

**Université de Versailles-Saint-Quentin en
Yvelines**

**MASTER 2
Droit des nouvelles technologies
de l'information et de la
communication**

**Commerce électronique et protection
du consommateur**

Séminaire animé par Vincent Vigneau, professeur associé

Année universitaire 2007/2008

Bibliographie

- J. Calais-Auloy et G. Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 5eme ed.
- Jurislcasseur Communication, Fasc. 4810 : COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR par ean-Michel Bruguière
- Florence Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, LGDJ, bibliothèque de thèses de droit privé, ed. 2005
- *Lamy Droit économique*, éd. 2006
- *Guide Permanent Droit et Internet*, éd. législatives, sept. 2003
- *Lamy Droit de l'informatique et des Réseaux*, éd. Lamy 2006
- F. Baillet, *Internet : le droit du cybercommerce*, éd. Stratégie 2001
- A. Bensoussan, *Internet : aspects juridiques*, éd Hermès, 1998
- M. Vivant, *Les contrats du commerce électronique*, éd [Droit@litec](#) 1999
- L. Bochurberg, *Internet et commerce électronique*, éd Delmas, 2eme édition 2001
- Philippe le Tourneau, « *Contrats informatiques et électroniques* » éd. Dalloz Références 4° édition, refondue et augmentée. 2006.
- Valérie Sedaillant, *Droit de l'internet*, collection AUI ed Netpress, Paris 1997.
- Agathe Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, ed. Litec collection droit@litec
- A. Hollande et X. Linant de Bellefond, *Pratique du droit de l'informatique*, 5ed ed. Delmas 2002
- Patrick Thieffry, *commerce électronique : droit international et européen* droit@àlitec, 2eme trimestre 2002
- Thiebault Verbiest *la protection juridique du cyberconsommateur*, [droit@litec](#) oct. 2002
- *Les premières journées du droit du commerce électronique*, actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, Litec
- Jean-Calais Auloy, Franck Steinmetz, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 6 eme édition

- Yves Picod, Hélène Davo, *Droit de la consommation*, Armand Colin 2005
- Marie Pierre Bonnet-Desplan, Régis Fabre, Nicolas Genty, Nadine Sermet, *Droit de la publicité et de la promotion des ventes*, Dalloz, 3eme édition
- Thibault Verbiest, *Le nouveau droit du commerce électronique - La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Larcier, LGDJ 2005

Revue :

- Contrats, concurrence et consommation
- Communication et commerce électronique
- Légicom
- Légipresse
- Bulletin d'actualité Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux
- Bulletin d'actualité Lamy, droit de l'immatériel

sites internet :

<http://www.droit-technologie.org/>

<http://www.canevet.com/>

<http://www.juriscom.net/>

<http://legal.edhec.com/>

<http://www.legalis.net/legalnet/>

<http://www.lex-electronica.org/>

<http://www.clic-droit.com/web/>

<http://www.droit-ntic.com/>

<http://www.foruminternet.org>

INTRODUCTION

LE COMMERCE ELECTRONIQUE – PERSPECTIVES ET ENJEUX JURIDIQUES

Le réseau internet ne permet pas seulement d'échanger des informations et d'offrir aux entreprises une vitrine nouvelle capable de promouvoir leur activité au delà de leur zone traditionnelle d'influence. Il constitue aussi un nouvel outil permettant de passer des contrats et de créer ainsi des relations juridiques. On parle en ce cas de commerce électronique qui peut être défini comme *l'ensemble des échanges numérisés, liés à des activités commerciales, entre entreprises, entre entreprises et particuliers ou entre entreprises et administration*¹. L'article 6 de la loi 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique le définit comme " *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services.* " Ici, le réseau est le canal par lequel se constitue ce qui sera ou pourra être au final l'accord de volonté des parties. Les moyens employés pour ces échanges sont divers puisqu'ils vont du téléphone à la télévision numérique en passant par les liaisons informatiques spécialisées ou le minitel.

L'irruption de l'internet modifie considérablement les conditions de la distribution, puisque son coût réduit et sa relative simplicité d'utilisation en favorisent une diffusion très rapide, notamment vers les petites entreprises et vers les consommateurs. On distingue traditionnellement deux types d'échanges : la vente électronique des produits et des services par les entreprises aux consommateurs, le *B to C (Business to Consumer)*, et le commerce inter-entreprise, le *B to B (Business to business)*. Depuis quelques années se développe aussi le commerce entre consommateurs, le *C to C*².

¹ Rapport du groupe de travail présidé par M. Francis Lorentz sur le commerce électronique p 1 <http://www.finances.gouv.fr/lorentz>

² ce qui ne manque pas de poser d'ailleurs des difficultés de qualification juridique quant il s'agit de consommateurs qui développent une quasi activité de marchand de biens. C'est ainsi qu'un tribunal correctionnel a décidé de qualifier un particulier ayant vendu un nombre important d'objets sur un site

Avec plus de 12 millions d'accès Internet, dont 9,4 d'abonnés haut débit, selon les derniers chiffres publiés par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, l'e-commerce continue son essor rapide dans l'Hexagone .

Au cours du premier semestre 2007, le chiffre d'affaires du commerce en ligne a poursuivi une progression de 37% par rapport au semestre précédent, pour un montant global de 7,8 milliards d'euros. Cette croissance profite à l'ensemble des acteurs du secteur. Le BtoB est celui qui enregistre la plus forte progression avec une augmentation de 30 % des ventes. S'agissant du BtoC, on observe une progression de 20 %. Le secteur du tourisme, pourtant malmené entre avril et mai pour cause de période électorale, enregistre, lui aussi, une augmentation de ses ventes de 20 %. La Fédération des entreprises de vente à distance (Fevad) estime ainsi que l'e-commerce pourrait franchir le cap des 16 milliards d'euros en 2007, soit près de 4 % du chiffre d'affaires de l'ensemble du commerce de détail.

En l'espace d'une année, le nombre de sites marchands actifs a progressé de près de 50 %, portant leur nombre à près de 30.000 à la fin du mois de juin. Globalement, sur 30 millions d'internautes en France, près 19 millions ont acheté en ligne. Le nombre d'acheteurs a donc progressé trois fois plus vite que les internautes (+ 12 % d'internautes en un an contre + 24 % d'acheteurs en ligne).

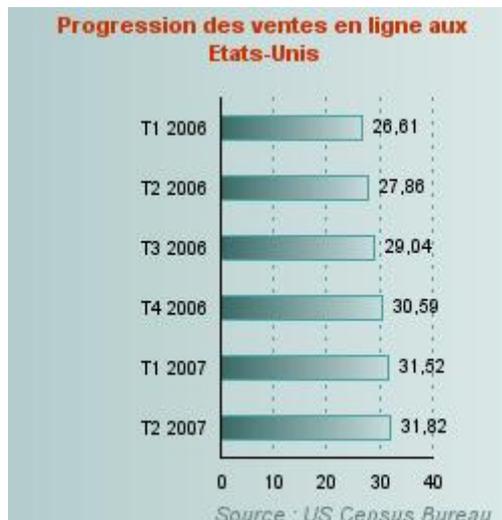
Un marché florissant qui a fait naître quelques milliers de micro-entreprises de vente à distance. (et qui pose le problème du statut de certains de ces vendeurs, qui profitent de ces plates-formes pour développer une activité professionnelle sans toutefois se déclarer comme tels, tant auprès des acheteurs que de l'administration³.)

de vente aux enchères : Trib. Correc. Mulhouse 12 janvier 2006, Comm. Com. électr. 2006, comm. 112 note L. Grynbaum, également sur cette question Rep. Min. n° 53223, JOAN Q. 1^{er} mars 2005, p 2248, Recomm. Du forum des droits de l'internet « commerce entre particuliers sur l'internet » 8 novembre 2005

³ C'est d'ailleurs pour cette raison que le « forum des droits sur l'internet » a publié des recommandations consistant : • pour les vendeurs : de respecter des règles fiscales et sociales pour les particuliers dont le niveau d'activité de vente en ligne s'assimile à celui d'un professionnel de la vente à distance ; • pour les acheteurs : d'utiliser des outils de paiement sécurisés (carte bancaire, chèque, etc.), notamment pour l'achat de biens de forte valeur ; • pour les plates-formes de mise en relation : de proposer aux vendeurs des outils techniques permettant de respecter les formalités légales (double clic) ; de mettre en place une signalétique des vendeurs s'étant déclarés

Le réseau de guides d'achat LeGuide.com référençait pour sa part un total de 6.903 e-commerçants implantés en France au 1er octobre 2006, contre 4.429 en octobre 2005, soit une hausse de près de 56 % sur un an. Les catégories de produits 'Culture et Loisirs' et 'Vie pratique' sont respectivement commercialisées par 47 % et 45 % des e-commerçants. Les secteurs de la mode et de la beauté, de la culture et des loisirs, et de l'informatique enregistrent les plus fortes hausses durant le troisième trimestre 2006. 45,5 % des e-commerçants proposent en outre des livraisons à l'étranger avec une forte concentration sur les pays limitrophes : Luxembourg, Allemagne, Espagne et Belgique. Le chiffre d'affaires total du commerce électronique e a été évalué à 450 milliards d'euros.

Aux Etats-Unis, les ventes en ligne atteignent 33,645 milliards de dollars au deuxième trimestre 2007, selon l'US Census Bureau. La croissance par rapport au premier trimestre 2007 est de 6,1 %. Sur un an, la part du e-commerce au sein du marché global de la vente de détail passe de 2,9 % à 3,3 %.



Les voyages (billets d'avion, chambres d'hôtel, réservations de voitures) constituent le premier poste de dépenses des consommateurs sur internet . 9% du chiffre d'affaire de la SNCF est réalisé en ligne. Ce secteur est suivi de celui de la vente de matériel informatique ou multimédia et de ceux de la grande distribution et de la vente classique

professionnels ; de renforcer l'information des utilisateurs ; pour les pouvoirs publics : de retenir l'application du régime de responsabilité de l'hébergeur pour les plates-formes de mise en relation.

par correspondance où plus de 10% des commandes se font aujourd'hui par Internet . Viennent ensuite les livres et la musique puis l'alimentaire .

France : Le e-commerce en BtoC par secteur d'activité (en 2004)			
Sites spécialisés dans...	2004 (en millions d'euros)	Croissance	Poids en 2004
Tourisme (voyage, transport, hôtellerie)	2.080	51 %	42 %
High-Tech (informatique, multimédia, électronique grand public, électroménager)	1.070	41 %	22 %
VPC généraliste	625	49 %	13 %
Produits culturels (livres, disques, vidéos)	325	20 %	7 %
Cybermarchés (supermarchés en ligne)	154	11 %	3 %
<i>Source : Benchmark Group</i>		<i>Mis à jour le 07/11/2005</i>	

Pour certaines catégories de produits (CD, DVD, hôtels, location de DVD, séjours, billets d'avion, photos numériques), les acheteurs en ligne se fournissent désormais plus souvent sur internet qu'en magasin.

Les entreprises de vente par correspondance ont bien évidemment suivi cette tendance et réalisent désormais 53% de leur chiffre d'affaires sur internet⁴.

CLASSEMENT DES SITES PAR TAUX DE PENETRATION

Rang	Enseigne	Taux de pénétration
1	Voyages-sncf.com	35 %
2	La Redoute	33 %
3	Cdiscount.com	31 %
4	Fnac.com	30 %
5	Ebay	28 %
6	3 Suisses	22 %
7	Vente-privee.com	17 %
8	Amazon	17 %
9	Pixmania.com	15 %
10	Yves Rocher	15 %
11	Alapage	13 %
12	France Loisirs	11 %
13	Verbaudet	11 %

⁴ Source : Fédération des entreprises de vente à distance (Fevad)

14	Air France	11 %
15	PriceMinister	10 %

Source : Médiamétrie//Netratings / 2007

Internet permet aussi le développement de nouveaux acteurs que sont les sites de ventes aux enchères ou de petites annonces, juridiquement appelés plate-formes de courtage en ligne, qui offrent aujourd'hui la possibilité à des particuliers de développer une activité de commerce électronique. Selon le rapport publié par le Forum des droits sur l'Internet en novembre 2005, plus de 5 millions de Français utilisent aujourd'hui ces plates-formes.

Les principales difficultés rencontrées par ce qu'on appelle les « pure players », c'est à dire les opérateurs n'agissant que par le biais d'internet, et qui représentent 40% du secteur, sont principalement imputables à des problèmes de recrutements de clients, une vision trop optimiste de leurs résultats, un absence de stock et un coût trop élevé de leur chaîne logistique. A l'inverse, les « clics magasins », c'est-à-dire les entreprises qui vendaient à l'origine en magasins spécialisés ou grandes surfaces et qui ont par la suite choisi d'élargir leur forme de vente à Internet et ont déjà une bonne maîtrise de leur chaîne logistique, peuvent profiter pleinement de leur expérience⁶. C'est particulièrement vrai pour les détaillants ayant une activité dans le secteur de l'habillement.

Se développent aussi très rapidement les « Absolute players », c'est à dire les acteurs nés avec l'Internet et dont l'activité est totalement dématérialisée. Nés avec l'Internet, le modèle de ces acteurs est 100 % Internet : pas de réseau de distribution physique, pas de stock. Dans cette catégorie se placent différents types d'acteurs, à la virtualité absolue : les comparateurs (Kelkoo, Assurland, Easyvoyage...), les courtiers en ligne (Boursorama...), les moteurs de recherche ou les annuaires (Google, Yahoo...), les sites d'enchères (eBay...), les plate-formes de téléchargement musical payantes ou peer-to-peer (OD2, Kazaa...), certaines agences de voyage en ligne (Partirpascher, Expedia...), les médias en ligne (le JDN, par exemple ...), les

5 accessible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf>

⁶ cinq des dix plus gros e-marchands français sont aujourd'hui des enseignes historiquement présentes dans le commerce traditionnel. Par exemple, La Redoute annonce avoir réalisé au premier semestre 2003, 12,7 % de son chiffre d'affaires en France sur Internet . 2,6 % du chiffre d'affaires du groupe la Fnac est réalisé en ligne

spécialistes des liens sponsorisés (Overture...), certains sites de petites annonces, les places de marché, ou encore les sites communautaires (Friendster...). Certains de ces absolute players ont transposé un business-model existant (courtiers), d'autres en ont inventé un (Google). Les revenus reposent essentiellement sur le prélèvement de commissions ou sur la publicité.

Cette nouvelle famille d'acteurs, malgré son hétérogénéité, dispose de plusieurs caractéristiques communes. En termes d'offre, leur production est circonscrite à des biens purement informationnels, par définition dématérialisés, ou à des services d'intermédiation. Les flux engendrés sont financiers et/ou électroniques, et la valeur créée repose la plupart du temps sur la constitution de bases de données. Ils sont ainsi les plus "purs représentants" de la société de l'information, et participent du développement des activités tertiaires de type informationnel.

En termes de coûts, leurs activités demandent des investissements essentiellement immatériels, comme la recherche et le développement logiciel, le marketing ou la publicité. De ce fait, ce sont plutôt des structures de coûts fixes, ce qui permet de maximiser les marges.

L'apparition de ce nouveau vecteur a aussi pour conséquence aussi de remettre en cause la pertinence et l'efficacité de nombreuses règles de droit⁷. La dématérialisation des échanges et leur indépendance par rapport à la géographie et aux frontières constituent autant d'obstacles à l'applications des concepts traditionnels du droit basés sur la territorialité de l'application du droit et le formalisme contractuel. Comment en effet, concilier les règles de preuve de l'article 1341 et les mécanismes de transaction par clic ou double clic ? Comment s'assurer de l'identité de son interlocuteur ? Comment définir la loi applicable ? Quel sera le juge compétent en cas de conflit ? En d'autres termes, comment maintenir le même niveau de sécurité et d'échange dans les relations contractuelles dématérialisées que dans les relations de l'économie réelle ?

De même, ces éléments nouveaux modifient les rapports de force traditionnels entre le professionnel et le consommateur. En lui permettant de contracter avec des opérateurs situés sur l'ensemble de la planète, en lui offrant, de chez lui, une gamme de produits jusque là inégalée, internet contribue assurément à améliorer la liberté de choix du

⁷ Voir à cet effet l'étude de Michel Vivant, *Le commerce électronique, défi pour le juge*, D 2003, Chron p 674

consommateur. Mais, d'un autre côté, celui-ci entre en relation avec des opérateurs sur lesquels les lois consuméristes n'ont aucune prise. Si l'ouverture au monde que permet internet démultiplie les capacités d'action des consommateurs, elle favorise tout autant les actions frauduleuses d'opérateurs peu scrupuleux et les risques d'abus. Les règles consuméristes actuellement en vigueur doivent donc être regardées sous des angles nouveaux pour s'assurer de leur pertinence au regard de la dématérialisation et de l'internationalisation des échanges .

La création d'entités commerciales purement virtuelles conduit aussi à l'élaboration de relations contractuelles innovantes. Il est bien évident que la réalisation d'une galerie marchande virtuelle ne nécessite pas de passer des contrats de promotion immobilière ou des baux commerciaux, mais doit conduire à s'interroger sur la nature des relations qui vont unir plusieurs sites reliés entre eux par des liens hypertexte. Les « pure players » évoqués ci-dessus doivent aussi monter des réseaux logistiques spécifiques, souvent en partenariat avec d'autres opérateurs spécialisés. Le développement de l'internet s'accompagne aussi de celui des transporteurs et des centres de gestion de la relation client.

C'est peu dire que le commerce électronique offre au juriste un terrain expérimental considérable qui nécessite de sa part imagination et créativité. Peu à peu s'étoffe le corpus juridique applicable à ce nouveau secteur :

- les articles L 121-20 du code de la consommation sur la vente à distance,
- la loi du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électroniques,
- la loi du 1^{er} août 2000 sur la responsabilité sur internet,
- la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁸
- les directives communautaires, celle du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs dans le domaine de la vente à distance, celle du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

⁸ J.O n° 143 du 22 juin 2004 page 11168 texte n° 2, commentée par L. Grynbaum in Communication, commerce électronique juin 2004, commentaires, n° 78 p 38, Jérôme Huet, JCP 2004, I n° 178, le dossier établi sous la direction de X. Linat de Bellefonds, Comm. Com. Electr, 2004, étude 22 également le dossier constitué sur ce texte par le Forum des droits de l'internet, Florence Bellivier, Judith Rochfeld, RTCiv 2004, chron p 574 et suiv.

Ainsi, est en train d'émerger un droit nouveau issu aussi en grande partie de la pratique contractuelle⁹, de la coutume¹⁰ et de la jurisprudence¹¹.

La rédaction et la diffusion de contrats types, tel que ceux, par exemple, élaborés par la chambre de commerce et d'industrie de Paris, contribuent à l'édification de normes de références communes à de nombreux acteurs économiques.

Le juge, de son côté, face au silence de la loi, puise bien souvent dans les ressources que lui offrent les concepts traditionnels du droit des contrats, qui se caractérisent par leur souplesse et l'absence de formalisme rigide, surtout en droit commercial, pour régler au cas par cas et de façon pragmatique les litiges qui lui sont soumis, prouvant ainsi que *la modernité d'internet ne lui confère pas une singularité telle qu'elle le ferait échapper par principe aux critères traditionnels de résolution des litiges*¹².

Je vous propose donc, au sein de ce séminaire, d'explorer l'ensemble des questions de droit de la consommation qui se posent dans le commerce électronique.

La protection du consommateur sur internet

Le commerce électronique se partage entre le B to B (business to business) et le B to C (business to consumer). Le premier est très largement dominant, le second beaucoup plus médiatisé¹³.

Ces deux types de relations se ressemblent et s'éloignent à la fois. Il s'agit à chaque fois de contrats réalisés à distance en empruntant les réseaux électroniques. En cela, ils ne se distinguent pas des relations contractuelles passées au moyens des modes traditionnels de contractualisation à distance tels que le courrier, le téléphone, le télex ou

⁹ Valérie Sédaillant, Droit de l'Internet p 264

¹⁰ Coutumes qui peuvent être dénommées sous le vocable anglo-saxons d'« Acceptable Use Policies » ou se présenter sous la forme de codes de bonne conduite (Valérie Sédaillant op. cit.) pour une obtenir une liste de comportements généralement prohibés : P. Trudel, Quel droit pour la cyberpresse ? La régulation de l'information sur l'Internet, Legipress, mars 1996, II, p.9.

¹¹ lire à ce sujet l'étude de Cyril Rojinski *Cyberespace et nouvelles régulations technologiques* » D 2001, Chron p 844

¹² Agathe Lepage, Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur internet, Dalloz 2001, Chron p 322

¹³ Se développe aussi, mais dans une moindre mesure, notamment par le biais du courtage en ligne, le C to C qui unis des consommateurs entre eux

la télécopie. L'utilisation des réseaux électroniques les différencient cependant en ce qu'elle aboutit à une dématérialisation des supports papiers utilisés lors des transactions, sans pour autant qu'il y ait de modification quant à la nature juridique des opérations en cause qui demeure inchangée. Les supports traditionnels, reposant sur l'écrit, sont substitués par des supports nouveaux qui privilégient l'information sur la forme, de sorte que les questions relatives à la sécurité et à l'authentification des transactions s'en trouvent renforcées.

L'internationalisation inhérente aux échanges sur internet constitue aussi une caractéristique forte qui distingue le commerce électronique du commerce traditionnel. (étant observé qu'il existe aussi un commerce électronique " de proximité "), en ce sens qu'il ne s'agit pas seulement d'un commerce trans-frontières mais d'un commerce évoluant dans un espace sans frontières, ignorant des frontières si l'on préfère, là où nos droits restent conçus territorialement, c'est-à-dire dans des espaces délimités par des frontières

Mais avec le B to B, qui reste profondément marqué par le contexte des affaires et privilégie la liberté et les usages, il s'agit davantage d'un changement de vecteur que d'autre chose. Autrement dit, le contrat passé par le canal des réseaux et de l'internet reste substantiellement semblable à tout autre contrat analogue qui aurait emprunté un canal plus classique pour sa conclusion. Des particularités peuvent évidemment surgir lorsque le contrat peut être exécuté en ligne comme il en va quand son objet est de l'information. Mais la marque du contexte d'affaires demeure. Le régime de la liberté de la preuve est la règle. Les contrats échappent aux cadres rigides du consumérisme et sont négociés en fonction des situations d'espèce.

Dans le B to C, il n'y a pas non plus de résolution. Un contrat de vente via internet demeure un contrat de vente. Mais, dans la mesure où l'opération est ouverte sur le grand public et où il n'est donc pas possible de s'appuyer sur les règles non écrites d'un milieu relativement clos, les relations contractuelles nécessitent d'être encadrées par des dispositions spécifiques qui garantissent la protection du consommateur dans les mêmes conditions que si elles avaient été conclues par des voies classiques.

Bien que moins dangereux pour le consommateur que beaucoup de méthodes de vente traditionnelles, puisque celui-ci ne fait pas l'objet d'une intrusion agressive à son domicile mais, au contraire, à l'initiative du moment de l'achat, le commerce électronique n'est cependant pas sans

risque. A cet égard, la distance est la meilleure manière d'éviter les abus de faiblesse parce qu'il est plus facile de dire non à distance qu'en face¹⁴. Le véritable danger vient de ce que le consommateur, qui choisit l'objet de la vente à travers un écran d'ordinateur, n'en a pas la maîtrise physique avant la livraison. Le contrat de vente est donc conclu avant qu'il ait pu réellement se faire une idée des qualités réelles de la chose, d'où il résulte parfois une déception de l'acheteur. D'autre part, l'acheteur paie avant la livraison, ce qui n'est pas sans risque lorsque l'entreprise de vente par correspondance est située à l'étranger ou n'est pas solvable.

L'internaute se trouve aussi parfois lié par un contrat dont l'ensemble des termes n'a pas été toujours porté à sa connaissance, ou rédigé dans une langue qu'il ne connaît pas, ou qu'il fasse référence à une législation qui lui est étrangère. La facilité avec laquelle le consommateur effectue ses achats sur internet peut parfois aussi dénaturer son consentement ou même le transformer en simple réflexe.

Le commerce électronique a d'ailleurs fait l'objet le 4 décembre 1997 d'un avis du conseil national de la consommation¹⁵.

Il n'existe pas de véritable droit de la consommation des nouvelles technologies de l'information et de la communication distinct et opposable au droit commun. L'ensemble des règles de protections du consommateur a vocation à s'appliquer dans le commerce électronique, même si, depuis peu, apparaissent des règles spécifiques aux contrats conclus à distance et qui s'appliquent plus particulièrement aux contrats conclus par le biais d'internet.

Depuis octobre 2000, la DGCCRF a mis en place un centre de surveillance du commerce électronique (CSCE), situé à Morlaix¹⁶. Celui-ci a déposé en mars 2004 son troisième rapport sur le respect des

¹⁴ Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats de commerce électronique, Communication, commerce électronique septembre 2004, Etudes n° 30

¹⁵ http://www.finances.gouv.fr/reglementation/avis/conseil_consommation/avisinfo.htm

¹⁶ Le Centre de Surveillance du Commerce Electronique a été créé fin 2000 à l'initiative du gouvernement Jospin et s'est implanté à Morlaix (ville dont Marylise Lebranchu, ex-Garde des Sceaux de Lionel Jospin après avoir été secrétaire d'Etat à la consommation et aux petites entreprises, a été le maire et dont elle est toujours conseiller municipal). Cette cellule délocalisée de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a pour vocation la surveillance du commerce électronique, mais aussi l'orientation et la gestion en ligne des demandes d'information et des réclamations émanant tant des consommateurs que des entreprises. Le CSCE travaille en collaboration avec un réseau de veille et de contrôle composés de 37 enquêteurs des directions départementales réparties sur le territoire français. Outre les produits et services traditionnels fortement présents sur le Web, comme le voyage, la vente de matériel informatique, les produits culturels ou l'alimentaire, le CSCE surveille également de près la banque en ligne, les loteries ou les casinos.

codes de la consommation et du commerce, par les sites de commerce électronique français¹⁷. En un an, le CSCE a reçu plus de 7.500 messages électroniques et a effectué 1.514 contrôles révélant 410 infractions présumées, contre 402 en 2002

Dans un marché marqué par une croissance à deux chiffres (+80 % par rapport à 2002), les agents du ministère des Finances ont constaté une baisse régulière du « *taux infractionnel* » (nombre d'infractions présumées rapporté au nombre de contrôles effectués) lié au commerce électronique. Quand celui-ci s'élevait en 2001 à 31,5 %, il n'est plus en 2003 que de 27 %. Et encore, au second semestre 2003, ce taux s'établit à 23 %.

Pour la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes), cette tendance devrait se confirmer en 2004, notamment grâce à l'entrée en vigueur de la loi sur la confiance dans l'économie numérique. Selon DGCCRF, « *le développement du commerce électronique se caractérise par l'arrivée en continu de nouveaux intervenants, qui ne sont pas toujours au fait de leurs obligations* ». La quasi-majorité des infractions se révèle en effet être des manquements aux textes qui réglementent les informations obligatoires sur les sites. Suivent ensuite les cas de non-respect des règles de publicité de prix (16,5%) et de publicité trompeuse (14,5%), d'ailleurs en augmentation.

Parmi les domaines les plus exposés, les secteurs de la distribution (taux infractionnel de 32,2%), de la vidéo-TV (44,2%), des concours-loterie (40%) et des biens et services culturels (38,3%). Ces sites touchent une cible à l'achat plus impulsif, et donc moins prudente en terme de réglementation d'achat. Si les sites financiers sont classés par le CSCE dans les secteurs en amélioration, le taux d'infraction reste de 35,5%. Les secteurs plus sages sont ceux de l'immobilier (18,4%), de la décoration et du bricolage (20,8%), des jeux et jouets (18,4%).

La DGCCRF s'est aussi employée à contrôler la sécurité du consommateur, en vérifiant la présence sur le Web d'articles non conformes à la législation. Ont ainsi été identifiées des sociétés qui procédaient à des envois massifs de publicités pour des dispositifs

¹⁷ <http://www.men.minefi.gouv.fr/webmen/informations/pdf/csce.pdf>

antiradar, des pointeurs laser interdits ou des articles de bain pour bébés non conformes à la réglementation en vigueur.

Parmi les nouveautés, on notera également l'apparition dans le rapport 2003, des « *liens promotionnels au clic par clic* » ou liens sponsorisés, l'idée étant ici de vérifier les concordances entre les mots achetés par les annonceurs et les contenus réels des sites.

Comme pour les années précédentes, la DGCCRF a privilégié une approche pédagogique pour permettre aux sites concernés de régulariser leur situation. Si l'envoi d'avertissements, sous forme de rappels de réglementation, a ainsi été privilégié pour les infractions les moins graves, 27 procès-verbaux ont cependant été transmis au parquet, contre seulement 18 en 2002.¹⁸

De son côté, le Forum des droits de l'Internet a constitué en son sein un « Observatoire de la cyber-consommation » qui recense les avis des consommateurs dont les principales critiques concernent les délais de livraison ou la non-conformité du bien livré¹⁹.

C'est dire que la question du droit de la consommation s'impose en matière de commerce électronique.

Mais avant d'aborder cette question et la définition du droit de la consommation, il convient au préalable de déterminer la loi applicable.

Chapitre préliminaire : La détermination de la loi applicable²⁰.

Ainsi qu'il a déjà été rappelé, l'une des caractéristiques du commerce électronique, c'est qu'il n'est pas ancré dans un territoire déterminé. La complexité de la question vient du fait qu'une ou plusieurs

¹⁸ Pour en savoir plus : <http://www.men.minefi.gouv.fr/> - <http://www.minefi.gouv.fr/cybercommerce/>

¹⁹ Les annonces de la Sine du 3 mai 2004 p 2.

²⁰ Voir à ce sujet J. Passat, le contrat électronique international : conflit de loi et de juridiction, Comm. Com. Elctr 2005, étude 17

des parties à la transaction – y compris des utilisateurs de l'Internet, des prestataires de services et fournisseurs de contenu, des acheteurs, des vendeurs, des entreprises, des systèmes technologiques et des serveurs informatiques – peuvent se situer dans différents pays. L'incertitude peut alors s'installer non seulement quant à savoir où les activités pertinentes ont lieu, mais aussi – parce que les activités elles-mêmes peuvent avoir des conséquences voulues et non voulues dans le monde entier – quant à savoir où situer le lieu du litige, comment déterminer le droit applicable et quel système juridictionnel peut être saisi du litige.

En ce sens, la première question à résoudre consiste à déterminer la loi applicable.

Section I Les règles générales

A Le principe

Les États membres de la Communauté économique européenne ont adopté la Convention de Rome du 19 juin 1980 afin d'instaurer des règles communes de désignation de la loi applicable aux obligations contractuelles²¹.

La Convention de Rome consacre le principe fondamental de la "loi d'autonomie" : les parties sont en principe libres de choisir la loi de fond qui régira leurs relations contractuelles, et ce même si la loi qu'elles désignent n'a aucun lien avec le contrat²², sous réserve d'une fraude à la loi²³, et de l'application par le juge saisi de ses lois de police ou d'ordre public. Ce choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.

A défaut de choix des parties sur la loi applicable à leur contrat, la Convention de Rome désigne la loi "du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits" (article 4 alinéa 1er).

²¹ http://europa.eu.int/eur-lex/fr/lif/dat/1980/fr_480A0934.html

²² la Convention de Rome reprend en réalité un principe général de droit international privé établi de puis longtemps : Cass Civ 5 décembre 1910, S 1911, p 129, note Lyon-Caen ; B. Ancel et Y. Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française DIP, 4ème ed., Dalloz 2001 n° 11

²³ pour un exemple de fraude cité par Julien Le Clainche (www.droit-ntic.com) : un créateur (auteur) belge contracte avec une entreprise française qui, soucieuse de pouvoir déformer l'oeuvre, insère au contrat une clause de renonciation au droit moral par l'auteur. Cette clause ne peut exister ni en droit français ni en droit belge. Dès lors, la société française peut être tentée de placer le contrat sous l'empire du droit américain qui ne fait que peu de cas du droit moral des auteurs. Il ne fait alors aucun doute que la manoeuvre frauduleuse serait condamnée par le juge belge en cas de litige.

L'article 4 alinéa 2 présume que "le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ».

Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou, si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet autre établissement".

Dans un contrat de vente par voie électronique, la prestation caractéristique sera toujours la livraison du bien par le vendeur. La loi applicable sera donc celle du pays de son domicile au moment de la conclusion du contrat.

Mais la présomption posée à l'article 4 n'est qu'une présomption simple qui peut être écartée « *lorsqu'il il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays* »²⁴, ces circonstances pouvant résulter de la langue de rédaction, de la référence à des droits correspondant à un ordre juridique déterminé, de la monnaie utilisée ou encore de l'indication d'un usage reconnu sur une place identifiée.

S'agissant des lois de forme, l'article 9-2 de la convention prévoit que le contrat est valable s'il répond aux conditions de forme qui le régit au fond ou de la loi de l'un des pays dans lequel il a été conclu.

B Loi applicable aux contrats conclus avec les consommateurs

Règles dérogatoires à la désignation de la loi de forme

L'article 9-5 de la convention de Rome dispose tout d'abord que le consommateur qui conclut un contrat à distance bénéficie, pour les règles de forme, de l'application de la loi du pays dans lequel il a sa résidence.

Règles dérogatoires à la désignation de la loi de fond

Conditions de la dérogation

²⁴ Article 5 de la convention

S'agissant des règles de fond, les articles 5.2 et 5.3 introduisent une dérogation aux principes édictés aux articles 3 et 4, si le contrat a été souscrit dans l'une des circonstances suivantes :

- 1°) la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat,

ou

- 2°) le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans ce pays.

ou

- 3°) si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur s'est rendu de ce pays dans un pays étranger et y a passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente.

Appliqué au commerce électronique, ce texte conduit d'abord à s'interroger sur les circonstances qui peuvent caractériser, sur internet, une proposition ou une publicité au sens de la convention visée au 1°) . L'article 5.2 ne vise en effet que le consommateur qui, alors qu'il n'a rien demandé, a fait l'objet d'une sollicitation. Celui qui, au contraire, a lui-même initié le processus commercial en allant chercher le professionnel à l'étranger ne peut opposer le droit de la consommation de son propre pays²⁵. Or, sur l'Internet, il est très délicat de déterminer dans quelle mesure la conclusion du contrat en ligne a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par voie électronique.

Le fait est qu'une proposition peut être spécialement faite via le net au moyen d'une page ou d'un site. C'est la technique du « pull ». Une publicité peut l'être aussi par la technique du push, c'est à dire la technique qui consiste à adresser une offre directement au consommateur par un courrier électronique.

Certains insistent sur le fait qu'en naviguant sur le Web, le consommateur se rend lui-même sur le site où s'opère la transaction et

²⁵ Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etudes n° 30

décide d'y conclure un contrat, ce qui constitue donc pour le consommateur une attitude active et pour le prestataire une attitude "passive" qui échappe à l'application de l'article 5.2 de la Convention de Rome. Ils limitent dès lors l'application des dispositions de l'article 5.2 aux offres non sollicitées envoyées par courriers électroniques (le prestataire adopte alors une attitude "active")²⁶.

D'autres considèrent au contraire que le simple fait de se rendre volontairement sur le site Web d'un fournisseur est insuffisant à caractériser une prestation "active" du consommateur et permettre au professionnel d'échapper à l'application de l'article 5.2. Au contraire, le site web d'un commerçant peut être considéré comme une publicité dirigée vers les consommateurs d'un certain pays et justifier ainsi l'application de la loi de ce pays.

A titre illustratif, un prestataire peut, avec l'aide d'une société de marketing spécialisée en la matière, faire en sorte qu'une bannière renvoyant directement à son site transactionnel apparaisse à l'écran d'un moteur de recherche lié à la société de marketing, chaque fois qu'un internaute introduit un mot clé évocateur des services offerts par le prestataire dans la fenêtre de soumission du moteur.

Il nous semble que cette technique, de plus en plus couramment utilisée, relève de l'attitude active du vendeur visée à l'article 5.2 de la Convention de Rome²⁷. En effet, l'internaute n'est initialement pas demandeur du service proposé et c'est par l'effet des mécanismes des liens mis en place par le vendeur qu'il se trouve invité à contracter.

Plus délicat encore est le point de trancher sur le fait de savoir si on peut considérer qu'en pianotant sur son clavier, le consommateur accomplit dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat. de quel sens investir ce geste ?

D'après le professeur Lagarde, *Peu importe où le contrat a été juridiquement conclu, du moment que c'est dans le pays de sa résidence habituelle que le consommateur a signé les papiers qui lui étaient présentés ou a envoyé sa commande au fournisseur*²⁸.

²⁶ Thibault VERBIEST, « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », (Février 2001) Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>>, 26

²⁷ dans ce sens T. VERBIEST, *loc. cit.*, note 25, également Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etudes n° 30 note 16

²⁸ P. Lagarde, le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980, Rev Crit DIP 1980, n° 288, spéc n° 38

En raisonnant par analogie, on pourrait tout à fait admettre que le cyber-consommateur peut être engagé selon la loi du pays dans lequel il a pianoté sa commande.

A cet égard, on signalera que la Cour de cassation a récemment jugé, s'agissant d'un consommateur qui, à la suite d'une offre publicitaire publiée dans un journal local français par une société allemande, avait acquis de celle-ci un ensemble de meubles de cuisine, que si les bons de commande avaient été signés en Allemagne, la prise de mesures de la cuisine en vue de l'établissement de plans et de devis, en réponse à l'offre spécialement faite, qui constituait le préalable indispensable au contrat, s'analysait comme une démarche exprimant la volonté du consommateur de donner suite à cette publicité, de sorte que le consommateur avait accompli en France un acte nécessaire à la conclusion du contrat²⁹.

Ce système est souvent critiqué par les opérateurs qui le trouvent ingérable (à l'inverse bien entendu des associations de défense des consommateurs). C'est pourquoi la Communauté européenne se tourne vers l'élaboration de règles communes à l'ensemble des Etats membres dans le but d'assurer aux consommateurs un niveau commun de protection³⁰.

Effet de la dérogation

²⁹ Cass civ 1ere 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-13960, à paraître au bulletin, Contrats, conc., consom. 2005, comm 196 note G. Raymond, *Les annonces de la Seine*, supplément au n° 43 du jeudi 29 juin 2006 p 2 obs Maximin de Fontmichel

³⁰ Sans parler du projet destiné à établir un standard mondial unique tel que résultant de la loi type sur le commerce électronique élaborée en 1996 par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ("Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation" CNUDCI (1996), consultable sur le site <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>.

La CNUDCI précise qu'elle a décidé "d'élaborer une législation type sur le commerce électronique du fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les communications et l'archivage de l'information est inadaptée ou dépassée, car elle n'envisage pas le recours au commerce électronique". La loi type vise à assurer le même traitement juridique aux contrats en ligne et hors ligne (en adoptant "une approche neutre quant à la technique d'information") en établissant des normes et des règles de validation des contrats conclus par voie électronique, en définissant les critères de validité d'un message et d'une signature informatisés et en servant de guide pour la reconnaissance juridique des messages informatisés (l'admissibilité des messages informatisés et ses éventuelles limites). Le Guide pour l'incorporation dans la loi interne de la loi type stipule que la loi type "n'a pas pour objet de prévaloir sur la législation nationale en matière de formation des contrats, mais plutôt de promouvoir le commerce international en réduisant les incertitudes juridiques quant à la conclusion de contrats par des moyens électroniques".

1°) En premier lieu, l'article 5.2 pose une importante dérogation au principe général de l'autonomie de la volonté : la liberté de choix ne peut pas avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle.

L'on rangera parmi les "lois impératives" les dispositions protectrices du Code de la Consommation³¹. (on précisera que cette exception au profit du consommateur ne s'applique pas au contrat de transport, sauf s'il s'agit d'un contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement au contrat de fournitures de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle)³².

2°/ A défaut de choix exercé conformément à l'article 3 de la Convention, c'est à dire expresse ou tacite mais résultant de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, le contrat est, selon l'article 5.3, régi par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que l'on ne pouvait pas appliquer la loi allemande à un contrat de courtage matrimonial signé par un consommateur démarché à son domicile en France, lieu où il avait signé le contrat, dès lors que le choix de cette loi n'était pas explicite³³.

C L'application des lois de police

Il faut enfin préciser que, quelle que soit la loi applicable en vertu de la convention, celle-ci réserve l'application des lois dites de police, c'est à dire, toute réglementation particulièrement nécessaire à la

³¹ dans ce sens, Cass. Civ. 1ere 23 mai 2006, pourvoi n° 03/15637, à paraître au bulletin, qui range dans les lois impératives les dispositions relatives au crédit à la consommation

³² On ajoutera que la protection du consommateur prévue à l'article 5.2 de la convention de Rome se trouve renforcée par l'article L135-1 du Code de la consommation, relative aux clauses abusives, qui prévoit que « *Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté.* » Ainsi le consommateur français peut invoquer le bénéfice des dispositions du code de la consommation sur la prohibition des clauses abusives même dans l'hypothèse où le contrat est soumis à une loi étrangère.

³³ Arrêt n° 11-2 Cass 1ere civ 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-16915, à paraître au bulletin, comm. Com. Electr 2005, comm 189 note C. Chabert *Les annonces de la Seine*, supplément au n° 43 du jeudi 29 juin 2006 p 2 obs Maximin de Fontmichel

sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique d'un pays³⁴.

Celles-ci sont définies par la convention comme étant les dispositions impératives qu'un Etat décide d'appliquer quelle que soit la loi régissant le contrat.

L'article 7 de la convention prévoit deux hypothèses où une loi de police peut être amenée à être appliquée, même si, en vertu de la convention, c'est la loi de l'autre Etat qui s'applique:

- premièrement, lorsque l'Etat dont il s'agit d'appliquer la loi de police présente un lien étroit avec la situation contractuelle. Cependant, l'application de la loi de police n'est pas en ce cas automatique. La Convention précise en effet que pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, le juge doit tenir compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.
- deuxièmement, lorsqu'il s'agit de lois de police de l'Etat du juge saisi du litige. En ce cas, l'application de la Convention ne peut porter atteinte à l'application des lois de police du pays du juge.

Il a pendant un temps été soutenu par une partie de la doctrine que l'article 5 posait un plafond de protection pour les contrats conclus par les consommateurs, de sorte que ceux-ci ne pouvaient revendiquer l'application des dispositions de l'article 7³⁵. Cette analyse a été rejetée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 23 mai 2006³⁶, a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui, saisie d'un litige opposant une banque à des consommateurs à qui elle avait consenti un prêt, avait refusé d'appliquer les dispositions de l'article L 311-37 du code de la consommation qui donne compétence exclusive pour connaître de tels litiges. En visant l'application combinée des articles 7.2 de la Convention de Rome et du code de la consommation, la Cour de cassation affirme au contraire que les dispositions françaises

³⁴ C. Chabert, note sous Cass. 1ere civ. 23 mai 2006, Contrats, Conc. Consom. 2006 comm. N° 43

³⁵ par. N. Houx, *La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980, pour une interprétation cohérente des dispositions applicables*, LPA 2001, n° 43 p 6

³⁶ Cass. Civ. 1ere 23 mai 2006, pourvoi n° 03/15637, Contrats, Conc. Consom. 2006 comm. n° 43 note C. Chabert,

protectrices du consommateur peuvent être qualifiées de loi impératives³⁷ et s'appliquer à des contrats transfrontaliers même si les conditions de l'article 5.2 de la convention sont réunies (en l'espèce les consommateurs avaient pris l'initiative de souscrire avec un étranger)

Le projet de réforme : La loi unique du consommateur

La Commission propose de simplifier ce système en imposant, dans un nouveau règlement dit « Rome I » la seule application de la loi de la résidence habituelle du consommateur (art. 5.1).³⁸

Art. 5-1 : Les contrats de consommation au sens et dans les conditions prévus au paragraphe suivant, sont régis par la loi de l'Etat membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle.

La Commission propose de choisir une seule loi pour l'ensemble du contrat, celle du consommateur, à la condition que le site de commerce électronique dirige ses activités vers l'Etat du consommateur³⁹ (projet d'article 5.2).

La portée pratique de cette nouvelle solution :

1. Le commerçant devra nécessairement prendre connaissance des lois nationales des consommateurs.
2. Les clauses relatives à la loi applicable deviendront très souvent sans effet. Une mise à jour des contrats pourrait s'imposer.
3. Une attention toute particulière devra être portée à la question de la résidence du consommateur dans les formulaires proposés sur les sites de vente à distance.
4. Il existe une protection pour le commerçant : en cas de mensonge du consommateur sur son lieu de résidence, le choix de la loi du consommateur ne s'impose plus. Le projet tient ainsi compte de

³⁷ ce qui ne veut pas dire pour autant que toutes les dispositions du Code de la consommation relèvent des lois de police.

³⁸ Rome I), 15 décembre 2005, COM(2005) 650 final 2005/0261, Comm., com. Electr 2006, comm. 27 note C. Chabert, D 2006, p 1597, RDC 2006/4 obs. Deumier, p 1253, D 2006, note M. Audit, Dr. et Patrimoine dec. 2006, Chron. M.E. Ancel,

³⁹ la notion « d'activité dirigée » se rapproche de la distinction faite par la Cour de cassation entre « site actif et site passif » dégagé à l'occasion de l'affaire dite Hugo Boss (Cass com 11 janvier 2005, D 2005 p 428 obs C. Manara, JCP ed G 2005 II, 10055 note C. Chabert, Comm. Com. Elmlectr 2005, comm 37 note Caron,), également 1ere civ 9 décembre 2003, D 2004 p 276 obs C. Manada, Comm. Com. Emectr. 2004, comm. 40 note C. Caron, JCP ed G 2004, II, 10055 note C. Chabert, qui invite le juge à rechercher, à partir d'un certain nombre d'indice la volonté de l'opérateur de démarcher la clientèle d'un territoire

l'ignorance de la résidence du consommateur non imputable au commerçant.

Section II la directive du 20 mai 1997 sur les ventes à distance

Dans le but de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant les contrats à distance entre consommateurs et fournisseurs, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne ont adopté le 20 mai 1997 une directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance .

Cette directive s'inscrit dans le mouvement de libre circulation des biens et des services et vise notamment les ventes transfrontières à distance. Elle tient compte de l'introduction des nouvelles technologies, sans pour autant se restreindre à leur seul domaine.

Elle prévoit une réglementation complète du contrat à distance, défini comme tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même.

Son champ d'application est celui des rapports entre professionnels et consommateurs, ceux-ci étant considérés comme toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.

a) Information préalable du consommateur

L'information du consommateur doit comporter, avant la conclusion de tout contrat à distance, les informations suivantes (article 4):

- identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse
- caractéristiques essentielles du bien ou du service
- prix du bien ou du services, toutes taxes comprise

- frais de livraison, le cas échéant,
- modalités de paiement, de livraison ou d'exécution,
- existence d'un droit de rétractation
- coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base,
- durée de validité de l'offre ou du prix
- le cas échéant, la durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

Ces informations devront être ensuite confirmées par écrit lors de l'exécution du contrat (art 5)

b) Démarchage à distance

L'article 10 précise qu'en cas de communication téléphonique, le fournisseur indique explicitement au début de toute conversation avec le consommateur son identité et le but commercial de l'appel. L'utilisation des automates d'appel et de la télécopie nécessite le consentement préalable du consommateur.

c) Droit de rétractation

L'article 6 introduit un droit de rétractation de sept jours ouvrables. Il n'est cependant pas applicable dans un certain nombre de cas, en particulier pour les contrats de fourniture d'enregistrement audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés par le consommateur et pour les contrats de fournitures de journaux, de périodiques ou de magazines.

d) Exécution de la commande

L'article 7 de la directive prévoit que le fournisseur doit exécuter la commande au plus tard dans un délai de trente jours suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur.

e) Entrée en vigueur

Les Etats membres étaient tenus de transposer cette directive dans leur ordre interne avant le 4 juin 2000 au plus tard. Ils peuvent, à cet égard adopter ou maintenir des dispositions nationales plus strictes pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur.

La directive a été transposée en France par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 qui a notamment modifié la section 2 du chapitre 1^{er}

du titre II du livre 1^{er} du code de la consommation (article L 121-16 et suivants) . Nous l'étudieront plus en détail ultérieurement.

Section III la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique

Contrairement à la directive de 1997, la directive du 8 juin 2000 a spécialement pour objet l'internet.⁴⁰ Elle a en particulier pour objectif de faire lever par les législateurs nationaux les obstacles de nature juridiques à l'utilisation des contrats conclus par voie électronique. Elle ne concerne cependant pas exclusivement le commerce électronique, mais aussi l'accès aux réseaux et les questions liées à la responsabilité des fournisseurs d'accès et des hébergeurs. Elle n'est pas limitée non plus aux seules relations entre professionnels et consommateurs.

Ses deux objectifs principaux sont :

- l'harmonisation des législations
- assurer la libre circulation au sein de l'union

A l'harmonisation des législations :

La " mécanique européenne " de la directive du 8 juin 2000 harmonise les points qui sont déterminants pour le développement d'un commerce électronique sécurisé sur l'ensemble de l'Union européenne tels que les informations à fournir à l'attention des consommateurs ou les modes de conclusion des contrats par voie électronique.

