreprises et consommateurs, en particulier quand elles sont menées par voie électronique sont soumises au cadre existant, en matière de droit applicable et de compétence juridictionnelle régi par le droit international privé. Le Droit international privé a donc le mérite de prévoir des solutions dans lesquelles figure un élément d'extranéité, solutions qui ont vocation à s'appliquer aux contrats conclus sur internet. Le commerce électronique et la dématérialisation des échanges qu'il suppose, remettent en cause ces frontières géographiques et juridiques et posent des défis au cadre juridique existant, rendant ce dernier inadapté pour assurer une protection efficace et transparente des consommateurs.

La protection du consommateur prévue au niveau communautaire nécessite une amélioration considérable au vu de l'émergence du commerce électronique(I).

Face à l'insécurité juridique actuelle concernant le commerce électronique transfrontalier, il faudrait combiner l'approche réglementaire et l'autorégulation car la coexistence de ces deux approches semble possible mais encore nécessaire et complémentaire. Cette coexistence ne signifierait bien entendu pas une inapplication de la loi, mais plutôt une application conditionnée par l'échec des modes de régulation. Le système des conflits de loi étant inadapté à l'heure actuelle à la protection du consommateur sur internet, il n'interviendrait donc qu'en dernier recours, après que des solutions alternatives aient tenté d'assurer cette protection. (II)

SECTION I : UNE PROTECTION COMMUNAUTAIRE INADAPTÉE **AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

Il convient de faire un constat de la réglementation prévue au niveau communautaire pour le règlement des litiges liés au commerce électronique. On s'aperçoit très vite que la loi réelle

est inadaptée au monde virtuel et ne permet pas d'assurer une protection élevée du consommateur.

§1 La loi applicable

Le règlement Rome I¹⁷⁴ s'applique aux obligations contractuelles relevant des matières civile et commerciale dans des situations de conflit de lois.

Le champ d'application du règlement exclut les obligations suivantes :

- A L'état et à la capacité juridique des personnes physiques
- Aux relations familiales
- Aux régimes matrimoniaux
- Aux instruments négociables tels que les lettres de change, les chèques et les billets à ordre
- A l'arbitrage et l'élection de for
- Au droit des sociétés et d'autres associations ou personnes morales
- A l'engagement d'une personne ou d'une entreprise envers un tiers
- A la constitution de trusts
- Aux négociations menées avant la conclusion d'un contrat
- Aux contrats d'assurance, à l'exception de ceux visés à l'article 2 de la directive 2002 /83/CE concernant l'assurance directe sur la vie.

¹⁷⁴ Règlement CE n°593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Les parties d'un contrat choisissent la loi qui régira en totalité ou partie. Le changement de choix de la loi applicable peut survenir à tout moment, avec l'accord de toutes les parties. Si la loi choisie est celle d'un pays autre que celui avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, les dispositions de cette loi doivent être respectées. Si le contrat se rapporte à un ou plusieurs Etats membres, la loi applicable choisie, autre que celle d'un Etat membre, ne doit pas contredire les dispositions du droit communautaire.

Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable aux contrats de biens, de prestation de services, de franchise ou de distribution, elle sera déterminée sur la base du pays de résidence du principal exécutant du contrat. Si aucune ou plusieurs règles précitées s'appliquent à un contrat, la loi applicable sera déterminée sur la base du pays de résidence du principal exécutant du contrat. Toutefois, si le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé par ces règles, il sera régi par la loi de ce pays. Il en va de même lorsqu'aucune loi applicable ne peut être déterminée.

Concernant les contrats conclus entre consommateur et professionnel, le règlement prévoit des options de sélection de la loi applicable et détermine la loi à appliquer en l'absence de choix. La loi applicable est celle du pays de résidence du consommateur, à condition que le professionnel exerce ses activités ou dirige ses activités dans ce pays. Les parties peuvent également, au titre de la liberté de choix, appliquer une autre loi, à condition que cette loi apporte le même niveau de protection au consommateur que celle de son pays de résidence.

La loi que ce règlement définit comme applicable à un contrat régira son interprétation, l'exécution des obligations qu'il engendre, les sanctions en cas de non respect des obligations, l'évaluation des dommages, l'extinction des obligations, les mesures d'exécution et les sanctions en cas d'invalidité du contrat. Le droit communautaire qui, dans ces domaines particuliers, règle les conflits de lois en ce qui concerne les obligations contractuelles prévaut sur ce règlement, sauf dans le cas des contrats d'assurance.¹⁷⁵

¹⁷⁵ [http:// europa.eu](http://europa.eu)

§2 Compétences

Le règlement « Bruxelles I »¹⁷⁶ détermine la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au sein des Etats Membres de l'Union Européenne.

Le règlement détermine la compétence des tribunaux en matière civile et commerciale. Il stipule que les décisions rendues dans un Etat membre de l'Union Européenne sont reconnues dans les autres états membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure sauf en cas de contestation. Une déclaration relative à la force exécutoire d'une décision doit être délivrée après un simple contrôle formel des documents fournis, sans que la juridiction puisse soulever d'office un des motifs de non exécution prévus par le règlement.