L'harmonisation de ces différents " points clés " permet de considérer que les législations des différents Etats membres dans ce domaine seront désormais globalement équivalentes, même si elles ne sont pas identiques dans le détail. Une entreprise opérant à partir d'un Etat membre respectera les exigences des autres Etats membres, et n'aura que peu d'obligations complémentaires à satisfaire.

Les principales normes qu'elle pose sont les suivantes :

Article 6 : informations à fournir les communications commerciales doivent répondre au moins aux conditions suivantes :

⁴⁰ voir notamment à ce sujet « Directive sur le commerce électronique » Légipresse juin 2002 n° 172, IV p 51 commentaire L. Bochurberg

- la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle, la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable

- lorsqu'elles sont autorisées, les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes et les cadeaux, doivent être clairement identifiables comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière précise et non équivoque,

- lorsqu'ils sont autorisés, les concours ou jeux promotionnels doivent être clairement identifiables comme tels et leurs conditions de participation doivent être aisément accessibles et présentés de manière précise et non équivoque

Article 7 communications commerciales non sollicitées

Elles doivent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire.

Leurs expéditeurs doivent consulter régulièrement les registres « opt-out » dans lesquels les personnes physiques qui ne souhaitent pas recevoir de communication commerciale non sollicitée peuvent s'inscrire, et doivent respecter le souhait de celles-ci .

Article 9 : traitement des contrats par voie électronique

Les Etat membres doivent veiller à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique, notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique

exceptions : contrat portant sur des ventes d'immeubles, ceux pour lesquels la loi requiert l'intervention d'une autorité publique, les sûretés et garanties consenties par des consommateurs

Article 10 : information à fournir dans les contrats conclu avec les consommateurs

Le prestataire de service doit fournir, de façon claire, compréhensible et non équivoque, avant que le consommateur ne passe sa commande :

- les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire et s'il est accessible ou non,
- les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée,
- les langues proposées pour la conclusion du contrat.

Le prestataire doit aussi indiquer les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique.

Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.

Article 11 : passation d'une commande.

Dans les cas où un destinataire passe sa commande par des moyens électronique :

- le prestataire doit accuser réception électroniquement de la commande sans délai injustifiée,
- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

B la libre circulation

En son article 49 (ex article 59), le traité instituant la Communauté européenne prévoit que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

La directive sur le commerce électronique a décliné cette disposition pour la fourniture à distance de biens ou de services, par voie électronique, par des personnes physiques ou morales agissant à titre professionnel.

Cette libre circulation procède de deux principes :

- la libre circulation des services

- un contrôle à la source des activités via la responsabilité des Etats membres à l'égard des prestataires établis sur leur territoire.

1) La liberté de circulation

Ainsi, dès que la directive aura été transposée dans chacun des quinze Etats membres, un prestataire établi en France pourra librement exercer ses activités dans ces quinze Etats ; il devra simplement pour ce faire respecter la loi française. Inversement, tout prestataire établi dans un Etat membre autre que la France pourra librement exercer ses activités en France; il devra respecter la loi de l'Etat membre dans lequel il est établi.

Par dérogation à ce principe, le prestataire établi hors de France et qui souhaite exercer ses activités sur le territoire français devra cependant respecter certaines réglementations énumérées par la directive sur le commerce électronique en raison de leur caractère spécifique ou de la faible harmonisation entre les législations des Etats membres en ces domaines. Il s'agit de dispositions relatives aux assurances vie et non-vie, à la publicité pour les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, au droit des ententes, à la publicité non sollicitée envoyée par courrier électronique, aux droits régis par le code de la propriété intellectuelle et à la fiscalité.

2) Le contrôle à la source

La directive impose à « *chaque Etat membre de veiller à ce que les services de l'information fourni par un prestataire **établi** sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre* ».

Elle retient donc comme critère d'application de la loi nationale celui du lieu d'établissement.

A cet effet, elle précise que « *la présence et l'utilisation des moyens techniques et des technologies pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire* ». L'implantation de moyens techniques ne suffit donc pas à caractériser l'établissement.

Mais celui-ci sera établi par le lieu où s'exerce d'une manière effective son activité économique au moyen d'une installation stable pour

une durée indéterminée.⁴¹

Section IV La loi sur l'économie numérique

Cette directive, qui doit être transposée par les Etats membres avant le 17 janvier 2002, ne l'a été par la France que le 22 juin 2004, date de promulgation de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique .

Ce texte transpose dans le droit national les dispositions d'harmonisation énoncées aux articles 6 à 11 de la directive. Il s'agit notamment :

- de la transparence de l'information à destination du consommateur, qui doit être bien renseigné sur l'identité et les coordonnées de son cocontractant
- des conditions que doivent remplir les contrats sous forme électronique;
- de la protection du consommateur;
- des règles encadrant le fonctionnement de la publicité en ligne .

Elle reprend aussi les règles énoncées par la directive au sein de la clause dite de « marché intérieur ».

Définition

Le commerce électronique y est défini comme étant « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* » à laquelle sont assimilés « *les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des 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* ».

Cette définition, très large, repose sur la réunion de trois éléments :

⁴¹ cf « Directive sur le commerce électronique » Légipresse juin 2002 n° 172, IV p 51 commentaire L. Bochurberg.

- l'exercice d'une activité économique, ce qui exclut les activités purement désintéressées, par exemple un site personnel qui fournit de l'information gratuite,
- la fourniture de bien et de service (en réalité, il faut lire, en dépit d'une maladresse de rédaction « ou »), ce qui recouvre l'ensemble des contrats spéciaux
- l'utilisation d'une technique de communication électronique à distance, ce qui implique l'utilisation de l'outil électronique et des réseaux de télécommunication: l'Internet, les réseaux télématiques (Minitel), les liaisons spécialisées, le câble ou le téléphone interactif. Cette technique peut être utilisée soit pour la conclusion du contrat, soit pour son exécution. Sont ainsi aussi visés les propositions de vente de marchandises dont la livraison passe par les procédés traditionnels que les ventes de biens fournis directement par voie électronique tels que des logiciels téléchargeables ou encore l'accès à des services en ligne comme des bases de données d'informations

Ne sont pas, en revanche, exigés :

- que l'activité soit pratiquée par un professionnel puisque le texte vise toute personne physique ou morale, sans autre précision. Par conséquent, toute personne exerçant une activité économique par voie électronique, même à titre non professionnel, réalise une opération de commerce électronique
- que l'activité ait un caractère onéreux. Les services gratuits sont donc aussi visés, tels notamment les moteurs de recherche⁴², ni résultant d'un contrat, la phase pré-contractuelle étant aussi visée par le texte⁴³
- que l'activité soit destinée à la conclusion d'un contrat puisque l'utilisation du verbe *proposer* permettant de désigner aussi bien l'offre de contracter, la publicité et même le simple fait de maintenir une présence électronique sur le réseau⁴⁴

⁴² Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etudes n° 30

⁴³ J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178

⁴⁴ Olivier Cachard, Définition du commerce électronique et loi applicable, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etudes n° 31

Le libre exercice

La loi rappelle aussi le principe de libre exercice de l'activité en France par toute personne établie par un Etat membre de l'Union européenne .

La loi cependant reconnaît des limites à l'exercice de la liberté du commerce électronique qui sont de deux sortes : l'exclusion de certains domaines du champ du commerce électronique, d'une part, qui s'impose à tous les prestataires qu'ils soient ou non établis sur le territoire national et, pour les prestataires établis dans un autre Etat membre de la Communauté européenne, l'obligation de respecter certaines législations françaises, d'autre part.

Sont ainsi exclus de la liberté du commerce en ligne, quel que soit le pays de provenance du vendeur, trois types d'activités énumérées à l'article 16. Il s'agit:

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

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

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

En outre, lorsqu'elle est exercée par des personnes établies dans un Etat membre de la Communauté européenne autre que la France, l'activité définie à l'article 14 est soumise au respect :

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

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

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

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

5° Des dispositions du code général des impôts ; »

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

Enfin, une clause de sauvegarde permet aux autorités françaises de prendre des mesures exceptionnelles pour restreindre le principe de libre circulation dans les dispositions précédentes, lorsqu'il serait porté atteinte ou qu'il existerait un risque sérieux et grave d'atteinte au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs. Ainsi que le prévoit la directive européenne, de telles mesures devront être proportionnelles aux objectifs visés devront en outre être soigneusement contrôlées par la Commission européenne grâce à un système de notification.

La désignation de la loi applicable

La loi désigne en parallèle la loi applicable à la fourniture en ligne du bien ou de service depuis ou vers un autre Etat membre de l'Union européenne. Conformément aux principes édictés par la directive, l'article 17 rappelle que chaque opérateur est soumis à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel il est établi.

A cette fin, la loi précise la notion d'établissement. Il édicte ainsi que la loi française s'applique à toute personne *"installée en France de manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social"*.

Suivant en cela la directive, la loi retient une conception économique de l'établissement et non une définition juridique qui aurait retenu le lieu du siège social . Le prestataire ne peut donc se retrancher derrière son siège social pour échapper à l'application de la loi française.

L'Etat du serveur ou l'Etat d'enregistrement du nom de domaine ne peuvent non plus, à eux seuls, en l'absence d'autres éléments, caractériser le lieu d'établissement⁴⁵

N'est pas non plus retenu le critère pouvant être tiré "public cible", c'est à dire le public ou les publics visés par l'éditeur du site .

En matière contractuelle, est par ailleurs préservé le principe général du droit international privé de liberté des parties quant au choix du droit applicable à leur contrat. La loi prévoit en effet que les parties peuvent, par dérogation, librement convenir de la loi applicable.(a défaut de choix, c'est, conformément à l'article 4.1 de la Convention de Rome la loi du pays ayant les liens les plus étroits avec le contrat, celui-ci étant présumé être celui dans lequel est établi le débiteur de la prestation caractéristique)

Cependant, cette dérogation contractuelle est limitée puisqu'elle ne peut avoir pour effet :

1° De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. (La directive sur le commerce électronique était muette sur ce point . La référence aux engagements internationaux fait bien évidemment penser aux dispositions de l'article 5.1 de la Convention de Rome, sans préciser toutefois si cette dérogation s'applique à toutes les situations dans lesquelles est impliqué un consommateur ou seulement celles dans lesquelles celui-ci a, selon les limites fixées à l'article 5.1, été sollicité dans son pays d'origine.)⁴⁶

Au sens de ce texte, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;

⁴⁵ Olivier Cachard, Définition du commerce électronique et loi applicable, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etudes n° 31

⁴⁶ en faveur de l'application de la limite posée par l'article 5.1 de la convention de Rome : Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30 . opinion à laquelle adhère J. Huet qui souligne pour sa part que la loi applicable au contrat est déterminée par la convention de la Haye de 1955 relative à la vente internationale de biens mobiliers et la convention de Rome de 1980 concernant la loi applicable aux obligations contractuelles (J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178)

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

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

Section V En dehors de l'espace européen

La Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur les ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, retient aussi le principe de la liberté contractuelle⁴⁷.

Son article 2 dispose que « *La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. La limite est alors la fraude à la loi.* »

A défaut de choix exprès d'une législation par les parties, la convention dispose que le juge devra tenir compte d'un élément de rattachement unique, le lieu de la résidence habituelle du vendeur, ou son lieu d'établissement, quand la commande a été reçue par un établissement du vendeur. Cependant, l'alinéa second de l'article 3 de la convention dispose que la loi de l'acheteur sera applicable si la commande est reçue par le vendeur ou son représentant dans le pays de résidence habituelle de l'acheteur, ou de son établissement lorsque l'établissement de l'acheteur a passé commande.

Appliqué à l'Internet, la question se pose de savoir si la commande est reçue dans l'établissement du vendeur où elle est adressée ou s'il faut considérer qu'elle est reçue dans l'établissement de l'acheteur d'où elle est exprimée ? Une interprétation téléologique permet de penser que la première interprétation est préférable, car elle favorise la sécurité juridique des relations commerciales sur l'Internet.

⁴⁷ je n'aborderai pas la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandise qui porte sur le fond du droit et non sur la détermination de la loi applicable.

La convention réserve elle aussi, à son article 5, le jeu des lois de police, ce qui aboutit aussi à faire appliquer les lois locales de protection des consommateurs.

Cela revient à dire qu'un cyber-commerçant peut, dans ce cas, très difficilement savoir à quelles exigences législatives il va se trouver confronter, sauf à restreindre le champ territorial de son offre.

Section VI la compétence judiciaire

Aborder la question du contentieux dans le contexte de l'internet revient à se poser la question de savoir quel est le juge compétent.

La résolution de ce problème ne pose pas de difficulté lorsque l'on raisonne sur un terrain purement national ; le juge sera nécessairement français; il sera, par application des dispositions des articles 42 et 46 du nouveau code de procédure civile, celui du domicile du défendeur, ou du lieu de conclusion du contrat, du lieu d'exécution, voire du lieu de livraison.

A Le principe

Le dispositif prévu par la convention de Bruxelles et les directives de 1997 et 2000 est complété par le règlement communautaire du 22 décembre 2000, entré en vigueur le 1er mars 2002, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions civiles et commerciales⁴⁸ qui remplace l'ancienne Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁴⁹.

La convention de Bruxelles prévoyait, très classiquement, que le tribunal territorialement compétent devait être celui du défendeur. Cette règle était néanmoins tempérée, en matière contractuelle, par la possibilité de saisir le tribunal du lieu où l'obligation servant de base à la demande a été ou doit être exécuté.

Le règlement du 22 décembre 2000 reprend globalement ces dispositions .

⁴⁸ Règlement CE n° 44-2001, D 2001. Leg. 440

⁴⁹ celle-ci demeure néanmoins applicable au Danemark et aux membres de l'AELE : M.L Niboyet, *La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000*, GP 12 juin 2001 p 10

Aux termes de son article 2 , le critère de compétence générale est déterminé par le territoire du domicile du défendeur : les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État.

En matière contractuelle, l'article 5 alinéa 1 donne compétence "*au tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à l'action a été ou doit être exécutée*".

Le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse peut s'avérer difficile à déterminer lorsque l'exécution a lieu en ligne, par exemple en cas de téléchargement d'un logiciel. S'agira-t-il du lieu où est situé, au moment de l'exécution, le serveur du vendeur ou de son hébergeur depuis lequel le téléchargement est opéré, ou s'agira-t-il du lieu où est situé l'ordinateur (voire le téléphone portable !) de l'acheteur ?

Le Règlement communautaire distingue à cet égard la vente de marchandises de la fourniture de services.

Lorsqu'il s'agit d'une vente de marchandises, le lieu d'exécution sera celui où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées.

En ce qui concerne la fourniture de services, ce lieu sera celui où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis.

Dès lors, dans l'hypothèse d'une exécution en ligne, sera compétent le juge du lieu où ont été reçues les données téléchargées et non le juge du lieu depuis lequel elles ont été envoyées.

B Les clauses de prorogation de compétence en ligne

Les parties peuvent déroger à ces principes en convenant d'une clause attributive de compétence (sous réserve de la protection spéciale instituée au profit des consommateurs, comme exposé infra)⁵⁰.

Des conditions de forme sont toutefois requises. Ainsi, la convention attributive de juridiction, pour être valable, doit notamment être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite. Le Règlement précise à cet égard que "*toute transmission par voie*

⁵⁰ La Cour de cassation admet elle aussi la prorogation internationale de compétence (Cass Civ 1ere 17 décembre 1985, rev crit DIP 1986, n° 537).

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

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

C Tribunaux compétents et contrats conclus avec les consommateurs

L'article 15 du nouveau règlement prévoit que " ...l'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'Etat membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant du tribunal du lieu où le consommateur est domicilié... ".

Ceci signifie que le consommateur a le choix d'agir contre son cocontractant soit devant le tribunal de l'Etat membre sur le territoire où celui-ci est domicilié, soit devant le tribunal du lieu de leur domicile et ce, dans trois hypothèses énumérées par l'article 15:

- lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels,
- lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liée au financement d'une vente de tels objets ;
- lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales et professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur à son domicile, ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre, ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

Donc, sans préjudice du droit pour les parties d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi de la demande originaire, l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie (le vendeur via un site Web, par exemple) ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, tandis que l'action intentée par le consommateur contre l'autre partie peut être portée, à sa discrétion, soit

devant les tribunaux de son domicile soit devant ceux du domicile de l'autre partie.

Le Règlement communautaire substitue au critère du démarchage préalable par le fournisseur, retenu antérieurement par la Convention de Bruxelles, celui "d'activités dirigées" vers l'État membre du consommateur ou "vers plusieurs pays dont cet État membre". Ainsi, lorsqu'un consommateur de l'Union européenne achètera un CD sur un site étranger, il pourra toujours saisir ses tribunaux nationaux (même si les conditions générales du site prévoient la compétence exclusive des tribunaux du domicile du cyber-vendeur) dès lors que le site "dirige" ses activités vers le pays de l'acheteur (ou plusieurs pays dont le sien).

Une déclaration du Conseil précise à cet égard : *"que le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent⁵¹."*

Le Parlement européen avait, quant à lui, adopté le 21 septembre 2000 une résolution plus tranchée : *"la commercialisation de biens ou de services par un moyen électronique accessible dans un État membre constitue une activité dirigée vers cet État lorsque le site commercial en ligne est un site actif en ce sens que l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de façon substantielle, vers cet autre État.."*

D En dehors de l'espace européen

Sur un plan international, il faut faire référence aux articles 13 et suivants de la convention de Lugano du 16 septembre 1988 applicable aux relations entre les pays membres de l'union européenne et ceux de l'AELE (c'est à dire l'Islande, la Norvège et la Suisse).

L'action du consommateur relatifs à un contrat à tempérament ou ayant pour objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporel, peut être portée, comme il l'entend, devant les tribunaux de

⁵¹ Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission concernant les articles 15 et 73 du Règlement (CE) n° 44/2001, <http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/civil/justciv_fr.pdf>. Voir sur cette déclaration Roland LOUSKY, « Compétence judiciaire pour l'e-commerce : le nouveau Règlement européen est adopté et publié » (19 janvier 2001) *Droit et Nouvelles Technologies*, <<http://www.droit-technologie.org>> et T. VERBIEST, *loc.cit.*, note 25, 3.

l'Etat sur le territoire duquel est domicilié son contractant ou devant les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel il est lui-même domicilié.

En revanche, le professionnel ne peut normalement assigner le consommateur que devant son juge.

Les parties peuvent cependant déroger conventionnellement par un accord postérieur au différend.

Pour les contrats conclu entre professionnels, la liberté est la règle, les parties pouvant librement choisir le juge compétent⁵².

Pour les autres pays, la compétence est, s'il en existe, définie par une convention bilatérale, soit, à défaut, par extrapolation des dispositions de l'article 46 du nouveau code de procédure civile selon lesquelles le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.

⁵² (Cass civ 1ere 17 décembre 1985, Rev Crit DIP 1986, n° 537 note Gaudemet-Tallon, D 1986, IR p 265 obs Audit, également l'article 17 de la convention du 16 septembre 1988 de Lugano.

CHAPITRE I

LA PRESENTATION COMMERCIALE

La relation entre le cyber-marchand et le consommateur se fait à travers une page d'accueil qui est tout à la fois un panneau publicitaire, une vitrine et même parfois une offre de contrat . L'accès à celle-ci peut se faire de divers moyens, directement, ou par l'intermédiaire d'un portail, d'un moteur de recherche ou d'une galerie marchande virtuelle.

Pour la jurisprudence, il semble clair qu'un site internet peut constituer un support publicitaire⁵³.

Un site internet est susceptible de constituer un support publicitaire : il permet la communication au public de textes et d'images, destinée éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion de contrats avec les consommateurs potentiels. Le fait que le site ne puisse être consulté qu'après abonnement, et au choix du site par l'utilisateur d'internet, ne change en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites. La situation est exactement identique à celle de l'acheteur d'un journal contenant des publicités, ou à toute personne recevant des annonces à diffusion restreinte, soit par le mode de diffusion, soit par la limitation de l'accès au lieu de diffusion. La démarche volontaire de celui qui va consulter volontairement un message publicitaire accessible au public d'une manière ou d'une autre ne fait pas disparaître le caractère publicitaire de l'information qui lui est délivrée.

Le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message publicitaire, quelle qu'en soit la forme. Un message publicitaire est une communication

53 . CA Rennes, 1ere ch B, 31 mars 2000 crédit mutuel de Bretagne / fédération logement, consommation et environnement d'Ille et Vilaine, BICC 1er février 2001, n° 149 p 46. Legipresse juin 2000, III p 97 note A Hazan, D 2000, AJ p 358, obs Manara. Egalement TI Saint Malo 18 décembre 2001, D 2002 jur sommaires commentés p 2933 obs Jérôme Franck

qui, outre la présentation informative d'un produit, vise à provoquer à sa consommation.

La SA coopérative " Compagnie Financière du Crédit Mutuel de Bretagne " ne peut donc sérieusement contester que le site internet qu'elle a créé constitue un support publicitaire, puisqu'il vise tant par son existence même que par son contenu à favoriser son action commerciale. Elle ne peut pas plus sérieusement contester que la présentation qu'elle fait sous un jour attirant de contrats de crédit qu'elle offre à la souscription ne constitue pas une publicité.

D'ailleurs, la directive " Commerce Electronique " du 8 juin 2000 énonce dans son article 2 que constitue une communication commerciale " toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée ».

Peuvent constituer aussi des vecteurs de publicité le courrier électronique et les moteurs de recherche lorsque ceux-ci font la promotion des biens ou des services en échange d'une rémunération fournie par le site positionné

Internet semble d'ailleurs devenir un vecteur important de la publicité. investissements publicitaires. Selon une étude réalisée par Benchmark Group, les annonceurs ont augmenté de 35% en 2007 leurs investissements publicitaires sur le net. Le poids des dépenses publicitaires sur le net atteint 9% des dépenses totales en 2007, contre 7% l'année précédente.

France : Investissements publicitaires par média (en millions d'euros)				
Médias	Recettes	Evolution annuelle	Part de marché	Evolution annuelle
2006				
Presse	7.032,3	+ 9,5%	33,15 %	- 0,35 point
Télévision	6.327,4	+ 9,1 %	29,83 %	- 0,37 point
Radio	3.345	+ 6,6 %	15,77 %	- 0,63 point
Publicité extérieure	2.601,9	+ 4,9 %	12,27 %	- 0,63 point
Internet *	1.688,1	+48,2 %	7,96 %	+ 1,43 point
Cinéma	202,7	+ 13,6 %	0,96 %	stable
Médias tactiques **	12,6	+ 21,6%	0,06 %	stable
Tota I* **	21.210,9	+10,7 %	100,0 %	-
2005				

Presse	6.414	+ 2,8 %	33,5 %	- 0,0 point
Télévision	5.789	+ 1,3 %	30,2 %	- 1,4 point
Radio	3.140	+ 6,9 %	16,4 %	+ 0,2 point
Publicité extérieure	2.479	+ 3,6 %	12,9 %	- 0,3 point
Internet	1.134	+ 73,9 %	5,9 %	+ 2,3 points
Cinéma	179	+ 33,8 %	0,9 %	+ 0,2 point
Médias tactiques	15	+ 63,4 %	0,07 %	stable
Total	19.150	+ 5,9 %	100,0 %	-
2004				
Presse	6.210	+ 8,4 %	34,0 %	- 1,2 %
Télévision	5.720	+ 6,4 %	31,2 %	- 3,7 %
Radio	2.940	+ 9,9 %	15,9 %	- 1,2 %
Publicité extérieure	2.410	+ 10,6 %	13,8 %	+ 4,5 %
Internet	840	+ 78,1 %	4,6 %	+ 64,3 %
Cinéma	130	+ 2,6 %	0,7 %	- 3,6 %
Total	18.250	+ 10,2 %	100,0 %	-

Source : TNS Media Intelligence

Tous secteurs hors auto-promotion & abonnement, en millions d'euros

* Univers constant 2006 vs 2005 : hors régies Hi Média, Adlink, Boursorama, Doctissimo, Groupe Tests, Interdeco Digital, Groupe Marie Claire, Interpsycho, Voyages-Sncf.com

** Univers constant 2006 vs 2005 : hors Affigolf, Media Tables, Reseaudience

Les dix premiers annonceurs au premier semestre 2005 en France

Société	Investissements (en millions d'euros)	Evolution S1 2004 - S1 2005
Ebay	33,1	x 4,3
Switch Voyages	23,8	x 2,7
SNCF	21,5	x 1,4
Cofidis	13,7	x 5,9
Karavel	13,6	x 1,5
SFR	11,8	x 5,8
Expedia	10,9	x 2,5
France Télécom	10,0	x 1,6
Ilius / Meetic	6,4	nc
Microsoft	6,3	x 1,8

Source : TNS Media Intelligence / IAB France, septembre 2005

Les télécoms, dont le budget publicitaire a été multiplié par 2,4 en un an, représentent le premier secteur en termes d'investissement : 106 millions d'euros au premier semestre, pour 22,6 % de parts de voix. Ensuite viennent le tourisme (91 millions d'euros, + 76 %), qui est par ailleurs le secteur pour lequel la part de marché d'Internet est la plus importante (21,4 % des budgets pub), et les services (55 millions d'euros, + 37 %).

eBay est le premier annonceur sur la période avec un budget multiplié par 4,3 de 33,1 millions d'euros. Derrière eBay, figurent **Switch Voyages** (Partirpascher.com), qui a investi 23,8 millions d'euros en e-pub, et la **SNCF** (21,5 millions d'euros). **Meetic** entre dans le classement des dix premiers annonceurs online à la neuvième position, avec 6,4 millions d'euros d'investissements, devant **Microsoft** (6,3 millions d'euros).

Les dix premiers sites Internet supports au premier semestre 2005

Site	Investissements (en millions d'euros)	Part de marché
Yahoo	69,1	14,7 %
Wanadoo	64,9	13,8 %
MSN	51,6	11,0 %
AOL	44,2	9,4 %
Pages Jaunes	33,1	7,0 %
Lycos	30,8	6,6 %
Tiscali	26,5	5,6 %
Skyrock	25,9	5,5 %
Au Féminin	11,2	2,4 %
TF1	11,2	2,4 %

Les six premiers secteurs sur Internet en 2004

Rang	Secteur	Poids Internet	Poids média pluri-	Rang média pluri-
1	Voyages et tourisme	19,6 %	4,1 %	10
2	Informatique	13,9 %	1,9 %	14
3	Télécommunications	13,5 %	9,0 %	4
4	Equipements sportifs	9,1 %	0,5 %	25
5	Audiovisuel, photo et cinéma	7,1 %	0,8 %	20
6	Services	7,0 %	8,2 %	5
-	Six premiers secteurs	70,2 %	24,5 %	-

Source : TNS Media Intelligence, 2005

Investissements publicitaires des dix premiers annonceurs sur le Net en 2004, parmi les cent premiers annonceurs pluri-média (en millions d'euros)

Rang	Annonceur	Budget	Evolution 2004/2003	Part d'Internet	Rang plurimédia
1	eBay	55,2	+ 424,7 %	100,0 %	51
2	SNCF	106,9	+ 75,1 %	43,6 %	19
3	France Télécom	181,3	+ 49,4 %	11,0 %	7
4	SFR	198,0	+ 20,5 %	8,4 %	6
5	Renault	297,7	+ 5,4 %	5,5 %	1
6	Cofidis	43,2	+ 50,1 %	31,6 %	70
7	Bouygues Télécom	112,3	+ 15,3 %	9,1 %	18
8	Microsoft	39,8	+ 30,3 %	23,3 %	83
9	Neuf Télécom	87,9	+ 323,9 %	9,8 %	29
10	Hewlett Packard	44,3	- 29,1 %	18,4 %	65
-	Total top 10	1.166,5	+ 32,6 %	17,6 %	-

Source : TNS Media Intelligence, 2005

A ce titre, la publicité en ligne se doit de respecter la réglementation applicable en la matière, que celle-ci soit générale à tous les professionnels, ou spécifiques aux ventes à distance, destinée à assurer l'information loyale, sincère et véritable du consommateur.

La détention de l'information est en effet, un élément capital dans la prise de décision.

Dans le cadre contractuel, celui qui détient l'information dispose d'un pouvoir considérable sur son cocontractant.

Pour éviter que le professionnel n'abuse de l'information que lui confère sa compétence pour tirer des profits illégitimes, le droit de la consommation l'oblige à la partager avec son cocontractant. Lorsque la diffusion de l'information est spontanée de sa part, il s'assure de sa loyauté.

SECTION I la prohibition de la publicité clandestine

Le droit de la communication pose le principe de la transparence de la publicité. Les règles applicables à la presse, à la radio et à la télévision obligent en effet à distinguer clairement les messages à caractère publicitaire des informations non commerciales. Ainsi, le décret du 27 mars 1992, qui régit *“toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue de promouvoir la fourniture de biens ou de services”* (article 2), dispose que *“ la publicité clandestine est interdite ”*.

Par ailleurs, la loi de 1986 sur l'audiovisuel énonce dans son article 43 al.2 que *“ les messages publicitaires doivent être mentionnés comme tels ”*.

La loi sur l'économie numérique étend donc cette disposition aux communications publiques en ligne⁵⁴ et aux publicités par courrier électronique⁵⁵, tout transposant dans le droit français les dispositions de l'article 6a de la Directive “ Commerce Electronique ”, qui prévoit que *“ la communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle ”*.

L'article 20 de la loi prévoit ainsi que toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication publique en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée.

L'article 21 introduit dans le Code de la consommation un article L. 121-15-1 qui prévoit que les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi

⁵⁴ Art. 1 IV de la loi « On entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur. »

⁵⁵ art 1 IV « on entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère »

que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire ou, en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message

L'article L. 121-15-2 ajoute que les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles.

L'article L 121-15-3 précise que ces dispositions sont également applicables aux publicités, offres, concours ou jeux à destination des professionnels.

Leur violation est sanctionnée par les peines prévues en matière de publicité trompeuse (article L. 213-1 du code de la consommation : 2 ans d'emprisonnement et/ou 37.500 euros d'amende).

On objectera cependant que ce texte est muet sur les conditions techniques de mise en œuvre. Qui doit et comment doit-on considérer qu'une publicité est ou n'est pas clairement identifiable ? Du bandeau, de l'interstitiel ou du lien existe-t-il des solutions qui intrinsèquement répondraient à cette triple obligation et ne nécessiteraient pas que soit ajouté partout sur le Net "attention publicité" !

Se pose aussi la question de l'application de ces règles à la méthode dite du référencement⁵⁶. La méthode du référencement payant⁵⁷ consiste, pour un moteur de recherche ou un annuaire, à offrir, moyennant finance, au site référencé une position en tête des résultats d'une recherche sur certains mots-clés prédéfinis. La rémunération se calcule soit par nombre de clic (Pay-Per-Clic), dans le cas du positionnement par enchères, soit par CPM (coût par mille pages vues), dans le cas du positionnement par achat du lien.

Etats-Unis : E-commerçants et comparateurs de prix en tête des annonceurs SEM

⁵⁶ pour une étude plus approfondie sur ce sujet voir V. Sedaillan, à propos de la responsabilité des outils de recherche, Juriscom.net 19 février 2000, T. Verbiest et E. Wery, *la responsabilité des fournisseurs d'outil de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites recherchés*, Legipresse n° 181, mai 2001, p 49, A. Dimeglio, *Le droit du référencement dans l'internet* Th Montpellier I, 2002), C. Manara sous CA Paris 15 mai 2002, D 2003, AJ p 621, Varet, *Les risques juridiques en matière de liens hypertextes*, Legipresse n° 196, nov 2002, p 146

⁵⁷ Le référencement payant aurait atteint 4 milliards de dollars en 2004 outre atlantique et serait appelé à croître de 24 % par an jusqu'en 2008 {*Le Monde* du 24 mars 2005 p 20)

Top 10 des sites américains en affichage de liens sponsorisés (mars 2007)		
	Affichage de liens sponsorisés (en millions)	Part des affichages de liens sponsorisés
eBay.com	801,744	4,1 %
Smarter.com	365,766	1,9 %
Shopping.com	357,012	1,8 %
Bizrate.com	297,649	1,5 %
Amazon.com	284,238	1,4 %
Dealttime.com	283,574	1,4 %
Shopzilla.com	245,398	1,2 %
Target.com	202,482	1,0 %
Nextag.com	162,220	0,8 %
Shop.com	123,009	0,6 %
Total	19.762,951	100 %

Source : Comscore, juin 2007

Commentaire ▶ Le marché des liens sponsorisés aux Etats-Unis a frôlé les 20 milliards d'affichages au mois de mars sur les plus grands moteurs de recherche, selon ComScore qSearch. Le top 10 des annonceurs dans le domaine du lien sponsorisé, qui pèse pour près de 16 % du marché, s'avère partagé entre les sites marchands et les comparateurs de prix. Sans surprise, eBay domine largement le classement, avec plus de 4 % de parts de marché des affichages de liens sponsorisés.

Google et Yahoo s'arrogent 73,8 % du marché du search marketing



Commentaire ▶ La part des revenus du [SEM](#) nets des coûts d'acquisition de trafic (TAC) de Google est passée de 46,9 % en 2005 à 58,7 % tandis que celle de Yahoo a reculé de 19 % à 15 %, selon eMarketer. Pour l'institut d'étude, ce sont plus de 90 % du marché du lien sponsorisé que vont se partager Google et Yahoo en 2007. D'après lui, Google devrait voir sa part encore grimper et atteindre 75,6 %. Celle de Yahoo est attendue un peu au-delà des 16 %.

Etats-Unis : Evolution du prix moyen des mots-clés	
Période	Prix en dollars
T4 2006	1,51
T3 2006	1,48
T2 2006	1,27
T1 2006	1,39
T4 2005	1,39

Source : Fathom Online, janvier 2007

Par exemple, sur le site Goggle ces annonces apparaissent sur un fond légèrement coloré sous le titre “liens commerciaux”, bien que le premier bandeau de publicité ait tendance à se confondre avec les résultats de la recherche, étant disposé de la même façon, et la formule [lien commercial] étant peu visible à l’extrémité droite.

Il s’agit là du résultat des deux procédés de publicité vendus par la société GOOGLE FRANCE sur son site ; le premier intitulé “Premium Sponsorship” est ainsi défini :

“Votre message publicitaire apparaît en haut des pages de résultats de recherche Google, lorsque des mots clés ou expressions achetée(s) figurent dans les termes de recherche des utilisateurs Google”

Le second qui s’appelle “Adwords”, est ainsi présenté : “choisissez les mots clés correspondant à votre activité Vos liens commerciaux ne s’afficheront que dans les résultats de recherche portant sur ces mots clés”. “Adwords” “vous permet de gérer votre compte personnel et avec la facturation au coût par clic (CPC), vous payez seulement quand quelqu’un clique sur votre publicité. Vous contrôlez vos coûts en établissant votre budget au quotidien au montant que vous êtes prêt à dépenser chaque jour”

GOOGLE FRANCE propose à l’annonceur d’utiliser son générateur de mots clés pour l’aider à choisir les mots les plus pertinents.

Les moteurs de recherche “ traditionnels ” affichent les résultats d’une requête selon un algorithme qui permet de classer les sites par ordre de pertinence. L’internaute présume, donc, que les sites se trouvant en tête de liste sont ceux qui correspondent mieux à sa demande et c’est pour cette raison qu’il n’ira, très probablement, pas consulter la deuxième page. Lors d’un positionnement payant, se pose, alors, la question suivante : dans la mesure où la liste retournée à l’internaute suite à sa requête semble objective, n’est-il pas induit en erreur s’il ignore que la présentation des résultats n’est pas seulement gouvernée par la pertinence, mais aussi dirigée par le prestataire de référencement ?

Il est très probable qu’une telle méthode soit assimilée à de la publicité⁵⁸. Par conséquent, les moteurs de recherche doivent indiquer de manière claire la nature commerciale des liens figurant dans la liste des résultats, afin que l’internaute puisse savoir si un site a payé pour y figurer ou si sa présence sur la liste est le résultat d’une recherche réelle et objective⁵⁹.

Section II Le publipostage électronique

⁵⁸ également de cette opinion J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l’électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178

⁵⁹ je n’évoquerai pas, dans ce cours, les problèmes de droit des marques et de la propriété intellectuelle que posent en outre les moteurs de recherche et le référencement – cf TGI Nanterre 13 octobre 2003, Viaticume c/ Google France, D 2003, Jur, Act. P 2885 obs Cédric Manara, Sabine Lipoveski et Fabrice Perbost, *Référencement de sites et droit des marques : analyse comparée Etats Unis/France*, Communication, commerce électronique octobre 2003, chron p 20

Grace à son coût réduit et sa facilité d'utilisation, le courrier électronique offre de bien plus grandes possibilités de démarchage de clientèle par publipostages que les méthodes classiques recourant au courrier postal ou à la télécopie.

Le « spam » ou « spamming »⁶⁰ (également appelé pollupostage, terme approuvé par la commission de terminologie) est défini dans par la C.N.I.L.^(61.) comme *"l'envoi massif – et parfois répété – de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à caractère commercial, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique dans les espaces publics de l'Internet : forums de discussion, listes de diffusion, annuaires, sites Web, etc."*⁶²

Il peut être considéré comme constituant une dérive du marketing en ligne qui permet aux entreprises de " toucher " rapidement, directement et massivement les internautes par le biais de leur boîte aux lettres électronique, et de réduire ainsi considérablement l'ensemble des frais qu'il leur faut engager et ce, d'autant plus que c'est en réalité le destinataire qui paie le coût des communications.

Outre son aspect déplaisant pour les consommateurs dont les boîtes aux lettres sont submergées par de tels messages non sollicités, la pratique du spam a aussi pour conséquence de causer des préjudices économiques importants.

Ainsi, selon une étude réalisée par Radicati Group, le spam représenterait une perte pour les entreprises dans le monde de 20,5 milliards de dollars en 2003. En 2007, cette somme devrait atteindre 198,3 milliards de dollars.

Monde : estimation du volume des spams (Estimation de la part des spams dans le volume total d'e-mails envoyés selon la société Postini et FrontBridge)		
Période	Postini	FrontBridge

⁶⁰ à lire notamment Le spamming dans le collimateur de la justice par G Hasas et O. de Tissot, Les annonces de la Seine du 8 avril 2002, n° 23. Vincent Varet, « le cadre juridique du spam : état des lieux, Communication –commerce électronique septembre 2002 chron n° 21

⁶¹ Le Publipostage électronique et la protection des données personnelles », CNIL, Rapport présenté par Madame Cécile Alvergnat, adopté le 14 octobre 1999

⁶² le TGI de Paris se contente de le définir comme « l'envoi de messages non sollicités par les destinataires » TGI Paris, 15 janvier 2002, Mr PV c/ Liberty Surf et Free ; Dalloz, 2002, n° 19, note L. Marino, « La bonne conduite sur Internet : ne pas spammer », p. 1544, Juriscom.net, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=317>.

Octobre 2004	69 %	87 %
Septembre 2004	75 %	85 %
Août 2004	76 %	82 %
Juillet 2004	75 %	80 %
Juin 2004	76 %	78 %
Mai 2004	78 %	75 %
Avril 2004	78 %	76 %
Mars 2004	77 %	73 %
Février 2004	76 %	69 %
Janvier 2004	79 %	72 %

Source : Postini, FrontBridge Mis à jour le 23/11/2004

Etats-Unis : nombre de spams quotidiens en 2005 (Estimation en milliards, et poids par rapport aux autres messages e-mails)		
Types de messages mails	Nombre	Poids
Spam	12 milliards	38,7 %
e-mails de personnes à personnes	13 milliards	41,9 %
Alertes e-mails	6 milliards	19,4 %
Total	31 milliards	100 %

Source : IDC Mis à jour le 09/09/2004

Etats-Unis : minutes passées par jour à détruire le spam (En pourcentage des répondants, avril 2004)	
Nombre de minutes	Poids
< 2 mn	14 %
2 - 5 mn	25 %
6 - 10 mn	23 %
10 - 15 mn	16 %
15 mn et +	22 %

Source : Spamming Bureau Mis à jour le 09/09/2004

Le coût du spam pour les entreprises dans le monde (en dollars)				
Année	Coût par boîte au lettre	Perte mondiale	Nbre de spams/jour	Pourcentage de spams/jour
2003	49 dollars	20,5 milliards	6,9 milliards	24 %
2004	86 dollars	41,6 milliards	10,9 milliards	31 %
2005	134 dollars	74,6 milliards	17 milliards	39 %
2006	189 dollars	123 milliards	24,4 milliards	45 %
2007	257 dollars	198,3 milliards	33,4 milliards	49 %

Source : Radicati Group Mis à jour le 14/11/2003

Europe : évolution du marché des outils anti-spam (En millions d'euros)	
Année	Valeur du marché
2004	207 millions
2008	447 millions

Répartition du spam par catégories en 2005

Types de spam	Juin 2005
Santé	43,86 %
Finance	37,65 %
Produits	9,06 %
Pornographie	5,32 %
Scam (phishing)	1,41 %
Pari	0,1 %
Autres	2,32 %

Source : Clearswift

Mis à jour le 13/09/2005

► Les principaux canaux du spam (source Federal Trade Commission, novembre 2002)

Où sont le plus spammées les adresses e-mails ? (étude menée sur six semaines à partir de 275 nouvelles adresses e-mails postées sur 175 supports différents)	
Support de publication de l'adresse e-mail	Part des adresses spammées
Chat room	100 %
Newsgroup	86 %
Page Web d'un site standard	86 %
Page Web d'un site perso	50 %
Forum	27 %
Webmail	9 %
CV en ligne	0 %
Messagerie instantanée	0 %
Service de rencontre	0 %
Whois (fiche d'enregistrement d'un nom de domaine)	0 %

Origines du spam
(Entre avril et juin 2006)

Rang	Pays	Part des spams
1	Etats-Unis	23,2 %
2	Chine (et Hong Kong)	20,0 %
3	Corée du Sud	7,5 %
4	France	5,2 %
5	Espagne	4,8 %
6	Pologne	3,6 %
7	Brésil	3,1 %
8	Italie	3,0 %
9	Allemagne	2,5 %
10	Royaume-Uni	1,8 %
11	Taiwan	1,7 %
12	Japon	1,6 %
13	Autres pays	22,0 %

Source : Sophos

Mis à jour le 24/07/2006

En ce qui concerne la France, une étude réalisée par la CNIL révèle que 85% des messages électroniques non sollicités sont rédigés en Anglais, 7% en français et 8% d'origine asiatique. La majorité d'entre eux sont de nature pornographique. Les messages en langue anglaise concernent principalement les produits financiers (39%) et le secteur de la santé (13%), tandis que ceux rédigés en français sont moins spécialisés. Il a aussi été constaté que la pratique du spam est essentiellement le fait de petites entreprises qui y voient un moyen efficace et peu onéreux d'améliorer leur communication commerciale.

Cependant, utilisée massivement depuis 1994, une telle pratique suppose pour être légale, que les entreprises aient préalablement collectées les adresses, auxquelles elles envoient ces courriers non sollicités.

Celles-ci sont collectées la plupart du temps sur les forum de discussion ou sur les sites où figurent l'organigramme et les mails d'une équipe. Pour se les procurer, les spammers utilisent des moteurs de recherche d'e-mails qui scannent sur les espaces publics de l'Internet, tout ce qui comporte une arobase et un .com, un .net, ou un .org. Ensuite, le collecteur applique ou non un filtre pour nettoyer le fichier afin d'écartier tout ce qui n'est pas une adresse e-mail. Ils peuvent également se procurer ces fichiers d'adresses en les achetant ou en les louant.

La pratique du spamming pose donc deux questions juridiques :

- celle des conditions de collecte et d'utilisation de ces données personnelles à des fins de prospection, notamment quand cette collecte a lieu dans les espaces publics de l'Internet,
- celle de l'appréciation des moyens mis en œuvre pour permettre aux personnes prospectées de s'y opposer (" opt-in " et " opt-out ")

1°) La législation européenne

La directive européenne du 20 mai 1997, dite " directive vente à distance, consacre le système de " l'opt-out " en son article 10 : Tout consommateur doit pouvoir manifester son opposition à l'envoi systématique de publicités dans sa boîte aux lettres. C'est donc à

l'émetteur de mettre en place un système permettant aux utilisateurs d'exprimer leur refus de recevoir des envois non sollicités (c'est le système mis en place en France pour les envois publicitaires postaux).

La directive laisse toutefois la possibilité aux Etats membres de choisir de système plus favorable au consommateur dit de " l'opt-in " qui oblige les prospecteurs à obtenir le consentement des internautes à recevoir des sollicitations préalablement à tout envoi de courrier électronique

C'est ainsi que l'Allemagne, l'Italie, la Finlande, l'Autriche et le Danemark ont consacré " l'opt-in " pour réglementer la pratique du spamming sur leur territoire⁶³.

La directive du 8 juin 2000 prévoit que lorsque le choix se porte vers " l'opt-out ", les prestataires qui envoient des communications commerciales non sollicitées doivent consulter régulièrement le registre sur lequel s'inscrivent les personnes physiques qui ne désirent pas en recevoir.

Elle impose par ailleurs que des mesures d'accompagnement soient adoptées : identification claire et non équivoque par l'expéditeur des communications commerciales, de la personne pour le compte de laquelle ces communications sont faites ; identification de la nature commerciale des messages dès leur réception par le destinataire.

La directive du 12 juillet 2002 dénommée "Vie privée et communications électroniques" prévoit, en son article 13.1, que "l'utilisation (...) d'automates d'appel (...), de télécopieurs ou de courriers électroniques à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable"

La directive laisse cependant aux Etats membres le choix du régime concernant la prospection des personnes morales.

Par exception, la directive du 12 juillet 2002 prévoit que lorsqu'une personne physique ou morale a obtenu "directement" une adresse électronique dans le cadre d'une "vente d'un produit ou d'un service", il lui est possible d'exploiter cette adresse afin de proposer des "produits

⁶³ outre Atlantique, les Etats Unis ont adopté en novembre 2003 le principe du Opt Out : le courrier électronique non sollicité ne devient illégal et abusif que si son destinataire continue de le recevoir après avoir demandé à être exclu des bases de données de l'émetteur. Cette nouvelle réglementation oblige aussi les spammeurs à s'identifier clairement et contraint les publicitaires et les sociétés de marketing en ligne seront contraints de retirer de leur fichier tout internaute qui en fera la demande.

ou services analogues", dès lors que l'internaute a la faculté de s'y opposer.

Il s'agit donc, dans ce cas précis, d'un retour au système de l'opt-out.

2°) La législation française

L'ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 avait achevé la transposition de la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications. Le nouvel article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications (devenu depuis L 34-5) interdisait la prospection directe, par automate d'appel ou télécopieur, d'un abonné ou d'un utilisateur d'un réseau de télécommunications qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels (*opt-in*). En revanche, sous l'empire de ce texte, les autres moyens de communication à distance, tels que le courrier électronique, demeuraient soumis au régime de l'*opt-out*.

Aujourd'hui, la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)⁷ consacre aussi le régime de l'*opt-in* pour les courriers électroniques, conformément à la directive « vie privée dans les communications électroniques qu'elle transpose sur ce point : « *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* » (art. 22).

Ce texte instaure donc le principe de l'interdiction de toute prospection directe par courrier électronique à destination de personnes physiques qui n'ont pas exprimé leur consentement préalable à les recevoir.

a) Champ d'application

- La technique de communication

Selon l'article 1IV de la loi, qui reprend la définition de la directive, constitue un courrier électronique « tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de

communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».

De par sa neutralité technologique, cette définition du courrier électronique permet d'appréhender tous les services de messagerie électronique actuels et futurs (*e-mail*, SMS, MMS etc.). On peut donc se demander si cette définition extrêmement large, qui ne qualifie pas le courrier électronique de correspondance privée, n'appréhende pas également certains messages publicitaires (*pop-ups*, *skyscrapers*, etc.) envoyés aux internautes lorsque ceux-ci utilisent des logiciels de navigation sur le web ou des logiciels de lecture de fichiers audio ou vidéo.

En effet, en reprenant les critères précités de la définition du courrier électronique, ces bannières peuvent être qualifiées de messages sous forme d'images envoyés par un réseau public de communications. En outre, la condition de stockage « *dans le réseau ou dans l'appareil terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère* » apparaît remplie, les bannières publicitaires étant bien stockées sur le réseau avant que leur destinataire final ne les récupère. Enfin, aucune condition d'identification du destinataire ou de caractère privé de la correspondance n'est imposée par la loi si bien que le courrier électronique peut être adressé à un destinataire indéterminé et n'avoir rien de privé, ce qui est le cas des bannières publicitaires imposées sur les réseaux électroniques.

Ainsi, au-delà de la seule pratique de l'envoi d'e-mails, SMS ou MMS, la diffusion de bannières publicitaires sur le web pourrait aussi être comprise dans la notion de courrier . Une telle problématique apparaît loin d'être théorique dans la mesure où, à l'instar des *spams* qui perturbent la consultation des messages électroniques, les *pop-ups* perturbent la navigation sur le web⁶⁴. D'ailleurs, de nouvelles techniques publicitaires constituant un mélange de *spam* et de *pop-up*²⁶ et qualifiées de *spam up* ont fait leur apparition sur les réseaux depuis plusieurs mois.