Le principe fondamental est que la juridiction compétente est celle de l'Etat membre où le défendeur a son domicile, quelle que soit sa nationalité. La détermination du domicile s'effectue en fonction de la loi de l'Etat membre du tribunal saisi. Quand une partie n'a pas de domicile dans l'Etat membre dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre Etat membre, doit appliquer la loi de cet Etat membre. Pour les personnes morales ou sociétés, le domicile est défini en fonction du lieu de leur siège statuaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement.

Dans certains cas, le défendeur peut être attiré devant les tribunaux d'un autre état membre. C'est le cas dans le cadre des compétences énumérées par le règlement : la compétence spéciale ou exclusive, la compétence en matière d'assurance, les contrats de consommateurs et les contrats individuels de travail.

La compétence des tribunaux englobe à titre d'exemple :

¹⁷⁶Règlement CE N°444/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

- Les matières contractuelles (en général, le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée).
- Les obligations alimentaires (en général, le tribunal du lieu où le créancier d'aliments réside)
- Les matières délictuelles (le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit).

Le règlement prévoit aussi des dispositions concernant la compétence relative aux contrats conclus par les consommateurs. On entend par consommateurs les personnes qui concluent un contrat pour un usage étranger à leur activité professionnelle avec un professionnel. Tous les contrats conclus entre les consommateurs avec des personnes exerçant des activités commerciales ou professionnelles au sein de l'UE sont visés, à l'exception des contrats de transport autres que ceux combinant voyage et hébergement pour un prix forfaitaire. Le consommateur est protégé en cas de contrat de vente à tempérament d'objets mobiliers corporels, de prêt à tempérament ou de toute autre opération de crédit liée au financement d'une vente de tels objets. Le consommateur bénéficie d'une protection dans les autres cas si le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui dirige ces activités vers cet Etat membre. Une action intentée par un consommateur peut être portée soit devant le tribunal de l'Etat membre sur le territoire où le défendeur se trouve, soit devant le tribunal de l'Etat membre où le consommateur (demandeur) est domicilié. Au cas où un professionnel intenterait une action contre un consommateur, celle-ci pourrait être portée uniquement devant les tribunaux des Etats membres sur le territoire duquel le consommateur est domicilié.

Quand les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire de l'UE, ont conclu une convention prévoyant un accord d'élection de for¹⁷⁷ en cas de litige, les tribunaux déterminés par les parties sont compétents. Le règlement prévoit certaines formalités à l'égard d'une telle

¹⁷⁷ « L'élection de for » est un principe général du droit international privé qui permet aux parties à un contrat, en cas de litige de désigner un tribunal qui ne serait peut être pas compétent en vertu de rattachement objectifs.

convention attributive de juridiction : elle doit être conclue par écrit ou sous une forme qui soit conforme aux habitudes établies entre les parties ou, dans le commerce international, sous une forme conforme à un usage dont les parties ont eu connaissance.

De même, sont prévues des règles en matière de codéfendeurs, de demande de garantie, de demande en intervention, de demande reconventionnelle, ainsi que dans le cas d'une action contractuelle jointe à une action en matière de droits réels immobiliers. Le règlement prévoit également un mécanisme de litispendance et de connexité.

Les décisions rendues dans un Etat membre sont reconnues dans les autres Etats membres sans qu'il faille recourir à une procédure complémentaire. Le règlement entend par « décision » toute décision rendue par une juridiction d'un Etat membre, quelle que soit la dénomination donnée : arrêt, jugement, ordonnance ou mandat d'exécution. La décision étrangère ne peut en aucun cas faire l'objet d'une révision au fond.

Une décision n'est pas reconnue si :

- La reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis.
- L'acte introductif d'instance n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de manière qu'il puisse se défendre.
- Elle est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat membre requis.
- Elle est inconciliable avec une décision rendue antérieurement dans un autre Etat membre ou dans un Etat tiers entre les mêmes parties dans un litige ayant le même objet et la même cause.

Un tribunal peut surseoir à statuer si une décision rendue dans un autre Etat membre fait l'objet d'un recours ordinaire. Les décisions sont mises à l'exécution dans un autre Etat membre après y avoir été déclarées exécutoires sur requête de toute partie intéressée. Les

parties peuvent former un recours contre la décision relative à la demande de déclaration constatant force exécutoire.¹⁷⁸

On s'aperçoit que le règlement des litiges au niveau communautaire est très encadré. Mais sa complexité freine le consommateur à agir en justice en de problème lors de son achat sur internet. Pour que la protection soit efficace il faut que les solutions alternatives se développent.

SECTION II : LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET LE DÉVELOPPEMENT DES SOLUTIONS ALTERNATIVES

Le développement des solutions alternatives est nécessaire pour assurer la protection du consommateur qui achète sur internet, différents modes alternatifs existent (§1) et un système de labels de confiance est prévu dans le code de la consommation. (§2)

§1 Les modes alternatifs de règlement des litiges

Les modes alternatifs de règlement des conflits sont devenus un élément à part entière du système de régulation juridique. Les conflits de consommation, plus que d'autres types de conflits peuvent trouver dans ces modes alternatifs (MARC) une solution dont la souplesse correspond davantage aux intérêts des professionnels, mais aussi et surtout de ceux des consommateurs.