En conséquence, les modes de prospection directe par télécopie, automate d'appel, emails, SMS ou MMS peuvent probablement être soumis à un même régime de l'opt-in : les prospecteurs devront établir ou acquérir des listes "positives" d'abonnés ayant clairement consenti à être prospectés.

⁶⁴ Florence Santrot, « Le « *spam up* », nouvelle plaie du web ». Le Journal du Net, 21 juillet 2003.

- la nature du message

Le législateur a choisi de restreindre le champ d'application de ces dispositions aux seules prospections commerciales, c'est à dire celles destinées à « *promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services.* »

Cette rédaction, conforme à la directive du 12 juillet 2002 qui précise, dans son considérant 40, que les communications non sollicitées effectuées à des fins de prospection directe s'entend des communications commerciales non sollicitées, autorise donc la prospection à d'autres fins que commerciales, c'est à dire notamment politiques, syndicales, voire purement privées.

- personnes visées

Le texte vise l'utilisation des « *coordonnées d'une personne physique* » Cela signifie qu'il est possible de prospecter toute personne morale qui ne s'y sera pas expressément opposée, sans que cette opposition n'ait pu se faire au stade de la collecte des données.

Mais on observera que le texte, s'il vise toutes les adresses personnelles, ne distingue pas si elles ont un caractère professionnel ou non . Cela signifie en premier lieu qu'il prohibe l'envoi de courrier non sollicités vers des adresses nominatives utilisées dans un cadre professionnel. Seules pourraient donc être exclues du champ d'application de la prohibition les adresses fonctionnelles, du type info@..., contact@..., privacy@..., sales@..., commandes@..., service-clientele@..., etc..

La CNIL estime cependant au contraire (séance du 17 février 2005) que des personnes physiques peuvent être prospectées par courrier électronique à leur adresse électronique professionnelle sans leur consentement préalable, si le message leur est envoyé au titre de la fonction qu'elles exercent dans l'organisme privé ou public qui leur a attribué cette adresse.

En revanche, le groupe de travail de la commission européenne sur la protection des données⁶⁵ estime que l'envoi de courriers électroniques de prospection, liés ou non à des finalités professionnelles, à une

⁶⁵ Rapport du 27 février 2004, accessible à l'adresse suivante : [l'avis 5/2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE](#)

adresse de courrier électronique « personnelle » doit être considéré comme de la prospection envers des personnes physiques

Par ailleurs, le texte ne se limite aux seuls consommateurs mais vise toute personne physique. Peuvent donc aussi en bénéficier les professionnels exerçant sous forme individuelle.

En revanche, une personne morale non professionnelle, comme par exemple une association ou une société civile immobilière, ne bénéficie pas du dispositif de protection.

b) conditions préalables à l'envoi d'un courrier électronique à finalité commerciale

- **le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés⁶⁶**

Ainsi que l'a précisé la CNIL, une adresse de courrier électronique constitue une information au moins indirectement nominative⁶⁷. Dès lors, tout traitement automatisé d'une telle information doit répondre aux exigences posées par la loi du 6 janvier 1978 :

1°/ faire l'objet, préalablement à sa mise en œuvre, d'une déclaration auprès de la CNIL. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris a condamné un spammer pour non déclaration préalable auprès de la CNIL d'un fichier d'adresses électroniques⁶⁸.

2°/ les données doivent être traitées de façon loyales et licites (art. 6-1° de la loi). La Cour de cassation a par exemple considéré que le fait de collecter des adresses de courriers électroniques grâce à l'emploi d'un logiciel robot constituait une collecte déloyale au sens de

⁶⁶ Cf sur ce sujet Eric Caprioli, « loi du 6 août 2004, Commerce à distance sur l'internet et protection des données à caractère personnel », Communication – commerce électronique, février 2005, Etudes p 24

⁶⁷ CNIL « le publipostage électronique et la protection des données personnelles » 14 octobre 1999 »

⁶⁸ TGI Paris 6 juin 2003, "Attendu qu'il apparaît, ainsi, incontestable que l'utilisation faite par le prévenu du fichier litigieux, consiste en un traitement automatisé de données visées par l'article 226-16 du code pénal puisque les adresses électroniques rassemblées dans ce fichier constituent bien des informations nominatives, au sens de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, dès lors qu'elles permettent l'identification des personnes auxquelles elles s'appliquent ; Attendu qu'il n'est pas contesté en outre que cette utilisation a été réalisée, en l'absence de toute déclaration préalable du fichier en cause auprès de la CNIL dans les conditions prévues par l'article 16 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 auxquelles renvoient les dispositions de l'article 226-16 précité". Décision disponible sur le site du Forum des droits de l'internet : www.foruminternet.org.

l'article 226-18 du Code pénal⁶⁹. L'est aussi le fait de collecter des données en corrompant des agents d'EDF qui se faisaient passer à une société d'assurances des renseignements⁷⁰, ou, selon la CNIL, la pratique consistant à envoyer en nombre des SMS : « *Quelqu'un t'aime en secret et nous a chargé de te prévenir, devine qui a flashé sur toi en appelant le ...* », afin de collecter ainsi les numéros de mobiles de ceux qui répondent⁷¹.

3°/ les personnes dont les données personnelles vont être exploitées doivent faire l'objet d'une information dont le contenu est défini à l'article 32 de la loi de 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004 : 1) de l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant ; 1) de l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant, 2) de la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées, 3) du caractère obligatoire ou facultatif des réponses, 4) des conséquences éventuelles, à son égard, d'un défaut de réponse, 5) des destinataires ou catégories de destinataires des données, 6) de leurs droits d'opposition, d'accès et de rectification, 7) le cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non membre de la Communauté européenne⁷².

4°/ les personnes dont les données personnelles sont collectées doivent désormais, depuis la loi no 2004-801 du 6 août 2004, consentir à leur traitement, (art. 7 de la loi), sauf exceptions énumérées par la loi quand le traitement satisfait à l'une des conditions suivantes :

- le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement,
- la sauvegarde de la vie de la personne concernée
- l'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement
- l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci
- la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée.

⁶⁹ Crim 14 mars 2006

⁷⁰ TGI Paris, 17e ch., 16 déc. 1994 in CNIL, 15e rapport pour 1994, annexe 8

⁷¹ CNIL, 23e rapport d'activité pour 2002

⁷² Le non-respect de l'obligation d'information est réprimé par l'article R. 625-10 du Code pénal, issu de l'article 90 du décret no 2005-1309 du 20 octobre 2005, prévoyant une amende prévue pour les contraventions de la 5e classe

On précisera enfin que, selon l'article 38 reconnaît aux personnes physiques un droit d'opposition :

- pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement,
 - sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur.
- L'obtention du consentement préalable du destinataire**

Selon le nouvel article L 34-5 du code des postes et télécommunications, est interdite la prospection directe au moyen d'une 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.

On ne peut donc adresser cette forme de message qu'à la condition d'avoir au préalable obtenu son consentement préalable.

Le texte précise que ce consentement s'entend de « *toute manifestation de volonté libre, spécifique et informé par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe* ». ⁷³

On peut cependant s'interroger sur la façon dont le consentement préalable doit être donné pour être véritablement libre et éclairé . Les pratiques d'acquisition des consentements par contrats d'adhésion, cases pré-cochées ou incitations diverses (loteries, rabais, avantages...) permettent-elles encore d'obtenir un réel consentement ?

Les conditions dans lesquelles le consommateur exprime son consentement et les informations que les professionnels doivent fournir

⁷³ Il est permis de se demander comment un prestataire pourrait obtenir le consentement d'un destinataire si ce n'est en sollicitant son autorisation une première fois. Pourrait ainsi être utilisé : l'ouverture d'un site web ou d'un lieu d'enregistrement volontaire auprès duquel les personnes désireuses de recevoir des publicités par courrier électronique s'enregistreraient volontairement, le recours au système de la « case à cocher », L'appel téléphonique à la personne visée pour demander sa permission (mais se posera alors le problème de la preuve)

au consommateur sur la possibilité qui lui est offerte de manifester son opposition devraient faire l'objet d'un décret en Conseil d'Etat ultérieur.

- Exception

La loi prévoit cependant une exception à ce principe du consentement préalable.

Pour bénéficier de cette exception, le commerçant devra satisfaire à la triple condition suivante :

- Les coordonnées du destinataires doivent avoir été recueillies directement auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi du 10 janvier 1978, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de service
- la prospection doit concerner des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale. En l'absence de définition précise, la notion de produits ou services analogue devrait être précisée ultérieurement par décret . Le fait que le produit ou le service doit être fourni par la même personne conduit à interdire à une société de se prévaloir des relations commerciales antérieures nouée par une société appartenant au même groupe qu'elle. Donc, seule l'entreprise qui a collecté "directement" les coordonnées pourra les utiliser, de sorte que les techniques de marketing croisé de fidélisation et de location de fichiers ne pourraient plus pouvoir être utilisées⁷⁴ . Quant aux rapprochements de sociétés par fusions ou acquisitions, ils devraient ne plus donner lieu qu'à des rapprochements très contrôlés des fichiers clients respectifs.
- Le courrier doit offrir au destinataire, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté 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 lui est adressé

⁷⁴ pour une opinion contraire : Thomas Dautieu in *Le nouveau régime juridique applicable à la prospection directe opérée par voie électronique* » GP 31 octobre 2003, Doctr p 8

Il s'agit en d'autres termes de créer un régime dérogatoire d'opposition préalable pour les fichiers de fidélisation (prior opt-out), prévue par la directive du 12 juillet 2002, en levant l'interdiction de sollicitation résultant de l'*opt-in* au profit de l'*opt-out* à l'égard de clients antérieurs pour permettre le développement de la relation client, celui-ci conservant, en toutes hypothèses, le droit de s'opposer à l'envoi ultérieur de publicités.

- l'obligation de transparence

Dans tous les cas, et outre les dispositions propres à la nature du service ou du produit proposé, le commerçant devra satisfaire à certaines obligations de transparence⁷⁵ :

- il devra indiquer des coordonnées valides permettant au destinataire d'exercer efficacement son droit d'opposition
- le message devra indiquer clairement l'identité de la personne pour le compte de laquelle le message est envoyé.
- il devra prendre soin d'indiquer un objet en rapport avec la prestation ou le service proposé

c) Sanctions

Le non respect des disposition prévues à l'article L 34-5 du Code des postes et télécommunication est sanctionné à l'article R 10-1 du Code des postes et télécommunication par une contravention de 5ème classe, (750 euros) sans préjudice de l'application des sanctions prévues par l'article 226-18 du Code Pénal en cas d'infraction à la législation sur la collecte des fichiers informatiques (300.000 euros d'amende et cinq ans d'emprisonnement).

d) La légalisation des fichiers antérieurs

⁷⁵ le 6eme alinéa de l'art. 22 de la loi disposant en effet que : «Dans tous les cas, il est interdit d'émettre, à des fins de prospection directe, des messages au moyen d'automates d'appel, télécopieurs et courriers électroniques, sans indiquer de coordonnées valables auxquelles le destinataire puisse utilement transmettre une demande tendant à obtenir que ces communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de celle-ci. Il est également interdit de dissimuler l'identité de la personne pour le compte de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé ».

Il est prévu par ailleurs que le consentement des personnes dont les coordonnées ont été recueillies de manière licite avant la publication de la loi peut être sollicité, par voie de courrier électronique, pendant les six mois suivant la publication de la loi. A l'expiration de ce délai, ces personnes sont présumées avoir refusé l'utilisation ultérieure de leurs coordonnées personnelles à fin de prospection directe si elles n'ont pas manifesté expressément leur consentement à celle-ci .

Ce régime permet à l'industrie du marketing direct de poursuivre les campagnes d'e-mailing de prospection à partir de fichiers opt-in, en protégeant les personnes qui n'ont pas accepté que leurs coordonnées fassent l'objet d'un traitement.

Récapitulatif⁷⁶ :

Si le destinataire est **une personne morale** (qu'il s'agisse d'une entreprise, d'une association, d'une entité professionnelle etc.) le procédé de l'e-mailing est légal, à la condition de respecter, pour tous les e-mails, les points suivants :

- * Présence, des coordonnées permettant de s'opposer, sans frais, à tout nouvel envoi d'email (donc, système dit de l'"opt-out"),
- * Identification valable de l'émetteur,
- * "Objet" (au sens de "titre" de l'e-mail) en relation directe avec la teneur du message.

En revanche, si le destinataire est une *personne physique* (peu importe son statut : commercial, professionnel, ou purement privé) des règles plus restrictives s'ajoutent aux dispositions mentionnées ci-dessus :

- * Si une relation commerciale a déjà commencé, avec le même fournisseur avant l'entrée en vigueur de la loi, si elle portait sur des produits et services analogues, et si cette relation a permis de relever les coordonnées (entre autres : l' adresse email) par des moyens licites, alors une telle relation dispense, définitivement, de l'expression d'adhésion préalable.
- * Mais, si le fournisseur et/ou les produits changent (étant entendu que les coordonnées des destinataires ont bien été recueillies avant la publication de la Loi), alors la règle des six mois s'applique : Durant les six mois qui suivent la publication de la loi (c'est-à-dire à compter du 22 juin 2004), le fournisseur aura la faculté de

⁷⁶ La LCEN et le spam, Par Véronique Sayasenh, article paru sur Légabisnext.com

solliciter, par voie de courrier électronique, l'accord explicite du destinataire.

Dans tous les autres cas, l'accord préalable du destinataire est impératif.

e) jurisprudence

Cette législation est par ailleurs complétée par quelques décisions de jurisprudence, dont la plus remarquable est une ordonnance de référé du président du tribunal de grande instance de paris ⁷⁷ qui, après avoir retenu que la pratique du spamming, qui perturbe gravement les équilibres du réseau, était considéré dans le milieu de l'internet comme une pratique déloyale et gravement perturbatrice, a considéré qu'elle était contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite élaborée par le fournisseur d'accès à internet et pouvait justifier que ce dernier coupe l'accès de son auteur à internet

A titre de comparaison, la législation américaine se présente de façon plus précise encore sur le contenu des messages et les modalités d'envoi:

Le Can-Spam Act du 22 octobre 2003⁷⁸, loi fédérale des Etats-Unis ("Controlling the Assault of Non Solicited Pornography and Marketing Act") consacre plus d'une vingtaine de pages à détailler une stratégie visant à préserver le procédé de l'e-mail commercial de toute utilisation abusive.

Elle s'articule autour de **trois axes** :

1. La **teneur des messages** et l'**identification rapide** de son objet :

- Elle isole trois catégories d'e-mails : les e-mails commerciaux à caractère pornographique, ceux induisant des escroqueries et ceux qui sont porteurs de virus.

⁷⁷ TGI Paris (référé) 15 janvier 2002, D 2002, Jur p 1138 obs C. Manara, Annonces de la Seine 8 avril 2002p 3, <http://www.foruminternet.org>)

⁷⁸ La LCEN et le spam, Par Véronique Sayasenh, article paru sur Légabisnext.com

- Elle prévoit le marquage par labels (entre autres : dans leur titre) des messages publicitaires (en général) et des messages "sexuellement orientés" (en particulier)

2. L'identification fiable de l'auteur

Grâce au "header" (permettant de retrouver l'origine du message) et au "from", qui doivent être significatifs.

3. La présence de clauses d'opt-out.

Par ailleurs, ce texte **apporte des précisions** :

- Il différencie non pas les notions d'opt-out et d'opt-in (ce dernier terme n'est même pas employé dans le texte) mais "**consentement implicite**" et "**consentement explicite**",
- Il **précise certaines notions** :
 1. de **quantification** : L'"e-mail multiple" correspond à 100 e-mails/jours, ou 1000/mois, ou 10 000/an
 2. de **collecte déloyale** Il s'agit de collecte d'adresses par automates, auprès de sites s'étant engagés à la confidentialité, ou par génération aléatoire d'adresses email.
 3. Il considère comme **circonstances aggravantes**, les cas d'escroquerie, d'usurpation d'identité, d'obscénités, de pédophilie, de collecte d'adresses déloyale.

Enfin, au titre des **moyens de mise en oeuvre** , il envisage :

- Un système de **gratification** pour encourager l'identification des contrevenants (avis aux chasseurs de primes !), probablement par conscience des limites à l'efficacité des dispositifs "classiques", en particulier dans les domaines de l'escroquerie et des malveillances.
- Le lancement du "**do-not-email registry**" Par référence, probablement, avec le système de la "Liste Robinson".
- Il commande une **série d'études techniques**.

En somme, ce texte n'opère aucune différenciation sur la base de la nature des destinataires (personnes physiques ou morales) sauf référence à la protection de l'enfance (L'"antispamming Act" de 2001 mettait déjà l'accent sur la protection des mineurs).

SECTION III La prohibition de la publicité de nature à induire en erreur

La publicité contribue sans conteste à l'information des consommateurs. Elle leur permet de se tenir informés des différents produits et services mis sur le marché par les professionnels. Le danger vient cependant de ce que, sous l'apparence de vouloir informer le consommateur, elle a essentiellement pour but de l'inciter à contracter en le séduisant par des arguments dont l'objectivité n'est pas, de loin, la qualité première.

La réglementation actuelle de la publicité trompeuse, qui résulte de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 dite Loi Royer, reflète assez bien ce faux semblant. Sous couvert de vouloir protéger les consommateurs contre une publicité malhonnête, elle a été instaurée dans l'intérêt des professionnels dans le but d'assurer entre eux des règles de concurrence loyale. On ne peut néanmoins nier qu'elle aboutit à éviter que les consommateurs soient victimes d'une publicité trompeuse. Ceci explique les raisons pour lesquelles l'article 44 de la loi Royer a été intégré dans le code de la consommation sous l'article L 121-1.

L'article L 121-1 dispose que:

« Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs éléments ci-après : existence, nature, composition, qualité substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriété, prix et conditions de vente de biens ou de services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de service, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ».

S'agissant d'un texte pénal, il comporte un élément matériel et un élément moral. Il est en outre précédé d'une condition préalable.

A L'élément préalable : une publicité

Curieusement, l'article L 121-1 du code de la consommation ne contient aucune définition de la publicité. On peut néanmoins retenir la définition donnée par un auteur qui considère que constitue une publicité « tout message adressé par un professionnel au public dans le but de stimuler la demande de biens ou de services »⁷⁹. Pour la jurisprudence de la Cour de cassation, constitue une publicité « tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services proposés »⁸⁰. Par ajout exprès de la loi du 21 juin 2004 les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels » sont assimilés à de la publicité (art. L 121-15-1)

La publicité suppose donc la réunion de quatre éléments:

1°) un message

Il doit s'agir d'une information portant sur l'un des éléments visés par l'article L 121-1 et revêtant la forme d'une allégation, d'une indication ou d'une présentation. Le mode d'expression est en revanche indifférent. Elle peut ainsi se présenter sous la forme écrite, orale, imagée ou même bruitée.

2°) un message destiné à stimuler la demande

La publicité a pour but d'inciter son destinataire à contracter. Un article de presse ou un essai comparatif effectué par une association de consommateur ne constitue pas une publicité.⁸¹

En revanche, la qualité de l'annonceur est indifférente. Les professionnels comme les particuliers sont soumis aux dispositions de l'article L 121-1. Ainsi, une association sans but lucratif peut être reconnue coupable du délit de publicité de nature à induire en erreur, dès lors qu'elle propose un bien ou un service⁸² ainsi qu'un particulier qui fait paraître une annonce dans un journal⁸³. Dans un arrêt du 6 mai 1998⁸⁴, la chambre criminelle a

⁷⁹ J. Calais-Auloy, Droit de la Consommation, Précis Dalloz n° 78

⁸⁰ Cass. Crim 14 octobre 1998, pourvoi n° 98-80527

⁸¹ Paris 20 décembre 1974, D 1975, J, 312 concl Franck note Lindon, JCP 1975, II, 18056 note Denise Nguyen-Thanh; Aix 13 février 1980, D 1980, J, 618 Note Endreo.

⁸² Cass Ass plen 8 juillet 2005, BICC n° 626 p 32, BICC n° 626 p 32, Gaz Pal 31 mai 2006 p 26 note P. Greffe qui en déduit, *a contrario* qu'échappe à au domaine d'application de l'article L 21-1 l'association qui se borne à délivrer une prestation ou un bien sans contrepartie financière

⁸³ Cass Crim 22 mars 1982, GP 15-16 octobre 1982, somm 13, Paris 24 mai 1982, D 1983, II note Pradel et Paire, Cass Crim 13 juin 1991, BICC 15 septembre 1991 p 29, Cass Crim 27 Mars 1996, D

précisé qu'il importait peu que *la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial*. Le droit français, qui s'applique à tout émetteur, quel que soit sa qualité, assure donc au consommateur une protection plus étendue que celle qui résulte de la directive 84/450/CEE du 1er septembre 1984 qui ne vise que la publicité effectuée par les personnes qui exercent une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

3°) un message diffusé

La publicité peut résulter d'un message par voie de presse, de télévision, de radio, d'affiche, de cinéma, de télécopie, etc, ou d'un site internet bien sûr... En réalité, le moyen utilisé pour véhiculer le message publicitaire importe peu dès lors qu'il contient une information du public sur l'un des éléments visés par la loi. La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a ainsi jugé que constituait une publicité au sens de l'article 44 un étiquetage obligatoire portant sur la composition du produit mis en vente⁸⁵, un bon de commande⁸⁶, une lettre circulaire adressée à des clients⁸⁷ un catalogue de vente par correspondance⁸⁸ ou même la blouse portée par un vendeur⁸⁹

Il suffit, pour que la loi pénale française s'applique aux messages publicitaires de nature à induire en erreur, que le projet en ait été fait sur le territoire national. Ainsi, l'étiquetage fallacieux de bouteilles de vin effectué sur le sol français caractérise une publicité faite en France au sens de l'article L.121-5 du Code de la consommation, même si le vin a été vendu exclusivement aux Pays-Bas⁹⁰ (). Si cette interprétation découle des dispositions de l'article L. 121-5 qui prévoient que le délit est constitué dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France, elle est également une hypothèse d'application des dispositions de droit commun de l'article 113-2 du Code pénal.

1996 IR p 168. voir également J. Thuillier, *Le délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur appliqué au particulier* in Gaz Pal Req. 2002. Chron p 29

⁸⁴ Position critiquée par une partie de la doctrine qui considère qu'elle contrevient au principe de l'interprétation stricte : JH Robert et H Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF 2004, n° 217 p 355, Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, D 2003, n° 411 p 518, cette position a été maintenue par l'assemblée plénière de la Cour de cassation dans un arrêt du 8 juillet 2005 dans lequel elle indique que l'article L 121-1 est applicable à une association à but non lucratif dès lors qu'elle propose un bien ou un service

⁸⁵ Cass Crim 25 juin 1984, D 1985, J 1980 note Fourgoux ; RTDCom 1985.377 obs Bouzat)

⁸⁶ (Cass Crim 23 mars 1994, Bull Crim n° 114, BICC 1^{er} juillet 1994 p 15, GP ¼ avril 1996, somm p 40 obs Misse)

⁸⁷ (Cass Crim 21 Mai 1974, D 1974, J, 579 rapp Robert)

⁸⁸ cass crim 3 septembre 2002, Contrats, conc., consomm., 2003, comm n° 51 obs Guy Raymond

⁸⁹ (Cass Crim 23 février 1989, Bull Crim n° 91, BICC 15 juin 1989 p 16)

⁹⁰ Crim 15 mai 2001, Bull. n° 122 ; voir également Crim., 3 septembre 2002, pourvoi n° 0185952

4°) un message diffusé au public

Comme son nom l'indique, le message doit être diffusé au public. Par public, on doit entendre plusieurs personnes. Un message adressé à un seul individu ne constitue pas une publicité ⁹¹

Le type de public importe par contre peu. Il peut s'agir aussi bien d'un public de consommateurs qu'un auditoire de professionnels⁹².

En revanche, il n'est pas nécessaire pour que le délit soit constitué qu'un contrat ait été passé avec un acheteur⁹³.

B L'élément matériel

Une publicité trompeuse Pour qu'une publicité devienne punissable, l'allégation, l'indication ou la présentation qu'elle comporte doit être fausse ou de nature à induire en erreur.

On distingue la publicité fausse, c'est-à-dire celle qui comporte une information erronée, de la publicité de nature à induire en erreur qui, bien que ne comportant pas d'indication inexacte, trompe le consommateur par l'utilisation de procédés allusifs qui, par les connotations qu'ils amènent, transforment le sens littéral du message, pour en suggérer un autre dont le contenu est erroné.

Ainsi, dire qu'une boisson chimique aromatisée aux fruits est une « boisson au goût de fruits pressés » n'induit pas en erreur. En revanche, si ce message est accompagné d'une image de fruits frais, il peut laisser croire au public qu'il s'agit de fruits pressés ⁹⁴car « *la force des images peut ainsi s'allier au poids des mots pour tromper le consommateur* »⁹⁵.

De même, constitue le délit le fait, pour une société qui n'a qu'une activité de négoce et d'abattage d'animaux provenant pour moitié de régions autres que la Normandie, d'utiliser la dénomination sociale "Eleveurs de la vallée d'Auge", appuyée par un logo représentant deux bovins sous un

⁹¹ (Crim 9 février 1982, Bull Crim n° 48)

⁹² (Cass Crim 2 octobre 1980, D 1981, IR 292, RTDCom 1981.619 note Bouzat)

⁹³ (Cass Crim 8 décembre 1987, Bull Crim n° 450)

⁹⁴ Cass Crim 13 mars 1979, JCP ed CI 1979, II, 13104 Chron Guinchard

⁹⁵ CA Versailles 17 mai 1978 JCP ed CI 1979 II n° 13104 chron Guinchard

pommier, pour commercialiser de la viande, l'utilisation commerciale d'une telle dénomination sociale est susceptible d'induire le consommateur en erreur sur l'origine et la provenance géographique de la marchandise⁹⁶.

Lorsque la présentation de l'offre publicitaire est volontairement imprécise, incomplète ou ambiguë et qu'elle ne permet pas aux clients potentiels de se former une opinion précise et sans équivoque sur les conditions de vente pratiquées, elle constitue une publicité de nature à induire en erreur⁹⁷.

La jurisprudence considère par exemple qu'il y a publicité trompeuse en cas de disproportion entre des mentions attractives et des mentions restrictives⁹⁸ ou lorsque l'image est trompeuse.

Ainsi, l'image qui n'est pas accompagnée d'un texte explicatif, ou un agrandissement d'un petit objet non signalé peut induire en erreur. Par exemple, est mensongère la publicité pour un zoom constituée de six clichés avec agrandissement progressif des personnes photographiées sans préciser que celles-ci s'étaient rapprochées du photographe⁹⁹.

Un tribunal a considéré qu'il y avait publicité mensongère si les produits mis en vente ne correspondaient pas à la photographie de ceux présentés sur le dépliant publicitaire¹⁰⁰.

Les entreprises doivent être particulièrement attentives à ce type de problèmes lorsqu'elles utilisent des photographies et dessins pour représenter les produits et services offerts. Il faut en effet savoir que les couleurs, tailles des caractères et des photographies, l'aspect général des pages Web varient en fonction du logiciel de l'utilisateur, de son ordinateur et de son écran. Il pourrait par exemple s'avérer nécessaire de compléter les photographies par des mentions écrites indiquant plus précisément la dimension exacte et les couleurs des produits, pour éviter toute ambiguïté¹⁰¹.

⁹⁶ Crim., 12 mars 2002, pourvoi n° 0183079

⁹⁷ Cass Crim 1^{er} février 1990, Bull Crim n° 60, BICC 15 avril 1990 n° 490, Cass Crim 29 mars 1995, Audijuris n° ? p ?, Cass Crim 14 février 1996, GP 19/20 juin Crim. 3 janvier 1983, Consommateurs Actualités 1983, n°402 : disproportion entre la mention "5 ans de garantie" et les conditions particulières de cette garantie.

⁹⁷ Crim. 26 mars 1984, Bull. Crim., p.322.
1996 Chron p 99)

⁹⁸ Crim. 3 janvier 1983, Consommateurs Actualités 1983, n°402 : disproportion entre la mention "5 ans de garantie" et les conditions particulières de cette garantie.

⁹⁹ Crim. 26 mars 1984, Bull. Crim., p.322.

¹⁰⁰ TGI Saint-Etienne 11 février 1988, BID 1988, n°7, p.48.

¹⁰¹ Valérie Sédaillant, Droit de l'internet, p 88

L'appréciation du caractère trompeur se fait au moment où la publicité est rendue publique. Dès lors, le délit est constitué dès la publication du message trompeur ; peu importe que des renseignements complémentaires viennent en préciser ultérieurement le sens ¹⁰² .

Le résultat obtenu sur le public est indifférent. Il n'est pas nécessaire qu'il ait été effectivement trompé du moment que la publicité était « de nature » à l'induire en erreur¹⁰³.

Considérant que l'article 44 de la loi de 1973 n'était pas destinée à protéger les imbéciles ou les naïfs, les Tribunaux apprécient le caractère trompeur d'une publicité in abstracto par référence à la capacité de jugement d'un consommateur moyen¹⁰⁴.

La jurisprudence ne donne pas d'indication suffisante pour dégager des critères de définition. On peut néanmoins penser à la lecture des décisions des Tribunaux qu'il s'agit d'une personne normalement intelligente et attentive¹⁰⁵, doté d'un esprit normalement critique¹⁰⁶, lui permettant de discerner le caractère hyperbolique ou emphatique d'un message. Il est celui que l'on peut opposer au consommateur avisé d'un côté, et au consommateur crédule (ou incapable?) de l'autre.

C'est ainsi que la Chambre Criminelle a jugé que ne constituait pas une publicité de nature à induire en erreur le spot télévisé destiné à prouver la solidité d'une valise montrant des bulldozers jouer au football avec une valise Samsonite ¹⁰⁷ ou le slogan « la pile Wonder ne s'use que si l'on s'en sert »¹⁰⁸, en considérant que le caractère manifestement exagéré de ces publicités ne pouvait tromper le consommateur moyen.

- **objet de la publicité** : pour être punissable, la publicité doit porter sur l'un des éléments visé à l'article L 121-1: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriété, prix et conditions de vente de biens ou de services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur

¹⁰² (Cass Crim 30 mai 1989, JCP 1989 ed G IV p 308)

¹⁰³ (Cass Crim 8 mai 1979, JCP 1980 II 19514 note Andréi et Divier)

¹⁰⁴ (Cass Crim 5 avril 1980 BID n° 11 p 26, Cass Crim 26 janvier 1988, Bull Crim p 103)

¹⁰⁵ (Cass Crim 5 avril 1990, BID 1990 n° 11 p 26)

¹⁰⁶ (CA Versailles 17 mai 1978, JCP ed CI 1979 II n° 13104, Paris 12 avril 1983, GP 12 avril 1983, 2, 341 note Marchi confirmé par Cass Crim 21 mars 1984 Bull Crim p 478 n° 185)

¹⁰⁷ Cass Crim 21 mai 1984, D 1985, J, 105 note Marguery, RTDCom 1985.379, obs Bouzat

¹⁰⁸ Cass Crim 15 octobre 1985, D 1986, IR, 397, Obs Roujou de Boubé

utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de service, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. Cette énumération, très large, permet de recouvrir l'ensemble des messages habituellement diffusés.

Compte tenu des règles d'interprétation en vigueur en droit pénal, il s'agit d'une énumération stricte qui ne peut être étendue¹⁰⁹.

1°) existence du bien ou du service : la publicité est trompeuse lorsqu'elle porte sur un bien qui n'existe pas ou qui n'est pas disponible au public. Ainsi, la pratique des prix d'appel, qui consiste pour un commerçant à attirer sa clientèle par une publicité portant sur un produit au prix particulièrement attractif est punissable lorsqu'il n'en dispose pas en stock ou en nombre suffisant pour répondre à la demande¹¹⁰.

2°) nature du bien ou du service : à ce titre, la jurisprudence a condamné la pratique, malheureusement courante, qui consiste à présenter l'achat d'un ouvrage sous la forme d'une offre d'emploi rémunéré¹¹¹.

3°) composition du produit : il s'agit de l'un des cas les plus fréquents de publicité mensongère. Ainsi, le fait de présenter comme étant une boisson à base d'orange pressée une boisson chimique¹¹², un meuble présenté en aggloméré comme étant en noyer et en acajou¹¹³, du jambon comportant dans sa composition du nitrate de potassium comme ne comportant "aucun additif, aucun produit chimique"¹¹⁴ ou de l'engrais dénommé "organo-minéral" alors qu'il ne contient que de l'azote de synthèse¹¹⁵, de présenter une perruque comme une nouvelle technique de greffe capillaire non chirurgicale permettant d'obtenir une chevelure naturelle¹¹⁶.

¹⁰⁹ Cass Crim 26 mars 1984, Bull Crim p 325, JCP ed G II n° 20459 note Heidsieck

¹¹⁰ Cass Crim 6 novembre 1979, D 1980 IR, 144, Cass Crim 2 décembre 1980 GP 1981, 1, p 355 obs Fourgoux, Cass Crim 11 janvier 1990, BICC 1990 n° 421,) (jurisprudence identique en matière de service, Cass Crim 9 janvier 1986, JCP 1989, II, 21258 note Robert également TGI de Pontoise 19 mai 2004, communication – commerce électronique décembre 2002, commentaires n° 162 note Luc Grynbaum pour une agence de voyage proposant sur son site internet des voyages présentés « en solde » en faisant croire faussement que toutes les offres sont disponibles

¹¹¹ Cass Crim 29 avril 1976, GP 1976, 2, 797 note Fourgoux

¹¹² Cass Crim 13 mars 1979, JCP ed CI 1979, II, 13104 Chron Guinchard

¹¹³ CA Paris, 4 juillet 1977, JCP 1979, ed G, II, 19015 note Divier et Andréi

¹¹⁴ CA Grenoble 26 octobre 1995, GP 26 mai 1996 p 28

¹¹⁵ Cass Crim 30 octobre 1995, Droit Pénal 1996 n°62 obs Robert, Contrats, Conc. Consom 1996 n° 66 obs Raymond

¹¹⁶ CA Paris, 13eme ch section A, 20 décembre 2000, GP 18/19 mai 2001, Jur Somm p 73, note Catherine Grellier-Lenain

4°) qualités substantielles du produit ou du service : la qualité substantielle d'un produit ou d'un service est celle qui détermine l'acheteur à contracter. A contrario, il s'agit de la qualité sans laquelle il n'aurait pas contracté. On trouve souvent ce type de publicité trompeuse en matière de vente ou de location immobilière, lorsque le publicitaire exagère sur l'environnement de l'immeuble¹¹⁷, son ensoleillement¹¹⁸ ou sur son mode de fabrication¹¹⁹. Egalement le fait de faire figurer dans des prospectus remis aux particuliers et sur une étiquette apposée sur un appareil d'électrothérapie la mention d'une homologation du ministère de la santé suggérant leur efficacité thérapeutique alors que ladite mention concernait seulement la conformité aux normes de sécurité électrique¹²⁰ ou celui de présenter un vin de coupage avec une étiquette indiquant "propriétaire viticulteur, mise en bouteille à la propriété" (Cass Crim 4 décembre 1978, Bull Crim n° 342) ou de présenter les performances d'un matériel en omettant de préciser qu'il s'agit des performances non pas du matériel de base mais de celui à acquérir en option (Cass Crim 26 janvier 1988, Bull Crim n° 39, RTDC 1988.724 obs Bouzat) ou de présenter à tort des melons comme étant de qualité certifiée (Crim., 26 juin 2001, Bull. n° 160). On peut assimiler à ce type de publicité mensongère celle portant sur la teneur en principes utiles.

5°) origine du bien ou du service : une publicité mensongère sur l'origine d'un produit est de nature à faire croire que celui-ci comporte les qualités habituellement attachées à cette provenance. Ainsi, présenter faussement un vin comme récolté en Bourgogne (Cass Crim 21 mai 1974, D 1974, 579, conclusions Robert) ou des porcelaines comme produites à Limoge (Cass Crim 28 novembre 1983, PIBD 1983, III, 200, n° 352, GP 1984, 1, 258 note Saint-Geniest) constitue une publicité trompeuse, de même que l'utilisation d'écriteaux certifiant faussement l'origine exclusivement française de la viande de bœuf (Crim., 26 octobre 1999, Bull. n° 233) Commet le délit aussi celui qui fait croire que son produit émane directement du producteur alors que des intermédiaires sont intervenus (Cass Crim 8 octobre 1985, Bull Crim n° 781).

6°) quantité : on retrouve ce type de publicité mensongère en matière immobilière lorsque la surface annoncée ne correspond pas à la réalité (Cass Crim 5 mai 1977, D 1977, jur p 502 note Pirovano, Cass Crim 27 mars 1996, D 1996 IR p 168).

¹¹⁷ Cass Crim 2 février 1982, RTDCom 1982, n° 647 obs Bouzat, Cass Crim 27 mars 1996, D 1996 IR p 168

¹¹⁸ Cass Crim 18 avril 1991, RJDA 1991 n° 651

¹¹⁹ Cass Crim 15 mars 1983, GP 1983, 2, jur, p 326 note Doucet

¹²⁰ Cass Crim 9 novembre 1992, JCP ed E 1992, Pan, 252, BICC 1993 n° 211

7°) mode et date de fabrication : il s'agit en règle générale de publicité portant sur des produits fabriqués industriellement et cherchant à faire croire qu'ils ont été réalisés artisanalement. Ainsi, les "saucisses sèches comme autrefois" (Cass Crim 16 juin 1980, D 1980, IR p 444, Bull Crim p 497), ou le pain cuit "dans un four chauffé au bois" (Cass Crim 21 Novembre 1989, GP 1990, 1, som p 243 note Doucet).

8°) prix et conditions de vente : La Chambre criminelle s'est prononcée à plusieurs reprises sur les conditions dans lesquelles la communication du prix d'un produit ou d'un service, qui constitue à la fois une information objective et l'élément essentiel d'une technique de vente, peut tomber sous le coup des dispositions de l'article L. 121-1. Elle a notamment jugé que l'étiquette d'un produit, exposé à la vente, portant mention d'un prix artificiellement majoré constitue une publicité illégale car le consommateur est susceptible d'être induit en erreur sur le rabais qui lui sera consenti¹²¹. Il en est de même d'annonces publicitaires permanentes maintenant des réductions de prix importantes pendant une période limitée, qui sont, de ce fait, susceptibles d'induire le consommateur en erreur sur l'existence d'une offre exceptionnelle¹²². En revanche, le délit n'est pas constitué par le fait d'annoncer, comme étant gratuits, des services dont le coût est en réalité inclus dans le prix de vente de la marchandise, objet principal de la publicité : le consommateur ayant été exactement informé du prix global qu'il aurait à payer, il n'a pas été induit en erreur sur l'un des éléments prévus par l'article L. 121-3¹²³.

Ainsi, présenter faussement une vente "en solde"¹²⁴ ou "à prix coûtant" alors que des articles faisaient ressortir une majoration de 2,52 à 18,3%¹²⁵ constitue le délit.

Commet aussi une publicité de nature à induire en erreur une agence matrimoniale qui, annonçant l'adhésion à partir d'un certain prix, ne précise ni l'existence ni le montant de la prestation corrélative à l'utilisation du service télématique auquel le contrat proposé donnait en réalité accès¹²⁶, le gérant de magasin qui annonce des prix hors taxe alors que l'accès à son magasin n'était pas réservé aux personnes effectuant des achats à

¹²¹ Crim., 14 octobre 1998, Bull. n° 262

¹²² Crim., 24 avril 1997, Bull. n° 145

¹²³ Crim., 29 octobre 1997, Bull. n° 362

¹²⁴ Cass Crim 16 janvier 1976, D 1976, IR p 60, Paris 21 octobre 1992, Contrats, Conc. Consom 1993 n° 120 obs Raymond

¹²⁵ TGI Brest, Contrats, Conc. Consom 1996 n° 93 obs Raymond

¹²⁶ Cass Crim 28 septembre 1994, Bull Cim n° 308, BICC 1994 n° 1199

titre professionnel et que les prospectus diffusés ne permettaient pas normalement de se rendre compte que les prix étaient indiqués hors taxe¹²⁷, le commerçant qui annonce une réduction pour les objets emportés calculée sur les prix livrés et non sur les prix ordinaires¹²⁸ ou le directeur commercial de la SNCF pour des publicités relatives à des réductions de prix ne mentionnant pas les conditions très restrictives auxquelles elles étaient accordées¹²⁹.

De façon générale, constitue le délit le fait de fournir une prestation de service dans des conditions différentes de celle annoncées par la publicité¹³⁰. Ainsi, a été considérée comme mensongère la publicité présentant une offre de forfait d'accès illimité à internet qui, en réalité, par la mise en place d'un « modulateur de session » permettant l'interruption d'une connexion à la discrétion du fournisseur d'accès à l'issue d'un certain délai, et d'un « timer » qui rend indispensable une intervention humaine pour maintenir la connexion au delà d'un certain délai, était limitée dans le temps¹³¹.

Egalement, le fait d'annoncer des délais de livraison erroné.¹³²

9°) Les conditions de vente se rapprochent des motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de service lorsque les vendeurs tentent de faire croire qu'ils agissent dans le cadre d'une liquidation ou dans le cadre d'un organisme officiel. A été jugé que constituait le délit la publicité annonçant qu'une marchandise vendue pouvait être remboursée dans un certain délai sans indiquer les conditions restrictives de l'exercice de ce droit¹³³. De même, constitue le délit de publicité trompeuse le fait d'adresser un document publicitaire accompagnant l'envoi de livres à titre gratuit, et précisant que le cadeau reçu n'engage pas le destinataire alors que d'autres mentions lui imposaient de cocher une case ou d'écrire pour éviter de recevoir d'autres livres, cette fois contre paiement¹³⁴.

¹²⁷ Cass Crim 11 Janvier 1990, D 1990 IR p 54

¹²⁸ Cass Crim 20 mars 1979, JCP ed G, IV, 185, GP 1980, 1, p 56

¹²⁹ CA Paris, 25 mai 1981, RTDC 1981.622, obs Bouzat, Cass Crim 2 octobre 1985, Bull Crim p 747

¹³⁰ Crim., 15 octobre 1997, Bull. n° 337 : pour des conditions de voyage différentes de celles annoncées par la notice de présentation

¹³¹ TGI Nanterre, 20 février 2001, UFC c/ AOL France, GP 18/19 mai 2001, Jur somm p 75, jugement confirmé sur ce point par la cour d'appel de Versailles, elle même confirmée par la Cour de Cassation : Cass Civ 1ere 9 mars 2004, Communication, commerce électronique 2004, commentaire n° 93, note L. Grynbaum

¹³² Trib. corr. Lyon, 3 févr. 2005, procureur de la République, Association des nouveaux consommateurs du Rhône et autres c/ Thomas C (affaire père Noël.fr)

¹³³ Cass Crim 18 mai 1994, Contrats, Conc. Consom 1994 n° 180 obs Raymond

¹³⁴ Cass Crim 14 février 1996, Bull. n° 79 ,BICC 1er juin 1996 n° 616, GP 19/20 juin 1996 Chron p 99, Droit Pénal 1996 Comm n° 137

10°) conditions d'utilisation : constitue une publicité mensongère un mode d'emploi comportant des indications inexactes de nature à tromper l'acquéreur sur l'utilisation réelle du produit¹³⁵ ou le fait de faire passer un élément d'équipement automobile comme étant obligatoire¹³⁶.

11°) résultats qui peuvent être attendus de l'utilisation du produit ou du service : il s'agit là d'une cause fréquente de publicité mensongère lorsque l'annonceur trompe les consommateurs sur les possibilités du produit. Par exemple, lorsqu'il tente de faire croire que des lingettes peuvent protéger du SIDA¹³⁷, qu'une jupe peut faire guérir de la grippe¹³⁸ ou que des aliments, présentés comme étant des "produits diététiques", permettent "d'accélérer la combustion des graisses dans l'organisme sans sensation de fatigue ni de régime trop restrictif et sans qu'une activité sportive soit nécessaire"¹³⁹.

12°) Ce type de publicité trompeuse se rapproche de celles portant sur la propriété des biens ou des services .

13°) portée des engagements pris par l'annonceur : il s'agit en règle générale de publicité portant sur des promesses non tenues, comme, par exemple, un service après vente, des services ou un bien accessoires à la prestation ou au produit principal¹⁴⁰ ou des délais de livraison¹⁴¹. Une publicité annonçant à un consommateur qu'il est le gagnant d'une loterie peut également constituer le délit de publicité trompeuse¹⁴², de même que l'édition de prévisions astrales sans établissement de l'étude préalable promise sur la situation personnelle du client¹⁴³.

14°) identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs ou des prestataires : l'identité ou la qualité du vendeur ou du prestataire de service constitue un élément important dans la détermination du cocontractant. Ainsi, tromper le public sur sa qualité professionnelle, comme se faire passer, à tort, pour un "maître torréfacteur"¹⁴⁴, un

¹³⁵ CA Rouen 23 octobre 1978, Cah. dr. Entreprise 1980 n° 2 p 23

¹³⁶ CA Paris , 3 mai 1976, GP 1977, 1, 138

¹³⁷ CA Paris 1er mars 1993, Contrats, Conc, Consom 1993 n° 139 obs Raymond

¹³⁸ TGI Paris, 24 novembre 1965, D 1967 p 52 note Fourgoux

¹³⁹ CA Paris 4 mars 1996, Contrats, Conc. Consom. 1996 n° 116 obs Raymond

¹⁴⁰ Cass Crim 3 janvier 1984, Bull Crim n° 1, Cass Crim 22 décembre 1986, D 1987, IR, 29

¹⁴¹ CA Lyon 7eme ch. 7 mars 2007, Communications, comm.. electr. 2007, comm n° 84 note A. Debet

¹⁴² Cass Crim 8 mars 1990, JCP 1990 II, 21542 note Robert

¹⁴³ Crim., 23 avril 1997, Bull. n° 143

¹⁴⁴ Cass Crim 18 octobre 1995, GP 26 mai 1996 p 28)

expert¹⁴⁵, mais également sur la capacité de son entreprise en présentant une petite entreprise de détail comme un important grossiste¹⁴⁶ ou à l'inverse en se présentant comme un simple particulier¹⁴⁷ pour un prothésiste dentaire non titulaire du diplôme de chirurgien dentiste proposant des travaux de fabrication et de réparation dentaires qui lui sont interdits¹⁴⁸ ou organisateur d'un stage de karaté se prévalant d'un titre qui ne lui a pas été délivré conformément aux dispositions légales¹⁴⁹ ou, pour un fabricant de pneumatiques, de laisser croire à la clientèle d'un magasin que l'un des vendeurs de celui-ci, qui conseille à la clientèle l'achat de pneumatiques qu'elle fabrique, appartient à son personnel¹⁵⁰, sur ses motivations en n'indiquant pas, pour un établissement de formation, son obédience à l'église de scientologie¹⁵¹, en laissant croire à une oeuvre désintéressée en se présentant pour une agence de voyages comme une association¹⁵² ou, pour une association ayant pour but d'aider ses membres à trouver un logement, en faisant croire faussement que le bénévolat et l'entraide constituent les moteurs de ses services¹⁵³ ou en se prévalant faussement d'un agrément officiel¹⁵⁴ constituent des cas de publicité trompeuse. Il a été également jugé que la POSTE, en émettant une publicité laissant entendre qu'elle pouvait délivrer des prêts immobiliers alors que ses statuts ne lui permettent que de proposer des plans épargne-logement, contrevenait aux dispositions de l'article L 121-1 du Code de la Consommation¹⁵⁵.

A également été jugé qu'une entreprise de dépannage, en faisant paraître dans différents annuaires téléphoniques des adresses dans les 20 arrondissements de Paris et dans quarante et une adresse en banlieue alors qu'elle n'avait pas dans chaque arrondissement une activité commerciale réelle mais une simple ligne téléphonique, trompait le consommateur sur ses aptitudes dans la mesure où il pouvait dans ces conditions penser qu'il contractait avec une entreprise importante¹⁵⁶.

C l'élément moral

¹⁴⁵ Cass Crim 15 février 1982, D 1983, 275 note Mayer et Pizzio

¹⁴⁶ Cass Crim 14 novembre 1991, BID 1992 n° 3 p 21

¹⁴⁷ Cass Crim 22 juin 1993, BID 1994 n° 1 p 29

¹⁴⁸ Crim., 14 mai 1997, Bull. n° 183

¹⁴⁹ Crim., 15 octobre 1997, Bull. n° 338

¹⁵⁰ Cass Crim 23 février 1989, Bull Crim n° 91, BICC 15 juin 1989 n° 625

¹⁵¹ Cass Crim 15 novembre 1990, RTDCom 1991 p 683 n° 7 obs Bouzat

¹⁵² CA Paris 10 décembre 1971, JCP ed. G 1972, II, 16976, note DS

¹⁵³ Cass Crim 23 janvier 1992, Bull Crim n° 26, BICC 15 mai 1992 n° 894

¹⁵⁴ Paris 22 mars 1973, JCP 1973, II, 17459 note Divier

¹⁵⁵ CA Versailles 10 avril 1990, GP 19/20 juillet 1996, Jur p14

¹⁵⁶ C Paris 13 eme ch section A 22 novembre 2000, GP 18, 19 mai 2001, Jur somm p 69

Le droit pénal pose comme principe général que toute infraction doit avoir été commise avec « intelligence et volonté » (Cass Crim 13 dec 1956 D1957 J 349). Ce principe, communément admis par la doctrine et la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, a été repris de façon expresse par ce dernier dans son article 121-3 qui précise « *il n'y a point crime ni délit sans intention de le commettre* ». Appliqué au délit de publicité trompeuse, il devrait supposer la mauvaise foi de l'auteur de la publicité.