Ces conflits se caractérisent le plus souvent par une particulière disproportion entre l'enjeu économique du différend, et le coût et la durée que pourrait prendre un règlement judiciaire. Conscient du problème, l'e-consommateur insatisfait ne va bien souvent pas réagir faute de solutions adéquates, ce qui ne peut engendrer que frustrations et réticences à contracter avec un professionnel étranger.

Les modes alternatifs de conflits de règlement des litiges peuvent apparaître comme étant particulièrement bénéfiques et attractifs pour les consommateurs dans la mesure où ceux-ci

¹⁷⁸ [http:// europa.eu](http://europa.eu)

apparaissent comme un excellent palliatif économique (coût faible et rapidité) particulièrement adaptés aux « petits litiges de consommation ». Les MARC peuvent permettre au professionnel de développer la confiance des internautes consommateurs et donc de fidéliser leur clientèle, ce qui leur permet aussi de réaliser des économies car « *une règle empirique, dans le secteur d'internet, veut qu'il coûte cinq fois moins cher de recruter un nouveau client que d'en conserver un ancien* ». ¹⁷⁹

Ces modes doivent assurer aux consommateurs les mêmes garanties que celle qu'ils sont en droit attendre de la justice. De plus ils ne doivent pas constituer un obstacle à la saisine des tribunaux. ¹⁸⁰

Cette voie alternative de règlement des litiges est notamment encouragée par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), dans sa recommandation relative aux « lignes directives régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique » ¹⁸¹. De même, la directive sur le commerce électronique prévoit 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 Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées... »

De plus, il appartient aux Etats Membres de veiller à ce que les organes de résolution extrajudiciaire des conflits de consommation appliquent, dans le respect du droit

¹⁷⁹ <http://www.iccwbo.org/home>

¹⁸⁰ Recommandation de la commission européenne du 4 avril 2001 a ainsi rappelé dans l'un de ses considérants, « que conformément à l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, l'accès aux tribunaux est un droit fondamental » et que le recours aux procédures alternatives « ne peut priver le consommateur de son droit d'accès au tribunaux ».

¹⁸¹ www.oecd.org

communautaire, les principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, de l'efficacité de la procédure, de la légalité de la décision, de la liberté des parties et de représentation.

Le cadre communautaire semble donc plus propice en tout cas à moyen terme, au développement de ces modes alternatifs.

En pratique, ces modes peuvent se présenter sous forme d'arbitrage, dont le danger est que le consommateur se trouve entraîné dans une procédure pouvant conduire à une sentence définitive, le privant de toute justice étatique ; ou de médiation qui elle conduit à une simple proposition de solution qu'il appartiendra au plaignant d'accepter ou non.

La médiation se définit comme le fait, pour le médiateur de rechercher à rapprocher les parties ou de les aider à trouver une solution au conflit qui les oppose.

La médiation peut intervenir soit en dehors de toute procédure, soit dans le cadre judiciaire. Lorsqu'elle intervient dans ce cadre, la médiation est réglementée par les articles 131-1 et suivants du code de procédure civile et se déroule sous le contrôle du juge. Ainsi tout juge saisi d'un litige peut, avec l'accord des parties, recourir à la médiation : il désigne à cette fin un médiateur, tiers qualifié, impartial et indépendant. La médiation ne peut excéder trois mois et sa confidentialité est assurée. La rémunération du médiateur est fixée par le juge et est à la charge des parties qui doivent verser une provision au début de la mesure, à l'exception des parties impécunieuses qui peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle. Lorsqu'elle intervient en dehors de toute procédure judiciaire, la médiation n'est pas globalement réglementée.

En France, il existe des organismes de médiation, mais ceux-ci, pour la plupart n'ont qu'un champ d'application limité au territoire national, soit en raison de difficultés pratiques soit pour des raisons juridiques. Il conviendrait donc de prévoir des organismes spéciaux de médiation compétente (techniquement et juridiquement) pour connaître des litiges

transfrontaliers sur Internet. Au niveau national, de nombreux centre de médiation se sont développés dans différents villes. (ex : le centre de médiation de Montpellier) ¹⁸².

Le « *Réseau extrajudiciaire européen pour la résolution des litiges de consommation* » a été créé le 16 octobre 2001¹⁸³. Ce réseau aide les consommateurs à résoudre leurs litiges transfrontaliers qui les opposent aux entreprises qui fournissent des biens et des services défectueux, en dirigeant les consommateurs vers les dispositions alternatives de résolutions des litiges (DAR). Les fonctions du réseau sont :

D'informer les consommateurs sur les possibilités d'utiliser les dispositifs alternatifs de résolution des litiges.

De faciliter les plaintes transfrontalières, notamment en les aidants à surmonter les difficultés pratiques relatives aux langues, en fournissant une aide pratique, comme la traduction de formulaire de plainte.

De faciliter la déposition de plaintes en utilisant le modèle de DAR.

D'assurer le suivi de la résolution des plaintes et des opérations effectuées avec les DAR à l'intérieur du réseau.