Antérieurement à la loi du 27 décembre 1973, le délit de publicité mensongère était réprimé par la loi du 2 juillet 1966 qui exigeait expressément qu'elle eût été faite dans l'intention de tromper. Cette exigence, qui fut la cause essentielle de son ineffectivité, a été supprimée dans le texte de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973.

Après un temps d'hésitation (Cass Crim 4 mars 1976, GP 1976, I 417, Cass Crim 26 mai 1976, GP 1976, 2, note Fourgoux), la Cour de Cassation en a déduit que le délit de publicité de nature à induire en erreur était constitué même si la preuve que l'annonceur avait eu l'intention de tromper n'était pas rapportée (Cass Crim 4 décembre 1978, D 1979, IR, obs Roujou de Boubée, Cass Crim 13 mars 1979, JCP 1979, I, 13104, Cass Crim 27 octobre 1980, RTDCom 1981, 622 obs Bouzat, Cass Crim 3 janvier 1984, JCP 1984 IE 1388, Cass Crim 4 novembre 1986, Revue de Science Criminelle 1987 p 447 obs Fourgoux), au motif que « la mauvaise foi n'est pas un élément constitutif du délit de publicité de nature à induire en erreur », empêchant ainsi les annonceurs de se retrancher derrière leur ignorance.

Il a été considéré dès lors par la Doctrine (voir à ce sujet J. Calais-Auloy, Droit de la Consommation, Précis Dalloz n° 85) que le délit de publicité mensongère se rangeait dans la catégorie des délits « contraventionnels », c'est-à-dire des délits pour lesquels, par exception au principe du caractère intentionnel des crimes et des délits, l'élément moral est présumé comme en matière contraventionnelle. L'élément moral se déduit de la seule constatation que l'agent a matériellement commis les faits qui lui sont reprochés.

Dans ce type de délit, la personne poursuivie ne peut s'exonérer en démontrant sa bonne foi et ne peut être relaxée que sur la preuve d'un cas de force majeure.

Cette position de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation n'a pas

emporté l'adhésion de l'ensemble de la Doctrine¹⁵⁷ dont les critiques ont contribué à alimenter la résistance de plusieurs juridictions du fond¹⁵⁸.

L'entrée en vigueur du Nouveau Code Pénal aurait permis d'envisager un revirement de la Jurisprudence de la Cour de Cassation. L'article 121-3 du NCP, qui précise qu'il n'y a ni crime ni délit sans l'intention de le commettre, en effet, s'oppose à la survie de la catégorie des délits contraventionnels. Mais l'article 339 de la loi d'adaptation pose le principe que « *tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément* ».

La Chambre Criminelle considère ainsi que si le délit de publicité de nature à induire en erreur fait partie de la catégorie des délits non intentionnels visés à l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 et pour lesquels la preuve de la mauvaise foi n'est pas nécessaire, il convient néanmoins de rechercher si l'imprudence ou la négligence du prévenu est caractérisée.

Cependant, loin de revenir à la situation antérieure à 1973, elle juge que l'élément intentionnel peut résulter du simple fait de n'avoir pas vérifié la sincérité et la véracité du message publicitaire avant d'en assurer la diffusion¹⁵⁹.

D Répression

1°/ Personnes punissables

L'article 121-5 désigne l'annonceur, c'est-à-dire celui pour le compte duquel la publicité est diffusée, comme auteur principal. Le mandat qu'il peut consentir à un tiers pour faire paraître une publicité ne lui fait pas perdre cette qualité et il peut être déclaré coupable du délit si elle comporte des allégations mensongères¹⁶⁰. Lorsqu'un franchisé utilise personnellement des affichettes remises par son franchiseur et qui comportent des mentions de nature à induire en erreur, il engage

¹⁵⁷ Delmas-Marty, Code Pénal, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain, D 1986, Chron 27, Fourgoux, Revue de Science Criminelle 1987 p 445, Patin, Fourgoux, Mihailov et Jeannin, Droit de la Consommation, 2eme éd F.11 et s

¹⁵⁸ Grenoble 6 mars 1980, Revue de Science Criminelle 1987 p 446 obs Fourgoux, Colmar 9 sept 1982 GP 1982, somm 380, Douai 17 mars 1983, GP 30 juin 1983

¹⁵⁹ Cass Crim 14 décembre 1994, Bull Crim n° 415, BICC 15 mars 1995 p 22, JCP ed G 1995 IV n° 93 Cass Crim 26 octobre 1999, BICC 1^{er} février 2000, n° 11° p 20

¹⁶⁰ Cass Crim 27 mars 1996, D 1996 IR p 168

directement sa responsabilité en tant qu'annonceur s'il n'assure pas les prestations annoncées¹⁶¹. Une solution identique s'impose lorsque le prévenu a utilisé des documents publicitaires conçus par un tiers dès lors qu'il les utilise pour son propre compte et que cette utilisation aboutit à en rendre le contenu trompeur¹⁶².

S'il s'agit d'une personne morale, la responsabilité incombe à ses dirigeants¹⁶³.

La jurisprudence admet la possibilité pour le dirigeant de se décharger de sa responsabilité pénale en déléguant ses pouvoirs à un salarié en estimant qu' »aucune disposition de la loi du 27 décembre 1973 n'interdit au chef d'entreprise de déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un préposé »¹⁶⁴.

La Chambre Criminelle est néanmoins plus restrictive sur ce point en matière de publicité par rapport aux autres domaines d'application des délégations de pouvoir (hygiène et sécurité du Travail, pollution, coordination des transports, blessures involontaires) puisqu'elle ne l'admet que lorsqu' »étant dans l'impossibilité totale d'assurer le contrôle des campagnes de publicité qu'il lance, le Chef d'entreprise se trouve contraint de déléguer ses pouvoirs et sa responsabilité à un membre qualifié de son personnel »¹⁶⁵.

Rappelons que, de manière générale, la délégation de pouvoir n'est valable qu'à la condition d'une part qu'il s'agisse d'une entreprise suffisamment importante pour empêcher le chef d'entreprise d'assurer une surveillance effective¹⁶⁶ et que le délégué soit pourvu de la compétence et de l'autorité nécessaire pour veiller efficacement aux mesures édictées (Cass Crim 21 février 1968, BC n° 57), notamment en disposant de la possibilité de donner des ordres, de moyens financiers autonomes et d'un pouvoir disciplinaire. Cependant, lorsqu'il s'agira d'une campagne publicitaire d'une ampleur nationale et nécessitant d'importants moyens financiers dépassant les compétences du délégataire, le chef d'entreprise ne pourra s'exonérer de sa responsabilité (Cass Crim 29 mars 1995, JCP 1995 ed G IV 1627, DPenal 1995 Comm 183).

¹⁶¹ Cass Crim 27 novembre 1990, Revue de Science Criminelle 1991 p 361 obs Fourgoux, BICC 1^{er} février 1991 p 28

¹⁶² Cass Crim 3 septembre 1992, Bull Crim n° 281, BICC 1^{er} décembre 1992 p 17

¹⁶³ Cass Crim 30 octobre 1995, Droit Pénal 1996 n° 62 note Robert, Contrats, Conc. COnsom. 1996 n° 66 obs Raymond

¹⁶⁴ Cass Crim 7 décembre 1981, BC, n° 325, D 1982, IR, 151

¹⁶⁵ Cass Crim 2 février 1982, BC n° 36, JCP 1982, CI, I, 10567

¹⁶⁶ Cass Crim 3 janvier 1964, GP 1964, I, 313

On peut regretter que l'entrée en vigueur du Nouveau Code Pénal n'ait pas abouti à inclure le délit de publicité mensongère dans les délits susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale des personnes morales.

Les autres agents qui ont concouru, c'est-à-dire en règle générale l'agence de publicité ou le support, à la réalisation de la publicité peuvent également être poursuivis, mais en qualité de complices, à condition qu'ils aient accompli en connaissance de cause les actes constitutifs de l'infraction¹⁶⁷.

Le second alinéa de l'article L 121-5 précise que le délit est constitué dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France, ce qui permet la poursuite d'une publicité émise à partir de l'étranger mais reçue en France. S'agissant de l'action civile, l'article 5-3 du règlement de Bruxelles I prévoit qu'en matière délictuelle, une partie peut être atraite devant le tribunal du lieu ou le dommage s'est produit ou risque de se produire.

On rappellera à cet égard que, dans un domaine proche, la cour d'appel de Paris s'est déclarée compétente pour interdire au moteur de recherche Yahoo la mise en vente d'objets et de trophées nazis sur son site sur le site au motif que la publicité faite pour de tels objets constituait le délit d'apologie de crime de guerre puni par la loi française dès lors que ces offres pouvaient être vues et reçues sur le territoire national et que l'internaute pouvait y accéder du fait de la simple existence d'un lien informatique¹⁶⁸

Egalement dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation qui a jugé qu'« a légalement justifié sa décision au regard de l'article 5.3° de la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 la cour d'appel qui retient la compétence des juridictions françaises pour connaître, en matière de contrefaçon, de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne, en constatant que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel »¹⁶⁹.

La cour d'appel de Paris¹⁷⁰ a, en revanche, déclaré les juridictions

¹⁶⁷ Cass Crim 18 mai 1994, Bull Crim n° 195 BICC 1^{er} octobre 1994 p 20

¹⁶⁸ CA Paris 17 mars 2004, cf, a propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris que la cour d'appel a confirmé : E. Wery « Yahoo (re)condamnée en référé : à problème complexe solution boiteuse », 22 novembre 2000, www.droit-technologie.org

¹⁶⁹ Cass. 1^{ere} civ. 9 décembre 2003, Bull. civ. I n° 245

¹⁷⁰ CA Paris 4^{eme} ch. 6 juin 2007, JCP ed. G 2007, II, 10151

françaises incompétentes pour juger un litige relatif à l'affichage, par Google, de liens commerciaux apparaissant, non pas sur « google.fr » mais sur « google.ca », « google.de » et « google.co.uk », en retenant que ces pages d'accueil de google, rédigées en allemand ou en anglais et renvoyaient exclusivement sur des sites étrangers, étaient destinées aux publics allemand, britannique et canadien de langue allemande et anglaise, de sorte qu'il n'existait pas de lien suffisant, substantiel ou significatif, entre les faits ou actes imputés au défendeur et le dommage allégué en France.

2°/ Procédure

L'article L 121-2 du Code de la Consommation donne compétence à trois catégories de fonctionnaires pour constater et poursuivre le délit:
les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes,
les agents de la direction générale de l'alimentation du ministère de l'agriculture,
les agents du service de métrologie du ministère de l'industrie.

Ils sont habilités à constater, au moyen de procès-verbaux, les infractions aux dispositions de l'article L 121-1. Ils disposent également du pouvoir d'exiger de l'annonceur la mise à leur disposition de tous les éléments propres à justifier les allégations, indications ou présentations publicitaires.

Ils peuvent également exiger de l'annonceur, de l'agence de publicité ou du responsable du support, la mise à leur disposition des messages publicitaires diffusés.

En cas de refus opposé à l'une de ces deux dispositions, ces derniers peuvent être condamnés à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 1.000 à 250.000 francs (article L 121-7 alinéa 2).

Lorsqu'ils constatent une infraction, ces fonctionnaires transmettent leur procès verbal au Procureur de la république qui reste seul juge de l'opportunité des poursuites.

Les dispositions de l'article L 121-2 ne font pas obstacle à ce que le délit de publicité mensongère soit constaté dans les conditions de droit commun par des officiers ou agents de police judiciaire, ou que les poursuites soient initiées par les victimes de l'infraction, pris individuellement ou par l'intermédiaire d'associations de consommateurs.

L'article L 121-3 prévoit la possibilité pour le tribunal saisi des poursuites ou pour le juge d'instruction, sur réquisition du ministère public ou d'office, d'ordonner la cessation de la publicité (article L 121-3).

La mesure ainsi prise est exécutoire par provision nonobstant toute voie de recours. Le texte prévoit que la mainlevée peut être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée et qu'elle cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe. Ce dernier cas laisse penser que lorsqu'elle est prononcée par le Tribunal, elle peut intervenir avant qu'il ne statue sur la culpabilité du prévenu, de sorte qu'elle ne constitue pas une peine complémentaire mais une simple mesure de sûreté.

Elle peut faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel lorsqu'elle est prononcée par le tribunal et devant la chambre d'accusation lorsqu'elle émane du juge d'instruction. Ces juridictions doivent statuer dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces.

En cas d'inobservation de la mesure ordonnant la cessation de la publicité, l'annonceur peut être condamné à un emprisonnement de trois mois à deux ans et à une amende de 38 000 € (article L 121-7 alinéa 2).

3°/ Sanctions

L'article L 121-6 punit le délit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 38 000 euros.

Au maximum cette amende peut être portée à 50% des dépenses de la publicité constituant le délit. A cet effet, l'article L 121-7 prévoit que le tribunal peut demander tant aux parties qu'à l'annonceur la communication de tous documents utiles. En cas de refus, il peut ordonner la saisie de ces documents ou toute mesure d'instruction appropriée. Il peut en outre prononcer une astreinte pouvant atteindre 4500 euros par jour de retard.

L'article L 121-4 prévoit à titre de peine complémentaire la publication du jugement et la diffusion, aux frais du condamné, d'une ou plusieurs annonces rectificatives. Le refus par l'annonceur de diffuser une annonce rectificative est puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 38 000 € (article L 121-7 alinéa 2).

***Compatibilité européenne** : la Cour de cassation a jugé que les dispositions de l'article L 121-1 du Code de la Consommation étaient compatibles avec la Directive CEE n° 84-450 du 10 septembre 1984 qui définit de façon restrictive la publicité trompeuse mais ne fait pas obstacle

au maintien par les Etats membres de dispositions visant à assurer une protection plus étendue des consommateurs¹⁷¹.

Section IV L'information pre-contractuelle

sous-section 1 l'utilisation de la langue française

La première des protections des consommateurs sur ce point consiste à leur offrir des contrats rédigés dans leur langue. A cet effet, les lois des 31 décembre 1975 et 4 août 1994 rendent obligatoire, sous peine d'amende, **l'emploi de la langue française** dans la désignation, l'offre, la présentation, la publicité écrite ou parlée, le mode d'emploi ou d'utilisation¹⁷², l'étendue et les conditions de la garantie d'un bien ou d'un service¹⁷³. Pour la Cour de cassation, cette obligation est générale et s'impose à tous, même lorsque l'acheteur est un professionnel spécialisé¹⁷⁴ ou comprend la langue étrangère dans laquelle est rédigé le document litigieux¹⁷⁵. En revanche, elle ne s'applique pas aux marques¹⁷⁶.

Si cette obligation s'impose avec évidence à l'égard des opérateurs installés en France, elle demeure néanmoins problématique pour ceux agissant de l'étranger.

On notera en tout état de cause que la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que les articles 30 du traité et 14 de la directive 79-112 s'opposaient à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement

¹⁷¹ Cass Crim 27 mars 1996, BICC 1er août 1996, n° 826 p 19, GP 21/23 juillet 1996 p 15

¹⁷² CA Montpellier, 3e ch., corr., 27 mai 1999, Juris-Data, no 034117 : dès lors que l'article 2 vise non seulement la présentation, mais encore, la désignation et le mode d'emploi, il en résulte que le prévenu de la qui a présenté en vue de la vente plusieurs accessoires de micro-informatique dont les mentions sur les emballages ou les notices étaient rédigées exclusivement en anglais, est coupable d'avoir commis des contraventions de présentation ou produit en langue étrangère, contravention prévue et réprimée précisément par l'article 1 du décret no 95-240 du 3 mars 1995 et par l'article 2 alinéa 1 de la loi de 1994

¹⁷³ Véronique Staeffen et Laurence Veyssiere, Publicité et Langue Française, GP 26 au 28 novembre 1995 chron p 3

¹⁷⁴ Crim 3 novembre 2004, BICC 1er février 2005 n° 156, pourvoi n° 03-85.642, bien que la délégation générale à la langue française considère pour sa part que la loi Toubon est limitée à la protection du consommateur

¹⁷⁵ CA Paris, 13e ch., 17 déc. 1999, Juris-Data no 109740, précisant en particulier que : « la loi du 4 août 1994 tend à la protection de la langue française elle-même, peu important que le consommateur susceptible d'acheter un produit dont l'emballage ou la notice est écrit en langue étrangère soit un particulier ou professionnel »

¹⁷⁶ CA Paris, 23 févr. 1981, Ann. propr. ind. 1981, p. 31

comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures.¹⁷⁷

Tirant les conséquences de cette jurisprudence, une instruction du directeur général de la DGCCRF d'avril 2002 et destinée aux services de contrôle de la DGCCRF, confirme que la loi Toubon ne s'oppose pas, pour les mentions obligatoires et facultatives d'étiquetage, à la possibilité d'utiliser à la place de la langue française d'autres moyens d'information du consommateur tels que des dessins, symboles, pictogrammes ou expressions dans une langue facilement compréhensible pour le consommateur. Toutefois, ces moyens d'information alternatifs doivent permettre d'assurer un niveau d'information équivalent à celui recherché par la réglementation et ne doivent pas être de nature à induire le consommateur en erreur.

L'instruction réserve cependant le cas particulier des directives communautaires, qui, pour certaines catégories de produits (jouets, cosmétiques, équipement de protection individuelle, etc.), imposent l'usage de la langue nationale. Dans ce cas, les opérateurs ne peuvent pas substituer d'autres moyens d'information à l'emploi de la langue nationale.

sous-section 2 la présentation des produits et des services

A l'obligation générale d'information du professionnel

1°) Une obligation d'information spécifique au commerce électronique : l'obligation générale d'identification

L'accès par le consommateur au site marchand constitue la phase préliminaire pendant laquelle le contenu du contrat est étudié et précisé. Le contrat n'est pas encore formé et, bien que les parties ne soient encore liées par aucune obligation contractuelle, l'article 19 de la loi du 21 juin 2004 impose aux personnes qui exercent l'activité de commerce électronique telle que définie à l'article 14¹⁷⁸ de s'identifier¹⁷⁹.

¹⁷⁷ CJCE 12 septembre 2000, D 2001, Jur p 1458 note JM Pontier

¹⁷⁸ « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des 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. » (article 14).

¹⁷⁹ Cette obligation d'identification fait d'ailleurs double emploi avec de nombreuses dispositions qui imposent aux professionnels une telle obligation, telles que les articles L 441-3 du Code de commerce et L 121-18 1° du Code de la consommation.

a) champ d'application

Curieusement, cette disposition ne s'applique qu'aux vendeurs ou fournisseurs de service, et donc pas aux acheteurs, qui ne sont pas inclus dans la définition de l'article 14. En revanche, elle s'impose quelle que soit la qualité de l'acheteur, professionnel ou consommateur.

Il semble aussi que cette disposition s'impose aussi aux particuliers qui proposeraient une offre de contracter sur internet dès lors que la définition donnée par l'article 14 du commerce électronique n'exclut pas le C to C ¹⁸⁰

Cette obligation s'impose aussi quel que soit le support utilisé. L'obligation d'information s'applique donc aussi aux téléphones portables, qui sont devenus le vecteur de nouvelles formes de commerce électronique avec l'utilisation des messages courts (SMS et MMS) qui proposent téléchargement de sonneries, jeux et concours, réservations de spectacles, etc.

Toutefois, la multiplication d'informations à afficher par le vendeur pose des problèmes pratiques considérables dans le cas du commerce par téléphonie mobile (aussi appelé M-commerce), car les portables ne sont pas conçus pour afficher autant de données à l'écran (conditions générales, informations sur le vendeur, sur le processus de commande, etc.). C'est la raison pour laquelle, le législateur a prévu que « *les obligations d'information et de transmission des conditions contractuelles visées aux articles 19 et 25 sont satisfaites sur les équipements terminaux de radiocommunication mobile selon des modalités précisées par décret (non paru à ce jour)* » (article 28).

b) mode de présentation des informations

Ces informations doivent être d'un accès facile, direct et permanent sur sa page d'accueil et sur chacune des pages visionnées par le client à partir du moment où il commence la transaction .

L'accès facile implique que l'information doit atteindre le destinataire de façon logique, sans qu'il ait à effectuer de recherches , ni à utiliser de logiciel particulier. Ces informations doivent être ainsi à disposition au moyen d'un « standard technique ouvert », c'est à dire qu'elles doivent

¹⁸⁰ En ce sens, Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30

être lisibles par les divers logiciels ordinairement installés sur un ordinateur personnel.¹⁸¹

L'exigence d'un accès direct conduit à s'interroger sur la possibilité de recourir à un lien hypertexte pointant vers une "notice légale".

Enfin, l'obligation de fournir un accès permanent à ces informations implique que le destinataire de l'offre soit en mesure, à tout stade de la transaction, de revenir aisément sur les informations préalables et de les consulter.

c) contenu des informations

Le but du texte, c'est de permettre aux personnes qui sollicitent un professionnel proposant ses produits ou ses services sur internet de savoir à qui elles ont affaire, comment le joindre¹⁸² et, en cas de litige, où le traduire en justice.

Ainsi, les informations exigées sont les suivantes :

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

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

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

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

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

6° Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat

¹⁸¹ Olivier Cachard, « *Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », RLDC 2004.314

¹⁸² J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178

membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite.

A ces obligations s'ajoutent celle résultant de l'article 29 du décret du 9 mai 2007 relatif au registre du commerce et des sociétés et modifiant l'article R 123-237 du code de commerce qui désormais énonce notamment que toute personne immatriculée au registre du commerce et des sociétés doit indiquer sur son site Internet "*la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée*", ainsi que son numéro unique d'identification et le lieu de son siège social.

d) sanctions

Bien qu'il soit mentionné dans le dernier alinéa de l'article 19 que les infractions aux dispositions qu'il énonce sont recherchées et constatées dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, (relatifs aux pouvoirs d'enquête de la DGCCRF) L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce, il ne semble pas que le législateur ait prévu une infraction spécifique. Il n'est cependant pas exclu que le contrevenant puisse faire l'objet d'une injonction par le juge civil de mise en conformité¹⁸³.

En revanche, les dispositions de l'article R 123-237 du code de commerce sont sanctionnées par une contravention de la quatrième classe (750 €)

2°) l'information spécifique des consommateurs

Ces dispositions de la loi du 21 juin 2004 s'appliquent sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, notamment celles relatives aux contrats à distance, que nous étudieront ultérieurement, ainsi que celles issues du droit commun de la consommation.

Ainsi, notamment, **L'article L 111-1 du Code de la Consommation** impose au « *professionnel vendeur de bien ou de service, avant la conclusion du contrat, de mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service* ».

Ce texte est en réalité la transposition en droit de la consommation de

¹⁸³ par ex. TGI Paris 6 décembre 2005, cité par C. Manara : <http://www.journaldunet.com/expert/12066/mentions-legales-d-un-site-web-gare-aux-contraventions.shtml>

l'obligation générale pré-contractuelle de renseignement mise à la charge des professionnels par la jurisprudence¹⁸⁴.

Il vient superposer, sans opérer de substitution (article L 111-3), une obligation générale de renseignement à toutes les obligations particulières mises à la charge des professionnels par des lois ou des règlements spécifiques. (cf supra les décrets pris en application de la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et les falsifications, tel le décret du 7 décembre 1984 modifié par le décret du 18 février 1991 sur l'étiquetage des denrées alimentaires préemballées, et ceux pris en application de l'article 28 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence).

Bien que proche de l'article 1602 du Code Civil qui dispose que « *le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* », l'article L 111-1 ne se limite pas au contrat de vente et a vocation à s'appliquer aussi aux prestations de service. La loi ne faisant à l'égard du contrat de vente aucune distinction, le bien objet du contrat peut être aussi bien un meuble qu'un immeuble.

Bien que les contrats de location ne soient pas expressément visés par ce texte, il est fort probable que la jurisprudence, en procédant par analogie, soumettra les professionnels qui pratiquent la location à cette obligation.

L'information dont le professionnel¹⁸⁵ est débiteur doit porter sur les caractéristiques essentielles de l'objet du contrat. Il n'est donc pas question de lui imposer une information sur l'ensemble des caractéristiques du bien ou du service, mais uniquement sur celles qui déterminent le consommateur à contracter.

L'article L 111-1 ne prévoit pas de sanction particulière. Il constitue cependant un socle qui permet au juge de prononcer la nullité du contrat, soit sur le fondement de l'erreur, soit sur celui du dol, notamment du dol par réticence¹⁸⁶.

¹⁸⁴ notamment, Cass. 1^{ere} civ. 12 novembre 1987, Bull. civ. I n° 293 qui juge que le défaut d'information peut être constitutif de dol, Cass. 3^{eme} Civ. 24 mai 1972, Bull. civ. III n° 324 qui approuve un juge qui condamne à des dommages-intérêts, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, le vendeur professionnel qui n'a pas fourni des informations indispensables

¹⁸⁵ jugé qu'est tenu de respecter l'obligation d'information édictée par l'art. L 111-1 l'entrepreneur du bâtiment qui vend à un non-professionnel du béton qu'il avait commandé à son fournisseur au titre de son activité professionnelle dès lors que l'utilisation de ce matériau entre dans le champ de cette activité : Cass. 1^{ere} civ. 1^{er} mars 2005, Bull. civ. I n° 109

¹⁸⁶ Une Cour d'Appel s'est fondée sur l'article L 111-1, pour prononcer, non pas la nullité, mais la résolution d'une vente par correspondance d'un objet ne comportant pas d'éléments figurant, sans précision, sur la photographie du catalogue (CA Orléans 15 novembre 1995, Contrats, Conc., Consom, 1996 n° 118 obs Raymond).

S'agissant d'une obligation pré-contractuelle, sa violation constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil qui peut donner lieu à l'octroi de dommages intérêts¹⁸⁷ ou à une mesure d'interdiction ordonnée en référé à la demande d'un concurrent¹⁸⁸.

D'autre part, lorsque la violation de cette obligation générale transgresse une disposition réglementaire particulière, elle entraîne le prononcé d'une sanction pénale si ce texte en prévoit une, notamment en cas de tromperie ou de falsification.

B les obligations particulières d'information du professionnel

Ce dispositif est complété par l'article L 214-1 (article 4 de la loi du 1^{er} août 1905) qui prévoit la possibilité pour l'autorité réglementaire, de statuer par décret en ce qui concerne, notamment:

- les modes de présentation ou les inscriptions de toute nature sur les marchandises elles-mêmes, les emballages, les factures, les documents commerciaux ou documents de promotion, en ce qui concerne notamment : la nature, les qualités substantielles, la composition, la teneur en principes utiles, l'espèce, l'origine, l'identité, la quantité, l'aptitude à l'emploi, les modes d'emploi ainsi que les marques spéciales facultatives ou obligatoires apposées sur les marchandises françaises exportées à l'étranger,
- la définition, la composition et la dénomination des marchandises de toute nature, les traitements licites dont elles peuvent faire l'objet, les caractéristiques qui les rendent impropres à la consommation,
- la définition et les conditions d'emploi des termes et expressions publicitaires, dans le but d'éviter une confusion,
- les conditions matérielles dans lesquelles les indications visées au dernier alinéa de l'article L-213-4 devront être portées à la connaissance

¹⁸⁷ Ainsi un Tribunal d'Instance a condamné un vendeur au remboursement du prix d'un pantalon qui avait rétréci anormalement en retenant que l'étiquette de lavage n'interdisait pas de passer au sèche linge (TI Tours, 9 octobre 1992, Contrats, Conc Consom 1994 n° 35 note Raymond également pour un entrepreneur en bâtiment qui n'a pas informé son acheteur sur les caractéristiques essentielles du béton qu'il lui vendait : 1^{ere} civ 1^{er} mars 2005, RLDC 2005, n° 15 p 9, obs Alexandra Decoux, JCP ed G 2005, II 10164 note Bazin).

¹⁸⁸ Par ex *Ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Paris du 17 octobre 2006 publié sur <http://www.legalbiznext.com/droit/IMG/pdf/tc-par20061017.pdf>*

des acheteurs sur les étiquettes, annonces, réclames et papiers de commerce.

Les décrets pris en application de ce texte sont en nombre considérable (l'édition Dalloz du Code de la Consommation édité par Dalloz en fait l'énumération sur 6 pages!) .

Parmi ceux-ci on peut citer à titre d'exemple:

- le décret du 7 décembre 1984 modifié par le décret du 19 février 1991 sur l'étiquetage des denrées alimentaires préemballées qui doivent être munies d'une étiquette comportant la mention de leur dénomination de vente, la liste des ingrédients, la quantité nette, la date limite de consommation ou d'utilisation ainsi que les précautions particulières de conservation, le nom et l'adresse du fabricant ou du conditionneur ou d'un vendeur établi à l'intérieur de la communauté, le lieu d'origine ou de provenance chaque fois que l'omission de cette mention est de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur sur l'origine ou la provenance réelle, le mode d'emploi chaque fois que son omission ne permet pas de faire un usage approprié de la denrée alimentaire des indications sur leur composition ainsi que les précautions d'emploi, le titre alcoométrique volumique acquis pour les boissons titrant plus de 1,2% d'alcool. Il est en outre prévu que cet étiquetage ne doit pas être de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur ou du consommateur, notamment sur les caractéristiques de la denrée alimentaire.

également:

- le décret du 10 février 1955 sur les conserves et demi-conserves alimentaires,
- les décrets des 4 janvier 1955 et du 14 mars 1973 sur les textiles,
- le décret du 24 août 1976 sur les spécialités pharmaceutiques,
- le décret du 28 avril 1977 sur les produits cosmétiques et les produits d'hygiène corporelle,
- le décret du 4 octobre 1978 sur les véhicules automobiles,
- le décret du 14 mars 1986 sur l'ameublement,
- le décret du 7 juillet 1994 sur les appareils domestiques,

Ces dispositions sont sanctionnées, aux termes de l'article 214-2 du Code de la Consommation par des contraventions de la troisième classe (amende de 450 euros).

En outre, la première chambre civile de la Cour de cassation juge que la

méconnaissance de ces dispositions d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat¹⁸⁹.

Le cyber-commerçant devra donc apporter une attention particulière dans la réalisation de son site qui devra respecter ces prescriptions.

conformité européenne Cette réglementation ne peut être étudiée sans faire abstraction des données du droit européen. En effet, la construction communautaire repose, entre autres, sur le principe de la libre circulation des marchandises entre Etats membres, édicté aux articles 30 et suivants du Traité de la Communauté Européenne qui interdit entre états membres les restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation ainsi que toute mesure d'effet équivalent sauf si elles sont justifiées, aux termes de l'article 36, par des raisons de moralité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle ou commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre états membres¹⁹⁰.

Il s'ensuit que, pour la Cour de Justice Européenne, une réglementation nationale entre dans le champ d'application de ce texte dès lors qu'elle est susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire » (CJCE 11 juillet 1974 Dassonville, 8/74, rec p 837).

Parmi celles-ci figurent en premier lieu celles relatives à la présentation des produits et des services.

Le moyen le plus simple pour parvenir à une uniformisation des conditions de mise sur le marché des produits européens consiste à établir entre Etats membres une harmonisation de leurs législations. Il est prévu à cet effet par l'article 214-3 du Code de la Consommation que lorsqu'un règlement de la Communauté Economique Européenne contient des dispositions qui entrent dans le champ d'application des chapitres II à VI, un décret en conseil d'état constate que ces dispositions, ainsi que celles des règlements communautaires qui les modifieraient ou qui seraient pris

¹⁸⁹ 1er civ 7 décembre 2004, pourvoi n° 01-11823, JCP G 2005, IV, 1055, JCP ed G I 141 obs A. Constantin, contrats, conc., consom., 2005 comm n° 59 note Guy Raymond, Droit et procédures 2005 p 179 obs C. Montfort

¹⁹⁰ C.Vahdat, *Quelques aspects relatifs à la libre circulation des marchandises*, GP 10 au 12 décembre 1995, Doctrine p 12

pour leur application, constituent des mesures d'exécution prévues aux articles L 214-1.

Lorsqu'il n'existe pas d'harmonisation européenne, la Cour de Justice des Communautés Européenne considère que tout produit fabriqué conformément à la réglementation d'un état membre doit pouvoir circuler librement à l'intérieur du marché unique européen, de sorte que l'Etat d'importation ne peut s'opposer à la commercialisation d'un produit au motif qu'il ne serait pas conforme à sa propre réglementation relative à la dénomination, la forme, les dimensions, le poids, la composition, la présentation, le conditionnement, dès lors qu'il est conforme à la réglementation du lieu de vente¹⁹¹, sauf en matière de sécurité pour lequel l'Etat d'importation peut invoquer, sous certaines conditions, l'article 36 du Traité de Rome pour s'opposer à l'importation d'un produit ne correspondant pas aux exigences de sécurité imposées par sa réglementation interne.

Cette jurisprudence s'applique de façon analogue à l'égard des réglementations applicables aux services¹⁹².

C La valorisation des produits et des services

La réglementation relative à la valorisation des prix et des services a été conçue dans le but de protéger les professionnels des conséquences d'une concurrence trop agressive et de les inciter à améliorer la qualité de leur production.

Cependant, il n'est pas contestable qu'elle aboutit, indirectement, à améliorer la protection des consommateurs dans la mesure où elle leur garantit certaines des caractéristiques des produits et des services mis à leur disposition. Cet effet indirect a paru suffisant au Législateur pour qu'il fasse figurer dans le Code de la Consommation la loi du 6 mai 1919 sur les appellations d'origine, la loi du 5 août 1980 sur les labels agricoles et les certificats de conformité, la loi du 10 janvier 1978 sur les certificats de qualification, les lois du 3 janvier 1994 et du 3 juin 1994, textes modifiés par la loi d'orientation agricole no 99-574 du 9 juillet 1999.

¹⁹¹ CJCE 20 février 1979 Cassis de Dijon, Rev. Trim. Dr. Europ. 1980. 765, CJCE Plen 24 novembre 1993 Keck et Mithouard, RJDA 2/94 n° 243 chron B de Maissac p 123

¹⁹² CJCE 25 juillet 1991 aff C/76/90 Säger et Dennemeyer Rec I p 4221, C 288/89, Gouda, Rec I p 4007 et C 353/89 Commission c Pays Bas, Rec I p 4069 p 4069, GP 10 au 12 décembre 1995 Jurisprudence p 18 note Huglo, CJCE 24 mars 1994 affaire C/275/92 Schindler, Rec I p 1039, GP 10 au 12 décembre 1995 p 21 note Huglo, CJCE 10 mai 1995, aff C 384-93 Alpine Investissement, D 1995 sommaires Commentés p 317 pour des services financiers proposés par téléphone

Leur étude complète, qui emprunte en large part au droit des marques, au droit de la propriété industrielle et au droit agricole, nécessiterait de trop longs développements par rapport à l'objet de notre ouvrage. Nous bornerons donc à les examiner de façon sommaire.

1°/ L'appellation d'origine

L'appellation d'origine est la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels ou humains (article L 115-1 du Code de la Consommation).

Elle constitue un droit collectif réservé aux producteurs d'une zone déterminée dont la notoriété permet à ses titulaires de faire supposer qu'ils remplissent certaines caractéristiques. Elle se distingue ainsi de la marque dans la mesure où tout producteur originaire d'une zone bénéficiant d'une appellation d'origine peut en bénéficier.

Elle se différencie également de l'indication de provenance qui ne repose que sur l'origine de fabrication du bien. L'appellation d'origine est au contraire réservée aux zones géographiques dont les caractéristiques géographiques (structure du sol, climat, milieu écologique) et socio-économiques (mode de production ou de fabrication) influencent les caractéristiques et les qualités d'un produit.

Constituent ainsi des appellations d'origine par exemple les volailles de Bresse, le cassis de Dijon, le vin du Médoc ou les rillettes du Mans.

On notera par ailleurs que certaines zones géographiques sont tombées dans le domaine public et ne servent qu'à désigner un produit générique (le savon de Marseille, l'eau de Cologne, l'eau de javel, le jambon de Paris pour ne citer qu'eux).

Le Code de la consommation distingue deux types d'appellation contrôlée suivant qu'elles visent des produits non agricoles ni alimentaires ou des produits agricoles ou alimentaires.

a) L'appellation d'origine des produits ni agricoles ni alimentaires

Elle ne concerne en réalité qu'un petit nombre de produits, essentiellement artisanaux. Tout produit ne peut en effet prétendre

bénéficiaire d'une appellation d'origine. Pour ce faire, il doit avoir été fabriqué suivant des usages locaux, que l'article L 115-2 du Code de la Consommation qualifie de loyaux et constants, propres à son lieu d'origine, comme par exemple la dentelle de Calais ou du Puy, la toile de Cholet, les poteries de Vallauris.

Le droit de se prévaloir d'une telle appellation d'origine n'est pas subordonné à une reconnaissance préalable . Tout producteur qui prétend pouvoir user d'une appellation peut le faire sans autorisation.

Cependant, il s'expose à ce qu'un autre producteur estime que cet usage est appliqué à son préjudice direct ou indirect, et contre son droit, et exerce une action en justice pour faire interdire l'usage de cette appellation.(article L 115-8 du Code de la Consommation).

La même action appartient aux syndicats et associations régulièrement constitués, depuis six mois au moins, quant aux droits qu'ils ont pour objet de défendre.

L'action est portée devant le tribunal de grande instance du lieu d'origine du produit dont l'appellation est contestée selon la procédure à jour fixe. L'audience est précédée d'une publicité insérée dans un journal d'annonces légales dans les huit jours qui suivent l'assignation et les quinze jours qui précèdent l'audience. Cette publicité a pour objet de permettre à toute personne, tout syndicat et association intéressé d'intervenir dans la procédure et confère ainsi au jugement l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les habitants et propriétaires de la même région, de la même commune ou, le cas échéant, d'une partie de la même commune (ce qui constitue, soit dit en passant, une exception notable au principe de l'autorité relative de la chose jugée).

Le juge peut, dans sa décision, sur la base d'usages locaux, loyaux et constants, délimiter l'aire géographique de production et déterminer les qualités ou caractères du produit .

Il est d'autre part prévu (article L115-9) que la juridiction saisie peut également connaître des actions tendant à interdire de faire figurer, sur les produits autres que ceux bénéficiant de l'appellation d'origine ou sur les emballages qui les contiennent et les étiquettes, papiers de commerce et factures qui s'y réfèrent, toute indication pouvant provoquer une confusion sur l'origine des produits. Cette action est ouverte même si l'aire géographique de production a été définitivement délimitée judiciairement.

A défaut de détermination judiciaire, la protection d'une appellation d'origine peut résulter d'un décret pris en conseil d'Etat qui délimite l'aire géographique de production et détermine les qualités et caractères d'un produit portant une appellation d'origine en se fondant sur des usages locaux, loyaux et constants. Le décret est pris après une enquête publique comportant la consultation des groupements professionnels directement intéressés.

La publication de ce décret fait obstacle à ce qu'une partie engage pour l'avenir une action judiciaire de protection.

Ce décret peut par ailleurs interdire de faire figurer, sur les produits autres que ceux bénéficiant de l'appellation d'origine ou sur les emballages qui les contiennent et les étiquettes, papiers de commerce et factures qui s'y réfèrent, toute indication pouvant provoquer une confusion sur l'origine des produits.

b) L'appellation d'origine contrôlée des produits agricoles ou alimentaires

Depuis la loi du 1^{er} juillet 1990, seule la procédure administrative permet la reconnaissance des appellations d'origine contrôlée des produits agricoles ou alimentaires.

L'article L 641-5 du Code rural prévoit qu'outre les qualités requises par l'article 115-1, les produits agricoles ou alimentaires, bruts ou transformés, doivent posséder une notoriété dûment établie et faire l'objet d'une production soumise à des procédures d'agrément comportant une habilitation des opérateurs, un contrôle des conditions de production et un contrôle des produits .

Elles doivent en outre faire l'objet d'une reconnaissance délivrée par décret, sur proposition de l'institut national des appellations d'origine. Depuis le 24 juillet 1993, à l'exception des vins, l'appellation doit en outre faire l'objet d'un enregistrement par la Commission européenne comme appellation d'origine protégée (AOP) ou indication d'origine protégée (IOP) (Règl. CE n° 2081/92 et 2082/92 du Conseil du 14 juillet 1992).

Cette protection est particulièrement efficace. L'ancien article 115-5 du code de la consommation prévoyait en effet que le nom géographique qui constituait l'appellation d'origine ou toute autre mention l'évoquant ne pouvait être employé pour aucun produit similaire ni pour aucun autre produit ou service lorsque cette utilisation est susceptible de détourner ou

d'affaiblir la notoriété de l'appellation d'origine. C'est ainsi que des producteurs de champagne ont pu empêcher l'utilisation de leur appellation pour un parfum¹⁹³.

Ce texte a été modifié par l'ordonnance du 7 décembre 2006. Désormais, c'est l'article L 643-2 du code rural qui dispose que l'utilisation d'indication d'origine ou de provenance ne doit pas être susceptible d'induire le consommateur en erreur sur les caractéristiques du produit, de détourner ou d'affaiblir la notoriété d'une dénomination reconnue comme appellation d'origine ou enregistrée comme indication géographique protégée ou comme spécialité traditionnelle garantie, ou, de façon plus générale, de porter atteinte, notamment par l'utilisation abusive d'une mention géographique dans une dénomination de vente, au caractère spécifique de la protection réservée aux appellations d'origine, aux indications géographiques protégées et aux spécialités traditionnelles garanties.

Pour les produits ne bénéficiant pas d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique protégée, l'utilisation d'une indication d'origine ou de provenance doit s'accompagner d'une information sur la nature de l'opération liée à cette indication, dans tous les cas où cela est nécessaire à la bonne information du consommateur.

Toutefois, cette disposition ne s'applique pas aux vins, aux vins aromatisés, aux boissons aromatisées à base de vin, aux cocktails aromatisés de produits vitivinicoles ainsi qu'aux spiritueux.

Enfin, l'article L 641-10 du code rural assure la liaison entre la réglementation nationale et la réglementation européenne. Ainsi, doivent solliciter le bénéfice d'une appellation d'origine protégée les produits agricoles ou alimentaires entrant dans le champ d'application du règlement (CE) n° 510/2006 du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires auxquels une appellation d'origine contrôlée a été reconnue.

Si le produit ne satisfait pas aux conditions posées par le règlement européen et se voit refuser le bénéfice de l'appellation d'origine protégée, il perd celui de l'appellation d'origine contrôlée qui lui a été reconnue.

¹⁹³ CA Paris 15 décembre 1993, JCP 1994 II 22229 note Pollaud-Dullian, RJDA 1994 chron p 213 Grynfoegel

Sanctions pénales : comme de nombreuses règles édictées dans un but de régulation de la concurrence, les dispositions relatives aux appellations d'origine sont sanctionnées pénalement.

Ainsi, l'article 115-16 du Code de la Consommation punit des peines de deux ans d'emprisonnement et de 37500 € le fait :

1° De délivrer une appellation d'origine contrôlée sans satisfaire aux conditions prévues à l'article L. 642-3 du code rural ;

2° De délivrer une appellation d'origine contrôlée qui n'a pas fait l'objet de l'homologation prévue à l'article L. 641-7 du code rural ;

3° D'utiliser ou de tenter d'utiliser frauduleusement une appellation d'origine ;

4° D'apposer ou de faire apparaître, par addition, retranchement ou par une altération quelconque, sur des produits, naturels ou fabriqués, mis en vente ou destinés à être mis en vente, une appellation d'origine en la sachant inexacte ;

5° D'utiliser un mode de présentation faisant croire ou de nature à faire croire qu'un produit bénéficie d'une appellation d'origine ;

6° De faire croire ou de tenter de faire croire qu'un produit assorti d'une appellation d'origine est garanti par l'Etat ou par un organisme public.

Les personnes, syndicats et associations visées aux deux premiers alinéas de l'article L 115-8 peuvent se constituer partie civile.

2/ Label rouge, indication géographique protégée et certifications des produits alimentaires et agricoles

Le label rouge atteste que ces denrées et produits possèdent des caractéristiques spécifiques établissant un niveau de qualité supérieure, résultant notamment de leurs conditions particulières de production ou de fabrication et conformes à un cahier des charges, qui les distinguent des denrées et produits similaires habituellement commercialisés. (article L 641-1 du code rural). Ce produit doit se distinguer des produits similaires de l'espèce habituellement commercialisés, notamment par ses conditions particulières de production ou de fabrication et, le cas échéant, par son origine géographique .

La certification de conformité atteste qu'une denrée alimentaire ou un produit agricole non alimentaire et non transformé respecte des règles portant, selon le cas, sur la production, la transformation ou le conditionnement, fixées par produit ou par famille de produits par arrêté du ou des ministres intéressés. (article L 641-20 du code rural). A la

différence du label rouge, le certificat de conformité ne garantit pas un niveau de qualité supérieure.

Label rouge et certificat de conformité sont délivrés par des organismes certificateurs agréés par l'autorité administrative. Ces derniers doivent offrir des garanties d'impartialité et d'indépendance et n'être, notamment, ni producteur, ni fabricant, ni importateur, ni vendeur de produits de même nature, et justifier de leur compétence et de l'efficacité de leur contrôle.

Le label rouge ne peut être utilisé que s'il a fait l'objet d'une homologation par arrêté ministériel, sur proposition de l'Institut national de l'origine et de la qualité. Il en est de même des certifications de conformité qui attestent l'origine géographique.

L'utilisation frauduleuse du label rouge ou d'une certification de conformité est sanctionnée par les peines prévues en matière de fraude et de falsification (article L 11526 du Code de la Consommation).

L'indication géographique protégée atteste qu'un produit agricole ou alimentaire satisfait aux conditions posées par le règlement CE n° 510/2006 du 20 mars 2006 relatif à la protection des indications géographiques et des appellations d'origine des produits agricoles et des denrées alimentaires et qui font l'objet, pour l'application de ce règlement, d'un cahier des charges proposé par l'Institut national de l'origine et de la qualité, homologué par arrêté du ou des ministres intéressés.

3/ Certification des services et des produits autres que les produits alimentaires

Constitue une certification de produit ou de service soumise aux dispositions de la présente section l'activité par laquelle un organisme, distinct du fabricant, de l'importateur, du vendeur ou du prestataire, atteste, à la demande de celui-ci effectuée à des fins commerciales ou non commerciales, qu'un produit ou un service est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel et faisant l'objet de contrôles (article L 115-27 du Code de la Consommation).

Sont cependant exclus de cette procédure (article L 115-29 du Code de la Consommation):

1° A la certification des denrées alimentaires et des produits agricoles non alimentaires et non transformés mentionnés à l'article L. 115-21 ;

2° Aux autorisations de mise sur le marché des médicaments à usage humain ou vétérinaire faisant l'objet des dispositions du livre V du code de la santé publique ;

3° A la délivrance des poinçons, estampilles, visas, certificats d'homologation, marques collectives ou attestations de conformité aux dispositions communautaires par l'autorité publique ou par des organismes désignés à cet effet et soumis à un contrôle technique ou administratif de l'autorité publique en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ;

4° A la délivrance de labels ou marques prévus par l'article L. 413-1 du code du travail ainsi que des marques d'artisan et de maître artisan pour autant que ces marques ne tendent qu'à attester l'origine d'un produit ou d'un service et la mise en oeuvre des règles de l'art et usages quand ils leur sont spécifiques.

Le référentiel est un document technique définissant les caractéristiques que doit présenter un produit ou un service et les modalités du contrôle de la conformité du produit ou du service à ces caractéristiques. Il doit faire l'objet d'une mention au journal officiel et doit pouvoir être consulté soit gratuitement sur place auprès de l'organisme certificateur, soit par la délivrance de copies aux frais du demandeur.

Peuvent seuls procéder à la certification les organismes qui ont déposé auprès de l'autorité administrative une déclaration relative à leur activité et contenant notamment toutes informations nécessaires en ce qui concerne les mesures destinées à garantir leur impartialité et leur compétence. Les organismes qui bénéficient d'une accréditation par une instance reconnue à cet effet par les pouvoirs publics sont dispensés de fournir ces dernières informations (comme, par exemple l'AFNOR, PROMOTELEC, le Laboratoire National d'Essais).

Lorsqu'ils procèdent à l'élaboration d'un certificat de certification, les organismes certificateurs déposent comme marques collectives de certification, conformément à la législation des marques de fabrique, de commerce et de service, le signe distinctif qui, le cas échéant, accompagne ou matérialise la certification (par exemple la marque NF).