L'autre mode alternatif de résolution des litiges est la conciliation. La conciliation est l'accord auquel parviennent les parties, soit par discussion entre elle-même, soit par le biais d'une tierce personne, le conciliateur. La conciliation vise à mettre fin à un conflit par une solution acceptée par les intéressés. Les parties peuvent recourir à une conciliation devant un conciliateur de justice en dehors de toute procédure judiciaire, à condition que leur différend porte sur les droits dont elles ont la libre circulation. Les conciliateurs reçoivent les parties qui peuvent être assistées. Ils agissent en toute confidentialité c'est-à-dire que les constatations et

¹⁸² www.mediation-montpellier.net

¹⁸³ Résolution du conseil du 25 mai 2000, relative à un réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation.

les déclarations qu'ils recueillent ne peuvent être produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties. Le constat d'accord peut acquérir force exécutoire si les parties le demandent au juge.

Deux dispositifs existent pour la conciliation :

- La tentative préalable de conciliation devant le tribunal d'instance et la juridiction de proximité : le demandeur adresse sa demande verbalement ou par lettre simple au secrétariat du greffe de la juridiction. Le greffier convoque les parties par lettre simple. Si l'affaire aboutit à une conciliation, le procès verbal signé par les parties, par le juge et le greffier à force exécutoire. A défaut de conciliation, l'affaire peut être soit jugée immédiatement si les parties y consentent, soit faire l'objet d'une assignation ou d'une déclaration au greffe en fonction de l'importance de la demande et de la nature du litige. En pratique il existe dans la plupart des tribunaux, des audiences de conciliation tenues par un juge.
- La conciliation ordonnée au cours de l'instance avec l'accord des parties : le juge d'instance ou de proximité peut, avec l'accord des parties, désigner un conciliateur pour procéder à la tentative de conciliation. Il fixe la durée de la mission qui ne peut excéder un mois mais peut être renouvelée une fois. Le conciliateur reçoit les parties en toute confidentialité. En cas de constat d'accord, celui-ci est soumis à l'homologation du juge. En cas d'échec, l'instance reprend son cours.

La loi d'orientation et de programmation pour la justice permet au juge d'instance et au juge de proximité d'enjoindre aux parties de rencontrer un conciliateur afin de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation.

La conciliation et la médiation sont toujours facultatives. Elles ne peuvent aboutir qu'avec l'accord des parties. Elles ne peuvent porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition. Le recours à un avocat n'est pas nécessaire. Certains avocats exercent des missions de conciliation et de médiation en dehors de toute procédure. Le bénéfice de l'aide juridictionnelle peut être accordé aux transactions menées avant toute instance judiciaire par

un avocat et aux médiations qui se déroulent sous le contrôle du juge. Dans les autres cas, si la médiation est payante, son coût est réparti entre les parties.

Les modes alternatifs de litige aboutissant à une transaction, c'est-à-dire à des concessions réciproques que se consentent les parties pour mettre fin à leur différend, peuvent se voir conférer la force exécutoire par le président du TGI. Ces accords ont alors la même force qu'un jugement. Dans les autres cas, l'accord aura la même valeur qu'un contrat entre les parties. Si l'accord n'est pas exécuté, la partie qui le souhaite peut porter le litige devant le juge. Un accord contractuel entre les parties prévoyant le recours à un mécanisme de mode alternatifs de règlement des litiges n'est pas interdit dans son principe. Il doit être mis en œuvre par les parties. Toutefois, cet accord est susceptible d'être interdit s'il prévoit le recours à ce mécanisme à l'exclusion de toute saisine d'un tribunal car il priverait du droit d'accès à la justice.

Ces méthodes de protection ne font tout de même pas obstacle à ce qu'un litige intervienne entre le cybercommerçant et son client. C'est pourquoi le développement de la protection du consommateur doit s'accompagner de labels de confiance.

§2 Les Labels de Confiance

Le statut juridique du label est prévu en France au code de la consommation aux articles L.115-27 à L.115-33 et aux articles R.115-1 à R. 115-9, et ce dans un souci de protection du consommateur. Un tel mécanisme de protection a également été mis en place dans de nombreux Etats étrangers, Etats européens.

Cependant, les labels ont le plus souvent un champ d'application national, donc limité eu égard au caractère par essence international d'Internet. Il est donc souhaitable qu'ils se développent à une plus grande échelle.

Dans le cas d'un site web, le label vient attester de la conformité d'un site ou des produits ou services qu'il propose, à des exigences prédéfinies, lesquelles exigences traduisent la réponse

aux attentes des consommateurs en matière en particulier de qualité et de sécurité. Le label se traduit alors par un signe distinctif facilement reconnaissable, et apparent sur le site du vendeur ou prestataire de services. La démarche d'attestation qui préside à l'utilisation du label relève d'une démarche auto-déclarative par laquelle le professionnel auto-atteste qu'il respecte certains engagements qu'il s'est lui-même imposé, au travers d'une charte ou d'un code de bonne conduite. Le label peut traduire une attestation de conformité par une tierce partie. Ce système de certification des sites inclut ainsi des règles minimales de protection des consommateurs, et peut même comprendre la garantie du bénéficiaire d'un système de règlement des différends équitable et facile d'accès, qui pourrait éventuellement être proposé au consommateur sans aucun coût pour lui.

En outre, la directive du 8 juin 2000 encourage de telles pratiques, puisqu'elle dispose en son article 16 :

Les Etats membres et la Commission encouragent :

« a) l'élaboration, par associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de codes de conduite au niveau communautaire, destinés à contribuer à la bonne application des articles 5 à 15 ;

b) la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire ;

c) l'accessibilité par voie électronique des codes de conduite dans les langues communautaires ;

d) la communication aux Etats membres et à la Commission, par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique... »

En pratique, le label permet d'augmenter la confiance de l'e-consommateur, et l'encourage à contracter en ligne, puisqu'il clarifie l'environnement dans lequel il contracte et lui certifie que le site du professionnel lui accorde certaines protections.

Dans un contexte international, le label, sans garantir au consommateur l'application de sa loi nationale (même si cela peut être envisageable), peut néanmoins lui assurer la garantie d'une protection suffisante.

A minima, cette garantie pourrait être celle selon laquelle la loi applicable au contrat, celle du professionnel, est suffisamment protectrice des intérêts des consommateurs. Le label assurerait donc le bénéfice d'une protection raisonnable, peut être pas aussi efficace que la loi nationale du consommateur, mais en tout cas satisfaisante. En outre, le consommateur serait averti de l'application de la loi étrangère.

Des associations ont mis au point un code de conduite que les entreprises désireuses de bénéficier du label s'engagent à respecter, sous le contrôle à priori de l'association nationale dont elles dépendent (un contrôle à posteriori est également régulièrement effectué, soit sous forme d'achats anonymes soit lors des plaintes des consommateurs). Le code de conduite comporte des règles concernant notamment : l'information (liste des informations que l'entreprise doit donner au consommateur, aussi bien à son sujet qu'au sujet de son produit/service), le processus de commande (procédure à suivre pour qu'une commande soit identifiée comme telle et apparaisse loyale), sécurité des transactions (utilisation effective des outils permettant un maximum de sécurité).

Une telle initiative, qui permet le développement du commerce électronique par un renforcement de la confiance du consommateur et par l'assurance d'un niveau de protection suffisant de celui-ci, devrait donc être imité à plus grande échelle, notamment entre la France et l'un des Etats le plus concerné par le commerce électronique (et le plus actif) : les Etats-Unis.

Deux obstacles peuvent cependant s'opposer au développement des labels sur Internet : tout d'abord, le consommateur risque de ne plus s'y retrouver en cas de multiples labels, et peut

donc perdre à nouveau confiance, en particulier si certains labels ne garantissent pas une protection suffisante ;

Ensuite, il existe un risque technique, lié à la mise en œuvre d'un processus de sécurisation. Il ne faudrait pas qu'un site non certifié ait usurpé le label apposé sur un site en ligne. Il est néanmoins possible d'identifier l'organisme certificateur en associant au label un certificat numérique. L'internaute serait ainsi en mesure de vérifier en ligne par ses propres moyens l'identité du titulaire du label.

Le développement des labels dans les relations transfrontalières serait donc judicieux, compte tenu de la réglementation internationale actuelle. Le consommateur serait ainsi averti qu'il bénéficie d'une certaine protection, et pourrait en conséquence choisir dans de meilleures conditions les cybercommerçants étrangers avec lesquels il contracte. De plus, même si la protection n'était pas équivalente à celle accordée par le droit français, la protection serait quand même effective, et pourrait permettre d'éviter certains litiges.

Les solutions alternatives qui sont déjà effectives et efficaces au plan national, présentent donc pour l'e-consommateur des avantages considérables, de nature à protéger ses intérêts et de nature à compenser les inconvénients de la réglementation internationale. La protection de l'e-consommateur dans les relations transfrontalières mérite donc que ces solutions soient développées à bref délai. Mais le grand nombre d'acteurs concernés par le commerce électronique et donc par ces mesures peut évidemment constituer un obstacle au consensus nécessaire à un développement effectif et efficace.

CONCLUSION

La volonté de développer le commerce électronique ne doit pas faire obstacle à une protection efficace du consommateur, qui est d'ailleurs une condition sine qua non à son développement. Or, force est de constater qu'à l'heure actuelle, le droit n'a pas pu faire face à l'ensemble des problèmes nouveaux posés par Internet. Les problèmes liés à la distance séparant les parties et à la dématérialisation des échanges ont pu être convenablement compensés par des mesures efficaces dans le cadre national.

Quant au caractère par essence international d'Internet, le législateur n'a pas su, ou n'a pas voulu apporter de réponses (à moins qu'il n'ait tout simplement pas pu...).

Ces réponses partielles conduisent donc à dresser un bilan mitigé concernant le niveau de protection dont bénéficie l'e-consommateur.

Celui-ci est relativement bien protégé lorsqu'il achète des biens ou services à un cybermarchand établi en France, donc dans le cadre national, même si quelques efforts restent quand même à fournir, notamment dans le cadre de la sécurité des paiements.