Toute référence à la certification dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que sur les documents commerciaux qui s'y rapportent, doit être accompagnée d'informations claires sur la nature et l'étendue des caractéristiques certifiées.

L'article L 115-30 punit des peines prévues en matière de fraude et de falsification:

- le fait, dans la publicité, l'étiquetage ou la présentation de tout produit ou service, ainsi que dans les documents commerciaux de toute nature qui s'y rapportent, de faire référence à une certification qui n'a pas été effectuée dans les conditions définies aux articles L 115-27 et L 115-28,
 - le fait de délivrer, en violation de ces dispositions, un certificat ou tout autre document attestant qu'un produit ou un service présente certaines caractéristiques ayant fait l'objet d'une certification,
 - le fait d'utiliser tout moyen de nature à faire croire faussement qu'un organisme satisfait aux conditions définies aux articles L 115-27 et L 115-28,
- le fait d'utiliser tout moyen de nature à faire croire faussement au consommateur ou à l'utilisateur qu'un produit ou un service a fait l'objet d'une certification,
- le fait de présenter à tort comme garanti par l'état ou par un organisme public tout produit ou service ayant fait l'objet d'une certification.

4/ La certification des sites internet

L'absence de confiance des consommateurs dans la qualité et l'identité de leurs prestataire est communément admis comme constituant un frein puissant au développement du commerce électronique. Aussi, est-il apparu aux yeux de beaucoup que les marques de qualité pouvaient être de nature à asseoir la confiance des consommateurs¹⁹⁴. En France, la certification de sites Internet marchands, au sens de la loi de 1994, fait à l'heure actuelle l'objet de trois initiatives sérieuses: la certification WEBCERT de l'AFAQ, la certification WEBVALUE du Bureau VERITAS, et la certification ELITE SITE LABEL.

a) La certification WEBCERT de l' AFAQ

L'Association Française pour l'Assurance Qualité, (AFAQ) a élaboré en 1999 une prestation de certification orientée vers le commerce électronique: la certification WEBCERT qui s'adresse aux entreprises qui possèdent un site Internet de vente de produits ou de services .

La certification WEBCERT envisage la majorité des paramètres de la transaction commerciale sur Internet: les informations qui doivent figurer sur la page d'accueil afin que le consommateur puisse, dès son accès

¹⁹⁴ V. Gautrais, Labellisation des sites sur internet et protection des consommateurs, vision comparée, Contrats, concurrence, consommation Aout 2001, Chron p 4

au site, savoir qui est son interlocuteur, la description des produits ou des prestations de services, les conditions financières et leur durée de validité, la livraison, le service après-vente, la conservation des données personnelles, les conditions de retour, de garantie et de réclamation.

Le référentiel WEBCERT de l'AFAQ a été publié au Journal officiel le 22 octobre 1999

Le certificat WEBCERT prend la forme d'un logo que le site Internet certifié affiche sur sa page d'accueil. Ce logo est un lien hypertexte qui permet, lorsque l'on clique dessus, d'accéder à une page informative.

Les sites certifiés sont référencés sur le site www.webcert.org.

Son coût est d'environ 8000 euros.

b) La certification WEBVALUE du Bureau VERITAS

Le Bureau Veritas a élaboré fin 2001 la certification de sites Internet WEBVALUE, (référentiel publié le 30 décembre 2001 au Journal Officiel) qui s'applique à tous les services autorisés proposés par un site Internet.

Il concerne l'ergonomie du site, (conditions de navigabilité, validité des liens hypertextes, maintenance du support technique, présence d'un webmaster), la sécurité (confidentialité, assurance contre les risques informatiques, séparation des environnements d'exploitation et de tests, mises à jours régulières sécurisées par mot de passe, anti-virus, sécurisation des échanges usager/prestataire, sauvegarde), le respect de la vie privée de l'internaute, le respect des droits d'auteur, l'information du consommateur (identité, conditions générales de vente et/ou de service, livraison), la sécurité des paiements, le traitement des réclamations

Ce « label » a reçu l'aval de la Direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes. Une trentaine de sociétés, dont le marchand de vin chateauonline.com et le libraire Alapage sont en cours d'audit et les premiers labels cryptés apparaîtront très prochainement sur les homepages des sites.

La certification coûte entre 15 000 et 20 000 euros

Le logo de la certification du Bureau VERITAS apparaît sur le site Internet. Il est constitué par un lien hypertexte vers la page d'un site du Bureau VERITAS .

c) La certification Elite Site Label

LGC est un cabinet de conseil en informatique. En partenariat avec le tiers certificateur AUCERT, il a mis en place la certification Elite Site Label (ESL) dont le but est « *d'apporter une standardisation des pratiques de conception, de développement et de maintenance, de fournir l'assurance d'une qualité de service, d'augmenter la satisfaction des utilisateurs* ». Elle porte sur l'organisation et la structure du site, la conception graphique, la navigation et l'accessibilité, les services à l'utilisateur. Pour les sites commerciaux, elle impose des normes de confidentialité, une information sur l'identification du fournisseur, les caractéristiques, prix, garanties et service après vente des biens et services, les modes de paiement, les conditions et délais de livraison, la durée de validité de l'offre et la procédure en cas de réclamation .

Le référentiel a été publié au Journal Officiel le 12 novembre 2001.

La certification coûte 6 100 euros

L'accès au certificat sur le site Internet est prévu par le moyen d'un lien hypertexte sur le logo ESL présent sur les pages du site. ce logo est accompagné de la marche à suivre en cas de réclamation d'un utilisateur insatisfait.

On peut citer encore :

- le « **label confiance** » du Forum des Droits sur Internet qui garantit le respect d'un cahier des charges portant sur cinq domaines : la protection des mineurs, la sécurité des équipements informatiques des clients, la lutte contre les messages non sollicités (SPAM), la lutte contre les escroqueries, la coopération entre les prestataires et les autorités judiciaires et policières.
- Le label « **AccessiWeb** », créé par l'association BrailleNet, dont l'objectif est de faire d'internet et des nouvelles technologies un outil au service de l'intégration culturelle et sociale des personnes handicapées visuelles.

4/ Les marques collectives et autres signes de qualité

La marque collective est d'abord une marque soumise à la réglementation du Code de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire un signe distinctif susceptible de représentation graphique, servant à identifier les produits ou service d'une personne physique (article L.711-1 du Code de la Propriété Intellectuelle).

Il en existe deux types:

- la marque collective proprement dite, qui ne relève que du Code de la propriété intellectuelle. Elle se distingue de la marque individuelle en ce qu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement établi par le titulaire de l'enregistrement, sans avoir à obtenir une licence d'exploitation.
- la marque collective de certification qui garantit quant à elle que la nature, les propriétés ou les qualités du produit ou du service auquel elle est appliquée présente certaines caractéristiques. Seules peuvent en être titulaires les personnes morales qui ne sont ni fabricant ni importateur ni vendeur des produits ou services en cause. Elles sont, pour la plupart, régies non seulement par le droit de la propriété intellectuelle, mais également par une réglementation particulière relative à la valorisation du produit ou du service auquel elle s'applique (certificats de qualification, labels agricoles).

le marquage communautaire, représenté par le signe « CE », signifie que le produit ou le service auquel il est appliqué est présumé conforme à des normes techniques minimales imposées par la réglementation communautaire¹⁹⁵. Son apposition peut être rendue obligatoire par une directive européenne, sous peine de consignation de marchandises (article L 215-18 du Code de la Consommation). Le consommateur ne doit cependant pas les interpréter comme lui garantissant la qualité du produit . En effet, cette marque a été instituée pour permettre la libre circulation des produits au sein de l'union européenne et ne constitue pas un certificat de qualification.

Sous-section 6 Les règles spécifiques à certains produits

¹⁹⁵ Décision 93/465/CEE du Conseil, du 22 juillet 1993, concernant les modules relatifs aux différentes phases des procédures d'évaluation de la conformité et des règles d'apposition et d'utilisation du marquage « CE » de conformité, destinés à être utilisés dans les directives d'harmonisation technique.

Certains produits ne peuvent faire l'objet de commerce électronique, ou dans des conditions limitées¹⁹⁶

a) envois à caractère violent ou pornographique L'article 227-24 du Code pénal punit d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur . Dans la mesure où la nature même de ce type de contrat fait que le professionnel ne peut s'assurer de ce que son interlocuteur ait atteint la majorité, ce texte aboutit à prohiber les ventes à distance ayant pour support un message violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, dans arrêt du 2 avril 2002, a condamné, sur le fondement de ce texte, l'auteur d'un site pornographique dont l'accès était pourtant précédé par passage obligatoire par une page d'accueil non-pornographique , en retenant qu' *"Il appartient à celui qui décide à des fins commerciales de diffuser des images pornographiques sur le réseau internet dont les particulières facilités d'accès sont connues, de prendre les précautions qui s'imposent pour rendre impossible l'accès des mineurs à ces messages. C'est à juste titre que les premiers juges ont relevé que l'obligation de précaution s'imposait au diffuseur du message et non au receveur, l'accessibilité aux dites images étant bien le fait de leur commercialisation et non à la carence éventuelle des parents ou de la permissivité ambiante. Dans ces conditions, dès lors que Monsieur E. avait conscience, comme il l'a reconnu devant les services de police, que les précautions prises par lui n'empêchaient pas que ses sites soient susceptibles d'être vus par des mineurs, et qu'il a néanmoins continué à les exploiter, l'élément intentionnel est caractérisé. "*

¹⁹⁶ étant rappelé que le droit pénal s'applique à toute infraction commise sur le territoire français (art L 113-2 al 1 du Code pénal) et qu'une infraction est réputée commise sur le territoire français dès lors que l'un de ses éléments a été commis sur ce territoire.(art L 113-2 al 2) . Il s'ensuit que tout vendeur étranger qui vend et livre à des consommateurs français des produits interdits commet en France un délit et peut être poursuivi à ce titre devant les juridictions répressives françaises.

- b) produits alimentaires** L'article 6-3° du décret du 7 décembre 1984 dispose qu'en cas de vente par correspondance de produits alimentaires préemballés, les catalogues, brochures, prospectus ou annonces faisant connaître au consommateur les produits offerts à la vente et lui permettant d'effectuer directement sa commande doivent comporter la mention de la dénomination de vente, de la liste des ingrédients, de la quantité nette, du lieu d'origine ou de provenance chaque fois que l'omission de cette mention est de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur sur l'origine ou la provenance réelle de la denrée, ainsi que les autres mentions obligatoires prévues par les dispositions réglementaires relatives à certaines denrées alimentaires.
- c) armes à feu** L'article 3 de la loi du 12 juillet 1985 interdit de proposer à la vente, ou de faire de la publicité, à partir de catalogues, prospectus, publications périodiques ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image, des armes à feu et leurs munitions sauf lorsque l'objet, le titre et l'essentiel du contenu de ces supports a trait à la chasse, à la pêche ou au tir sportif. L'article 4 de ce décret prévoit en outre que ces supports ne peuvent être distribués ou envoyés qu'aux professionnels ou à ceux qui en ont fait la demande.
- d) Tabac** L'article L 3511-3 du Code de la santé publique pose le principe d'une interdiction générale de la publicité en faveur du tabac et de ses produits. Celle-ci est définie largement par l'article L 3511-4 du Code de la santé publique comme toute *"propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac (...) lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac ou un produit du tabac"*. Cette interdiction s'applique quel que soit le support, et donc sur internet, ainsi que l'a implicitement jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁹⁷.

L'article L 3511-5 prévoit néanmoins que *"la retransmission des compétitions de sport mécanique qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée, peut être assurée par les*

¹⁹⁷ La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 janvier 2006, a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt qui avait condamné le gérant d'une société qui avait procédé à la mise en ligne, sur son site internet, une publicité en faveur du tabac en considérant que la violation de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique relatif à l'interdiction de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac constitue, quel qu'en soit le support, une infraction continue qui se poursuit tant que le message litigieux reste accessible au public ».

chaînes de télévision". Cette dérogation pourrait avoir un champ d'application plus étendu avec le développement de la télévision sur le réseau si la destination des programmes ainsi visés devait être largement entendue.

Le principe de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac a été repris au niveau communautaire dans la directive du 23 mai 2003 (Dir. 2003/33/CE du 26 mai 2003 JOUE n° L 152 20 juin).

e) Alcool : La publicité en faveur de l'alcool, qui est définie de manière identique au tabac, est quant à elle autorisée sur certains supports, énumérés de façon limitative par l'article L 3323-2 du Code de la santé publique. Il s'agit des supports suivants : la presse écrite (sauf destinée à la jeunesse), la radiodiffusion sonore, sous forme d'affiche dans certains lieux, par inscription sur les véhicules de livraison, à l'occasion des fêtes et foires traditionnelles ainsi qu'en faveur des musées, universités ou stages à vocation œnologique. Or internet ne figure pas parmi les supports mentionnés. Le rapport du Conseil d'Etat « *internet et les réseaux numériques* » considère cependant que l'interdiction de la publicité en faveur de l'alcool ne vaut pas pour les services en ligne.

On ajoutera qu'une disposition permet aux producteurs, négociants, fabricants, importateurs, concessionnaires ou entrepositaires d'adresser des messages, circulaires commerciales, catalogues et brochures dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues à l'article L 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils proposent.

f) produits pharmaceutiques L'article L 512 du Code de la Santé Publique réserve la vente de produits pharmaceutiques aux pharmaciens. En interdisant à ces derniers de solliciter des commandes auprès du public et de recevoir des commandes de médicaments par l'entremise habituelle de courtiers et de se livrer au trafic et à la distribution à domicile de médicaments dont la commande leur serait ainsi parvenue, l'article L 589 du même code aboutit en définitive à prohiber toute vente à distance de médicament. Cette interdiction est renforcée par une autre disposition du Code de santé publique qui interdit la publicité d'un médicament soumis à prescription médicale et toute distribution de médicaments sur la voie publique. En outre, la répartition des

pharmacies sur le territoire français se réalise en fonction de la densité de la population, obstacle difficilement franchissable en cas de dématérialisation de l'officine.

Les instances de régulation sont relativement attentives à ces questions. Ainsi, le 12 juillet 2001, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) a enjoint à un laboratoire de supprimer de son site internet la publicité faite en faveur d'un timbre à la nicotine. Celle-ci affirmait qu'en dehors "*de l'infarctus du myocarde aigu et des troubles du rythme majeurs, il n'existait pas de contre-indication à la substitution nicotique chez les patients aux antécédents cardiaques et vasculaires*". L'AFSSAPS avait estimé que de tels propos niaient l'existence de certaines contre-indications et pouvaient causer des préjudices aux patients.

Au niveau international, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a émis des réserves en 1997 sur la distribution en ligne de médicaments au motif que "*la publicité, la promotion et la vente par Internet risquent de déboucher sur un commerce transfrontière incontrôlé de produits médicaux susceptibles de ne pas être évalués ni approuvés et d'être dangereux ou inefficaces ou encore d'être mal utilisés*".

C'est sur ce fondement que le ministère de la santé néo-zélandais avait enjoint à une dizaine de sites pharmaceutiques au mois de mars 2002 de modifier la publicité en faveur de certains produits censés guérir du cancer ou soigner certaines maladies nerveuses.

Cela étant, l'interdiction de l'envoi par correspondance des médicaments peut s'avérer contraire au principe de libre circulation des marchandises¹⁹⁸. Saisie par un consommateur allemand, poursuivi par les douanes allemandes, qui avait commandé à une pharmacie strasbourgeoise l'envoi par la poste d'un médicament vendu en France, la Cour de justice de la Communauté européenne a précisé que : « *Est incompatible avec les articles 30 et 36 du traité CEE une disposition nationale qui interdit l'importation, par un particulier, pour ses besoins personnels, de médicaments autorisés dans l'Etat membre d'importation, délivrés dans cet Etat sans prescription médicale et achetés dans une pharmacie d'un autre Etat membre* »¹⁹⁹

¹⁹⁸ Valérie Sadailant, Droit de l'internet p195

¹⁹⁹ CJCE 7 mars 1989, aff. 215/87, Rec. CJCE, p. 617.

La CJCE a ensuite été amenée à préciser sa position relativement au commerce électronique à propos d'une affaire qui opposait une association de pharmaciens à deux pharmaciens néerlandais de vendre, à travers une pharmacie électronique *Doc Morris*, établie aux Pays-Bas, de vendre des médicaments sur le sol allemand en invoquant la loi allemande qui interdit la vente par correspondance de médicaments aux consommateurs finaux ainsi que la publicité directe ou indirecte sur les médicaments.

Saisie par voie de question préjudicielle, la CJCE²⁰⁰ a exprimé la position suivante :

- la question de la conformité à la libre circulation des marchandises ne se pose pas lorsqu'une loi nationale interdit l'importation, la vente ou la publicité d'un médicament non autorisé puis que, selon l'article 3 de la directive 65/65 CEE du Conseil du 26 janvier 1965 relative aux spécialités pharmaceutique, un médicament autorisé dans les Etats membres doit faire l'objet, pour accéder au marché d'un autre Etat membre d'une autorisation délivrée par l'autorité compétente de ce dernier Etat.

La vente ou la publicité des médicaments autorisés diffère selon qu'ils sont ou non soumis à une prescription médicale. **Pour les médicaments non soumis à prescription médicale** et dont l'usage ne présente pas de dangers potentiels, aucun argument de santé publique ne peut être avancé pour fonder l'interdiction de leur vente par correspondance ou de leur publicité. La pharmacie virtuelle garantit donc un niveau identique ou supérieur de service aux clients à celui des pharmacies traditionnelles ; ils peuvent donc être venus librement par internet. En revanche, **pour les médicaments soumis à prescription médicale**, l'interdiction de leur vente par correspondance ou de leur publicité peut être justifiée au regard des dangers plus graves qu'ils peuvent présenter. La nécessité de pouvoir vérifier d'une manière efficace et responsable l'authenticité des ordonnances établies par les médecins et d'assurer ainsi la délivrance du médicament au client est susceptible de fonder l'interdiction de la vente par correspondance²⁰¹.

²⁰⁰ CJCE 11 décembre 2003, aff C-322/01, Deutscher Apothekerverband/ 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval, Communication commerce électronique mai 2004, commentaire n° 61 note G. Decocq, également Eric Gardner de Bévillie, D 2004 p 2554

²⁰¹ à noter que le Conseil national de la consommation s'est prononcé en faveur de la distribution de la para-pharmacie par internet
http://www.minefi.gouv.fr/conseilnationalconsommation/avis/2005/parapharmacie_avis.pdf

On notera cependant que, saisie par une société qui distribuait en ligne des produits de marque "Mercurochrome" pour lentilles de contact et qui invoquait « *la disparition du monopole de distribution des produits d'entretien pour lentilles de contact bénéficiant du marquage CE* » au regard notamment de la directive 93/42/CE puisque la loi française « *imposerait une condition supplémentaire à la réalisation de la fabrication, de la mise sur le marché et de la mise en vente de produit,* la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 2 mars 2005²⁰², n'a pas suivi la jurisprudence de la CJCE en considérant, sans distinguer suivant que le produit est ou non soumis à prescription médicale, que « *la réglementation du monopole de la vente en France des produits pharmaceutiques par les établissements pharmaceutiques et les pharmaciens, même étendu comme en l'espèce aux opticiens-lunétiers dans ce cas particulier, ne masque aucune restriction interdite entre les Etats membres de la Communauté économique européenne et n'est contraire à aucune disposition du traité instituant la Communauté européenne (...) les restrictions qui peuvent en résulter relevant de l'exception prévue par l'article 30 de ce traité selon lequel les dispositions des articles 28 et 29 relatifs aux restrictions quantitatives et aux mesures d'effet équivalent ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions justifiées notamment par des raisons de protection de la santé ou de la vie des personnes* ».

e) Téléchargement Le projet de loi sur l'économie numérique prévoit que, quel que soit le support, *"toute publicité et toute promotion de téléchargement de fichiers des fournisseurs d'accès internet doivent obligatoirement comporter une mention légale facilement identifiable et lisible rappelant que le piratage nuit à la création artistique"*.

Section 6 L'information sur les prix et les conditions de vente

L'obligation générale d'information sur les prix découle de **l'article L 113-3 du Code de la Consommation**, issue de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui dispose que tout vendeur de produit, tout prestataire de service doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout 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 arrêté du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la Consommation

²⁰² disponible sur <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=677>

Il impose au professionnel, selon des formes prévues par arrêté, de fournir au consommateur des informations sur trois séries d'éléments qui font partie des caractéristiques essentielles du contrat : le prix, les limitations de responsabilité contractuelle et les conditions de vente.

Parmi les arrêtés pris en application de ce texte ou de celui qui le précédait (Ordonnance du 30 juin 1945), il convient de citer :

- l'arrêté du 8 décembre 1987 dont l'article 14 régit **l'information sur les prix en matière de vente à distance**.

Ce texte s'applique à toute vente ou prestation de service proposée au consommateur selon une technique de communication à distance. Il ne s'applique pas aux relations conclues entre professionnels. En revanche, l'ensemble des contrats conclus par les consommateurs sont visés.

Pour ce texte, constitue une technique de communication à distance toute technique permettant au consommateur, hors des lieux de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demander une prestation de service. Sont notamment considérées comme des techniques de communication à distance la télématique, le téléphone, la vidéotransmission, la voie postale et la distribution d'imprimés. Il s'applique donc aux contrats conclus via internet. (du même avis la circulaire du 9 juillet 1988, JO 4 août 1988 qui prévoyait l'application du texte aux ventes électroniques)

Il impose au professionnel d'indiquer de façon précise au consommateur, par tout moyen faisant preuve, le prix du produit ou de la prestation de service avant la conclusion du contrat.

L'article 2 du même arrêté dispose que les **frais de livraison ou d'envoi** doivent être inclus dans le prix de vente, à moins que leur montant ne soit indiqué en sus. Lorsque ces frais ne sont pas inclus, toute information du consommateur sur les prix doit clairement préciser sur les lieux de vente, le montant de ces frais selon les différentes zones desservies par le vendeur, hors des lieux de vente, leur montant pour la zone habituellement desservie par le vendeur.

L'indication de la date limite à laquelle le professionnel s'engage à livrer le

²⁰³ Calais-Auloy, L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et les consommateurs, D 1987, Chron. 137

bien ou à exécuter la prestation est obligatoire lorsque le prix excède 500 euros²⁰⁴.

Les conditions de vente, notamment en ce qui concerne la responsabilité contractuelle, les conditions particulières, les garanties, les modalités de paiement devraient être portées à la connaissance du consommateur de la manière la plus claire et la plus précise possible²⁰⁵.

- **l'arrêté du 2 septembre 1977 relatif à la publicité comportant une annonce de réduction de prix**. Ce texte ayant une portée générale, il a donc vocation à s'appliquer non seulement aux opérations promotionnelles, mais également aux ventes en solde, au déballage et aux liquidations.

Lorsque l'annonce de réduction de prix est faite hors des lieux de vente, elle doit préciser, selon l'article 2-1:

- l'importance de la réduction soit en valeur absolue, soit en pourcentage par rapport à un prix de référence,
- les produits ou services concernés,
- les modalités suivant lesquelles sont consentis les avantages annoncés, notamment la période pendant laquelle la réduction de prix est offerte et, dans le cas où il s'agit de soldes saisonniers, l'indication de la période peut être remplacée par la mention " jusqu'à épuisement du stock".

Lorsque l'annonce de réduction de prix est faite sur les lieux de vente, l'étiquetage, le marquage ou l'affichage des prix doivent faire apparaître outre le prix réduit, le prix de référence. Lorsque l'annonce de réduction de prix est d'un taux uniforme et se rapporte à des produits ou services parfaitement identifiés, cette modalité de réduction doit faire l'objet d'une publicité et peut être faite par escompte de caisse.

Le prix de référence ne peut excéder, selon l'article 3, le prix le plus bas pratiqué par l'annonceur pour un article ou une prestation similaire dans le même établissement de détail au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité. Cette disposition est destinée à éviter que le commerçant n'augmente artificiellement ses prix pour ensuite les réduire au prix normal.

204 Articles L114-1 et R 114-1 du Code de la consommation.

205 France Delbarre, Gaz. Pal. n° spécial sur la vente à distance, 25 février 1996, p 6.

A cet effet, l'annonceur doit être en mesure de justifier, à la demande des agents de la DGCCRF, par des notes, bordereaux, bons de commande, tickets de caisse ou tout autre document de l'ensemble des prix qu'il a effectivement pratiqués au cours de cette période.

L'annonceur peut également utiliser comme prix de référence le prix conseillé par le fabricant ou l'importateur du produit ou le prix maximum résultant d'une disposition de la réglementation économique fixant un prix limite de vente au détail en valeur absolue soit directement par fixation de prix limite en valeur absolue aux différents stades de la production ou de la distribution. Il doit, dans ce cas, être à même de justifier de la réalité de ces références et du fait que ces prix sont couramment pratiqués par les autres distributeurs du même produit.

L'article 4 de l'arrêté dispose que tout produit ou service commandé pendant la période à laquelle se rapporte une publicité de prix ou de réduction de prix doit être livré ou fourni au prix indiqué par cette publicité. A cet effet, l'article 5 précise qu'aucune publicité de prix ou de réduction de prix à l'égard du consommateur ne peut être effectuée sur des articles qui ne sont pas disponibles à la vente ou des services qui ne peuvent être fournis pendant la période à laquelle se rapporte cette publicité. Toutefois, dans les cas de vente en solde, de liquidations et de ventes au déballage, il est prévu que cette période s'achève avec l'épuisement du stock déclaré.

L'article 6 interdit l'indication dans la publicité de réduction de prix ou d'avantage quelconque qui ne serait pas effectivement accordé à tout acheteur de produit ou à tout demandeur de prestation de service dans les conditions annoncées.

- **l'arrêté du 16 mars 2006** relatif à l'information sur les prix des services d'assistance des fournisseurs de services de communications électroniques qui prévoit que tout fournisseur de services de communications électroniques doit informer le consommateur sur le prix éventuellement facturé pour tout appel téléphonique vers son service d'assistance technique, son service après-vente ou son service de réclamations.

L'information doit porter sur le tarif global de la prestation sollicitée et de la communication téléphonique susceptible d'être facturée. Elle doit non seulement être communiquée par écrit dans le contrat, sur les factures et sur les documents d'information précontractuelle, mais aussi être communiquée en début d'appel, accompagnée d'une information sur le temps d'attente prévisible.

Ces dispositions sont sanctionnées par une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (450 €, article 33 alinéa 2 du décret du 29 décembre 1986). Leur violation peut également constituer le délit de publicité de nature à induire en erreur²⁰⁶.

C'est pour avoir affiché, sur une publicité en faveur de la société Alapage, une réduction de prix qui s'appliquait à une somme supérieure au prix de référence que le responsable de Wanadoo a été condamné le 3 février 2004 par le Tribunal de police de Boissy Saint Léger a condamné à 1700 euros d'amende.

La loi du 21 juin 2004 sur l'économie numérique

Ce dispositif est encore complété par le **8eme alinéa de l'article 19 de la loi du 21 juin 2004** qui prévoit que toute personne qui exerce une activité de commerce électronique doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

Autrement dit, un site qui se bornerait à informer sur ses tarifs ou sur ceux d'autrui doit se conformer à cette obligation²⁰⁷

Cette obligation pèse aussi sur les particuliers puisque la définition du commerce électronique ne distingue pas entre professionnels et consommateurs.

CHAPITRE II

LA FORMATION DU CONTRAT

Section I L'expression du consentement par voie électronique²⁰⁸

²⁰⁶ Cass Crim 7 décembre 1981, Bull Crim n° 325

²⁰⁷ Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30

²⁰⁸ voir à ce sujet l'étude réalisée par Lionel THOUMYRE *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, Juriscom.net, 15 mai 1999 <http://www.juriscom.net>

L'accord des volontés, et par la même, la formation du contrat, se fait à la suite de l'échange des consentements qui s'expriment au travers d'une offre et d'une acceptation.

§ 1 L'offre électronique

L'offre, ou la pollicitation, peut-être définie comme *" la manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat. L'acceptation de ces conditions par le destinataire de l'offre formera le contrat. "*²⁰⁹ Ainsi que le souligne Jean Carbonnier, *bien qu'elle ne se conçoit guère qu'expresse (ce qui ne veut pas dire forcément écrite ou parlée), elle peut revêtir une forme très rudimentaire ou même être mécanisée*²¹⁰.

Il s'agit pour nous d'identifier la manière dont l'offre se manifeste sur les réseaux électroniques et les effets juridiques qu'elle provoque.

A Manifestations, existence et effets juridiques de l'offre

a) Moyens d'expression de l'offre

Plusieurs outils sont à la disposition du pollicitant. Il peut choisir entre des moyens de communication à caractère public (ouverte)(Web, forums de discussions) ou privé (fermée) (courrier électronique, IRC, ICQ). Néanmoins, il est parfois bien difficile de tracer la frontière entre le caractère privé et public des offres effectuées au travers de l'un de ces outils. Par exemple, une offre envoyée par courrier électronique à un nombre important de personnes pourra être considérée comme publique, en droit français, dès lors que l'offrant ne s'adresse pas nominativement à chacun des bénéficiaires²¹¹. La distinction entre les caractères privés et publics peut revêtir une certaine importance juridique. En effet, la Cour de cassation a posé comme principe que *" l'offre au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée "*²¹².

Or, nous savons qu'il n'est pas difficile d'automatiser l'envoi de courriers électroniques afin qu'ils s'adressent nominativement à un grand nombre de personnes dont les noms et l'adresse électronique auront été recherchés sur le Web par des logiciels fureteurs. Considérée comme

²⁰⁹ Jacques GHESTIN, Traité de droit civil, Les obligations- le contrat : formation, LGDJ, 3eme ed. n° 392

²¹⁰ Jean Carbonnier, Droit Civil, T 4, Les obligations, Thémis, 22eme ed. n° 25

²¹¹ Voir V. A. VIALARD, " L'offre publique de contrat ", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1971, p. 753, cité par Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 223.

²¹² Cass. civ. 3^e, 28 novembre 1968, *Bull. civ.*, III, n°507, p. 389.

une offre effectuée à personne déterminée, une telle pratique risque de lier le pollicitant à l'égard de l'ensemble des destinataires du message. En revanche, si le nom des bénéficiaires n'apparaît pas en introduction du message, l'offre sera alors considérée comme publique et ne liera alors le pollicitant qu'à l'égard du premier acceptant.²¹³

b) Forme de l'offre

Pour constituer une offre au sens juridique du terme, le message affiché sur un site commercial ou envoyé par courrier électronique doit contenir tous les éléments nécessaires à la conclusion d'un contrat, c'est à dire par exemple la désignation précise du produit proposé ainsi que son prix. L'offre ne pourra contribuer à la formation du contrat qu'à condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque²¹⁴.

Quand bien même un message apparaissant sur une page Web remplirait ces conditions, le gestionnaire d'un site commercial conserve la possibilité de renverser la présomption d'offre en simple invitation à pourparler.

Dans ce sens, le contrat type, proposé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris et l'association française du commerce et des échanges électroniques²¹⁵, prévoit d'imposer des restrictions à l'offre par rapport à la zone géographique du commerçant. Ces limitations sont de deux ordres :

- d'ordre matériel : la livraison du produit proposé ne pourra se faire qu'à une distance que le commerçant juge raisonnable
- d'ordre juridique : une telle clause a pour effet de changer la position du commerçant. Son offre étant limitée à une certaine zone géographique, il ne sera plus lié en dehors de celle-ci en cas d'acceptation de l'internaute. C'est alors l'internaute qui devra effectuer une offre que le commerçant aura le loisir d'accepter ou de refuser.

²¹³ Lionel THOUMYRE *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, Juriscom.net, 15 mai 1999 <http://www.juriscom.net>

²¹⁴ Voir Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 219-224.

²¹⁵ Michel VIVANT, " Commerce électronique : un premier contrat type ", *Op. Cit.*, p. 1-3.

D'un autre côté, il existe des circonstances dans lesquelles l'acteur ne peut révoquer, même expressément, le caractère d'offre des messages affichés sur son site . Lorsqu'ils sont suffisamment précis et détaillés, les documents publicitaires lient celui qui les utilise, quand bien même il leur aurait dénié tout caractère contractuel²¹⁶ . Un service Internet n'est donc rien d'autre qu'une nouvelle forme de support pour les offres et la publicité commerciales. Les informations figurant sur un service en ligne, par exemple un site Web, pouvant porter notamment sur les prix ou les caractéristiques techniques des produits de l'entreprise ont valeur de document contractuel²¹⁷

Mise à disposition des conditions générales

La loi sur l'économie numérique introduit à cet effet dans le Code civil un nouvel article 1369-4 qui prévoit que « *quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions générales et particulières applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction* ».

Cette obligation s'impose à tous les professionnels qui, jusqu'à présent, et le sont toujours en droit commun, n'étaient pas tenu d'élaborer des conditions générales et pouvaient toujours s'en remettre au droit commun des contrats.

Elle n'est en revanche pas prévue pour le C to C.

Elle concerne par ailleurs toute forme de contrat électronique, sans qu'il importe qu'il soit exclusivement conclu par voie d'échange de courriers électronique ou qu'il mette en rapport deux professionnels. Tout comme le B to C, le B to B est concerné²¹⁸.

²¹⁶ T Com Paris 28 novembre 1977, Printemps c SC du Centre commercial de la Défense et l'Epad, cité par Guestin, op. Cit par 316

²¹⁷ . Valérie Sedaillant, Droit de l'internet, collection AUI ed Netpress, Paris 1997, p 188
J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178, qui fait observer à cet égard que les dispositions du droit commun étant en règle générale plus favorables à l'acheteur, l'obligation d'élaborer des conditions générales a pour effet paradoxal de diminuer ses droits

²¹⁸ Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30

On soulignera aussi l'ambiguïté du texte qui semble plus évoquer une publicité que la vente en ligne. Le texte évoque en effet "quiconque propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services" et non "quiconque propose la fourniture de biens ou la prestation de services par voie électronique". Si dans la seconde rédaction c'est assurément la fourniture de biens ou de services qui est réalisée par voie électronique, dans la version actuelle du texte on peut se demander si ce n'est pas la "proposition" de produit ou de service qui est faite en ligne, la vente elle-même pouvant alors être réalisée en ou hors ligne.

Le texte ne précise pas la façon dont les conditions générales doivent être portées à la connaissance du destinataire. Doivent-elles figurer en ligne ou peut-on se contenter de les adresser sur demande des intéressés ? Si elles sont en ligne, doivent-elles figurer sur la page d'accueil ou sur d'autres pages ? Doivent-elles être incorporées réellement au processus de commande, par exemple par un lien hypertexte au cours de la commande²¹⁹ ou mieux encore par l'apparition automatique d'une fenêtre *ad hoc* ?

Le texte ne précise pas plus si les internautes doivent formellement en prendre connaissance. Comme l'indique Philippe Le Tourneau, « *il est bon que le client fût amené à valider par des clics successifs les principales clauses des conditions générales et du contrat. Car le consentement à la conclusion du contrat n'implique pas automatiquement son contenu* ». ²²⁰

S'il est évident qu'un internaute se verra déclaré opposable des conditions qu'il aurait déclaré, par un clic, en avoir pris connaissance avant de conclure, que se passerait-il si le contrat était passé sans qu'il l'ait fait, soit que l'opérateur ne les lui ait pas portés à sa connaissance, soit que le processus contractuel permette de conclure sans que le consommateur soit formellement tenu de cliquer une case par laquelle il déclare en avoir pris connaissance ?

On observera, à ce titre, que le texte ne prévoit aucune sanction pour défaut de conditions générales ou particulières. On peut certainement considérer que la jurisprudence estimera que, faute de démontrer

²¹⁹ en ce sens, Olivier Cachard, « *Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », RLDC 2004.314

²²⁰ Philippe Le Tourneau, *Contrats informatiques et électronique*, D 2004, n° 23, p 293

qu'elles ont été portées à la connaissance du destinataire, elles lui sont inopposables.²²¹

Mentions obligatoires

L'article 1369-4 nouveau du Code civil prévoit par ailleurs que l'offre²²² doit énoncer 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 contrat²²³ ;

« 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.

Le fait de pouvoir opter pour telle ou telle langue semble remettre en cause la loi Toubon sur l'usage de la langue française et mettre un terme au débat sur son application à Internet, à tout le moins pour ce qui concerne le contrat, laissant intact le problème de la publicité elle-même.

L'article 1369-6 précise cependant que ces dispositions ne sont pas applicable aux contrats de fourniture de biens ou de prestation de services conclus exclusivement par échange de courriers électroniques

²²¹ on notera que le droit allemand prévoit que, dans ce cas, le consommateur peut se retirer à tout moment du contrat tandis que le droit autrichien prévoit une amende (Hulmark-Ramberd, *The E-commerce, Directive and formation of contract in a comparative perspective*, *Européen Law Review*, 2001, p 438

²²² Philippe Stoffel-Munck, (La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30) fait observer qu'il s'agit moins d'une offre au sens civiliste du terme, puisqu'il peut s'agir d'une simple proposition de contracter à laquelle répondra une offre ferme et précise du destinataire

²²³ comme Olivier Cachard (Olivier Cachard, « *Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », RLDC 2004.314) nous pensons que cette mention n'implique pas l'abandon de l'obligation d'emploi du français

Il ajoute qu'il peut, en outre, y être dérogé dans les conventions conclues entre professionnels.

Enfin, et bizarrement, le législateur n'a prévu aucune sanction en cas de non respect de ces obligations.

c) Effets juridiques de l'offre

L'offre ferme et précise entraîne certaines conséquences juridiques. Par exemple, si l'auteur de l'offre a fixé un délai pour l'acceptation, il devra alors maintenir sa pollicitation jusqu'à expiration de celui-ci²²⁴. Et, dès lors qu'une acceptation intervient pendant le délai de validité de l'offre, le contrat sera formé.

En principe, le pollicitant qui aurait effectué une offre sans en préciser l'échéance peut librement la révoquer. La jurisprudence exige cependant que le pollicitant maintienne son offre avant l'écoulement d'un " délai raisonnable ", en général assez bref. En matière commerciale, les tribunaux se réfèrent alors aux usages professionnels²²⁵.

La jurisprudence sanctionne par des dommages-intérêts le pollicitant qui aurait effectué un retrait abusif ou prématuré de son offre²²⁶.

Néanmoins, le pollicitant peut limiter les effets de son offre publique à la quantité disponible des articles proposés en inscrivant par exemple sur l'une de ses pages : " offre valable dans la limite des stocks disponibles ".

Le second alinéa de l'article 1369-4 du code civil, introduit par la loi sur l'économie numérique, prévoit à cet effet que « *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* »

Cela signifie donc qu'une offre ferme, précise et complète engage son auteur tant qu'elle est accessible par voie électronique, sous réserve, bien sûr, que cela soit de son fait (et non résultant d'une mise en mémoire tampon dans un proxy ou un moteur de recherche).

²²⁴ Pour le droit français, voir par exemple Cass. Civ. 3^e, 10 mai 1968, 2 arrêts, *Bull. civ.*, III, n°209, p. 161 : " *si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a été acceptée il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque*

²²⁵ Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 234.

²²⁶ Cass. Civ. 1^{er}, 8 octobre 1958, *Bull. civ.*, I, n°413, cité par Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 235.

Il est dès lors indispensable que les professionnels se livrent à une gestion soignée de la "datation" de ces documents, de leur mise en ligne comme de leur suppression et veillent à retirer les offres de leurs sites quand ils les jugent caduques, spécialement quand ils ont épuisé leur stock²²⁷.

En effet, à défaut de vigilance ou de précaution, le maintien en ligne d'une offre qui ne contient aucune mention limitant sa validité à une certaine date ou à la limite des stocks disponibles, peut faire l'objet d'une acceptation valable .

B. La manifestation de l'acceptation

a) la forme de l'acceptation

Selon le principe du consensualisme, l'acceptation ne doit revêtir aucune forme particulière. Il demeure toutefois essentiel d'observer la manière dont elle pourra se manifester sur les réseaux électronique. On peut notamment s'interroger sur les procédés offerts à l'internaute pour exprimer l'acceptation d'une sollicitation proposée sur une page Web . Tacite ou expresse, l'acceptation doit être suffisamment explicite pour aboutir à la formation du contrat.

Le " cliquage " sur un bouton d'acceptation présenté sur une page Web commerciale suffit-il à exprimer réellement l'intention de l'internaute à accepter les termes essentiels du contrat qui lui sont proposés ? L'acceptation de l'internaute n'étant ni exprimée oralement, ni par écrit, il peut sembler difficile de considérer ce simple fait comme une acceptation expresse.

Pourtant, la mise en action du bouton d'acceptation entraîne la transmission d'informations numériques qui seront reconnues par un logiciel, lequel les convertira en informations intelligibles pour le commerçant destiné à les recevoir. Ce résultat provient de la pression du doigt de l'internaute sur le bouton de sa souris ou sur la touche de validation de son clavier, c'est à dire d'un geste. Au travers de l'enchaînement de conséquences décrit ci-dessus, ce geste sera identifiable par le commerçant.

Or, nous savons qu'en droit civil un geste non-équivoque ou un comportement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de l'acceptant. Par exemple, le fait pour une

²²⁷ Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30

personne de monter dans un autobus ou dans un taxi en stationnement à l'emplacement consigné est considéré par la jurisprudence comme une manifestation expresse de l'acceptation du contrat de transport²²⁸. La doctrine admet également que de simple signes fait avec le corps tel qu'un hochement de tête dans une vente aux enchères peuvent constituer une acception expresse " *si, d'après la coutume, ils sont normalement destinés à révéler la volonté* ²²⁹ ". Les tribunaux pourraient alors prendre en compte l'usage qui s'est développé sur l'Internet pour convenir du fait que le cliquage sur le bouton approprié constitue effectivement une acception.

Enfin, comme le souligne J. Ghestin, " *les manifestations de la volonté expresses et tacites se caractérisent par l'intention de communiquer, c'est à dire par le but poursuivi par leur auteur* "²³⁰. Il y aurait peu de difficultés à assimiler le cliquage sur un bouton d'acceptation comme une " *intention de communiquer* " de la part du consommateur.

D'ailleurs, saisi par une association de consommateur qui voulait voir déclarée abusive la clause insérée au sein du préambule des conditions générales de vente du préambule des conditions générales de vente d'un site de commerce électronique stipulant :

La commande de produits présentés sur le site Père-Noel.fr, dans le catalogue électronique Père-Noel.fr, est subordonnée à l'acceptation par l'acheteur et vaut acceptation sans aucune réserve par ce dernier, de l'intégralité des conditions générales de vente exposées ci-après. Ces conditions générales de vente s'imposent à l'acheteur sans égard pour des clauses particulières ajoutées par lui – sauf accord exprès du vendeur et sans égard pour les documents publicitaires émis par Père-Noel.fr. L'acceptation de l'acheteur est matérialisée par sa signature électronique, concrétisée par le « clic de validation », ainsi que par la communication de ses coordonnées bancaires aux fins du paiement de sa commande. Cette signature électronique a valeur de signature manuscrite entre les parties. Cette double démarche équivaut pour l'acheteur à reconnaître qu'il a pleinement connaissance et qu'il approuve l'ensemble des conditions indiquées ci- après.

²²⁸ Nancy, 1^{er} mars 1950, J.C.P. 1950. II. 5892 et Cass. civ., 1^{er}, 2 décembre 1969, *Bull. civ.*, I, P. 303 n°381, cités par Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 303.

²²⁹ Jean Carbonnier, *Les obligations*, T 4, Thémis, PUF 1992, p 84

²³⁰ Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 302.

Le tribunal de grande instance de Paris a jugé que cette clause n'était pas abusive au sens de l'article L 132-1 de la consommation, faute de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, dès lors que le consommateur est nécessairement invité à prendre connaissance des-dites conditions générales avant de valider sa commande²³¹.

b) l'étendue de l'acceptation

Pour qu'un contrat soit valablement formé, la concordance de l'offre et de l'acceptation devra porter sur les éléments essentiels du celui-ci. On doit donc s'assurer que l'internaute a effectivement admis l'ensemble des dispositions essentielles du contrat d'adhésion proposé par le marchand.

Afin de s'assurer que le consentement du consommateur est sans équivoque, l'offre commerciale est souvent suivie d'une succession de pages écran invitant le consommateur à confirmer son acceptation, ses choix. C'est ce qu'on appelle le « chemin de contrat » que la loi sur l'économie numérique, suivant en cela les recommandations du rapport du Conseil d'Etat, a rendu obligatoire dans les relations entre un professionnel et un consommateur .

Le chemin de contrat

La loi sur l'économie numérique introduit en effet dans le code civil un nouvel *Art. 1369-5* qui dispose que pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir 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.

Ainsi, non seulement la loi impose à celui qui propose une offre en ligne de préciser dans l'offre *"les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique"* mais il va bien au-delà en imposant, lorsque le contrat est proposé par voie électronique, la manière dont il sera conclu. Ainsi, *« pour que le contrat soit 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 »*.

Le législateur a ainsi consacré le système dit du « double clic » que suggérait le Conseil d'Etat dans son rapport sur le commerce électronique: le contrat électronique n'est formé que lorsque le

²³¹ TGI Paris 4 février 2003, D 2003, jur p 762 obs Cédric Manara

destinataire de l'offre (l'internaute) aura cliqué deux fois : une première fois, pour passer commande, une seconde pour confirmer celle-ci²³².

Sur un plan pratique le prestataire doit offrir au destinataire des moyens techniques efficaces et accessibles de nature à identifier les erreurs éventuelles commises par ce dernier dans la saisie des données.

Si le texte traite de la confirmation de la "commande", il ne semble pas imposer une validation des conditions générales et/ou particulières .

L'accusé de réception

Le second alinéa de l'article 1369-5 précise par ailleurs que l'auteur de l'offre doit adresser « sans délai injustifié » par voie électronique un accusé de réception de la commande.

Si le texte explicite autant que faire ce peu la notion et les contours de l'accusé de réception, il reste muet quant à la forme et le contenu de la confirmation de l'accusé de réception par le client. Il pourra donc sans doute prendre la forme d'un mail ou d'une acceptation via une interface Web. La mise en œuvre pratique de cette disposition n'est pas des plus simples dans la mesure où l'article 1369-5 précise, in fine, que *"la commande, l'accusé de réception et la confirmation de l'acceptation de l'offre sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès"*.

La notion même d'accès étant sujette à discussion il pourrait s'avérer nécessaire pour le vendeur comme pour le client de conserver la preuve de la réception par l'autre de leur envoi en activant la fonction "AR" de leur navigateur. Il faut enfin souligner qu'à ce stade le texte ne parle plus ni d'identification, ni d'authentification des parties, seul comptant l'accès.

Une fois encore il faut souligner que le texte ne prévoit aucune sanction à l'égard des contrevenants. On observera en premier lieu que l'absence d'accusé de réception ne serait pas de nature à affecter la validité du contrat puisqu'il est censé être adressé une fois l'échange des consentements réalisés ²³³.

²³² Xavier Linant de Bellefonds en conclut que, finalement, l'offre de contracter n'est qu'une proposition d'engager une session de contractualisation c'est à dire de pourparlers : La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 22

²³³ Xavier Linant de Bellefonds considère pourtant que la rencontre des consentement n'est effective que lorsque l'accusé de réception est envoyé par l'offreur (La réforme des contrats du commerce

On pourrait d'autre part considérer que le cyber-marchand qui ne respecterait pas cette obligation engagerait sa responsabilité contractuelle . Mais cette mise en jeu de sa responsabilité suppose que celui qui la met en œuvre doit démontrer non seulement qu'il a bien conclu un contrat, alors même qu'en l'absence d'accusé de réception, il est dépourvu d'élément de preuve, mais encore le préjudice que cette inexécution lui aurait causé.

Les contrats conclus exclusivement par courrier électronique

L'article 1369-6 précise que les dispositions énoncées aux deux premiers alinéa de l'article 1369-5 ne sont pas applicable aux contrats de fourniture de biens ou de prestation de services conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

Le terme "exclusivement par voie électronique" semble exclure les contrats dont le point de départ, ou l'un des éléments pourrait avoir été initié en ligne ce qui correspond à 95% des commandes en ligne. Il semble que cette exception permette avant tout de traiter du renouvellement de commandes qui effectivement, en pratique sont réalisées exclusivement par courrier électronique

La date de réception de la commande, de la confirmation de l'acceptation et de l'accusé de réception

Le troisième alinéa de l'article 1369-5 précise 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.

Relations entre professionnels

L'article 1369-6 précise cependant qu'il peut être dérogé à l'ensemble des dispositions de l'article 1369-5 (et non pas seulement à celles

électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 22) ce qui ne résulte pas de la lettre du texte qui fait de l'envoi de l'accusé de réception la première obligation contractuelle du professionnel, ce qui suppose que le contrat est déjà conclu. En outre, cela aboutirait à accorder au professionnel le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat, simplement en n'exécutant pas l'obligation mise à sa charge par la loi. Autrement dit, cela reviendrait à accorder au professionnel un « droit de rétractation », normalement réservé au consommateur. J. Huet n'y voit pour sa part qu'une simple obligation d'information, a posteriori, et non une ultime étape dans le processus contractuel (J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178)

résultant des deux premiers alinéa comme pour les contrats conclu par courrier électronique) dans les conventions conclues entre professionnels.