Par contre, dans le cadre des relations transfrontalières, l'insécurité juridique qu'il subit est particulièrement intolérable, et ce d'autant plus que les risques auxquels il est confronté lui sont propres, puisqu'un consommateur traditionnel est à l'abri des désagréments qu'il est susceptible de rencontrer. Les solutions classiques ne pouvant s'appliquer correctement à ce nouveau moyen de commerce, c'est dans ce domaine qu'il convient de concentrer les efforts pour que l'e-consommateur puisse jouir d'une protection pleinement satisfaisante, et en totale adéquation avec celle accordée au consommateur traditionnel.

Mais ces efforts doivent être engagés par l'ensemble des Etats, ainsi que par les organismes internationaux. Et même si ces efforts ont déjà débuté, les réponses attendues par le consommateur ne seront certainement pas susceptibles d'être apportées à bref délai.

Il semblerait toutefois que les solutions les plus efficaces, et qui sont donc à rechercher et à développer, se trouvent dans les relations tripartites qui sont déjà établies. Sur le web marchand, le tiers de confiance, le tiers de séquestre ou les prestataires de service de certification, etc., paraissent indispensables à la sécurité du consommateur. Il conviendrait donc de permettre le plein épanouissement de ces « ménages à trois », et ce en particulier dans le cadre des transactions transfrontalières.

La protection de l'e -consommateur doit donc être la « pierre angulaire » des préoccupations du législateur concernant Internet, afin que celui-ci puisse bénéficier en toute sécurité des formidables possibilités que lui offre le progrès technique, sans subir le pouvoir absolu des cybermarchands. Récemment, le législateur a opéré dans ce sens au niveau communautaire en validant en juin 2011, le projet de directive sur les droits des consommateurs qui prévoient des dispositions relatives au commerce électronique. C'est un grand pas en avant pour l'encadrement juridique et l'harmonisation des droits des consommateurs; Il ne reste plus qu'à attendre l'application de cette directive dans les états membres de l'Union Européenne. Mais le chemin reste long pour parvenir à un niveau de protection élevée du consommateur lorsqu'il effectue des achats sur Internet car le monde virtuel reste un monde où le pouvoir de tout faire règne !

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

L.BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique*, Delmas 1999, p.76.

J.CALAIS-AULOY, H.TEMPLE, « *droit de la consommation* », 8e édition.

E.CAPRIOLI, « *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique* », Edition Litec, 2002

P.COLOMBANI, « *la fraude à la carte bancaire* », Edition Carnot.

U.DRAETT, « *Internet et commerce électronique en droit internationale des affaires* », Edition Emile Bruylant, 2003

C.FERAL-SCHUH, « *CYBERDROIT- Le droit à l'épreuve de l'internet* », 5^e édition Dalloz, 2009-2010.

J.FLOUR, J-L AUBERT, E.SAVAUX, « *Droit Civil, Les Obligations, T.1, L'acte Juridique* » Edition Colin, 11^e, 2004

P.LE TOURNEAU, « *Contrats Informatiques et électroniques* », Edition Dalloz, 2004

MEMENTO « *Concurrence-Consommation* », Edition Francis Lefebvre, 2011-2012

E.PATAUT, « *Les Lois de police et ordre juridique communautaire, les conflits de lois et le système juridique communautaire* » Dalloz Collection, « *Thèmes et commentaires* », 2003.

T.VERBIEST, « La protection juridique du cyber-consommateur », Edition Litec, 2003.

ARTICLES :

J.-M.Brugnière, « *commerce électronique et protection du consommateur* », JurisClasseur Commercial, fasc 860, 18 mai 2009

O.Cachard, « *le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », Lamy Droit Civil, Sept 2004, contrat, N°8, p.15

« Contrats et obligations – Des contrats sous forme électronique », Lexis Nexis, fasc 10. 8 janvier 2008.

J.Dionis du Séjour, JOAN, débats, 9 janvier 2004

Forum des droits sur Internet, Premier Rapport de l'observation de la cyberconsommation, mars 2004

M.FUXA, « les nouvelles règles de la directive européenne votées le 23 juin », www.ecommercemag.fr

L.Grynbaum, la loi « confiance dans l'économie numérique » : une version définitive proche de la version originale de la directive « commerce électronique », Comm,Com.élect 2004

La Banque de France, « observatoire de la sécurité des cartes de paiements », Rapport Annuel 2010.

« *La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique* », Comm. Com.électro .2004, chron.10.

F.LEFEBVRE, secrétaire d'Etat à la consommation, « *Vers un nouveau renforcement des droits des consommateurs* », Projet de loi n°3508, 1^{er} juin 2011.

M.MORAN, « *L'info fait défaut* », UFC que choisir, n°490-mars 2011.

V.NISATO, *Droit de l'Internet par l'ERCIM*, Contrats, conc.consom. 2002, comm. 131

UFC Que Choisir, « *Vente entre particuliers, la rétractation c'est non – UFC Que Choisir* », 03/03/2011.

UFC Que Choisir, « *E-commerce, le droit de rétractation étendu* » 21 juin 2011.

Rapport de la CNIL « *Opération boîte à spam* » du 24 octobre 2002

obs.Raymond, Cont.Conc.Conso, 1996, N°118,

G.Teissonnière, « *l'encadrement du commerce électronique par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique. La publicité et les obligations souscrites par voie électronique* » JCP G, N°37, 8 septembre 2004, act.414

Université des sciences sociales de Toulouse, « *la monnaie électronique* ».

LEGISLATION :

Décret n°92-280 du 27 mars 1992 relatif à la publicité télévisée.

Directive n°84/450 du 10 décembre 1984, relative à la publicité trompeuse.

Directive n°2002/58/CE, 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE L 201/37, 31 juillet 2002

Directive du 23 mai 2003 a fait l'objet d'une transposition dans le code de la santé publique par la loi 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique à l'article L3511-3.

Directive N°2001-83-CE, du 6 novembre 2001

Directive N°2000/31/CE, du 8 Juin 2000

Directive N°2007/64/CE, 13 novembre 2007, concernant les services de paiements dans le marché intérieur modifiant la directive 97/7/CE.

Directive N°2002/65/CE, du Parlement Européen et du Conseil en date du 23 septembre 2002.

Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs

Loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel

Loi n°91-32 du 10 janvier 1991, relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi Evin, parue au JO le 12 janvier 1991, aujourd'hui codifiée au livre III du code de la santé publique.

Loi Chatel n°2008-3, du 3 janvier 2008

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

Loi. n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à a signature électronique, JO 14 mars p3968

Ordonnance du 23 août 2001

CODES

- Code Civil
- Code de la consommation
- Code Pénal

- Code de la santé publique
- Code des postes et des communications électroniques
- Code monétaire et financier

JURISPRUDENCES

Ordonnance en référé, TGI de Paris le 2 avril 2007

T.G.I Lyon, 20 février 2001

T.G.I de Saint-Malo, 18 décembre 2001

TGI Paris, 4 février 2003

T.G.I Paris, 4 février 2003, D 2003 p.762 Obs. C. MANARA

T.G.I Bordeaux, 11 mars 2008 – www.quechoisir.org « *On trouve de tout chez CDISCOUNT, même des clauses abusives* » Communiqué du 27 mars 2008.

T.G.I Colmar, 15 avril 2008.

CA Toulouse, 21 février 1984, « L'intuitu personae dans le contrat de droit privé », RDT, civ 1984, obs J.Mestre, G Kostig

CA Bordeaux, 2 sept 1997, JCP 1998

CA de Dijon, 26 janvier 2007

CA de Paris, 13 février 2008

C.Cass.3e civ.28 novembre 1968 : JCP G, 1969, II, n° 15797

C.Cass. Ch.crim, 12 novembre 1986

C.Cass, Ch.Crim, 3 novembre 1987

C.Cass. Ch.Com, 2 décembre 1997, JCOE 1998, p.178 note Bonneau

C.Cass.Ch.com, 2 juillet 2002

C.Cass.Ch.com, 23 juin 2004, n°02-15-547 Bardie c/ Banque Populaire provençale et corse.

C.Cass. 1^{ère} Ch. Civ, 9 mars 2004

Cass.Com, 2 décembre 1997, JCO E 1998, p.178 note Bonneau

C.Cass. Ch.crim, 14 mars 2006 : D.2007 p.399, ob. Roujou de Boubée

C.Cass. 3^e Ch. civ, 13 février 2008, Communication Commerce électronique n°7, Juillet 2008, comm.91 Philippe STOFFEL-MUNCK

CJCE, 12 sept 2000, Sté Casino France : L.Bernardeau, Contr.Conc.Conso. D, 2001.

CJCE, 11 décembre 2003, JOCE C 348.

CJCE, 17 avril 2008, Aff.C-404/06, D.2008. Jur.2631, Note G et L-F. Pignarre

CJUE, 14 avril 2010, Arrêt « HEINE »

SITES INTERNET :

www.legifrance.gouv.fr

www.etudes.ccip.fr

www.lexisnexis.com

www.quechoisir.org

www.dalloz.fr

www.ssl.com

www.fevad.com

www.parliament.uk

www.ecommercemag.fr

www.linternaute.com

www.fia-net.com

www.dalloz-actualite.fr

www.mediation-montpellier.net

www.oecd.org

<http://www.iccwbo.org/home>

[http:// europa.eu](http://europa.eu)

CHARTES – RECOMMANDATIONS :

Recommandation CCA, n°2007-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet.