Ainsi, s'inspirant de la directive commerce électronique du 8 juin 2000 qui excluait par principe les relations BtoB de la protection instaurée en matière de contrats électroniques, la LEN permet aux professionnels de ne pas être tenus d'ajouter à leurs conditions générales les mentions obligatoires et s'exonérer du "chemin de contrat" sous réserve que ceci soit expressément prévu dans les conventions qu'ils concluent entre eux.

Mais à défaut d'une indication expresse dans leurs contrats, les relations BtoB seront donc aussi régies par la LEN.

Section II la question des contrats entre absents

Les tribunaux ont été depuis longtemps confrontés aux litiges portant sur des contrats conclus par correspondance. Les deux types de difficultés les plus couramment rencontrées tiennent à l'identité des parties au contrat et à la date de formation du contrat. A ces questions, qui risquent de survenir aussi sur internet, s'ajoutent deux sujets spécifiques au commerce électronique et tenant d'une part à la nature de la relation entre l'homme et la machine et, d'autre part, à la preuve de la convention.

A l'identité des parties au contrat

Dans un contrat de vente classique, chaque partie dispose du moyen d'identifier son interlocuteur. Il est évident que dans un contrat conclu à distance, le vendeur ne peut s'assurer de l'identité et de la capacité de son cocontractant. Il prend donc le risque que l'interlocuteur avec lequel il conclut ne soit pas celui qu'il prétend. En ce cas, il ne pourra par la suite obtenir de celui dont l'identité a été usurpée l'exécution du contrat ainsi conclu.

De manière générale, les parties pourront remédier à ce problème en ayant recours aux méthodes d'identification par signature électronique et certification.

B la capacité des parties au contrat

Plus délicat est le problème qui se pose lorsque l'acheteur est mineur ou incapable majeur. S'il est mineur, sa capacité est limitée, aux termes des articles 389-3 et 450 du Code Civil, aux seuls actes de la vie courante. S'il peut ainsi acquérir un vélomoteur²³⁴ ou louer un véhicule automobile²³⁵, il ne peut acquérir une automobile²³⁶.

Le vendeur risque dès lors de se voir opposer par les parents du mineur la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1124 du Code Civil. Il ne pourra en tout état de cause se retourner contre ces derniers car la Cour de Cassation considère qu'ils ne sont pas tenus des obligations des contrats passés par leurs enfants mineurs, que ce soit ou non dans le cadre des actes de la vie courante²³⁷.

On notera cependant qu'un tribunal d'Instance a pu juger qu'un enfant mineur qui avait rempli le bon de commande se trouvant dans un catalogue de vente par correspondance adressé à ses parents avait engagé ces derniers en vertu « d'un mandat tacite »²³⁸, comme l'article 1990 du code civil le permet²³⁹.

Quel que soit le type de convention, et donc même s'il s'agit d'un acte de la vie courante, le contrat peut en outre être rescindé sur le fondement d'une simple lésion (article 1305 du Code Civil).

Notons que certains « webmasters » se sont déjà équipés de systèmes permettant d'identifier l'âge de leurs visiteurs. Ceux-là fonctionnent souvent par le biais d'une institution intermédiaire (Adultchek, Adultsign, etc) qui demande au client la délivrance d'une preuve de majorité, le plus souvent par la fourniture du numéro de carte de crédit. En retour, le client reçoit un numéro d'identification et un mot de passe qu'il peut utiliser pour ouvrir les pages d'un site dont le contenu pourrait être préjudiciable pour les mineurs. A l'origine, ces systèmes n'ont pas été conçus pour former des contrats valides, mais bien plutôt pour protéger le diffuseur d'informations préjudiciables contre des poursuites judiciaires. L'on aurait pu proposer leur utilisation dans le but de s'assurer de la capacité d'un cocontractant, s'ils ne présentaient pas les deux inconvénients suivants :

²³⁴ CA Rennes 19 novembre 1980 Juris data n° 80220

²³⁵ Cass Civ I 4 novembre 1970 JCP 1971 II 16631

²³⁶ Cass Civ I 9 mai 1972, Bull Civ I n° 122

²³⁷ Cass Civ I 21 juin 1977, Bull Civ I n° 285

²³⁸ TI Nîmes 29 juin 1982, D 1983, jur p 13

²³⁹ art.1990 c. civ : *Un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs.*

- la simple délivrance du numéro de carte de crédit n'est pas une conditions suffisante pour s'assurer de la majorité d'une personne. Nombreux sont les cas de piratage d'un numéro de carte ;
- les commerçant ne désirent pas alourdir les procédures d'acceptation qui, en elles-mêmes, exigent souvent la délivrance d'un numéro de carte de crédit pour effectuer le paiement du produit ou du service souhaité.

De toute façon, le commerçant se soucie très rarement de la capacité de son cocontractant des lors que, la vente effectuée, les risques d'action en nullité de l'acte demeurent très minimes.

S'agissant des majeurs protégés, la situation des majeurs sous tutelle est comparable à celle des mineurs non émancipés. Aux termes de l'article 502 du Code Civil, ils sont frappés d'une incapacité générale. Les contrats passés postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle sont nuls de plein droit, à l'exception cependant, selon la jurisprudence, des actes de la vie courante pouvant être regardés comme autorisés par l'usage²⁴⁰.

Le majeur en curatelle conserve quant à lui le droit de passer seul tous les actes d'administration. L'article 510 du Code Civil lui interdit en revanche de passer seul des actes de disposition pour lesquels il doit obtenir l'assistance de son curateur. La Cour de Cassation en a déduit qu'une banque ne pouvait délivrer une carte accréditive dès lors que celle-ci lui donne la possibilité de s'endetter au delà de ses revenus²⁴¹. Appliqué dans le cadre des ventes à distance, ce principe pourrait aboutir à interdire à un majeur sous curatelle de procéder à ce type de vente. En effet, le différé de paiement qui survient en cas de paiement à la livraison entre le jour où la commande est passée et celui auquel la somme est payée donne la possibilité au majeur sous curatelle de s'endetter au delà de ses revenus.

C la date de formation des contrats

La formation du contrat résulte de l'échange des consentements entre les deux parties. Lorsque le contrat est conclu immédiatement par deux personnes physiques présentes, la localisation du consentement dans le temps et dans l'espace est évidente. Elle l'est moins lorsque, et c'est le cas dans les contrats conclus à distance, l'offre et l'acceptation sont séparées dans le temps et dans l'espace.

²⁴⁰ Cass Civ I 3 juin 1980, GP 1981 I 172 note JM

²⁴¹ Cass Civ I 21 novembre 1984, D 1985. 297 note Lucas de Leyssac, GP 1985. 2. 473 note Massip

De nombreuses solutions ont été proposées par la Doctrine pour résoudre ce problème. Deux grandes théories s'affrontent : la théorie de l'émission, qui retient le moment où l'acceptation est émise et celle de la réception, qui suggère de retenir le moment où le pollicitant reçoit la réponse . Ces deux systèmes se divisent eux-mêmes chacun en deux sous-systèmes.

Pour la jurisprudence, la question n'est pas tranchée de façon évidente. et la solution donnée par la Cour de Cassation semble dépendre davantage de la situation de fait qui lui est soumise que d'une véritable position de principe²⁴².

Alors que si elle énonce dans certains arrêts que la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat constitue une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁴³, elle prend dans d'autres décisions parti pour l'une ou l'autre thèse²⁴⁴.

Le nouvel article 1369-5 au Code civil qui dispose que *pour que le contrat soit 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* prend partie pour la théorie de l'émission, ou plus exactement pour celle de l'émission de l'acceptation confirmée,²⁴⁵ alors que la Directive sur le commerce électronique qui, dans son article 11, indique que « *le prestataire accuse réception de la commande* » allait plutôt dans le sens de la théorie de la réception,²⁴⁶ suivant en cela le modèle dominant, plutôt défavorable au consommateur, adopté par les droits américain²⁴⁷ et anglais et que l'on retrouve généralement en droit international, que ce soit au sein de la loi-type élaborée par la CNUDI²⁴⁸ ou la convention de

²⁴² voir cependant Luc Grynbaum qui estime que la Cour de cassation a opté en faveur de la théorie de l'émission de l'acceptation, *Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation*, D 2003, Chron p 1706.

²⁴³ Cass Com 21 novembre 1966, JCP 1967 ed G II n° 15012 note Level, Cass Com 22 juin 1976, Bull Civ IV p 84, Cass Civ III 24 octobre 1978, Bull Civ III n° 320

²⁴⁴ par exemple Cass Civ 21 décembre 1960, Bull Civ I p 456 D 1961 jur p 417 pour la théorie de la réception, et Cass Com 7 janvier 1981, Bull Civ IV n° 14, RTDCiv 1981, 849 obs Chabas pour la théorie de l'émission, étant précisé que certains auteurs ont vu dans cette dernière décision un arrêt de principe eu égard à la formulation très générale des attendus utilisés par la Chambre Commerciale. Plus récemment, à propos d'un contrat de travail conclu par téléphone, qui retient aussi la théorie de l'émission Cass Soc 11 juillet 2002, Bull Civ V n° 254

²⁴⁵ L Grynbaum ; Projet de loi sur la société de l'information : le régime du contrat électronique, D 2001, Chron p 378.

²⁴⁶ Luc Grynbaum précité

²⁴⁷ L'uniform computer information transaction act adopté en 2002

²⁴⁸ art. 15

Vienne, qui, en ce sens²⁴⁹

Le contrat formé par voie électronique suppose donc quatre étapes puisque, après l'émission d'une offre, le consommateur émet une première acceptation, suivi d'une demande de confirmation adressée par le professionnel, le processus contractuel s'achevant par la confirmation de l'acceptation. L'internaute n'est donc contractuellement lié qu'après avoir « confirmé » son acceptation, la première acceptation, précédant la demande de confirmation, n'ayant aucun effet juridique à défaut d'être confirmé par une sorte de seconde acceptation.²⁵⁰

En consacrant la théorie de l'émission, le législateur français se montre plus favorable aux consommateurs que ne l'est la législation européenne dans la mesure où elle permet de préserver les droits de l'acceptant qui conserve la maîtrise du moment de la formation du contrat²⁵¹ et ne sera pas confronté au risque de rétractation du pollicitant ou de la caducité de l'offre qui interviendrait pendant la durée d'un incident technique²⁵². Elle facilite par ailleurs la preuve de la formation du contrat et des conditions auxquelles il a été conclu puisque l'acceptant détiendra dans son propre système la matérialité de l'émission du message d'acceptation et l'étendue de son contenu.²⁵³

On signalera que la France est le seul Etat européen à avoir, à rebours de la directive adopté le système de l'émission, les autres Etats ayant préféré suivre le texte européen²⁵⁴, ce qui ne manquera pas de poser des difficultés pour les consommateurs français qui contracteront avec des vendeurs situés en Europe et risque d'exposer la France à une condamnation européenne, comme cela a été le cas pour la responsabilité des produits défectueux.

D la rencontre des consentements

a) Données du problème

²⁴⁹ Elisabeth Grimaux, *la détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique*, Communication, commerce électronique 2004 chronique n° 10

²⁵⁰ Elisabeth Grimaux, *la détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique*, Communication, commerce électronique 2004 chronique n° 10

²⁵¹ Elisabeth Grimaux, *la détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique*, Communication, commerce électronique 2004 chronique n° 10

²⁵² Luc Grynbaum précité

²⁵³ Luc Grynbaum précité

²⁵⁴ par exemple l'Allemagne qui a adopté le 9 novembre 2001 l'Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz et l'Angleterre dont l'Electronic Commerce Regulation 2002/25013 est entré en vigueur le 21 août 2002

La passation d'un contrat sur internet pose une autre difficulté, d'apparence plus théorique : peut-on échanger un consentement avec une machine²⁵⁵?

Un site commercial propose une offre permanente dont les caractéristiques essentielles du contrat sont automatiquement définies et présentées au public grâce à un logiciel qui peut tenir compte de plusieurs données : un indice des prix, une synthèse de questionnaires proposés en ligne, ou au travers des cookies.²⁵⁶ En effet, par l'observation automatique des évolutions d'un consommateur sur un site web, les cookies fournissent des informations au logiciel qui dressera alors le profil commercial des visiteurs. Cela permet par exemple d'adapter les pages à un utilisateur particulier, et de lui proposer des prix personnalisés (réductions, offres promotionnelles) ou de lui rappeler la liste de ses précédents achats²⁵⁷.

L'intervention d'une personne juridique ne devient alors qu'accessoire. Contrairement au système traditionnel dans lequel la rencontre des consentements se fait toujours, en fin de compte, entre deux personnes physiques, agissant soit à titre personnel, soit en qualité de mandataire ou de préposé d'une personne physique ou morale, dans le contrat en ligne, le consommateur n'est plus en relation directe avec une autre personne. Il contracte seul avec le serveur de son cocontractant à travers une interface spécifique qu'il manipule lui-même et par lequel il passe sa commande. C'est le consommateur qui choisit ses articles, détermine leur quantité, la date de livraison, le mode de paiement, etc. Sa marge de manœuvre est certes balisée par le paramétrage du logiciel, qui l'empêche par exemple de commander un article non disponible ou une quantité déraisonnable. Mais il n'en demeure pas moins que la validation de la commande, qui la rend définitive et concrétise en quelque sorte l'échange des consentements, se fait automatiquement par l'intermédiaire de l'ordinateur et sans l'intervention physique du commerçant.

Les questions qui se posent sont les suivantes : peut-on dire que les conditions essentielles de formation des contrats ont été respectées ? Peut-on considérer qu'une machine puisse valablement manifester un

²⁵⁵ cette question avait été déjà envisagée, mais en dehors de l'environnement internet, par Jérôme Huet, « le consentement échangé avec la machine », RJComm 1995, n° 11 p 124

²⁵⁶ Sur la fonctionnalité des cookies, voir Jean-Marc DINANT, Les traitements invisibles sur Internet : un nouveau défi pour la protection des données à caractère personnel, <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html>

²⁵⁷ Lionel THOUMYRE *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, Juriscom.net, 15 mai 1999 <http://www.juriscom.net>

consentement ? En d'autres termes, un bien meuble, fût-il aussi sophistiqué qu'un ordinateur, peut-il disposer d'une capacité à consentir ? Le consentement de l'une des parties peut-il être exprimé par un système automatique ?

Selon la conception classique du droit des contrats, le consentement est d'abord une opération intellectuelle qui implique la conscience des éléments de l'opération envisagée et l'intention de réaliser celle-ci en concluant le contrat ; le contrat ne se forme donc que si chacune des parties a les facultés intellectuelles nécessaires pour comprendre et vouloir et les exerce effectivement et correctement en faisant un acte de volonté.²⁵⁸ C'est d'abord une opération mentale, une disposition intérieure, c'est à dire qu'elle requiert l'aptitude à comprendre, c'est à dire l'intelligence, et l'aptitude à décider, c'est à dire la volonté²⁵⁹ .

Cette conception, pour laquelle la manifestation extérieure, qui matérialise le consentement et par lequel la volonté interne parvient à la connaissance des tiers ; elle n'a pas, par elle-même, le pouvoir de créer l'obligation²⁶⁰ et n'a de valeur que par sa conformité à un vouloir intime²⁶¹, s'oppose à la théorie germanique qui fait prévaloir la déclaration de volonté et met l'accent sur l'externalisation de la volonté. Dans ce système, celui qui fait une déclaration de volonté a posé un fait ; il doit en supporter les conséquences comme celles de tous ses autres actes. Il en résulte que l'auteur d'une déclaration de volonté peut être engagé au delà de ce qu'il a véritablement voulu : il devra peut-être subir les exigences d'une interprétation objective de sa déclaration ne correspondant pas à ses intentions véritables, et ce malgré l'erreur dont il a pu être victime, il supporte un « risque contractuel »²⁶²

Peut-on dès lors considérer que le consentement formulé par l'intermédiaire d'un système automatisé puisse faire naître un rapport d'obligation ?

Comment concilier la pratique, qui admet la passation par voie électronique, avec le droit positif qui considère qu'une manifestation de volonté doit résulter d'un « *processus psychique où l'intelligence a sa part* »²⁶³ ?

²⁵⁸ Marty et Raynaud, Droit civil, Les obligations, 2eme ed. T 1, les sources, n° 102

²⁵⁹ Terré, Simler, Lequette, Précis Dalloz, Droit Civil, les Obligations, 8eme ed.

²⁶⁰ Ripert et Boulanger, Traité de droit civil (d'après le traité de Paniol), T 2, 1957 n° 136

²⁶¹ Jean Carbonnier, Droit Civil, T 4, les Obligations, Themis, 22eme ed. n° 37

²⁶² R. Saleilles, La déclaration de volonté, Préface p VIII cité par Marty et Raynaud, Droit Civil, Eme ed. T 1 ? les sources, n°104

²⁶³ Jean Carbonnier, Droit Civil, T4, Les obligations, Thémise, 22eme ed. n° 32

b) la recherche d'une solution²⁶⁴

Sans examiner en détail l'ensemble des solutions proposées par les auteurs, nous nous attarderont sur les principales :

1°) L'attribution des qualités de la personne juridique à la machine

Une machine peut-elle donner un consentement valide au regard de la théorie générale des contrat ?

La personnalité juridique n'est pas limitée aux personnes physique et peut-être accordée à des groupement. Pourquoi pas, dès lors, ne pas faire accéder l'ordinateur à la qualité de sujet de droit ?

Une réponse positive paraît cependant difficile pour deux raisons :

- ces groupements auxquels la loi reconnaît une capacité juridique constituent toutes, en fin de compte, des groupements d'être humains, donc capables d'exprimer une volonté collective.
- selon la théorie du patrimoine élaborée par Aubry et Rau et consacrée par la doctrine dominante, toute personne possède un patrimoine et tout patrimoine possède un titulaire qui est la personne. L'ordinateur ne pouvant posséder de patrimoine, il devient impossible de procéder à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

2°) L'ordinateur comme outil de communication : une fiction juridique

L'ordinateur pourrait tout simplement être considéré comme un outil de communication classique, tel le téléphone ou le télécopieur.²⁶⁵ Ainsi, il n'exprimerait pas sa propre volonté, ni celle de la personne qui en est

²⁶⁴ Lionel THOUMYRE *L'échange des consentements dans le commerce électronique*, Juriscom.net, 15 mai 1999 <http://www.juriscom.net>

²⁶⁵ Il s'agit là d'une nouvelle proposition de Tom ALLEN & Robin WIDDISON, *Op. Cit.*, p. 46-47 : " We could choose to ignore its autonomy and treat it as no more than a passive adjunct or extension of the relevant human trader. In effect, we would adopt the legal fiction that anything issuing from the computer really issues directly from its human controller. By doing so, we would treat the computer as we do a telephone or fax machine. "

responsable. Plutôt que d'utiliser le terme « expression », il conviendrait plutôt d'employer celui de « transmission d'information ». L'ordinateur devient alors l'objet par lequel sera transmise la volonté du véritable acteur juridique de la transaction. Ainsi, l'on ne devrait plus dire que l'ordinateur a conclu automatiquement un contrat pour le compte de la personne dans l'intérêt de laquelle il agit. Bien au contraire, c'est la personne qui a conclu le contrat au travers d'un outil de communication chargé de transmettre sa volonté.

Cette solution propose en quelque sorte de jouer sur les mots. Il s'agit d'employer le bon terme pour contourner une évidence : en fixant elle-même certains éléments essentiels du contrat (prix et/ou quantité de marchandise), la machine ne fait que transmettre la simple volonté de l'acteur juridique. Elle comble les zones de négociation au seul desquelles la volonté directe et immédiate de l'utilisateur n'intervient plus. Un simple téléphone ne prend jamais ce genre d'initiatives !

Le fait de considérer les actes perpétrés par un ordinateur au même titre qu'une conversation téléphonique relève donc d'une véritable fiction théorique. Celle-ci présente pour seul avantage de ne pas remettre en cause notre ordre juridique comme c'était le cas dans la première proposition. Ainsi, nous quittons le monde du virtuel pour aborder celui du fictif ou encore du " simulacre ". Dans ce cas là, le droit se propose d'ignorer simplement l'autonomie de la machine de manière à ne pas bouleverser le scénario juridique écrit avant l'arrivée des acteurs du commerce électronique.

Le risque est indéniable : si les juges adoptent cette théorie, l'acteur juridique devra irrémédiablement supporter les conséquences désastreuses qui pourraient survenir d'un *bug* informatique, d'une erreur de calcul ou d'un défaut de programmation. Il sera tenu de l'ensemble des termes contractuels réorganisés ou " décidés " par la machine comme si ceux-là émanait directement de sa propre volonté.²⁶⁶

²⁶⁶ c'est ce qui a failli arriver à la société Netbusiness qui, à la suite d'une erreur, proposait à la vente sur son site un rétroprojecteur valant plus de 50 000 F à un prix de 5290 F, fut assignée par un internaute qui avait passé commande . Le tribunal d'instance de Strasbourg n'a pas suivi celui-ci, estimant que « *n'exprime pas le consentement du vendeur un prix résultant d'une erreur purement matérielle d'étiquetage prouvée par le prix proposé par ses concurrents* » (TI Strasbourg 24 juillet 2002, D 2003, Jurisprudence, actualité jurisprudentielle p 2434 obs Cédric Manara) de la même façon, la société Amazon qui, à la suite d'une erreur, proposait sur son site une télévision valant 1049 \$ à un prix de 99,99 \$, fut poursuivie devant un tribunal américain par l'un des internautes qui s'était porté acquéreur . Le juge ne l'a pas suivi au motif que le contrat n'était pas formé à défaut de débit du prix de vente. Egalement du même type <http://news.com.com/2100-1017-964831.html>

Alors que la première solution se proposait de personnaliser la machine, la seconde décide d'ignorer purement et simplement son pouvoir décisionnel. Peut-être existe-t-il une issue raisonnable entre ces deux extrêmes.

3°) L'ordinateur, mandataire du cocontractant

John Fischer,²⁶⁷ juriste américain, propose une nouvelle solution. Etant donnée que les acteurs du commerce électronique délèguent un pouvoir déterminant à l'ordinateur, il s'agirait de considérer que la machine a été mandatée pour agir en leur nom et pour leur compte. Cette vision se rapproche effectivement de la réalité et trouverait, d'après John Fischer, ses bases légitimes dans les objectifs du droit de l'*agency* en *Common Law*.²⁶⁸

Fischer ajoute une nuance : l'on devra se garder de transposer l'ensemble du droit des mandats à l'ordinateur, tels que le devoir de loyauté et la responsabilité du mandataire.

Un problème se pose cependant en *Common Law* : le mandataire doit accepter son mandat. Le mandataire ne peut donc être une machine qui, dépourvu de personnalité juridique, n'a pas le pouvoir de passer des actes juridiques. Les traditions du Code civil ne sont pas moins restrictives :

- au niveau des rapports mandant / mandataire : le mandataire doit avoir la volonté d'agir pour le compte du mandant et manifester cette volonté ,
- au niveau des rapports mandataire / cocontractant du mandant : la volonté du mandataire doit exister, elle ne doit pas non plus être entachée de vices.

Ainsi, nous voyons que, pour qu'un ordinateur puisse être mandataire, il faudrait en revenir à la première proposition, à savoir lui conférer la capacité juridique de contracter.²⁶⁹

²⁶⁷ Voir John P. FISCHER, " Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2 ", *Indiana L. J.*, 72, 1997

²⁶⁸ " Indeed, the provisions discussed below dealing with EDI's capability to form a contract without human awareness or consent [proposed article 2 U.C.C. Draft] reach precisely the same results as agency law would reach if applied to the computers which enter into contracts. ", John P. FISCHER, *Op. Cit.*, p. 557.

²⁶⁹ C'est pourquoi Isabelle de Lamberterie avait-elle rejeté cette possibilité en 1988, Isabelle de LAMBERTERIE (Dir.), *La vente par voie télématique -- Rapport intérimaire*, Ivry, CNRS, 1988, p. 27.

4° L'établissement d'un lien d'obligation entre l'ordinateur et la personne juridique

Des théories d'inspiration américaine envisagent de créer un lien légal d'obligation entre la machine et la personne pour le compte de laquelle elle agit.

Deux projets vont dans ce sens :

- le projet de modification du *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) américain qui aborde la notion d'agent électronique définit comme " *a computer program or other electronic or automated means used, selected, or programmed by a person who initiate or respond to electronic messages or performances without review by any individual.* " ²⁷⁰ Cet agent électronique constituerait en fait une nouvelle forme de mandat palliant les obstacles évoqués ci-dessus. Le projet américain a sans doute subi l'influence de Raymond T. Nimmer qui s'est consacré à élaborer une théorie de l' " attribution " ²⁷¹ dont le but est de créer un véritable lien d'obligation entre le message et la personne pour le compte de laquelle il a été automatiquement transmis. Nous retrouvons la même proposition au sein de la loi-type de la *CNUDCI* (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International) ²⁷²
- la loi-type de la *CNUDCI* : en son article 12, intitulé " *Attribution des messages de données* ", la loi-type stipule notamment qu' " *un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé (...) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement* " .

Cette théorie, assez proche des conceptions germaniques, s'oppose bien évidemment à la conception classique du droit français, pour qui,

²⁷⁰ Article 2B-102 (version février 1998), <http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2/2b298.htm>, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 237

²⁷¹ Raymond T. NIMMER, " Electronic Contracting : Legal Issues ", *Journal of Computer & Information Law*, 14, 1997, p. 217-218.

²⁷² Loi type de la *CNUDCI* sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation" *CNUDCI* (1996), peut être consultée sur le site <http://www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm>. Elle a pour vocation d'être intégré dans le système juridique des Etats qui auront décidé de l'adopter.

l'essentiel est bien l'intention de s'engager . S'il est vrai que pour que cette intention ait une valeur juridique, il faut nécessairement qu'elle soit extériorisée, ce qui importe en définitive, c'est moins cette manifestation de volonté qu'elle traduit que la volonté intime elle-même²⁷³

Elle pourrait peut être cependant trouver un écho en droit positif français au travers de la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 du code civil. Le fait qu'un ordinateur, encore considéré comme une chose, ait provoqué une situation matérielle ou morale préjudiciable pour un tiers engage irrémédiablement la responsabilité du gardien. Un lien d'attribution entre le gardien et le message envoyé par la machine a dont bien été créé par cet acteur « incapable juridiquement ». Bien que nous situons ici en matière délictuelle, nous voyons bien que le droit civil n'est pas totalement réfractaire à ce genre de situation.

5°) Le recours à l'accord EDI

Les transactions automatisées EDI²⁷⁴ (échanges de documents informatisés) sont encadrées par une convention visant à définir les modalités relatives à l'utilisation et à l'échange des données informatiques. Il s'agit d'un contrat formé par les parties avant toute intervention de la machine. Bien qu'automatisés, les actes sous-jacents qui en découlent pourraient donc être le fruit du consentement des parties selon les modalités définies par un accord cadre.

Mais cette théorie ne peut s'appliquer au commerce électronique « ouvert » destiné au grand public ou à des parties qui n'ont pas encore contractées ensemble. L'accord EDI ne s'applique qu'aux conventions passées en application d'un accord cadre préalablement signé selon des modalités conventionnelles. Il ne peut donc servir de support à l'échange initial des consentements et se limite à exprimer, sous une forme conventionnellement automatisée, des actes sous-jacents.

6°) le mandat d'intérêt commun

On pourrait considérer que le consommateur, lorsqu'il visite un site marchand, agit non seulement pour lui-même, mais en fonction d'un mandat reçu, plus ou moins tacitement, du commerçant d'accepter son offre²⁷⁵. C'est en effet dans le cadre de ce mandat que le consommateur

²⁷³ Marty et Raynaud,

²⁷⁴ pour plus d'information sur l'EDI cf : www.edifrance.org

²⁷⁵ sur l'hypothèse du contrat passé avec soi-même, voir Marty et Raynaud, Droit Civil, 2eme ed T1, Les sources n° 96

manipule le serveur du site pour mettre en forme sa commande puis la valider.

En quelque sorte, l'accès au site constitue la preuve du mandat²⁷⁶.

Les conditions de fonctionnement du logiciel d'interface que le cybermarchand a programmé constituent en quelque sorte le cadre du mandat qu'il consent au consommateur.

En d'autres termes, le pirate informatique qui détournerait le programme proposé par le commerçant pour passer une commande dépassant ses prévisions excèderait les limites du mandat et pourrait donc se voir opposer la nullité du contrat.

7° l'empreinte suffisante du consentement

Malgré les difficultés liées aux propositions précédemment étudiées, il n'est pas impossible de retrouver le consentement des parties au sein des actes automatisés. Il suffirait de rechercher dans les actes effectués par un système informatique une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques de contracter.

Ainsi, pour reprendre la formule de Jean Carbonnier : "*l'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit*"²⁷⁷. Virtuel, le consentement des parties n'en est pas moins réel²⁷⁸, même si son actualisation se manifeste au travers de la mise en œuvre d'un programme informatique.

En cas de litige, par exemple lorsque l'une des parties estime que l'ordinateur aurait "contracté" pour une quantité aberrante de marchandise, le juge cherchera alors quelle fut la volonté réelle des cocontractants. Il pourra se baser sur un faisceau d'indices tels que les pratiques commerciales habituelles des acteurs en présence, l'indice auquel devait se référer le programme de l'ordinateur, la logique inhérente du marché ou encore la fiabilité de la machine.

²⁷⁶ la doctrine et la jurisprudence admettent tout à fait que l'existence d'un mandat tacite puisse être présumée à partir de circonstances de fait qui rendent celui-ci vraisemblable : J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat*, LGDJ 3emeed. N° 400

²⁷⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil, t 4 – Les obligations*, Paris, Themis, PUF, 1992, p. 84.

²⁷⁸ Voir V. A. VIALARD, "L'offre publique de contrat", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1971, p. 753, cité par Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 223.

La volonté interne peut être prouvée par tous moyens s'agissant par exemple d'établir qu'un fait juridique a vicié le consentement de l'une des parties²⁷⁹. La preuve de la défaillance de la machine pourrait alors suffire. Bien sur, une telle acceptation soumettrait la volonté réelle des parties à l'interprétation des juges à qui on laisse le soin de rechercher postérieurement si les messages émis par la machine caractérisent suffisamment la volonté de son utilisateur. Elle ferait alors peser une certaine incertitude sur chacun des actes effectués par les systèmes automatiques. Cela pourrait sembler insupportable dans certaines relations commerciales. Une telle solution aura cependant le mérite de poser comme principe la validité des conventions automatisées.

Section III la protection du consommateur

I La notion de consommateur

La notion de consommateur est familière depuis longtemps aux économistes. Pour ceux-ci, le consommateur est l'utilisateur final des biens et des services produits par une autre catégorie d'acteurs économiques, les producteurs. Il consomme pour la satisfaction de ses besoins personnels, alors que le producteur agit dans le but d'accroître sa richesse.

Elle ne fait pas l'objet du même consensus chez les juristes. Bien que fréquemment utilisée depuis trente ans, elle ne repose, en droit français, sur aucune définition légale, ce qui, bien entendu, n'a pu que contribuer à alimenter une longue controverse doctrinale et jurisprudentielle²⁸⁰.

²⁷⁹ Sur l'ensemble de ces questions en droit français voir notamment Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 297.

²⁸⁰ G.Cornu, Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, Trav. Assoc H. Capitant, t 24, 1973, Dalloz 1975 p 131; G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP 1979, ed . G, I, 2954; G.Rouhette, Droit de la Consommation et théorie générale du contrat, Et. Rodière, Dalloz 1981, p 247-272, JP Pizzio, L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D 1982, chr 91; rep com Dalloz, Droit de la consommation, 1987, n 416; Ph Malinvaud, La protection du Consommateur; D 1981 Chr 49 n°2; Le Consommateur, 81eme Congrès des Notaires de France, Lyon 1985; Malaurie, Le Consommateur, Def 1985, art 33593; G Cas et D Ferrier, Traité de droit de la Consommation, PUF 1986, n°8; J Ghestin, Le Contrat, LGDJ 1988, n°59; A Ouilic-Lepetit, La Notion de consommateur en droit français; Contrats-Conc-Consom, 1988, n°44, p 3; J Mestre, Des notions de Consommateurs, RTD Civ 1989, P 62s, Ch Giaume, Le non professionnel est-il un consommateur? où les problèmes de la redondance en droit de la consommation: Petites Affiches 23 juillet 1990 p 25; J.Calais-Auloy, F Steinmetz, Droit de la Consommation, Dalloz 4eme ed 1996, n° 9; G.Paisant, Essai sur la notion de consommateur en droit positif, JCP ed G 1993 3655, LR. Martin, Le Consommateur Abusif, D 1987, Chr p 150, H Davo, Fasc Jurisclasseur Civil, Contrat et Obligation, Protection du Consommateur,

La promulgation d'un code de la consommation par la loi du 26 juillet 1993 aurait pu sans nul doute être l'occasion, comme l'avait préconisé un éminent auteur ²⁸¹ d'élaborer une fois pour toutes une définition générale. Il n'en n'a rien été puisque la loi de 1993 s'est contentée de compiler dans un code unique diverses dispositions législatives déjà existantes ²⁸²

La démarche tendant à rechercher l'existence d'un concept unique de consommateur est rendue d'autant plus difficile que les textes qui y font référence n'en donnent aucune définition positive. C'est davantage par les exceptions qu'ils édictent pour limiter leur champ d'application que se dessinent les contours de la notion de consommateur.

Ainsi, par exemple, la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972, la première historiquement à citer le consommateur, s'applique à tout démarchage pratiqué (article 1er) "au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services". Elle ajoute, dans son article 8-I-e que n'y sont pas soumises "les ventes, locations ou locations ventes de marchandise ou objet ou les prestations de service lorsqu'elles sont proposées pour les besoins d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale ou d'une activité professionnelle" (version originale) ou "lorsqu'elles ont un rapport direct avec une activité exercée dans le cadre d'une exploitation agricole, industrielle, commerciale ou artisanale ou de toute autre profession" (version modifiée par la loi du 31 décembre 1989).

La loi n°78-22 du 10 janvier 1978 dispose dans son article 2 qu'elle s'applique "à toute opération de crédit, ainsi qu'à son cautionnement éventuel, consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit" puis exclut, notamment, dans son article 3, les prêts "destinés à financer une activité professionnelle".

La loi du n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, s'applique aux

1992, art 1109 fasc 10; G Raymond, Commentaire de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, Contrat, Concurrence, Consommation février 1992; Sinay-Cytermann, Protection ou surprotection du consommateur, JCP ed G 1994, Doctr 3804

²⁸¹ J. Calais Auloy, "Proposition pour un nouveau droit de la consommation" La Documentation Française 1985, Proposition pour un Code de la Documentation" La Documentation Française 1990

²⁸² JL Raynaud, A propos du Code de la Consommation, GP 26, 27 janvier 1994, n°26, 27 Doctr p 4, D. Bureau, Remarques sur la Codification du droit de la consommation, D 1994, Chron p 291, Giverdon, Lecharny, Regnier, Verdun, GP 4 février 1994 p 8, Code de la Consommation Commenté par JP Pizzio, ed Montchretien 1995.

prêts consentis par toute personne physique ou morale en vue de financer l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, à l'exception des prêts « destinés, sous quelque forme que ce soit, à financer une activité professionnelle »

Les autres textes, comme les lois n°78-23 du 10 janvier 1978 95-96 du 1er février 1995 sur les clauses abusives, la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs, l'article 30 de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 sur le refus de vente, la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, la loi n°88-21 du 23 juin 1989 relative à la protection et à l'information du consommateur, la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 relative aux contrats de vente et de prestation de service conclu à distance, font référence à la notion de consommateur, ou à celle de non-professionnel qui est considérée par la jurisprudence comme synonymique, sans pour autant la définir.

Faut-il en déduire que la recherche d'une définition uniforme est vaine ? Si certains auteurs tendent à le penser²⁸³, nous observons au contraire depuis 10 ans une volonté de la jurisprudence de la Cour de cassation de parvenir à une conception unique de la notion de consommateur.

L'absence de définition précise a bien évidemment fait tâtonner la jurisprudence de la Cour de cassation dans cette démarche . Un certain nombre d'hypothèses ne posent pas de difficulté. Un particulier qui acquiert un meuble destiné à son domicile personnel est sans nul doute un consommateur. A l'opposé, un commerçant qui achète une marchandise pour la revendre n'est pas un consommateur. Les difficultés se manifestent, comme toujours, aux frontières, c'est à dire dans les cas où un agent économique, bien qu'intervenant dans le cadre de sa profession, agit en dehors de sa spécialité et se trouve dans le même état d'infériorité qu'un particulier contractant pour ses besoins personnels (ce que la Doctrine définit comme étant un non-professionnel).

La Doctrine se prononce majoritairement en faveur d'une définition stricte, proche de sa définition économique. Pour elle, le consommateur c'est "l'acquéreur non professionnel de bien de consommation destiné à son usage personnel" ²⁸⁴ "la personne qui, pour ses besoins personnels,

283 Jacques Mestre, Des Notions de Consommateur, RTDCiv 1989 p 67

284 proposé par MM Cornu et Ghestin, Trav. de l'Assoc. H. Capitant, 1973, p 135

non professionnels, devient une partie à un contrat de fournitures de biens ou de services²⁸⁵, " la personne physique ou morale de droit privé qui se procure ou utilise des biens et des services pour un usage non professionnel ²⁸⁶. L'administration adopte d'ailleurs une position identique . Dans une circulaire datée du 19 juillet 1988 relative à l'application de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, elle précise que »le consommateur s'entend comme le consommateur final qui emploie (des produits) pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge, et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession ».287

La question est nettement tranchée en droit communautaire en faveur de la thèse restrictive. Tant les textes européens, que ce soit les directives ou les conventions de Bruxelles et de Rome, que les décisions de la Cour de justice des communautés européennes limitent le bénéfice des dispositions consuméristes destinées à corriger le déséquilibre entre les parties aux personnes physiques contractant pour la satisfaction de leurs besoins personnels et pour un usage étranger à leur activité professionnelle ²⁸⁸

Après avoir, dans un premier temps et de façon isolée, reconnu la qualité de consommateur à un agriculteur démarché pour souscrire une police d'assurance relative à son exploitation²⁸⁹, la Cour de cassation devait adopter ensuite la thèse soutenue par la Doctrine dominante pour refuser de reconnaître la qualité de consommateur à un agent d'assurance démarché pour réaliser une opération de publicité de son cabinet²⁹⁰.

Cette position, qui oppose le consommateur au professionnel, s'attache au but poursuivi par le consommateur, à l'objet du contrat. Le critère de distinction est donc objectif. Le consommateur est celui qui contracte pour satisfaire ses besoins personnels à l'inverse du

²⁸⁵ Ghestin, *Le Contrat*, LGDJ 1980, n°59

²⁸⁶ Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la Consommation*, *Precis Dalloz*, n° 3, *Projet de Code de la Consommation*, art L3 e Calais Auloy, *Propositions pour un code de la Consommation*; *Rapport de la commission pour la codification du droit de la consommation*; *Doc. Fr.* avril 1990 p 20

²⁸⁷ *Circ* 19 juillet 1988, I, a, *Code Lamy droit économique* 2001

²⁸⁸ *Dir* 85/577 du 20 décembre 1985 sur la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *dir* 99/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *CJCE* 21 juin 1978, *Bertrand*, *aff* 150/77, *Rec CJCE* p 1431, *CJCE* 14 mars 1991, *P. di Pinto*, *aff* C 31/89, *Rec CJCE*, I, p 1206, *CJCE* 3 juillet 1997, *D* 1997, *IR* p 174, cf *Monique Luby* La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance ; également *CJCE* 3eme ch, 22 novembre 2001, *aff. jointes* C 541/99 et C 542/99 ; *Cape Snc c/ Idealservice et Idealservice MNRE Sas c/ Omai Srl*, *JCP* 2002, *II Jur* 10047 note Gilles Paisant

²⁸⁹ *Cass Civ I* 15 avril 1982 *D* 1984, *J* p 439 note J.P. Pizzio

²⁹⁰ *Cass Civ 1ere* 15 avril 1986, *D* 1986, *IR* 393 obs Aubert, ou à un commerçant en appareils électro-ménager, *Cass Civ I* 23-06-87, *Bull* 87 I no 209 p 154

professionnel qui agit pour les nécessités de son activité professionnelle. Il n'est donc pas tenu compte de l'état réel d'infériorité du professionnel, qu'il soit petit artisan ou société anonyme, néophyte ou expérimenté.

A l'inverse, le professionnel qui agit pour satisfaire des besoins non professionnels est considéré comme un consommateur .

De la sphère habituelle de compétence ...

La première chambre civile de la Cour de cassation devait opérer par la suite un revirement de jurisprudence en reconnaissant à un agent immobilier faisant installer un système d'alarme dans son cabinet le droit de se prévaloir des dispositions contenues dans l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 relative aux clauses abusives 291. Pour rendre applicables à ce professionnel les dispositions de la loi du 10 janvier 1978, la Cour de Cassation a repris le même raisonnement qui lui avait permis d'étendre la limitation des clauses restrictive de la garantie des vices cachés dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels aux professionnels "agissant en dehors de leur sphère habituelle de compétence". 292 Elle reprend ici mot pour mot cette motivation en énonçant, dans une formule qu'elle devait ensuite réitérer, que "l'activité d'agent immobilier était étrangère à la technique très spéciale des systèmes d'alarme et qui, relativement au contenu du contrat en cause, était donc dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur". La Cour devait confirmer cette position à de multiples reprises. Ainsi, elle reconnaissait le droit de se prévaloir des lois du 22 décembre 1972 et du 10 janvier 1978 à une commerçante qui commande un système d'alarme pour son magasin 293 à un artisan plombier qui souscrit un contrat d'assurance juridique 294, pour l'acquisition d'un extincteur 295 , suivie en cela par des juridictions du fond, comme la cour d'appel de Besançon qui assimilait à un consommateur le fabricant de bracelets en cuir sans compétence en matière d'électronique et de téléphonie 296.

291 Cass Civ 1ere, 28 avril 1987 D 1988, 1, note P. Delebecque; D 1987 Somm 455 obs Aubert; JCP 1987, II, 20893 note Paisant, Paisant, les nouveaux aspect de la lutte contre les clauses abusives, D 1988, Chron 253 n°5, RTDCiv 1987.537 obs Mestre.

292 Cass Comm 8 juillet 1975 GP 1976, 1, 329.

293 Cass Civ I 25 mai 1992, Audijuris juin 92 n° 21 p 25 note Vigneau, D 92 somm p 401, JCP I 93 N° 3655 note Paisant, D 1993, Jur p 87 note Nicolau,

294 Cass Civ I, 20 octobre 1992, JCP 93 n° 22007 Note Paisant

295 Cass Civ I 6 janvier 1993, Audijuris avril 92 n° 30 p 24 note Vigneau, JCP 93 n° 22007 note Paisant

296 CA Besançon, 10 juin 1994, Contrats, Conc, Consomm 1995 n° 23 obs Raymond

Il est intéressant de noter que la motivation de ces décisions est identique quelle que soit la loi à laquelle il s'applique, alors que, nous l'avons vu, les champs d'application des lois de 1972 et 1978 ne sont pas rédigés en termes identiques, confortant ainsi la thèse de l'unification de la notion de consommateur.

Dans cette logique, la première chambre civile assimilait au consommateur la personne morale, fût-elle une société commerciale, se trouvant dans le même état d'infériorité que celui du consommateur personne physique .297

Une distinction intervient donc entre les contrats conclus pour les besoins de la profession, "actes de la profession" 298 et donc exclusifs de la notion de consommateur, de ceux conclus, certes à l'occasion de la profession, mais en dehors de la sphère habituelle de compétence, "actes relatifs à la profession" 299

La première chambre civile de la Cour de cassation s'écarte ainsi de l'approche économique pour adopter une vision plus sociologique de la notion de consommateur. La situation de l'agent dans le processus économique général importe peu. Si l'utilisateur final est nécessairement un consommateur, le producteur, situé en amont, n'est pas forcément un professionnel. L'objet du contrat constitue toujours un élément essentiel mais non déterminant puisque la seule constatation qu'un contrat n'est pas conclu pour des besoins personnels n'entraîne pas l'exclusion du champ d'application des lois consuméristes. La ligne de partage entre bénéficiaires et exclus de la protection se situe au niveau de la "sphère habituelle de compétence". Le critère devient subjectif. Pour reprendre l'expression utilisée dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 1987, "le commerçant qui contracte pour les besoins de son commerce mais en dehors de ce qui est sa technicité propre peut devenir un consommateur présumé inexpérimenté" 300

Cette position de la première chambre civile n'a cependant pas toujours été partagée par l'ensemble des chambres de la juridiction suprême. Ainsi, la chambre commerciale a refusé d'appliquer l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 à un contrat de facturation par carte de crédit

²⁹⁷ Cass Civ 1ere, 28 avril 1987 op. cit.

²⁹⁸ JL Aubert obs D 1988 somm 407

²⁹⁹ JL Aubert op. cit.

³⁰⁰ Rapport de la Cour de Cassation 1987 p 208

passé entre une banque et un supermarché au motif que la convention avait été conclue entre professionnels 301

Cependant, à partir de la fin de l'année 1993, on a pu déceler une très nette évolution de la position de la première chambre civile de la Cour de cassation.

Elle est revenue, dans un premier temps, à sa jurisprudence antérieure à 1987, plus proche des souhaits émis par la Commission des clauses abusives 302 en jugeant, dans une affaire concernant l'achat de plans de pommiers par un arboriculteur que le caractère prétendument abusif d'une clause ne peut, aux termes de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 être invoqué à propos d'un contrat de vente conclu entre des professionnels 303 . Plus précisément , à propos d'un contrat conclu par l'exploitant d'un bar-tabac-presse pour étendre son activité à la location de cassettes vidéo auprès de la clientèle fréquentant son établissement 304 et d'une commande d'un appareil distributeur de glaces par un boulanger passée pour étendre le champ de son activité professionnelle, elle énonce que ces contrats, conclus par des commerçants pour les besoins de leur commerce n'étaient pas soumis aux dispositions de la loi du 22 décembre 1972 et ce, sans qu'il soit fait référence à la sphère habituelle de compétence des professionnels qui revendiquaient l'application de ces textes à leur profit. Elle jugeait peu après qu'un contrat de location d'un véhicule signé par un commerçant "pour les besoins de son commerce" échappait à l'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 305

... au rapport direct avec l'activité professionnelle

A la suite de ce premier revirement, la première chambre civile est revenue à une position plus médiane qui semble avoir été définitivement fixée . Dans un arrêt du 24 janvier 1995, pour écarter l'application de l'article 35 de la loi du 10 Janvier 1978 à un contrat de fourniture d'électricité conclu entre EDF et une société d'imprimerie, la première chambre civile se fonde non pas sur la sphère habituelle de compétence de cette dernière mais retient que le contrat de fourniture d'électricité a un

301 Cass Com 4 février 1992, Bull Civ IV n° 61, D 92 Inf Rap p 90, Cass Com 10 mai 1994, Revue des Huissiers de Justice juin 1995 p 574 note Grignon, Contrats, Conc, Consom 1994 n° 155 obs Leveneur, D 1995 somm 89 obs Mazeaud

302 Commission des Clauses abusives, avis 14 septembre 1993, Contrats, conc, consomm 1994 comm 92 note Leveneur; Defrénois 1994 art 35891 n° 122 obs Mazeaud, 28 avril et 20 mai 1994; BOCC 30 mai 1995 p 181

303 Cass Civ I 24 novembre 1993, JCP ed. G. 1994, II, 22334

304 Cass Civ I 2 février 1994, Audijuris n° 41/42 p 69 note Vigneau, Bull Civ I n° 48 p 37

305 Cass Civ I 21 février 1995, JCP 1995 II 22502 note Paisant

rapport direct avec son activité professionnelle³⁰⁶. Par la suite, elle écarte l'application de ce même texte à un contrat de distribution d'eau souscrit par une société industrielle³⁰⁷, puis, à un contrat portant sur l'acquisition d'un logiciel de gestion de clientèle souscrit par une société commerciale au motif identique que ces dispositions "ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant". ³⁰⁸

Tout en marquant de façon certaine sa volonté d'abandonner l'assimilation au consommateur du professionnel agissant en dehors de sa sphère habituelle de compétence, la première chambre civile, dans ces trois derniers arrêts, montre qu'elle n'entend plus revenir à sa jurisprudence antérieure à 1987. Contrairement à l'arrêt du 21 février 1995, mais aussi à ceux rendus par la chambre commerciale, la première chambre civile n'écarte pas d'un trait de plume l'application de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 (devenu depuis L 132-1 du Code de la Consommation) au seul motif que le contrat est conclu entre deux professionnels ou pour les besoins de sa profession mais prend la peine de relever que le contrat signé par un professionnel avait un rapport direct avec son activité (reprenant ainsi les termes utilisés par l'article 8-I-e de la loi du 22 décembre 1972 tel que modifié par la loi du 31 décembre 1989 devenu depuis L 121-22 du Code de la Consommation) On peut en déduire que la seule qualité de professionnel n'exclut pas en soi le bénéfice de la qualité de consommateur, même si le fait d'agir en dehors de sa sphère habituelle de compétence n'est plus suffisant pour permettre l'assimilation au consommateur. Aux distinctions proposées précédemment, il convient donc de substituer celle tirée non plus de la compétence du professionnel ou de ses besoins professionnels mais du rapport direct entre le contrat et l'activité professionnelle. Sont donc exclus du bénéfice de la protection les professionnels qui passent des contrats qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle qu'ils exercent. A contrario, bénéficieraient des lois consoméristes ceux dont les contrats, bien que passés pour les besoins de leur profession, n'ont pas un rapport direct avec leur activité .³⁰⁹

306 Cass Civ I 24 janvier 1995, D 1995 Jur p 327 note Paisant, Audijuris n° 54 juin 1995 p 4 note Amlon, D 1995 Sommaires Commentés p 310 obs Pizzio, JCP 1995 ed G IV 745, Contrats, Conc, consom 1995 comm 84 note Leveueur, RTDCiv 1995 p 362 obs Mestre, JCP 1005 I 3893 n° 28 obs Viney

307 Cass Civ I 3 janvier 1996, D 1996 IR p 47, D 1996 jur p 228 note Paisant, JCP 1996 I 3929 obs Labarthe

308 Cass Civ I 30 janvier 1996 D 1996 jur p 228 note Paisant, Audijuris n° 64 mai 1996 p 18 note Vigneau, JCP 1996 IV 673, Contrats, Conc. Consom 1996 n° 46 obs Raymond) (Position identique de la chambre criminelle : Cass Crim 29 juin 1999, BICC 15 octobre 1999 p 8 n° 1105) (également, en dernier lieu Cass Civ I 23 février 1999, D 1999, inf rapp p 82.