Recommandation n°07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet, BOCCRF du 24 déc.2007)

Charte pour la communication sur internet des entreprises pharmaceutiques / Afssaps signée le 26 décembre 2001

TABLES DES MATIÈRES

SOMMAIRE	2
REMERCIEMENT	4
INTRODUCTION.....	5
PARTIE I : LA PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR ET LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE.....	13
TITRE I : L'INFORMATION DU CYBERCONSOMMATEUR AVANT LA CONCLUSION DU CONTRAT	14
CHAPITRE I : LA PROMOTION DES VENTES SUR UN SITE MARCHAND EN LIGNE	14
SECTION I : UNE PUBLICITÉ ÉLECTRONIQUE ENCADRÉE	16
§ I : La notion de publicité électronique	16
§2 : les règles générales de la publicité électronique	19
Section II : Une publicité électronique spécifique	22
§1 : Une publicité électronique encadrée	22
A/ les cookies	23
B/ Les publicités spécifiques en faveur du tabac, de l'alcool et des médicaments	25
1° la cas particulier du tabac	26
2° le cas particulier de l'alcool.....	27
3° Le cas particulier des médicaments	29

4° le cas des aliments	32
§2 : les publicités non sollicitées, l'exemple du SPAMMING	33
CHAPITRE II : L'OFFRE SUR INTERNET : PHASE PRÉALABLE A LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE.....	36
SECTION I : LA NOTION D'OFFRE À DISTANCE.....	36
§1 : Les caractéristiques de l'offre à distance	37
§2 : les problèmes liés à cette offre à distance	39
SECTION II : L'OBLIGATION PRÉCONTRACTUELLE RENFORCÉE.....	41
§1 : les différentes informations précontractuelles	44
A/ Les informations relatives à l'identification du cybermarchand	44
B/ Les informations relatives aux conditions contractuelles.....	46
§2 Le non respect de ces obligations précontractuelles	54
A/ Une inexécution sanctionnée civilement.....	54
B/ L'inexécution sanctionnée pénalement	56
TITRE II : LA PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR ET LA CONCLUSION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE.....	59
CHAPITRE I : LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE.....	60
SECTION I : LE MOMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE	60
§1 : La date de formation du contrat électronique	60
§2 : L'acceptation à distance : le principe du double clic	62

SECTION II : L'OBLIGATION DU PROFESSIONNEL DE CONFIRMER LA COMMANDE	64
§1 : L'accusé de réception de la commande.....	64
§2 : L'interdiction d'envoi sans commande	64
CHAPITRE II :UNE PROTECTION RENFORCÉE DU CYBERCONSOMMATEUR	66
SECTION I: LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ET DE LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE	66
§1 : La Consécration de l'écrit électronique	67
A/ La reconnaissance de l'écrit électronique ad probationem	67
B/ La reconnaissance de l'écrit électronique ad validitatem.....	68
§2 :Les conditions d'admission de l'écrit électronique.....	70
§3 : La reconnaissance de la signature électronique	71
SECTION II : LE DROIT DE RÉTRACTATION	72
§1 : Le Champ d'application.....	72
§2 : Les modalités d'exercice du droit de rétractation	76
PARTIE 2 : L'ÉXECUTION DU CONTRAT EN LIGNE ET LE RÉGLEMENT DES LITIGES.....	81
TITRE 1 : L'ÉXECUTION DU CONTRAT ÉLECTRONIQUE.....	82
CHAPITRE 1 LE CYBERCONSOMMATEUR ET LA SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE.....	82
SECTION I : LE PAIEMENT EN LIGNE	83

§1 : La principale obligation du cyberconsommateur	83
§2 : Le risque d'une utilisation frauduleuse du moyen de paiement.....	86
SECTION II : LA SÉCURISATION DU PAIEMENT EN LIGNE.....	88
§1 : La technique du cryptage	88
A/ La SSL, secure socket layer	89
B/ Le programme SET	90
C/ Le développement de FIA NET	91
§2 : La traçabilité d'une opération en ligne.....	91
CHAPITRE 2 : LES OBLIGATIONS DU CYBERCOMMERCANT LIÉES A L'EXÉCUTION DU CONTRAT	94
SECTION I : LA LIVRAISON DU BIEN COMMANDÉ EN LIGNE	95
§1 : L'obligation de livraison	95
§2 : Les défauts de livraison.....	98
A/ Le produit épuisé ou indisponible	99
B/ Le cas des colis perdus	100
C/ Le cas des colis endommagés ou dont le contenu a été volé.....	100
SECTION II : LES OBLIGATIONS DE L'E-COMMERCANT APRÈS LA RÉALISATION DE LA LIVRAISON.....	102
§1 : La garantie légale de conformité.....	102

§2 : La garantie légale contre les vices cachés	104
§3 : Les garanties commerciales	106
TITRE 2 : LA RESPONSABILITÉ DU CYBERMARCHAND ET LE RÈGLEMENT DES LITIGES	110
CHAPITRE 1 : LA RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT DU CYBERMARCHAND ..	110
SECTION I : LA NATURE DE CETTE RESPONSABILITÉ	111
SECTION II : LE RÉGIME DE LA RESPONSABILITÉ	114
CHAPITRE II : LE RÈGLEMENT DES LITIGES	117
SECTION I : UNE PROTECTION COMMUNAUTAIRE INADAPTÉE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	118
§1 La loi applicable	119
§2 Compétences	121
SECTION II : LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET LE DÉVELOPPEMENT DES SOLUTIONS ALTERNATIVES	124
§1 Les modes alternatifs de règlement des litiges	124
§2 Les Labels de Confiance	129
CONCLUSION	133
BIBLIOGRAPHIE	135
TABLES DES MATIÈRES	142