309 Cass Civ I 17 juillet 1996, Audijuris n° 67 p 10 note Vigneau, Bull Civ I n° 331 p 231

Il n'en demeure pas moins que les frontières de l'espace ainsi laissé pour l'application du droit de la Consommation ne sont pas évidentes à tracer. Si on part du principe qu'un professionnel peut contracter pour les besoins de sa profession sans que ce contrat ait un rapport direct avec son activité, on pourrait dire, pour ébaucher une définition, qu'est assimilé au consommateur le professionnel qui, à l'occasion de sa profession, passe un contrat dont l'objet n'est pas directement destiné à la mise en oeuvre de son activité professionnelle. Le raisonnement sociologique devrait donc être abandonné au profit d'un raisonnement économique, fondé sur un critère objectif, qui distingue entre les actes qui participent au processus de fabrication, de distribution ou de consommation de ceux, détachables de la profession, qui ne s'inscrivent pas dans ce processus économique. 310

Ont ainsi été considérés comme n'ayant pas de rapport direct avec la profession, bien qu'ayant été conclus pour les besoins de celle-ci :

- l'acquisition par un masseur-kinésithérapeute d'un logiciel destiné à la tenue de l'agenda, la rédaction des demandes d'entente préalable, la facturation et la comptabilité dans la mesure où ce logiciel a précisément pour objet de permettre de se passer des services d'un autre professionnel exerçant une activité différente de la sienne, en l'espèce un expert comptable. Au surplus, l'acquéreur ne dispose pas d'une spécialité lui permettant d'apprécier l'opportunité voire le prix du bien proposé. 311 Cette décision a été confirmée par la Cour de Cassation, qui a estimé, à cette occasion, que les juges du fond appréciaient souverainement l'existence du rapport direct 312
- le contrat de mise à disposition de matériel de sécurité avec télésurveillance et maintenance et de location de ce matériel souscrit par l'exploitant d'un domaine agricole pour protéger celui-ci contre les vols 313

A été jugé en revanche qu'avait un rapport direct avec son activité le contrat, conclu par un commerçant pour lui permettre d'exercer une activité commerciale complémentaire. 314

310 l'expression est de J.P.Pizzio, D 1995 Sommaires Commentés p 310

311 CA Toulouse, 3eme Ch 9 janvier 1996 Société Microconceptc/ Mme Bouchard, BICC 15 mai 1996 p 50 n° 578.

312 Cass Civ I 1er décembre 1998, Bull Civ I n° 339 p 235

313 Ca Dijon 1ere ch sect 1, 23 mars 2000, BICC 1er février 2001, n° 149 p 46.

314 Cass Civ I 9 mai 1996, Contrats, Conc. Consom. 1996 n° 117 obs Raymond

Une association dont l'objet est l'apprentissage rémunéré de la guitare a été considérée comme exerçant une activité professionnelle au sens de l'article L 311-3 du Code de la consommation. 315 Cela étant, on peut se demander si cette nouvelle jurisprudence ne comporte pas plus d'inconvénients que d'avantages. S'il est vrai que la Jurisprudence antérieure pouvait être critiquable dans la mesure où elle s'écartait de l'intention du Législateur, il n'en demeure pas moins qu'elle reposait sur des critères de distinctions plus sûrs que ceux fondés sur le rapport direct entre le contrat souscrit et l'activité professionnelle.

Les trois cas soumis à la Cour de Cassation les 24 janvier 1995, 3 et 30 janvier 1996, les contrats présentaient sans difficulté un rapport direct avec l'activité du professionnel qui les avait passés (ils se situaient également dans leur sphère habituelle de compétence). Cependant, en reprenant les espèces dans lesquelles la Cour de Cassation avait reconnu, en se fondant sur leur sphère habituelle de compétence, la qualité de consommateur à des professionnels, on est bien en peine de pouvoir déterminer avec certitude la solution qui devrait leur être appliquée sur le fondement du rapport direct. Savoir si l'installation d'un système d'alarme à un rapport direct avec l'activité d'un agent immobilier ou d'une commerçante en vêtement de détail, un contrat d'assurance juridique avec l'activité d'un artisan plombier et l'achat d'un extincteur avec l'activité d'un agriculteur n'a rien d'évident. Cette perplexité conduirait en définitive, dans un souci de sécurité juridique, à préférer la solution retenue dans l'arrêt du 21 février 1995 .

*

*

*

Le balancier de la jurisprudence semble s'être désormais arrêté à mi-chemin entre les deux conceptions extrêmes de la notion de consommateur, dans une position médiane sensée apporter les avantages présentés par chacune des deux thèses, tout en repoussant leurs inconvénients.

315 Cass Civ I 23 mars 1999, Bull Civ I n° 106 p 70

La thèse restrictive présente indiscutablement l'intérêt de la simplicité et de la sécurité juridique. Facile à mettre en œuvre, elle évite que puissent être trop facilement remise en cause a posteriori des situations juridiques créées entre professionnels. Proche de l'intention du législateur et en harmonie avec le droit européen et celui des autres pays de l'Union européenne, elle présente néanmoins l'inconvénient de méconnaître la réalité économique, psychologique et financière de très petites entreprises.

La conception extensive paraît, de son côté, plus équitable au regard du déséquilibre réel qui existe entre certains professionnels. Elle n'est pas non plus incompatible avec le droit européen, celui-ci n'interdisant pas aux Etats membres d'étendre le bénéfice d'une directive à d'autres catégories de personnes que celles prévues initialement. Elle s'éloigne, en revanche, de l'intention du législateur et risque, à terme, de banaliser la protection du véritable consommateur.

Mais pour autant qu'elle soit, sur le plan des principes, plus juste et plus équilibrée, il n'est pas sûr que la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation soit, en pratique, meilleure que l'une ou l'autre de ces deux thèses extrêmes. Les acteurs économiques, qu'ils soient professionnels ou non, ont besoin de savoir, à l'avance et très exactement, le régime juridique auquel ils doivent se soumettre. Or, faire dépendre la qualité de consommateur d'un critère aussi subtil, mais parfois aussi aléatoire, que celui retenu en fin de compte par la Cour de cassation n'est certainement pas de nature à leur assurer la sécurité juridique à laquelle ils sont en droit d'attendre et ce, d'autant plus que celle-ci considère désormais que les juges du fond apprécient souverainement l'existence du rapport direct ³¹⁶.

A la difficulté de distinguer des autres le contrat n'ayant pas de rapport direct avec l'activité professionnelle s'ajoute ainsi une incertitude supplémentaire engendrée par les inévitables divergences de jurisprudence entre les cours d'appel. Il aurait très certainement fallu, à tout le moins, que la Haute juridiction n'abandonne pas son pouvoir d'appréciation de la qualité de consommateur et conserve sur ce point en particulier, son rôle unificateur ³¹⁷.

316 Cass Civ I 1er décembre 1998, Bull Civ I n° 159 p 438 également Cass Crim 29 juin 1999, BICC 15 octobre 1999 p 8 n° 1105 et Cass Civ I 10 juillet 2001, D 2001 jur n° 34 obs C. Rondey

³¹⁷ Dans le sens d'un contrôle par la Cour de cassation : 2eme ch civ, 18 mars 2004, n° 03-10.327, Bull. civ. I n° 136, cependant, en faveur dumaintien du pouvoir souverain : Cass. 1ere civ. 27 septembre 2005, pourvoi n° 02-13935, Bull. civ. I n° 347, Répertoire du notariat Defrénois, 2005-12-30, n° 24, jurisprudence, article 38301, 94, p. 2003-2009, observations Eric SAVAUX.

Cela étant, on peut s'interroger sur le point de savoir si, par un arrêt du 27 mai 2003, la 1^{ere} chambre civile de la Cour de cassation n'a pas franchi une étape supplémentaire en considérant *que la destination professionnelle d'un crédit ne pouvait résulter que d'une stipulation expresse*.³¹⁸ E, posant une telle règle, la Cour de cassation fait du droit de la consommation le droit commun du contrat de crédit qui, à défaut d'une mention expresse, est présumé être souscrit pour financer des besoins non professionnels et donc entrer dans le champ d'application des dispositions protectrices du Code de la consommation.

Le droit de la consommation étant considéré comme étant d'ordre public, de sorte qu'on ne peut y renoncer par avance, il est probable que la seule mention de l'utilisation professionnelle du contrat ne suffira pas à écarter l'application des dispositions protectrices du consommateur si celui-ci parvient à démontrer qu'en réalité, le contrat n'avait pas de rapport direct avec son activité professionnelle. En ce cas, en quelque sorte, la mention écrite de la destination professionnelle ne vaut qu'à titre de présomption simple, susceptible de preuve contraire. En revanche, dès lors que le contrat ne le précise pas, le professionnel se verra empêché de soutenir que le prêt était destiné à financer l'activité professionnelle de son cocontractant. Le silence du contrat lui interdira donc de réclamer l'application du droit commun, le droit de la consommation s'imposant alors à lui comme s'il était le droit commun, le droit civil n'étant plus que dérogatoire.

II La réglementation française de la vente à distance

Il n'existe pas à proprement parler à ce jour de réglementation française spécifique au commerce électronique. Il existe cependant depuis la loi du la loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le télé-achat³¹⁹, modifiée par l'ordonnance du 23 août 2001 qui a transposé la directive de 1997, une réglementation qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des techniques de communication à distance dans lesquelles ni le vendeur ni l'acheteur ne sont en présence physique l'un de l'autre lors de la conclusion du contrat, et donc au commerce électronique .

³¹⁸ Cass 1^{ere} civ 27 mai 2003, JCP 2004, II.10 050 note David Bonnet, solution réaffirmée par un arrêt du 21 octobre 2003 bull I, n° 208, JCP G 2003, IV, 2945, D 2003, act. Jur. P 2820 obs C. Rondey, Contrats, conc., consom., 2004, com 15, note G. Raymond

³¹⁹ (JCP ed G 1988, I n° 3350)

Mais la protection du consommateur sur internet ne peut se résumer à ce seul texte. En réalité, l'ensemble du dispositif français de protection des consommateurs a vocation à appréhender les relations électroniques entre le professionnel et le consommateur. En d'autres termes, internet n'est pas un champ à part de l'application du droit mais un vecteur nouveau de relations commerciales auquel s'applique le droit commun de la consommation.

Le code de la consommation consacre un chapitre aux contrats de vente et de prestation de service conclu à distance.

Instaurée par la loi du 18 janvier 1992, codifiée ensuite aux articles L 121-16 du code de la consommation, cette réglementation spécifique a été modifiée par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant notamment transposition de la directive 97/7/CE du 20 mai.³²⁰

A Champ d'application

Les dispositions du code de la consommation relatives aux ventes à distance s'appliquent à toute vente de bien et à toute prestation de service conclue sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion du contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance (art L 121-16 du code de la consommation).

Elles ne sont donc pas applicables au contrats passés entre professionnels ainsi qu'à certaines opérations énumérées à l'article L 121-17 :

- les contrats portant sur des services financiers (qui font l'objet d'une réglementation spécifique prévue aux articles L 121-20-8 et suivants du Code de la consommation, insérés par l'ordonnance du 6 juin 2005 qui transpose la directive du 23 septembre 2002 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès de consommateurs)³²¹
- les contrats conclu par le moyen de distributeurs automatiques ou pour des prestations fournies dans des locaux commerciaux automatisés,
- les contrats conclus avec les opérateurs de télécommunication pour l'utilisation des cabines téléphoniques publiques,

³²⁰ Jérôme Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D 2002, Chron. p 555

³²¹ commentée par Luc Grynbaum, JCP 2005 ed. G Act. N° 398 p 1323, également Comm. Com élect 2003, comm 15

- les contrats conclus pour la construction et la vente de biens immobiliers ou portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers (qui font l'objet d'une réglementation spécifique), à l'exception de la location
- les contrats conclus lors d'une vente aux enchères publiques.(qui font eux-même aussi l'objet d'une législation spécifique).

L'article L 121-20-4 prévoit une seconde série d'exception en faveur des contrats ayant pour objet :

- la fourniture de biens de consommation courante réalisée au lieu d'habitation ou de travail du consommateur par des distributeurs faisant des tournées fréquentes et régulières,
- la prestation de service d'hébergement, de transport, de restauration, de loisir qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée, sauf les dispositions énumérées aux articles L 121-18 et L 121-19 qui leur demeurent applicables³²². La CJCE inclut dans cette catégorie la notion de « fourniture de services de transports » inclut les contrats de fourniture de services de location de voitures".³²³

B L'information préalable du consommateur

L'article L 121-18 du Code de la consommation fait obligation au professionnel qui émet une offre de vente d'un bien ou de fourniture de service à distance envers des consommateurs, d'indiquer sur l'offre de contrat les informations suivantes :

- le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, 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,
- le cas échéant les frais de livraison
- les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution
- l'existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas où il est exclu par la loi,
- la durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci

³²² modification apportée par l'article 23 de la loi du 21 juin 2004

³²³ CJCE 10 mars 2005 ([aff. C-336/03](#)), JCP ed G 2005, II, 10059, note JC Zarka

- le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base,
- le cas échéant, la durée minimale du contrat proposé, lorsqu'il porte sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service.

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. On peut se demander si cette disposition autorise l'information du consommateur par un renvoi à un autre site par le biais d'une lien hypertexte³²⁴.

Cette obligation d'information est sanctionnée par une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. (amende de 1500 € et 3000 € en cas de récidive -article R. 121-1 du Code de la consommation)

Elle ne dispense pas le professionnel de ses obligations d'information prévues par les articles L 111-1 (obligation générale d'information sur les caractères essentiels du bien ou du service), L 111-3 (obligation d'information sur les prix) et L 214-4 (présentation des produits et des services)

C La confirmation écrite de l'information

L'article L 121-19 du code de la consommation prévoit que 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 :

- confirmation des informations figurant aux 4 premiers alinéas de l'article L 121-18 et de celles qui figurent en outre aux articles L 111-1 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,
- une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation,
- l'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations,

³²⁴ G. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D 2002, Chron p 55

- les informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales (qu'est-ce qu'une « garantie commerciale » ?),
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an.

Ces dispositions ne sont cependant 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. (technique dite du kiosque minitel)

En est aussi dispensé le professionnel qui a satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat.

Le manquement à ces dispositions est sanctionné des mêmes peines que la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. (amende de 1500 € et 3000 € en cas de récidive -article R. 121-1-1 du Code de la consommation)

On observera que cette obligation se cumule avec celle résultant de l'article 1369-5 du code civil déjà évoqué et selon lequel l'auteur de l'offre par internet doit adresser « sans délai injustifié » par voie électronique un accusé de réception de la commande. En réalité, le même envoi peut à la fois comporter l'accusé de réception et la confirmation des informations de l'article L 121-19.

D le droit de rétractation

L'article L 121-20 du Code de la Consommation (art L 121-16 avant l'ordonnance du 23 août 2001) accorde au consommateur un droit de rétractation qu'il peut exercer durant un délai de sept jours francs à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de service.

Ce texte insère ainsi dans les contrats de vente conclus à distance une condition résolutoire véritablement potestative puisque l'acheteur n'a pas besoin de se justifier pour s'en prévaloir, ce qui est remarquable au regard de l'article 1174 du Code Civil.

La doctrine dominante analyse pourtant les délais de réflexion comme l'élément d'un processus de formation échelonnée du contrat, considérant qu'il ne s'agirait que d'un contrat provisoire qui ne deviendrait parfait qu'à l'expiration du délai.³²⁵ Pourtant,

³²⁵: G. Cornu, Rapp sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français in La protection des consommateurs (journées canadiennes, travaux de l'association Henri Capitant, t

s'agissant du délai de l'article L 121-20, il ouvre un droit de rétractation qui intervient postérieurement non seulement à la formation du contrat, mais même au delà de son exécution. Le contrat est donc valablement formé dès sa conclusion et le consommateur n'a aucune action à réaliser pour qu'il se consolide. Il est, dès le départ, définitif. En réalité, l'exercice du droit de retour remet en cause rétroactivement un contrat valable, définitivement formé et même exécuté. Le délai de réflexion n'a pas pour effet de différer l'exercice du consentement (comme c'est le cas en matière de crédit immobilier par exemple) ni d'affecter sa formation ou sa force obligatoire. C'est bien en ce sens que l'on peut bien parler d'une clause résolutoire.

Il s'agit d'un droit discrétionnaire créé au profit de l'acheteur. Celui-ci n'a pas besoin de justifier sa décision et le vendeur ne peut lui réclamer aucun frais en contrepartie, si ce n'est des frais de retour. Ainsi, le vendeur ne saurait retenir sur la somme remboursée des frais pour "test et recertification de produit technique en retour"³²⁶.

Ce droit de rétractation étant destiné à permettre au consommateur de vérifier que le produit correspond bien à toutes les caractéristiques du catalogue, il peut s'exercer même si celui-ci a utilisé le produit.³²⁷

Ce droit de retour doit être formé dans les sept jours à compter de la livraison de la commande. Il s'agit d'un délai franc, de sorte que le jour de la livraison ne compte pas. Si le délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Ce délai d'exercice est porté à trois mois si le professionnel n'a pas satisfait à ses obligations de confirmation écrite prévues à l'article L 121-19. Cependant, si la fourniture des informations requises intervient finalement dans ce délais de trois mois à compter de la réception du bien ou de l'acceptation de l'offre de service, elle fait courir le délais de 7 jours.

Si l'acheteur fait jouer son droit de retour pour demander le remboursement du prix de la commande, il convient de considérer qu'en application de la clause résolutoire que crée l'article L 121-18, le contrat est anéanti rétroactivement. Il est donc sensé n'avoir jamais existé.

XXIV, Montréal, Quebec et Sherbrooke, 1973) ed. Dalloz 1975, p131 et suiv, Ph Le Tourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2002-2003n)5888, p 1113

³²⁶ (Cass Civ I 23 juin 1993, Bull Civ I n° 232 p160, JCP 1993, IV, 2185)

³²⁷ Tpol Les Andelys, 10 décembre 2004, Communication, commerce électronique 2005, com n° 43 note Benoit Tabaka, également ,mais de façon implicite, dans le même sens ; TGI Paris 4 février 2003 au sujet d'une clause excluant le droit de rétractation en cas d'utilisation du produit, et jugée abusive ;, comm. Com. Electr 2004, comm. 42

Cependant, si l'acheteur perd la chose après la livraison du bien et avant l'exercice de son droit de retour, il devra en supporter la perte.

Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur, et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé.

Au delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal.

Le refus du vendeur d'échanger ou rembourser un produit retourné dans le délai légal constitue également une infraction pénale punie des peines prévues par les premiers et troisième alinéas de l'article L 450-1 du code de commerce. Les agents de la DGCCRF sont compétents pour constater et poursuivre cette infraction.

L'article 3 de la loi n°2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale a ajouté à la première phrase de l'article L 121-20 une seconde totalement incohérente avec la première, qui ne veut strictement rien signifier et ainsi rédigée³²⁸ :

"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."

L'article L 121-20-2 prévoit un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit de rétractation ne peut être exercé, sauf clause contraire :

- lorsque l'exécution de la prestation de service a commencé, avec l'accord du consommateur, avant l'expiration du délai de sept jours
- en cas de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier³²⁹

³²⁸ Benoît Tabaka pense que le législateur a été victime de la canicule (Voir sur son blog : "Modification du Code de la consommation : compréhension demandée !", <<http://tabaka.blogspot.com/2005/06/modification-du-code-de-la.html>>).

³²⁹ Il s'agit par exemple des opérations sur le marché des changes, et de celles afférant aux instruments du marché monétaire, aux titres négociables, aux parts dans les entreprises de placement collectif, aux contrats financiers à terme (futurs) y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, aux contrats à terme sur taux d'intérêt, aux contrats d'échange (swaps) sur

- pour les biens confectionnés selon les spécifications du consommateur
- les biens qui, en raison de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou se périmer rapidement
- en cas de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur.

Le manquement à ces dispositions est sanctionné des mêmes peines une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. (amende de 1500 € et 3000 € en cas de récidive -article R. 121-1-2 du Code de la consommation)

E ordre public européen

L'article 121-20-7 précise que les dispositions relatives à la vente à distance sont d'ordre public. Les parties ne peuvent donc y déroger.

Ce caractère impératif est renforcé par l'article L 121-20-6 qui dispose que lorsque les parties ont choisi la loi d'un Etat non membre de la Communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoqué cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de résidence habituelle du consommateur assurant la transposition de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 lorsque cette résidence est située dans un Etat membre

III la prohibition des clauses abusives

La notion de clause abusive a été introduite en droit français par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978. Celle-ci, devenue article L 132-1 du Code de la Consommation, a mis en place pour la première fois un dispositif destiné à interdire ou limiter l'emploi de clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs.

Ce premier texte a connu une importante modification par la loi du 1er février 1995. Celle-ci n'étant pas rétroactive, elle ne s'applique,

taux d'intérêt ou sur devises ou contrats d'échange sur des flux liés à des actions ou à des indices d'actions (equity swaps), aux options visant à acheter ou à vendre tout instrument visé par le présent point, y compris les instruments équivalents donnant lieu à un règlement en espèces, étant comprises en particulier dans cette catégorie les options sur devises et sur taux d'intérêt. 8

conformément à la règle de droit commun posée à l'article 2 du Code Civil, qu'aux contrats conclus postérieurement à son entrée en vigueur. Les contrats conclus antérieurement demeurent régis par les dispositions sous l'empire desquelles ils ont été passés³³⁰.

Nous sommes donc tenus d'exposer successivement la situation des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 1er février 1995 et régis par l'article L132-1 du Code de la Consommation dans sa rédaction résultant de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, et ceux conclus postérieurement à cette date et régis par l'article L132-1 modifié par la loi du 1er février 1995.

A l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978

1°/ Domaine d'application

L'article 35 s'applique tout d'abord aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non consommateurs. Bien qu'il résulte des travaux parlementaires que les termes consommateur et non professionnel ne devaient pas être pris comme synonymes et interprétés dans un sens étroit, nous avons vu que la jurisprudence de la Cour de Cassation assimile au consommateur le professionnel qui passe un contrat sans rapport direct avec son activité professionnelle.

L'article 35 limite d'autre part son champ d'application aux clauses qui sont relatives au caractère déterminé du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, de résolution ou de reconduction des conventions.

2°/ le mécanisme de prohibition des clauses abusives

Pour qu'une clause soit réputée non écrite, l'article 35 prévoit la réunion de trois conditions, deux matérielles et une formelle:

Les deux conditions matérielles:

- la clause doit apparaître imposée au non-professionnel ou au consommateur par un abus de puissance économique de l'autre partie. L'abus de puissance économique se caractérise par

³³⁰ Cass Civ III 3 juillet 1979, JCP 1980 II 19384 note Dekeuwer-Defossez

l'impossibilité pour le consommateur ou le non professionnel de négocier les termes du contrat. Après avoir considéré un temps qu'il se présumait dans les contrats d'adhésion³³¹, c'est à dire dans les *contrats rédigés unilatéralement par l'une des parties et auxquels l'autre adhère sans possibilité réelle de les modifier*³³², ceux dans lesquels le contenu est déterminé unilatéralement et arbitrairement par le partenaire ³³³ la première chambre de la Cour de cassation, en affirmant ensuite que *le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer que telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique* est revenue à une position moins favorable au consommateur sur qui il fait reposer la charge de la preuve de l'abus de puissance économique³³⁴.

- elle doit conférer à la partie professionnelle un avantage excessif, c'est à dire un avantage sans contrepartie réelle qui traduit un déséquilibre entre les droits et obligations des parties . Pour la cour de cassation, la référence aux seuls désavantages subis par le consommateur, sans les comparer avec les avantages recueillis par le professionnel ne permet pas de caractériser l'avantage excessif obtenu par celui-ci³³⁵.

La condition formelle

Pour répondre à la condition formelle, elle doit avoir fait l'objet d'une désignation par un décret pris en Conseil d'Etat après avis de la Commission des Clauses Abusives .

Un seul décret a été rédigé en application de l'article 35; il s'agit du décret en date du 24 mars 1978 qui dispose que:

art 1er : Dans les contrats conclus entre des professionnels, d'une part, et d'autre part des non professionnels ou des consommateurs, est interdite comme abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de

³³¹ (Cass Civ I 6 janvier 1994, D 1994 Somm Comm 209 note Delebecque, Audijuris N° 40 p 5 note Vigneau, JCP 1994, II n° 2237, note Paisant, E. Agostini, de l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, D 1994, chron p 235)

³³² (Cf Ghestin, Traité de Droit Civil, Le Contrat, 2eme ed LGDJ 1988 n° 74)

³³³ (D. Mazeaud. Le principe de proportionnalité et la formation du contrat : Les Petites affiches, 30 sept 1998. Cf FX Testu, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP G 1993, I, 3673)

³³⁴ Cass. 1re civ., 12 mars 2002 ; SA Icd Vie c/ C. : Juris-Data n° 2002-013486, BICC 1er juin 2002, n° 574 p 25, JCP ed G 2002, II 16163 note Guy Paisant

³³⁵ Cass. 1re civ., 12 mars 2002 ; SA Icd Vie c/ C. : Juris-Data n°2002-013486, BICC 1er juin 2002, n° 574 p 25, JCP ed G 2002, II 16163 note Gilles Paisant

constater l'adhésion du non professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe. Cette disposition a été annulée par un arrêt du Conseil d'Etat en date du 3 décembre 1980.

art 2 : dans les contrats de vente conclus entre des professionnels d'une part et d'autre part des non professionnels ou des consommateurs, est interdite la clause ayant pour effet ou pour objet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.

art 3 Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs est interdite la clause ayant pour effet ou pour objet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre. Toutefois il peut être stipulé que le professionnel peut apporter des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation de prix, ni altération de qualité et que la clause réserve au non professionnel ou consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement.

art 4 : dans les contrats conclus entre des professionnels d'une part et des non professionnels ou des consommateurs d'autre part, le professionnel ne peut garantir contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique, en tout état de cause, la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes les conséquences des défauts et vices cachés de la chose vendue ou du service rendu.

B l'abandon progressif du critère formel

Cette réglementation nouvelle, séduisante à priori, a rapidement montré ses faiblesses. En effet, après ce premier décret du 24 mars 1978 interdisant certaines clauses, le pouvoir réglementaire n'a pas su édicter de nouveau règlement, et ce, bien que la commission ait rédigé une vingtaine de recommandations et que la pratique judiciaire ait révélé la fréquente utilisation de clauses abusives non visées par ce décret³³⁶.

³³⁶ Paisant, les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D 1988, Chron p 253, Mestre, Dernières nouvelles sur le front des clauses abusives, RTDCiv 1990, 474, Huet, Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives, JCP 1992, I, n°3592, voir le site de la Commission à l'adresse suivante :

Face à cette inertie, la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation a contourné l'obstacle créé par cette carence réglementaire en utilisant simultanément trois directions différentes:

- la première a consisté à étendre le bénéfice de la réglementation existante à ceux dont la qualité ne permettait pas, à priori, de se prévaloir des dispositions combinées de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 et du décret du 24 mars 1978 en assimilant aux consommateurs ceux qui "agissent en dehors de leur sphère habituelle de compétence".

- la seconde direction a cherché à annuler des clauses déclarées abusives par le décret du 24 mars 1978 à des contrats non visés par celui-ci. Ainsi, la Société KODAK avait inscrit sur l'emballage d'une pellicule photographique une clause limitative de responsabilité. Elle entendait s'en prévaloir dans le litige qui l'opposait à un consommateur qui demandait à être indemnisé de ce qu'elle n'avait pu lui restituer le film qu'il lui avait fait parvenir pour traitement. Pour déclarer cette clause abusive, la Cour de Cassation a estimé que l'on ne pouvait distinguer du coût global du contrat conclut entre la société KODAK et son client le coût de la vente de celui de son traitement, de sorte que le caractère de vente qu'il présentait, fut-ce de manière partielle, entraînait l'application de l'article 2 du décret du 24 mars 1978³³⁷,

- enfin, la troisième tend à reconnaître au juge le pouvoir de déclarer une clause abusive en l'absence de tout décret d'interdiction.

Cette démarche fut décelée pour la première fois dans un arrêt du 6 décembre 1989³³⁸. Une clause insérée dans un bulletin d'inscription d'une école professionnelle stipulait que le prix d'inscription payable en neuf mensualités constituait un forfait acquis intégralement à l'école, même en cas d'interruption de la scolarité. Ce type de clause n'était pas visé dans le décret de 1978. La Cour de Cassation prononçait la cassation du jugement ayant déclaré cette clause abusive au motif que le Tribunal d'Instance n'avait pas caractérisé en quoi elle était constitutive d'un abus de nature à la priver d'effet, ce qui signifiait implicitement la reconnaissance par la Cour du pouvoir du juge de déclarer abusive une clause non visée par le décret.

<http://alize.finances.gouv.fr/clausesabusives/>.

³³⁷ Cass Civ I 25 janvier 1989, JCP 89 ed G II, 21357, D 1989. 337) (voir également sur ce point Civ I 6 juin 1990 Bull I n° 145, JCP 91 ed G II, 21594

³³⁸ (D 1990 p 289 note Ghestin, JCP 1990, ed E, II, 15902, JCP ed E 1990.II.15902 note Delebecque, RTDCiv 1990.277 obs Mestre, RTDCom 1990.303, Les Grands Arrêts du droit des Affaires, S 1992.313 note Izorche, Defresnois 1991 art 34987 obs Aubert)

Ce mouvement se voyait par la suite confirmé, mais cette fois-ci de façon explicite dans un arrêt du 14 mai ³³⁹qui rejetait le pourvoi formé à l'encontre d'un jugement qui avait annulé une clause (non visée par un décret) limitative de responsabilité insérée dans un contrat de reproduction de diapositives au motif qu'elle procurait un avantage excessif à l'une des parties qui était en mesure, du fait de sa position économique, de l'imposer à sa clientèle.

*** fondement de cette jurisprudence**

Comme le faisait justement remarquer le professeur GHESTIN dans son commentaire, l'arrêt de principe du 14 mai 1991 ne vise aucun texte, de sorte que rien ne permettait de savoir si elle était ou non fondée sur les dispositions de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978.

Ce débat semblait avoir été résolu par un arrêt du 26 mai 1993 ³⁴⁰par lequel la Première Chambre Civile énonce "qu'il résulte de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 que sont réputées non écrites les clauses relatives à la charge du risque lorsqu'elles apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique et ne confèrent pas d'avantage excessif cautionnant l'association créancière". Elle jugeait par la suite que "le caractère prétendument abusif de la clause litigieuse ne peut, aux termes des articles 35 alinéa 3 de la loi du 10 janvier 1978, être invoqué à propos de contrats de vente conclus entre des professionnels"³⁴¹. En motivant de la sorte ces décisions, la Cour de Cassation semblait bien fonder le pouvoir du juge de déclarer une clause abusive sur les dispositions de la loi de 1978.

Un arrêt du 6 janvier ³⁴²est venu remettre en cause cette thèse. De façon identique à l'arrêt du 14 mai 1991, la Cour de Cassation s'abstient de viser dans sa motivation l'article 35 ni même la loi du 10 janvier 1978, et ce, alors que la Cour d'Appel, dont l'arrêt était déféré, fondait expressément sa décision sur ce texte. En outre, l'une des clauses qu'elle déclare abusive

³³⁹ 1991 (Bull Civ I n° 153, D 1991, p 449 note Ghestin et Somm 320 note Aubert, JCP 1991 II 21763 note Paisant, Contrats, conc, consom juillet 1991 n° 160 obs Leveneur, RTDCiv 1991.526 obs Mestre, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10ème ed. D 1994, p 386 obs Terré et Lequette, Karimi, Examen de 26 décisions judiciaires en matière de clauses abusives, GP 13, 14 octobre 1995 D p 2)

³⁴⁰ (Audijuris n°35 note VV, p 10, D 1993 n° 39 p 568 Note Paisant, RTDCiv 1994 p 97, JCP 1993, I, 3709, p 424 obs Marchesseaux)

³⁴¹ (Cass Civ 24 nov 1993, JCP ed G 1994 n° 22334, D 1994 sommaires commentés p 236 note Paisant)

³⁴² 1994 (Audijuris n° 40 mars 1994 p 5 note VV)

constitue une clause pénale qui n'entre pas dans le domaine de l'art 35 qui inclut les "conditions de résiliation" mais non ses conséquences.

* Faute de pouvoir rattacher la décision de la Cour de Cassation à l'article 35, son fondement doit donc être recherché parmi les règles traditionnelles du droit civil.

Une première notion, celle de l'abus de droit, vient à l'esprit. Elle doit cependant être écartée. En effet, en matière de clause abusive, l'abus ne vient pas de l'utilisation détournée de sa finalité d'un droit préexistant, mais de l'acquisition abusive d'un droit.³⁴³

La théorie générale des vices du consentement peut également être utilisée puisque la jurisprudence admet que la violence au sens de l'article 1112 du Code Civil peut résulter de l'exploitation abusive des circonstances. Ainsi, la Cour de Cassation a jugé que la perception par un avocat d'honoraires excessifs peut faire l'objet d'une demande en restitution, l'ignorance de ce que pouvait être dans des circonstances de l'affaire le montant normal de tels honoraires étant l'un des éléments de la contrainte morale ayant déterminé son client, en situation d'infériorité manifeste, à lui régler la somme demandée.³⁴⁴ La question de savoir si l'utilisation des circonstances économiques pouvait constituer un cas de violence a souvent été débattue en Doctrine et en Jurisprudence. Un arrêt de la Cour de Cassation, infirmant un arrêt de la Cour d'Appel de Paris qui avait annulé un contrat au motif qu'il avait été imposé par l'une des parties "abusant de sa force économique", semble cependant l'admettre implicitement. La Cour de Cassation reproche en effet dans cet arrêt à la Cour d'Appel de n'avoir pas précisé en quoi les agissements du concédant avaient été illégitimes, ce qui suppose, a contrario, qu'elle aurait confirmé sa décision si elle avait suffisamment caractérisé l'abus reproché au professionnel.³⁴⁵

On peut également considérer que la clause abusive est une clause sans cause car sans intérêt pour celui qui s'engage ou sans contrepartie réelle, et dont la nullité résulte de l'article 1131 du Code Civil. A été jugée sans cause la clause prévoyant la perception d'intérêts par le jeu des dates de valeur sur les remises et retraits d'espèces sur un compte bancaire³⁴⁶, la

³⁴³ (contra Malaurie et Aynès, Obligations, Cujas 1994-1995 n° 112, Ghestin, D 1990.286, Mestre, RTDCiv 1990 277, Bazin, JCP 1993 II 22158, Karimi, GP 13^e 14 octobre 1995 p 2).

³⁴⁴ (Cass Civ 1ere, 3 nov 1976, GP 1977, 1, 67 note Damien).

³⁴⁵ (Cass Com 20 mai 1980, Bull Civ IV n° 212)

³⁴⁶ (Com 6 avril 1993, D 93. 310 note Gavalda, JCP 93 II 22062)

stipulation dans un contrat de prêt d'une commission trop importante non justifiée .³⁴⁷

C'est sur ce même fondement que, dans une décision du 22 octobre 1996 dite *Chronopost*, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que devait être réputée non écrite la clause limitative de responsabilité portant sur l'obligation essentielle du contrat³⁴⁸, considérant qu'en la limitant ou en réduisant à néant sa portée, elle prive de cause l'obligation principale.

Proche de la notion de cause, celle de l'objet peut être également retenue. En effet, dans chacune des espèces citées³⁴⁹ la clause déclarée abusive avait un objet tendant à contrevenir à un droit d'ordre public reconnu au promettant .

Une clause qui viendrait en contradiction avec une disposition légale serait aussi nulle par application de l'article 1172 du Code civil³⁵⁰.

Enfin, de façon générale, on peut rapprocher cette jurisprudence de la notion, plus large, de bonne foi de l'article 1134 du Code Civil, ce texte étant d'ailleurs expressément visé par l'arrêt du 6 décembre 1989.

C la loi du 1er février 1995

Le dispositif législatif, tel que résultant de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, ne pouvait demeurer en l'état puisque la France était tenue, par la Directive CEE n°93/13 du 5 avril 1993 "concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs"³⁵¹ d'incorporer dans sa législation avant le 31 décembre 1994, un dispositif prohibant de façon générale l'usage de clauses abusives dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs.

La loi du 1er février 1995, qui met la France avec un mois de retard en conformité avec la Directive Européenne, entérine en partie l'audacieuse jurisprudence de la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation

³⁴⁷ (Cass Civ 30 mars 1943 DC 1944,13, note PLP, et Cass Com 23 octobre 1950, Bull Civ II n° 300).

³⁴⁸ (Cass Com 22 oct 1996, JCP 1997, I, n° 4002, note Fabre-Magan, GP 1997, 2, jur p 519 note Martin, D 1997, Chron p 147 par Larroumet, D 1997, jur p 121 note Sériaux, Gueguen, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, D 1999, chron p 352)

³⁴⁹ (6 janvier 1994, 14 mai 1991)

³⁵⁰ Cass 1ere civ 13 décembre 2005, COntrats, conc., consom. 2006, comm. 35 note G. Raymond

³⁵¹ (JOCE n° L 95/29 21 avril 1993, JCP 1993, ed E, III, 66199, voir sur ce point Trochu D 1993, Chron p 315, Anne Sinay-Cytermann, JCP ed . G. 1994 n° 3804, François Sage, *Le Droit Français au regard de la Directive 93/13 du Conseil des Communautés Européennes du 5 avril 1993*, GP 28 octobre 1994, chron p 2)

puisqu'elle consacre le pouvoir du juge de qualifier une clause d'abusives sans qu'elle ait été préalablement visée par un décret³⁵².

Elle ne rompt pas totalement avec le mécanisme instauré par la loi du 10 janvier 1978 puisqu'est maintenue l'intervention du pouvoir exécutif.

1°/ Domaine d'Application

Comme nous l'avons déjà précisé, la loi du 1er février 1995, faute d'être expressément rétroactive, ne s'applique pas aux contrats conclus antérieurement³⁵³.

La Cour de justice des communautés européennes a cependant jugé que la juridiction nationale est tenue, lorsqu'elle applique des dispositions de droit national antérieures ou postérieures à la directive, de les interpréter, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de cette directive.³⁵⁴

Par le même arrêt, la juridiction européenne a considéré que la directive du 5 avril 1993 impliquait que le juge national puisse apprécier d'office le caractère abusif d'un contrat.

De la même façon que l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, l'article 1er de la loi du 1er février 1995 (article L 132-1 du Code de la Consommation) s'applique "aux contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs", avec la réserve que la Cour de Cassation, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus, appliquait les règles du droit de la consommation aux contrats conclus par des professionnels mais sans rapport direct avec leur activité. La Cour de justice des communautés européennes a jugé quant à elle que la notion de

³⁵² (Gilles Paisant, La Clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1er février 1995, Dalloz 1995, Chron p 99, Ghestin et Marchessaux-Van Melle, L'application en France de la Directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1er février 1995, JCP 1995 Doctrine n° 3854, Bazin, La Nouvelle protection contre les clauses abusives, Revue des Huissiers de Justice 1995 p 523, D.Mazaud, La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette? Droit et Patrimoine juin 1995.42, Paisant, Clauses pénales et clauses abusives après la loi du 1er février 1995, D 1995 chron p 223

³⁵³ (Cass Civ III 3 juillet 1979 JCP 1980 II 19384 note Dekeuwer-Defossez, Civ III 20 juin 1968 D 1968 749 note Lesage-Catel, Civ III 7 novembre 1968 JCP 1969 II 15771, Cass Civ 7 octobre 1980 Bull Civ III n° 152

³⁵⁴ (CJCE plénière 27 juin 2000, aff C-240/98 Océano Grupo Editorial SA c/ Murciano Quintero, JCP ed Enter 2001 Jur p 1281 note Paisant et Carballo-Fidalgo)

consommateur, telle que définie par la directive devait être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques.³⁵⁵

En revanche, à l'inverse de la loi de 1978 qui se limitait aux seules clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix, ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, la loi de 1995 ne pose aucune limitation quant à l'objet des clauses³⁵⁶.

Le nouvel article L 132-1 du Code de la Consommation s'applique à tous les contrats souscrits entre professionnels et consommateurs, quels que soient leur forme ou leur support et notamment, les bons de commande, les factures, les bons de garantie, les bordereaux ou bons de livraison, les billets ou les tickets. Contrairement à la Directive qui ne vise que les clauses insérées dans les contrats n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, la Loi précise expressément qu'elle s'applique que les stipulations contractuelles soient "négociées librement ou non".

* On notera avec intérêt que le Législateur français n'a pas repris l'exclusion, contenue dans la directive, "des clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives". Le Conseil d'Etat en a logiquement déduit que les dispositions d'un règlement du service de distribution d'eau qui prévoient que le client abonné aurait à sa charge toutes les conséquences dommageables pouvant résulter de l'existence et du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors du domaine public et en amont du compteur, sauf s'il apparaissait une faute du service des eaux, présentaient le caractère d'une clause abusive tant au sens au sens des dispositions l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 que de celles de l'article L 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995, et étaient dès lors entaché d'illégalité³⁵⁷.

La Haute juridiction administrative, suivant ainsi les vœux exprimés depuis longtemps par la Commission des Clauses Abusives³⁵⁸, admet donc qu'un règlement administratif, en l'espèce un règlement des eaux,

³⁵⁵ (CJCE 3eme ch, 22 novembre 2001, aff. jointes C 541/99 et C 542/99 ; Cape Snc c/ Idealservice et Idealservice MNRE Sas c/ Omai Srl, JCP 2002, II Jur 10047 note Gilles Paisant)

³⁵⁶ que ces clauses portent sur une obligation principale ou accessoire 1ere civ 3 mai 2006, pourvoi n° 04-16698 à paraître au bulletin

³⁵⁷ (Conseil d'Etat 11 juillet 2001, publié au recueil Lebon, voir aussi la chronique de J. Amar, D 2001 Chronique p 34).

³⁵⁸ (BOSP 13 juin 1979 p 172)

sur la base duquel seront établies les relations contractuelles entre le prestataire du service public de distribution des eaux et les usagers, soit soumis à la réglementation sur les clauses abusives.³⁵⁹

Demeure en revanche non résolue la question de savoir si une clause reproduisant une disposition cette fois-ci réglementaire peut être considérée comme étant abusive .

L'article L135-1 du Code de la consommation prévoit que « Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté. »

Ainsi le consommateur français peut invoquer le bénéfice de ces dispositions même dans l'hypothèse où le contrat est soumis à une loi étrangère.

2°/ le mécanisme de protection

La loi du 1er février 1995 fait la synthèse entre l'ancien article 35 de la loi du 10 janvier 1978 et la construction prétorienne de la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation.

Deux mécanismes distincts peuvent chacun aboutir à la désignation d'une clause abusive. Reprenant le mécanisme issu de la loi de 1978, la loi de 1995 maintient la possibilité pour le pouvoir réglementaire d'édicter des listes de clauses considérée comme étant de plein droit abusive. A ces

³⁵⁹ on rappellera toutefois le principe de l'incompétence des tribunaux judiciaires pour apprécier la validité d'un règlement administratif (Tribunal des Conflits 16 juin 1923, SEPTFOND, Long, Weil et Braibants Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, Sirey 8eme édition p 179), et en particulier les stipulations d'un cahier des charges type approuvé par l'autorité réglementaire (Cass Civ I 31 mai 1988, Bull Civ I n° 161, D 1988 Somm p 406 note Aubert s'agissant d'un cahier des charges type pour l'exploitation par affermage d'un service de distribution publique d'eau potable, Cass Civ I 22 novembre 1994, Bull Civ I n° 343, D 1995 IR 16), la Cour de Cassation considérant que les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, déclarer que des clauses figurant dans un décret ou reprises dans un règlement ont un caractère abusif, de sorte qu'il appartient au juge judiciaire, saisi d'une telle question de renvoyer les parties à saisir la juridiction administrative d'une question préjudicielle.

clauses "noires", elle consacre l'existence de clauses "grises" dont le caractère abusif ne dépend pas d'une détermination réglementaire mais d'une définition générale dont l'application est laissée à l'appréciation du juge.

* La définition de la clause abusive donnée par l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 est abandonnée au profit de celle, plus large, de la Directive. Reprenant mot pour mot les termes de cette dernière, le premier alinéa de l'article L 132-1 dispose que sont abusives, *"les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat"*. La désignation par un décret n'est donc plus nécessaire pour qualifier d'abusives une clause.

L'exigence d'un abus de puissance économique n'est également plus exigé. La clause abusive repose sur la seule notion du déséquilibre significatif qui demeure très proche de celle de l'avantage excessif³⁶⁰. Pour paraphraser Xavier Lagarde³⁶¹, une clause est abusive lorsque octroie au seul professionnel un avantage par rapport à ce que serait sa situation s'il n'en était pas fait application et qui n'a ni contrepartie en faveur du consommateur³⁶², ni motif légitime.

Pour apprécier le caractère abusif, la loi précise que, sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du Code Civil, il s'apprécie en se référant au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre.

Cependant, l'appréciation du caractère abusif des clauses ne doit porter, selon l'alinéa 7 du nouvel article L 132-1, ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. La lésion ne peut donc caractériser l'abus au sens de ce texte.³⁶³

³⁶⁰ Du même avis Gilles Paisant dans sa note de l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 12 mars 2002, JCP ed G 2002 II 16163 n° 6

³⁶¹ Xavier Lagarde « *Qu'est-ce qu'une clause abusive* », JCP ed. G 2006, I, 110

³⁶² Cass 1^{ère} civ 12 mars 2002 qui énonce : « *la référence aux seuls désavantages subis par l'assuré, sans les comparer avec les avantages recueillis par l'assureur, ne permet pas de caractériser l'avantage excessif* » bull I n° 92, JCP G 2002, II, 10163 note Paisant « *la référence aux seuls désavantages subis par l'assuré, sans les comparer avec les avantages recueillis par l'assureur, ne permet pas de caractériser l'avantage excessif* »

³⁶³ L'inadéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert peut être pris en compte par d'autres mécanismes que celui des clauses abusives, notamment celui de la rescision pour lésion (articles 1118, 1304 et 1313 du Code Civil), de la violence (par exemple Cass Civ 1^{ère} 3 novembre 1976, GP 1977, 1, 67 note Damien

L'article 16 de l'ordonnance du 23 août 2001 a cependant atténué cette limitation en la subordonnant à la condition que la clause soit rédigée de façon claire et compréhensible.

* La Loi ajoute en annexe à cette définition générale une liste indicative et non exhaustive de clauses énumérées par la Directive et qu'elle indique comme pouvant être regardées comme abusives si elles satisfont à la définition générale (voir annexe 1). Elle précise qu'en cas de litige concernant un contrat comportant de telles clause, le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif. Cette exigence fait qu'il ne s'agit pas de clauses abusives à proprement parler ni même de clauses simplement présumées abusives. On peut considérer qu'il s'agit plutôt de "clauses à risques" pour lesquelles le Législateur attire l'attention des consommateurs, des professionnels et des juges sur la probabilité qu'elles renferment un abus.

* A coté de ces clauses "grises", coexistent des clauses "noires", c'est à dire des clauses qui doivent être considérées comme abusives lorsqu'elle font l'objet d'un décret pris en Conseil d'Etat après avis de la Commission des Clauses Abusives . Elles dispensent le consommateur de rapporter la preuve de leur caractère abusif. Le mécanisme initialement prévu par la loi de 1978 est donc ainsi maintenu. On peut en conséquence penser que les clauses visées par le décret du 24 mars 1978 demeurent prohibées.

* Les clauses abusives sont réputées non écrites. En ce cas, le contrat reste applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans les clauses déclarées abusives.

Outre ce dispositif qui tend à faire déclarer non écrite des clauses contenues dans des contrats signés entre un consommateur et un professionnel, coexiste deux autres mécanismes originaux :

- La commission des clauses abusives, qui peut recommander la suppression ou la modification de clauses contenues dans des

pour la perception par un avocat d'honoraires excessifs qui peut faire l'objet d'une demande en restitution, l'ignorance de ce que pouvait être dans les circonstances de l'affaire le montant normal de tels honoraires étant l'un des éléments de la contrainte morale ayant déterminé son client, en situation d'infériorité manifeste, à lui régler la somme demandée), du dol, de la cause (Cass Civ 30 mars 1943 DC 1944,13, note PLP, et Cass Com 23 octobre 1950, Bull Civ II n° 300 qui juge sans cause la stipulation dans un contrat de prêt d'une commission trop importante non justifiée), de la bonne foi de l'article 1134 du Code Civil (Ord Premier Président CA Rouen 15 sept 1992, JCP 1993, II, 21981 note Martin et RDT Civ 1993 p 354 note Mestre pour des honoraires d'avocat disproportionnés par rapport à la simplicité du dossier).

modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs (art. L 132-2 et suivants du code de la consommation),

- La faculté conférée par l'article L421-6 du code de la consommation aux associations de consommateur de saisir la juridiction civile pour obtenir, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.

3°/ les clauses déclarées abusives par la jurisprudence³⁶⁴

Ont été déclarées abusives par la jurisprudence, que ce soit sous l'empire de la loi du 10 janvier 1978 que de celle du 1^{er} février 1995 :

- la clause de résiliation insérée dans le contrat d'adhésion conclu entre le GIE Cartes Bancaires et un bijoutier³⁶⁵

- la clause qui fait supporter au preneur dans un contrat de location de longue durée la totalité des risques de perte ou de détérioration de la chose louée, même lorsque ceux-ci sont dus à un événement imprévisible et irrésistible constitutif de la force majeure et qu'aucune faute ne peut être imputée au preneur et qui confère ainsi au bailleur un avantage excessif (Cass Civ I 6 janvier 1994, D 1994 Somm Comm 209 note Delebecque, Audijuris N° 40 p 5 note Vigneau, JCP 1994, II n° 2237, note Paisant, Contrats, Conc. Consomm mars 1994 comm 58 note Raymond, pourvoi sur CA Grenoble 13 juin 1991 JCP 1992 II 21819 note Paisant, voir également à propos de cette jurisprudence E. Agostini, *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice*, D 1994, chron p 235)

- la clause contenue dans un contrat de location de longue durée prévoyant, en cas de résiliation du contrat par suite de défaillance du débiteur, la restitution immédiate du véhicule par le locataire, privant celui-ci de toute possibilité de rechercher lui-même un acquéreur ou d'exercer

³⁶⁴ Voir, sur ce point l'étude de également Xavier Lagarde « *Qu'est-ce qu'une clause abusive* », JCP ed. G 2006, I, 110, qui distingue les clauses abusives parce qu'elles menacent l'économie du contrat, de celles qui octroient un avantage excessif au seul professionnel

³⁶⁵ TC Fréjus 1er mars 1993, JCP 1994 II 22194 note Coutant et Alexandre. Cependant, cette jurisprudence semble devoir être abandonnée au regard de la position nouvelle de la Cour de cassation qui refuse désormais d'assimiler à un consommateur le professionnel concluant un contrat ayant un rapport direct avec son activité professionnelle.

un contrôle sur les conditions de la revente et qui confère ainsi un avantage excessif au bailleur (même arrêt)

- la clause contenue dans les contrats de location de véhicule proposés à sa clientèle par la Société HERTZ par laquelle cette dernière dégageait toute responsabilité pour les dommages atteignant le locataire ou pour toute tierce personne utilisant le véhicule à quelque titre que ce soit, pour la perte ou les dommages atteignant les objets laissés à bord du véhicule ainsi que tout préjudice indirect consécutif à des retard de livraison, à des défauts mécaniques ou à toute autre cause³⁶⁶,

- dans un contrat d'abonnement à un club sportif:

- la clause permettant au club de modifier unilatéralement ses heures d'ouverture sans contrepartie financière pour les adhérents,

- la clause n'ouvrant à ces derniers qu'une possibilité de suspension des abonnements pour raisons de santé ou professionnelles, à l'exclusion d'une faculté de résiliation pour ces mêmes motifs,

- la clause obligeant les adhérents à présenter un certificat médical attestant que leur état physique leur permet d'utiliser les installations du centre, faute de quoi ils prennent l'entière responsabilité de ce qui pourrait leur arriver de préjudiciable à leur santé, ce qui revient à exonérer le club de toute responsabilité en cas d'accident survenue ou de maladie contractée lors de la fréquentation de l'établissement,

- la clause excluant la responsabilité du club en cas de perte ou de vol d'objets ou de vêtement déposés au vestiaire,

- la clause permettant au club d'exclure, sans aucun dédommagement, toute personne dont l'attitude ou le comportement risquerait de gêner la communauté,

- la clause édictant une pénalité de 3550 francs en cas de prêt de sa carte par adhérent³⁶⁷

³⁶⁶ (CA Versailles, 3e ch 2 juin 1994, RJDA 1994 n° 1220 p 956, RTDCiv 1995 p 360 obs Mestre)

³⁶⁷ (TGI Brest 21 décembre 1994, RJDA 1995 n° 218 p 177, JCP 1995 ed Ed, Pan n° 200, RTDCiv 1995 p 360 obs Mestre).

- dans un règlement des eaux prévoyant que l'abonné est seul responsable des dommages pouvant résulter du fonctionnement de la partie du branchement située en dehors des limites de la voie publique³⁶⁸,
- dans un contrat d'assurance invalidité, la clause qui subordonne le paiement du capital à la constatation médicale de l'invalidité pendant la durée de la garantie et qui confère à l'assureur, eu égard à la faculté annuelle de résiliation dont il dispose et au caractère évolutif de l'état médical de l'assuré, la possibilité de résilier le contrat lorsqu'il a connaissance d'une atteinte corporelle de nature à entraîner une invalidité totale et définitive³⁶⁹,
- dans un contrat d'assurance crédit garantissant l'emprunteur en cas d'incapacité de travail, la clause qui prévoit une franchise de 12 mois au cas où le risque se produit, mais qui n'est abusive que dans l'hypothèse où la période de remboursement dure à peine plus d'un an, auquel cas la franchise prive l'assurance de toute utilité³⁷⁰
- dans un contrat de bail, la clause restreignant la responsabilité du bailleur en cas de trouble de jouissance du preneur³⁷¹
- la clause qui comporte au seul bénéfice de l'un des contractants un droit de résiliation avec indemnité alors que ce droit est expressément refusé à l'autre partie au contrat³⁷²
- dans un contrat de vente la clause qui stipule que les dates de livraison ne sont données qu'à titre indicatif et qu'un retard dans la livraison ne peut constituer une cause de résiliation ni ouvrir droit à des demandes de dommages intérêts sauf si la marchandise n'est pas livrée quatre vingt dix jours après une mise en demeure restée sans effet et adressée après la date de livraison prévue à titre indicatif³⁷³
- la clause d'un contrat de location de matériel de sécurité et de télésurveillance, qui prévoit que le défaut de paiement d'un seul paiement

³⁶⁸ (TGI Paris, 17 janvier 1990, D 1990.289 note Ghestin)

³⁶⁹ (CA Lyon 29 mars 1991, Revue des Assurances Terrestres 1991, 900 note Kulmman, D 1991 p 451 n° 7 note Ghestin, GP 8 et 9 juin 1994 p 66 note Rothman, BICC 1er mai 1992 p 55)

³⁷⁰ 1ere civ 26 février 2002, bull n° 71, JCP G 2002, IV, 1625, Defresnois 2002 p 771 obs Savaux, RTDCIv 2003, p 90, obs . Mestre et B. Fages

³⁷¹ (CA Versailles, 26 novembre 1993, Loyers et Copropriété 1994 comm 145)

³⁷² (CA Besançon 10 juin 1994, Contrats, Conc, Consom 1995 comm 23 note Raymond)

³⁷³ (CA Toulouse 3eme chambre 6 juin 1995 Gabriel/ Royal Salon, inédit)

à son échéance entraîne l'obligation pour le locataire non seulement de restituer le matériel et de régler les loyers impayés majorés d'une clause pénale de 10 %, mais encore de verser une somme égale à la totalité des loyers restant à courir jusqu'à la fin du contrat majorée d'une autre clause pénale de 10% ³⁷⁴

- la clause subordonnant la responsabilité du Club Med en cas de vol de valeurs non déposées au coffre à la preuve d'une faute ³⁷⁵
- la clause laissant à la charge du client du Club Med ses droits d'inscription en cas d'annulation pour cas fortuit ou force majeure ³⁷⁶
- les clauses, insérées dans les conditions générales du site de commerce électronique Père-Noël.fr, par lesquelles celui-ci se réservait la possibilité d'adapter ou de modifier à tout moment les conditions générales de vente et de différer jusqu'à la livraison les modes et conseils d'utilisation, limitait la faculté de rétractation du client, supprimait toute possibilité de protestation après la signature du bon de livraison, fixait un délai de livraison flou, de 4 à 30 jours, ainsi qu'une clause limitative de responsabilité imposée aux voyageurs par la société Voyages Père-Noël.fr ³⁷⁷.
- Dans un contrat de vente de matériel de détection et de télésurveillance moyennant une remise de 60% du prix de vente en contrepartie de l'acceptation, par le client, d'une part, d'être cité en référence et de promouvoir les matériels de la société auprès de ses relations, d'autre part, de souscrire auprès de celle-ci un contrat d'abonnement de télésurveillance, la clause qui prévoit, en cas de résiliation, que l'acheteur est tenu de payer la différence entre le prix réel de l'installation et la somme réglée lors de la signature du contrat, soit 17 565,52 francs, déduction faite d'une prime de fidélité de 40 francs par mensualité de télésurveillance réellement réglée et d'une commission de 10 % sur le perçu pour les installations réalisées par l'entremise du client du contrat de vente. En effet, une telle clause fait peser sur l'exercice de cette faculté de résiliation une contrainte

³⁷⁴ (CA Dijon, 1^{ere} Ch 1^{ere} section, 23 mars 2000, Sté Locam c/ Mme Thevenin, BICC 1^{er} février 2001, n° 149 p 46).

³⁷⁵ (CA PARIS, 20 septembre 2002, INC Hebdo 1226)

³⁷⁶ (CA PARIS, 20 septembre 2002, INC Hebdo 1226)

³⁷⁷ TGI Paris 4 février 2003, Consommation, commerce électronique 2003, commentaires n° 42 obs Philippe Stoffel-Munck, D 2003, Jur, p 762, obs Cédric Manara, GP 23 juillet 2003, Jur p 38

excessive que ne suffisent pas à atténuer les déductions qu'il prévoit dès lors que l'allocation de la commission de 10 % sur le montant perçu pour les installations réalisées par l'entremise du client revêt un caractère aléatoire, tandis que la prime de fidélité est manifestement dérisoire³⁷⁸.

- dans les contrats de téléphonie mobile : :
 - la technique des décomptes de communication par paliers pratiqués par SFR, Orange et Bouygues³⁷⁹
 - la clause ne permettant pas une résiliation pour motif légitime même au cours de la période minimale d'engagement initial, celle permettant à l'opérateur d'exiger un dépôt de garantie en cours de contrat, celle supprimant la responsabilité de l'opérateur en cas d'interruption temporaire et celle ramenant les obligations de l'opérateur à des simples obligations de moyens³⁸⁰
 - la clause qui restreint les hypothèses de résiliation pour motif légitime à une liste de cas définie dans les conditions générales, qui exonère l'opérateur de toute responsabilité en cas de suspension du service, ou stipule que le délai de préavis court à compter de la date de la facture qui suit la réception de la demande de résiliation³⁸¹
- dans le règlement d'une loterie :
 - la clause subordonnant la remise du lot à la cession du droit à l'image du gagnant,
 - la clause conditionnant l'acceptation du règlement de jeu, au simple fait de participer, car elle ne permettait pas aux participants de prendre véritablement connaissance des modalités de l'offre dans la mesure où le règlement était reproduit au recto des bons de participation, en caractères petits et difficilement lisibles, ce qui était de nature à décourager les participants d'en prendre connaissance

³⁷⁸ Cass 1ere civ 29 oct 2002, Bull Civ n° 2254, JCP G 2002, IV, 2295, JCP E 2002, 1778, JCP 2003, I, 122 note Natacha Sauphanor-Brouillaud

³⁷⁹ TGI Nanterre, 22mai 2002, Comm. Com. Electr 2002, comm. 106 et la note

³⁸⁰ CA Versailles, 4 février 2004, Comm. Com. Electr 2004, comm. 57, note P. Stoffel-Mubnck

- ³⁸¹ TGI Nanterre, 10 septembre 2003, inédit

- la clause donnant droit à l'organisateur d'annuler le jeu en raison d'un événement de force majeure, et notamment d'un événement indépendant de sa volonté (par exemple en raison d'une erreur matérielle commise de bonne foi par un prestataire extérieur à l'organisateur), dans la mesure où de telles hypothèses ne remplissaient pas les caractères d'imprévisibilité, d'irrésistibilité et d'extériorité requis pour qualifier un événement de force majeure. (CA Paris, 23 déc. 2003)
- dans un contrat de vente, la clause stipulant qu'en cas de résiliation de l'abonnement de télésurveillance souscrit le même jour, la différence entre le prix réel de l'installation et la somme réglée lors de la signature du contrat sera alors facturée au client, le contraignant ainsi à renoncer à une remise de 60 % de ce prix sans que la déduction d'une prime de fidélité manifestement dérisoire et d'une commission aléatoire de 10 % sur le montant hors taxe et hors pose perçu pour les installations réalisées par l'entremise du client puissent être regardées comme de nature à compenser le déséquilibre significatif ainsi créé entre les droits et obligations des parties (1ere civ 29 octobre 2002, bull n° 54, JCP ed G 2003, I, n° 122, n° 25 obs N. Sauphanor-Brouillaud, Contrats, conc, consom 2003, comm. 46, obs G. Raymond, RTDCiv 2003, p 90 obs J. Mestre et B. Fages)
- la clause prévoyant la délivrance de l'information exigée par l'article L 311-9 du Code de la consommation par simple mention sur un listing informatique³⁸²
- la clause insérée dans un contrat de crédit à la consommation qui stipule l'application d'une clause pénale dans le cas d'une défaillance extra-contractuelle de l'emprunteur³⁸³
 - dans les contrats de fourniture d'accès à internet :
 - la clauses prévoyant la faculté pour le professionnel de modifier unilatéralement le contrat et ses conditions, celle qui lui permet de supprimer le contenu des boîtes aux lettres si celles-ci n'ont pas été consultées pendant plus de 90 jours, ou de supprimer la boîte aux lettres et son contenu en cas d'inactivité

³⁸² 1ere civ 1er février 2005, Contrat, consoc., consom 2005, comm n° 99 note Guy Raymond

³⁸³ 1ere civ 1er février 2005, Contrat, consoc., consom 2005, comm n° 99 note Guy Raymond, *Les annonces de la Seine*, supplément au n° 43 du jeudi 29 juin 2006 p 3 obs Audrey Abbé

prolongée de l'abonnement , la clause qui autorise l'opérateur à se réserver le droit de refuser la transmission ou le stockage de tout message dont la taille et/ou le contenu et/ou le nombre de destinataire pourrait remettre en cause la qualité générale du service proposé à ses abonnés en ce qu'elle confère au professionnel, en raison de son imprécision, le droit d'interpréter discrétionnairement la clause, la clause exonérant l'opérateur de sa responsabilité en cas de manquement de sa part, la clause par laquelle il se réserve, sans préavis ni formalités, la faculté de suspendre ou résilier tout abonnement ou services en cas de simple manquement par l'abonné à l'une de ses obligations contractuelles³⁸⁴.

- La clause exonérant France Télécom de son obligation de service continu en cas de force majeure « *ou d'un événement hors du contrôle de France Télécom* », une telle mention étant trop imprécise au regard de l'obligation de résultat pesant sur l'opérateur³⁸⁵.
- La clause dispensant Free de fournir l'accès au service pour panne ou maintenance sans prévoir d'indemnisation³⁸⁶.
- La clause par lesquelles Neuf Cegetel s'exonère de toute responsabilité en cas de non fonctionnement du réseau, alors que le fournisseur est débiteur d'une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer que par la force majeure, la clause restrictive de résiliation, la clause autorisant les changements de conditions ou de tarifs sans accord de l'abonné³⁸⁷.
- - la clause qui laisse entendre au consommateur qu'il n'a aucun recours contre son fournisseur d'accès à internet, la clause qui réserve au fournisseur d'accès la faculté de modifier unilatéralement le service fourni, la clause qui a pour effet de dégager le fournisseur d'accès de son obligation d'assurer l'accès au service alors qu'il a contracté une obligation de résultat, la clause qui permet à l'opérateur de mettre fin au contrat sans motif précis³⁸⁸

³⁸⁴ TGI Paris, 5 avr. 2005, comm., comm.electr 2005, comm 104 note Ph Stoffel-Munck

³⁸⁵ TGI Nanterre 9 février 2006, Communication, comm. Electr. 2006, comm 126 note Ph. Stoffel-Munck

³⁸⁶ TGI Paris 21 février 2006

³⁸⁷ TGI de Nanterre le 3 mai 2006

³⁸⁸ CA Versailles, 15 septembre 2005, JCP ed G, II 10029 note très critique de B. Fages, Comm., com. Eletr 2005, comm. 171 note Ph Stoffel-Munck

* mais ne constituent pas des clauses abusives:

- la clause prévoyant une retenue d'un montant égal à la part du risque supporté par les adhérents insérée dans un contrat de caution de prêt par un organisme mutualiste, fondée sur le principe de mutualisation des risques constitués par les prêts non remboursés par les emprunteurs, ³⁸⁹
- la clause prévoyant dans un contrat d'inscription à un centre de formation dans un établissement étranger selon laquelle aucun remboursement des frais d'inscription ne peut être assuré lorsque l'étudiant a démissionné moins de trente jours avant le début de l'année universitaire ³⁹⁰
- dans un contrat de location à durée déterminée d'un véhicule automobile, la clause qui prévoit qu'en cas de résiliation unilatérale avant terme par le locataire, le versement par ce dernier d'une indemnité compensatrice, même si le loyer global final initialement convenu excédait le prix d'acquisition du véhicule ³⁹¹
- dans un contrat de vente d'un véhicule automobile, la clause qui ³⁹²prévoit qu'en cas de reprise de l'ancien véhicule et après revente de ce dernier, le vendeur est simplement tenu de restituer le prix de reprise si l'acquéreur vient à annuler la commande
- dans un contrat de mandat de gestion de portefeuille, la clause exonératoire de responsabilité ³⁹³
- dans un contrat d'assurance multirisque-habitation, la clause mettant à la charge de l'assuré la preuve qu'un vol a eu lieu dans les conditions de la garantie ³⁹⁴

³⁸⁹ Cass Civ I 26 mai 1993, Bull Civ I n° 192, JCP 1993 II 22158 note Bazin, D 1993, Jur p 568 note Paisant, D 1994, Som p 12 obs Delebecque, Audijuris n° 35 p 10 note Vigneau, Contrat, Conc Consom 1993 comm 181 note Raymond, RTDCiv 1994.97 obs Mestre, Petites Affiches 1994 n° 29 p 20 note Beignier)

³⁹⁰ CA Paris 9 janvier 1992, Contrats, Conc. Cons. 1992 n° 126 note Raymond,

³⁹¹ Tribunal de Commerce de Frejus, 1er mars 1993, JCP ed G 1994, II, 22194 note M.F. Coutant et JJ Alexandre),

³⁹² 1ere civ 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-10779

³⁹³ (CA Paris 23 septembre 1993, D 1994 somm p 213 note Delebecque, RTDCom 1994.87 obs Cabrillac et Teyssié)

³⁹⁴ (TGI Paris 29 juin 1994, BICC 1er octobre 1994 p 32 n° 994),

- dans un contrat d'assurance chômage signé à l'occasion de la souscription d'un contrat de crédit, la clause qui permet une révision tarifaire selon l'évolution des risques du chômage dès lors que le tarif après révision n'excède pas les taux pratiqués par des organismes concurrents, que la preuve est rapportée d'une évolution extrêmement défavorable de ce risque et de l'absence d'un déséquilibre manifeste entre la prestation et son prix ³⁹⁵
- dans un contrat d'assurance-chômage garantissant le remboursement d'un crédit immobilier, la clause qui exclut la garantie le chômage survenant après l'expiration d'un contrat de travail à durée déterminée ³⁹⁶.
- dans un contrat d'assurance automobile, la clause qui subordonne la garantie vol à une soustraction frauduleuse par effraction caractérisée, définie comme nécessitant la trace d'effraction, tant pour l'accès au véhicule que pour sa mise en route, dès lors que la mise en route n'a pu se faire, à défaut d'être en possession des clefs de contact, que par une détérioration des appareils électriques et du dispositif de blocage ³⁹⁷
- la clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ³⁹⁸
- dans un contrat de dépôt-vente, les clauses stipulant que:
 - Si le déposant n'est pas venu retirer le ou les articles invendus dans les quinze jours suivant la résiliation du contrat ou l'expiration de la durée maximale d'un an ou six mois visée en 5-2 des présentes conditions, le dépositaire pourra, après simple avis adressé au déposant (soit) - les faire livrer à l'adresse du déposant à ses frais, (soit) les détruire sans qu'aucun dédommagement ne puisse être réclamé au dépositaire par le déposant, (soit) en disposer ou les vendre librement à son profit sachant que le produit complet de cette vente lui sera acquis, sans rétrocession, à titre d'indemnisation pour frais de garde, d'assurance et frais de dossier.", dès lors que le déposant qui a la possibilité de retirer les

- ³⁹⁵ (CA Colmar 16 juin 1995, JCP 1995 II n° 22532 note Bigot).

³⁹⁶ Cass. 1re civ., 12 mars 2002 ; SA Icd Vie c/ C. : Juris-Data n° 2002-013486, BICC 1er juin 2002, n° 574 p 25, JCP ed G 2002, 16163 note Gilles Paisant

³⁹⁷ CA Versailles (1ere ch, 2eme sect) 6 septembre 2002, BICC 15 juin 2003 n° 743.

³⁹⁸ 1ere civ 1er février 2005, JCP ed G 2005, IV, 1532., JCP ed G Act 133 obs Caroline Pelletier, D 2005, act. Jurispr p 565 obs V. Avena-Robardet, JCP ed G I 141 obs Natacha Sauphanor-Brouillaud, Contrats, conc., concom., 2005, comm n° 98 obs. Guy Raymond

objets deux mois après le dépôt sans verser aucune indemnité au dépositaire est clairement informé de son obligation de se manifester à l'issue du contrat, obligation qui lui est rappelée par l'exigence d'une information préalable,

- il pourra être convenu à titre de prix de mise en vente initial et pendant les deux premiers mois une fourchette de prix à l'intérieur de laquelle le dépositaire pourra librement proposer à la vente l'article déposé. Les deux extrêmes de la fourchette apparaîtront alors dans les "conditions particulières" à la colonne "prix de vente unitaire initial" dès lors qu'il s'agissait d'une fourchette de prix qui n'était pas obligatoire et était librement débattue entre les parties lors de la signature du contrat, de sorte que la clause n'impose pas une obligation, mais prévoit une simple faculté, favorable au déposant puisqu'elle permettait d'adapter le prix à la demande .³⁹⁹

- dans un contrat de fourniture d'accès à internet, :
 - la clause qui ne fait qu'édicter une présomption de responsabilité du consommateur à raison de l'utilisation détournée ou usurpée de son compte dès lors qu'il a la faculté de rapporter la preuve d'une utilisation en fraude de ses droits de son compte dont il a seul la maîtrise⁴⁰⁰

 - la clause par laquelle l'abonné s'engage à consulter régulièrement les messages adressés par Tiscali à son adresse e-mail principale. ⁴⁰¹.

Annexe

1 Liste indicative de clauses pouvant être regardées comme abusives si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa de l'article L 132-1 du Code de la Consommation.

1. Clauses ayant pour objet ou pour effet:

a) d'exclure ou limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel;

b) d'exclure ou de limiter de façon inapproprié les droits légaux du consommateur vis à vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui;

c) de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté;

³⁹⁹ cass 1ere civ 1er février 2005, JCP G 2005, IV 1529

⁴⁰⁰ CA Versailles, 15 septembre 2005, JCP ed. G, II 10029 note B. Fagès.

⁴⁰¹ TGI Paris, 5 avril 2005

- d) de permettre au professionnel de retenir des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir le droit, pour le consommateur, de percevoir une indemnité d'un montant équivalent de la part du professionnel lorsque c'est celui-ci qui renonce;
- e) d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé;
- f) d'autoriser le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestation non encore réalisées par lui, lorsque c'est le professionnel lui-même qui résilie le contrat;
- g) d'autoriser le professionnel à mettre fin sans préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave;
- h) de proposer automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non prorogation de la part du consommateur;
- i) de constater de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu effectivement l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat;
- j) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison, valable et spécifiée dans le contrat;
- k) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir;
- l) de prévoir que le prix des biens est déterminé au moment de la livraison, ou d'accorder au vendeur de bien ou au fournisseur de service le droit d'augmenter leur prix sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat;
- m) d'accorder au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat;
- n) de restreindre l'obligation du professionnel de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière;
- o) d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécuterait pas les siennes;
- p) de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du professionnel, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci;
- q) de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie du contrat ou (ajoutée par la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 – cf Caroline Pelletier, *Les clauses de conciliation et de médiation dans les contrats de consommation*, JCP ed G, Act. 133) « ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ».

2. Portée des points g, j et l.

- a) le point g ne fait pas obstacle à des clauses par lesquelles le fournisseur de service financier se réserve le droit de mettre fin au contrat à durée indéterminée unilatéralement, et ce, sans préavis en cas

de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes immédiatement;

b) le point j ne fait pas obstacle à des clauses selon lesquelles le fournisseur de services financiers se réserve le droit de modifier le taux d'intérêt dû par le consommateur ou dû à celui-ci ou le montant de toutes autres charges afférentes à des services financiers, sans aucun préavis en cas de raison valable, pourvu que soit mise à la charge du professionnel l'obligation d'en informer la ou les autres parties contractantes dans les meilleurs délais et que celle-ci soient libres de réaliser immédiatement le contrat.

Le point j ne fait pas non plus obstacle à des clauses selon lesquelles le professionnel se réserve le droit de modifier unilatéralement les conditions d'un contrat de durée indéterminées pourvu que soit mis à sa charge le devoir d'informer le consommateur avec un préavis raisonnable et que celui-ci soit libre de résilier le contrat;

c) les points g, j et l ne sont pas applicables aux:

- transactions concernant les valeurs mobilières, instruments financiers et autres produits ou services dont le prix est lié aux fluctuations d'un cours ou d'un indice boursier ou d'un taux de marché financier que le professionnel ne contrôle pas;

- contrats d'achat ou de vente de devises, de chèques de voyage ou de mandats-poste internationaux libellés en devises;

d) le point l ne fait pas obstacle aux clauses d'indexation de prix pour autant qu'elles soient licites et que le mode de variation du prix soit explicitement décrit.

IV les contrats de service de communication électronique

La loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relatives aux communications audiovisuelle comporte deux dispositions relatives aux « contrats de services de communications électroniques » qui viennent transposer en droit français l'article 20 de la directive du 7 mars 2002 « service universel »

On entend, selon l'article L 32 des postes et télécommunications, par « services de communications électroniques », les prestations consistant entièrement ou principalement l'émission, la transmissions ou la réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique. Sont exclus expressément par ce texte les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique.

En pratique, cette définition vise aussi biens les cablo-opérateurs (non pris dans leur action de distribution de services audiovisuels) que les fournisseurs d'accès à l'internet.

Les deux nouveaux articles créés au sein du Code de la consommation (articles L. 121-83 et L. 121-84) opèrent un double encadrement de ces contrats d'accès à l'internet. Leurs dispositions sont

sanctionnées, selon l'article L 121-85, par les dispositions prévues aux premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce.

a) Mentions contractuelles obligatoires

Tout d'abord et opérant la transposition de l'article 20 de la directive du 7 mars 2002 « service universel », l'article L. 121-83 impose aux prestataires de faire apparaître un certain nombre de mentions

Tout contrat souscrit par un consommateur avec un fournisseur de services de communications électroniques doit comporter au moins les informations suivantes :

- a) L'identité et l'adresse du fournisseur ;

- b) Les services offerts, leur niveau de qualité et le délai nécessaire pour en assurer la prestation ;

- c) Le détail des tarifs pratiqués et les moyens par lesquels des informations actualisées sur l'ensemble des tarifs applicables et des frais de maintenance peuvent être obtenues ;

- d) Les compensations et formules de remboursement applicables si le niveau de qualité des services prévus dans le contrat n'est pas atteint ;

- e) La durée du contrat, les conditions de renouvellement et d'interruption des services et du contrat ;

- f) Les modes de règlement amiable des différends.

Un arrêté conjoint du ministre chargé de la consommation et du ministre chargé des communications électroniques, pris après avis du Conseil national de la consommation, précise, en tant que de besoin, ces informations⁴⁰².

⁴⁰² arrêté du 19 mars 2006, publié au JO du 19 mars 2006 et qui prévoit, à compter de décembre 2006, que pour satisfaire à l'obligation d'information sur le niveau de qualité des services offerts prévue au paragraphe b de l'article L. 121-83 du code de la consommation, chaque contrat de services de communications électroniques doit faire apparaître au moins les mentions suivantes :- le

On observera que le deuxième alinéa de l'article 20 de la directive imposait aux fournisseurs d'accès à l'internet d'indiquer les coordonnées d'un service permettant un règlement amiable des litiges qui pourraient naître en cours d'exécution du contrat. La loi ne reprend cependant pas les dispositions de la directive qui, à son article 34, prévoyait que ces procédures devaient être « *transparentes, simples et peu onéreuses* » et puissent permettre « *un règlement équitable et rapide des litiges et peuvent, lorsque cela se justifie, adopter un système de remboursement et/ou de compensation* ».

b) l'encadrement du régime des modifications contractuelles

La LCE crée également un nouvel article L. 121-84 au sein du Code de la consommation. Ce texte dispose que « *tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* ».

Une exception est prévue pour les contrats conclus à durée déterminée. Dès lors qu'ils ne comportent pas de clause déterminant précisément les hypothèses pouvant entraîner une modification contractuelle ou de clause portant sur la modification du prix, le consommateur pourra exiger l'application des conditions initiales jusqu'au terme de la durée contractuelle.

Enfin, le troisième alinéa opère un rappel de l'une des dispositions prévues à l'article L. 121-83 puisqu'il impose que toute « *offre de fourniture d'un service de communications électroniques s'accompagne d'une information explicite sur les dispositions relatives aux modifications ultérieures des conditions contractuelles* ».

délai de mise en service, - le niveau de qualité minimum garanti pour chacune des caractéristiques techniques essentielles définies dans l'offre, telles que le débit, la capacité ou toute autre caractéristique susceptible d'être mesurée ; - le délai de rétablissement du service lorsque celui-ci est interrompu ; - le délai de réponse aux réclamations. Chaque information est fournie de façon précise et quantifiée dans l'unité appropriée. Chaque contrat de services de communications électroniques doit également faire apparaître, conformément au paragraphe d de l'article L. 121-83 du code de la consommation, les compensations et formules de remboursement applicables lorsque, pour les éléments visés à l'article 1er, le service n'a pas été fourni ou lorsqu'il l'a été sans respecter le niveau de qualité contractuel

Cette disposition transpose l'article 20§4 de la directive « service universel » selon lequel « *dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification des conditions contractuelles, les abonnés ont le droit de dénoncer leur contrat, sans pénalité. Les abonnés doivent être avertis en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de dénoncer ce contrat, sans pénalité, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions.* »

Le mécanisme institué par l'article L. 121-84 est triple :

Pour les contrats à durée indéterminée, le prestataire doit communiquer au consommateur, un mois avant l'entrée en vigueur de la modification contractuelle, le projet de modification contractuelle. Il devra également informer le consommateur de sa possibilité de résilier le contrat sans pénalité dans un délai de 3 mois et ceci tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions. Aucune acceptation explicite des modifications n'est exigée de la part du client.

Pour les contrats à durée déterminée ne comportant pas de clause de modification contractuelle, le consommateur peut exiger l'application des conditions initiales jusqu'au terme du contrat. Ceci constitue un respect strict des principes traditionnels contractuels du droit français.

Pour les contrats à durée déterminée comportant une clause déterminant précisément les hypothèses pouvant entraîner une modification contractuelle ou de clause portant sur la modification du prix, le régime applicable aux contrats à durée indéterminée s'applique.

Néanmoins, ce dispositif laisse planer un certain nombre de doutes. D'une part, concernant la communication de la modification contractuelle à l'abonné, le texte ne précise en aucune sorte le mode par lequel cette dernière s'opèrera. Sera-t-elle considérée comme exécutée dès lors qu'une simple annonce figure que la page d'accueil du site du fournisseur d'accès à l'internet ? Devra-t-elle être communiquée par courrier électronique, l'abonné ne consultant pas forcément l'email offert dans le cadre du contrat d'accès à l'internet ? Devra-t-elle s'opérer par voie postale ?

Dès lors que le texte cherche, de part sa codification au sein du Code de la consommation, à renforcer la protection du consommateur, il semblerait nécessaire de prévoir par voie réglementaire les modalités que pourront revêtir la communication de tout projet de modification des conditions contractuelles. A défaut, le consommateur ne pourrait se voir

opposer un certain nombre de modifications dont il n'aurait pas pu prendre effectivement connaissance, celles-ci lui ayant été communiquées que dans des pages secondaires du site de son fournisseur d'accès à l'internet ou par un simple SMS.

Par ailleurs, concernant le régime applicable aux contrats conclus pour une durée indéterminée ou, conclus pour une durée déterminée et intégrant une clause de modification contractuelle, il semble évident que cette disposition ne permette pas de garantir une parfaite protection du consommateur.

En effet, comme l'avait précisé la Commission des clauses abusives dans sa recommandation n° 03-01, « *la possibilité contractuellement donnée au professionnel de modifier unilatéralement, hors les hypothèses prévues par l'article R. 132-2 alinéa 2 du Code de la consommation, même avec une faculté de résiliation pour le consommateur, un contrat en cours, sans l'accord explicite de son cocontractant, alors que le client, qui a pris un abonnement payant, peut légitimement compter sur l'exécution de l'intégralité du service qui lui a été initialement promis, engendre un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ». Ce mécanisme pointé du doigt par la Commission des clauses abusives et qui contrevient au principe de l'intangibilité des contrats est aujourd'hui intégré législativement dans le Code de la consommation. On peut donc légitimement se demander s'il répond véritablement à un besoin de protection du consommateur.

Section IV la preuve

§ 1 Position du problème

Jusqu'à la loi du 13 mars 2000 réformant le droit de la preuve, le problème de la preuve dans les échanges électroniques pouvait se résumer de la façon suivante : Si, en matière commerciale la preuve des actes juridiques est libre, elle est, en matière civile, encadrée par les règles édictés aux article 1341 et 1326 du Code civil .

Article 1341: Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, (5000 francs, somme fixée par le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980), et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Article 1326 : l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme ou de la qualité en toutes lettres et en chiffres.

Appliqué aux échanges électroniques, ces règles s'opposent à la reconnaissance de la valeur probante des messages échangés par voie télématique qui ne peuvent être considérés comme des actes sous seing privé, puisque ne reposant pas sur du papier, et ne comportent pas la signature manuscrite de son auteur.

Quelles solutions pouvait-on y apporter :

- rechercher dans l'enregistrement électronique un commencement de preuve par écrit de l'article 1347 du code civil (les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.)
- soutenir que l'utilisation de l'internet constitue une impossibilité de se procurer un écrit au sens de l'article 1348 du code civil (Les règles ci-dessus reçoivent encore exception (...) 2° lorsque l'une des parties n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique (...))
- accepter le risque de la preuve. C'est ainsi que les établissements de vente par correspondance acceptent les commandes par téléphonie ou par minitel, se bornant à contrôler l'existence de relations antérieures par le client déclaré et la connaissance par lui d'un numéro personnel non protégé, tout en acceptant les renvois de marchandises et supportant ainsi les risques de perte ou d'erreur. Les vérifications ne sont faites qu'a posteriori en cas de suspicion d'escroquerie. De la même façon, certains prestataires se satisfont de l'indication par leur correspondant par voie téléphonique ou informatique de son numéro apparent de carte de crédit. En cas de contestation, la banque qui aurait débité le compte de son client titulaire le re-crédite et fait supporter au prestataire le risque de non-paiement
- recourir aux conventions de preuve, c'est à dire donner par avance et conventionnellement une valeur probante à un support

informatique qui ne satisferait pas aux exigences légales. En effet, les dispositions relatives à la preuve ne sont pas d'ordre public. Il est donc possible pour les parties de prévoir dans un contrat les questions relatives à l'admissibilité et la valeur probante de documents numériques.

La composition d'un code d'identification et le suivi d'une certaine procédure peuvent ainsi être réputées identifiantes et manifestant la volonté de leur auteur⁴⁰³.

A titre d'exemple, on peut citer l'article 8.1 de la convention carte bleue selon lequel « les enregistrements des distributeurs de billets et des appareils automatiques ou leur reproduction sur un support informatique constituent la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte et la justification de leur imputation au compte sur lequel cette carte fonctionne »

Egalement la clause qui stipule que l'absence de protestation à réception d'un document vaut acceptation.

Mais ce type de clause ne signifie pas que n'importe quel identifiant électronique puisse être revêtu de force probante. Encore faut-il qu'il soit fiable. Les juridictions ont ainsi été conduits plusieurs fois à juger, à propos de l'utilisation frauduleuse du code secret d'une carte de retrait, l'absence de force probante.

La banque n'apporte la preuve d'aucune négligence imputable à son client et il n'est pas exclu... que, par suite d'une défaillance du système de sécurité du distributeur, celui-ci puisse fonctionner à l'aide de l'a seule carte, sans le secours du numéro de code personnel ou avec le secours d'un numéro composé au hasard par l'utilisateur ⁴⁰⁴

⁴⁰³ pour l'admission par la jurisprudence de ce type de convention Cass Civ 1ere 8 novembre 1989, D 1990 jur p 369 note Gavalda, RTDCom 1990 p 78 obs Cabrillac – qui casse le jugement rendu par un tribunal d'instance qui avait refusé de prendre en compte un signature électronique convenue entre les parties au motif qu'en statuant ainsi, alors que la société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le tribunal a violé les textes susvisés

⁴⁰⁴ CA Paris, 12 décembre 1980, Banque 1981 p 233 obs Martin

De même, la Cour de cassation a jugé qu'il appartenait à la banque, qui prétendait que sa cliente n'avait pas pris les précautions nécessaires pour assurer la confidentialité de son code, de le démontrer⁴⁰⁵.

Encore fallait-il enfin que, conclue entre professionnels et non professionnels, la convention sur la preuve ne constituer pas une clause dite abusive. Or, les moyens de preuve sont détenus par l'exploitant du système. Une recommandation de la Commission des clauses abusives demande d'ailleurs que soient éliminées des contrats « porteurs » proposés par les émetteurs de cartes, les clauses ayant pour objet ou pour effet « *de conférer aux enregistrements magnétiques détenus par les établissements financiers ou bancaires une valeur probante en dispensant ces derniers de l'obligation de prouver que l'opération contestée a été correctement enregistrée et que le système fonctionnait normalement* »⁴⁰⁶.

§ 2 l'apport de la loi du 13 mars 2000

1°) la directive européenne du 13 décembre 1999⁴⁰⁷

La reconnaissance de la signature électronique s'inscrit dans un contexte international. Depuis plusieurs années, les organisations internationales se préoccupent de la reconnaissance du document et de la signature électronique. L'impulsion est venue de la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (CNUDCI) qui a adopté le 16 décembre 1996 une loi-type sur le commerce électronique tandis qu'un projet de règles uniformes sur les signatures électroniques est en cours d'élaboration⁴⁰⁸.

Au niveau communautaire, la directive fixant un cadre juridique pour les signatures électroniques a été adoptée le 13 décembre 1999⁴⁰⁹, qui a été suivie d'une directive sur le commerce électronique⁴¹⁰ qui aboutit à prohiber toute restriction

⁴⁰⁵ (Cass Com 8 oct 1991, D 1991 jur p 581, concl Jéol et note Vasseur)

⁴⁰⁶ Recommandation n° 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement, BOCCRF 30 mai 1995, p. 182

⁴⁰⁷ Valérie Sédaillan, *Preuve et signature électronique*, <http://juriscom.net>

⁴⁰⁸ « Droit de la preuve et signature électronique », *Aperçu rapide*, JCP G 15 mars 2000, p. 451.

⁴⁰⁹ Directive 1999/93/CE, sur un cadre communautaire pour un cadre électronique JOCE du 19 janvier 2000, JCP E 2000, n° 6 p 198 <http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/media/index.htm

⁴¹⁰ Dir. n° 2000/31/CE, 8 juin 2000, JOCE 17 juillet, n° L 178

Par la directive européenne du 13 décembre 1999, les instances européennes posent, pour la première fois, le principe de la reconnaissance de la signature électronique.

La directive se propose ainsi, aux termes de son article 1 :

de faciliter l'utilisation des signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance juridique. Elle institue un cadre unique pour les signatures électroniques et certains services de certification afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur

Article 2 : Aux fins de la présente directive, on entend par :

- i. 1° signature électronique : une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'identification ;*
- ii. 2° signature électronique avancée : une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes :*
 - 1. être liée uniquement au signataire*
 - 2. permettre d'identifier le signataire*
 - 3. être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif*
 - 4. être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.*

Ce texte crée deux types de signature électronique. Aux côtés de la signature ordinaire existe donc une signature renforcée qui suppose une certification et passe par un prestataire de certification chargé de délivrer un certificat qui peut être défini comme une attestation numérique qui lie un dispositif de vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne (*M. Vivant, Lamy informatique et réseaux n° 3100*)

Cela posé, la directive vient préciser les effets de ces signatures :

article 5 *Effets juridiques des signatures électroniques : les Etats membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature :*

- *répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur le papier*
- *soient recevables comme preuves en justice*

2 *Les Etats membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif :*

- *que la signature se présente sous forme électronique ou*
- *qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou*
- *qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification*
- *qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature.*

2°) la loi du 13 Mars 2000 : une reconnaissance de l'écrit électronique

Premier effet remarquable, la loi adopte une position ferme et reconnaît au message électronique la même valeur juridique, la même validité et la même force probante que le document papier⁴¹¹.

Elle le fait en dépassant la conception implicite traditionnelle selon laquelle la notion d'écrit postulait un support tangible en papier⁴¹² et en optant pour une approche fonctionnelle de l'écrit. Elle met fin à l'assimilation de l'écrit au papier : la preuve littérale est redéfinie en tant que telle afin de la rendre indépendante de son support. La preuve littérale ne s'identifie plus au papier, ne dépend ni de son support matériel, ni de ses modalités de transmission. La définition respecte ainsi le principe de neutralité technologique⁴¹³.

⁴¹¹ (E. Passant, la loi du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : nouvelle donne pour le droit de la preuve, Cahier Lamy, mai 2000, p 7)

⁴¹² (voir Catala, *Ecriture électronique et actes juridiques*, Mélanges Cabrillac, Dalloz et Litec 2000 p 95)

⁴¹³ Eric Caprioli, « Le juge et la preuve électronique », *Juriscor.net*, 10 janvier 2000, <<http://www.juriscor.net>>.

La loi redéfinit la preuve littérale, ou la preuve par écrit, à l'article 1316 comme résultant *d'une suite de lettre, 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.*

Elle admet même expressément l'écrit électronique à l'article 1316-1 qui dispose que *l'écrit 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*

Elle vient préciser en outre à l'article 1316-2 que *l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier.*

Mais l'écrit électronique ne suffit pas en soi. Pour disposer de la force probante, il doit s'accompagner de mesures accessoires qui garantissent l'existence de deux conditions qui sont intrinsèques à l'écrit papier :

- l'auteur de l'écrit doit pouvoir être dûment identifié
- l'écrit doit être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité

On notera cependant que même en l'absence de ces conditions, un écrit électronique peut constituer un élément de preuve. C'est ainsi que la Cour de cassation juge qu'un écrit électronique non sécurisé peut constituer une preuve dès lors qu'il est utilisé dans un domaine où la preuve est libre et que la sincérité du détenteur n'est pas suspectée. Par conséquent, elle approuve une cour d'appel d'avoir considéré qu'une saisie informatique d'une déclaration de créance auprès du représentant des créanciers pouvait faire pleine preuve de sa date⁴¹⁴.

L'article 1316-2 vient enfin valider les conventions de preuve et laisse au juge le soin d'arbitrer entre les conflits de preuve littérale : *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tout moyens le titre le plus vraisemblable*

⁴¹⁴ Cass cil 4 octobre 2005, Comm., com. Electr. 2005, comm. 48 note L. Grynbaum

Allant même au delà de ce que demandait la directive, la loi du 13 Mars 2000 reconnaît même, à l'article 1317, la valeur du titre authentique électronique⁴¹⁵.

3°) la loi du 13 Mars 2000 : une reconnaissance de la signature électronique

On ne pouvait prétendre reconnaître l'écrit électronique sans reconnaître dans le même temps la signature électronique. Si, dans un écrit sous seing privé, la signature est un élément essentiel à sa validité, « l'exigence d'un manuscrit étant inconciliable avec l'échange de messages électroniques, force était d'admettre qu'il puisse exister un équivalent numérique à la signature traditionnelle »⁴¹⁶.

Pour ce faire, la loi du 13 mars 2000 reconnaît l'existence et la valeur de la signature électronique en adoptant une définition fonctionnelle de celle-ci qui se réfère aux finalités qui lui sont assignées . Ainsi, l'article 1316-4 du code civil dispose que :

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 cet 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 signature doit donc remplir deux fonctions juridiques de base, :

- l'identification de l'auteur ;

⁴¹⁵ le quel acte authentique électronique fait l'objet de deux décrets n° 2005-972 et 973 du 10 août 2005, le premier relatif aux huissiers de justice, le second aux notaires, commentés par J. Huet au D 2005, Doctr p 2903 Concernant les notaires, le texte prévoit que l'officier ministériel doit utiliser "un système de traitement et de transmission de l'information agréé par le Conseil supérieur du notariat et garantissant l'intégrité et la confidentialité du contenu de l'acte". Ce système doit être « interopérable » avec celui des autres notaires et organismes auxquels les données doivent être transmises . L'acte notarié électronique devra être signé électroniquement (conformément aux dispositions du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001) ; cette signature devant être apposée par le notaire dès l'acte établi, si besoin après réunion des annexes à l'acte. Enfin, le texte précise 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".

⁴¹⁶ P. Catala, Ecriture électronique et actes juridiques, Mélanges Cabrillac, Dalloz et Litec 2000 p 91

- la manifestation de sa volonté, approbation du contenu de l'acte.

Cet objectif est identique, que la signature soit manuscrite ou électronique :

Mais on constate que, par rapport au support traditionnel, la loi en demande plus au support électronique qui, en quelque sorte, n'est pas en soi suffisant et doit être accompagné des mesures suffisantes pour en garantir d'une part le lien avec le document auquel il est attaché et, d'autre part, sa fiabilité.

C'est l'objet même du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de cet article.

4°) le décret du 30 mars 2001⁴¹⁷

Ce texte distingue, comme l'avait fait la directive, deux types de signatures électroniques :

- la signature électronique qui résulte d'un procédé répondant aux conditions définies à la première phrase du second alinéa de l'article 1316-4 du code civil, c'est à dire qu'elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.
- la signature électronique sécurisée qui satisfait, en outre, aux exigences suivantes :
 - i. être propre au signataire
 - ii. être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif
 - iii. garantir l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable.

Nous avons donc deux types de signatures électroniques : l'une, simplement indicative, se contente de garantir son lien avec l'acte auquel elle s'attache, l'autre, sécurisée, ou renforcée, qui vaut jusqu'à preuve contraire (ce qui signifie a contrario que l'autre ne vaut qu'à titre indicatif en ce qui concerne l'identité du signataire et l'intégrité de l'acte).

Pour pouvoir être considérée comme sécurisée, la signature électronique doit résulter d'un « dispositif de création de signature » satisfaisant à deux séries d'exigences prévues par le texte :

⁴¹⁷ I de Lamberterie, JF Blanchette, Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, Lecture critique, technique et juridique. T. Aballéa, La signature électronique en France, 2^{at} des lieux et perspectives, D 2001, Chron p 2835.

1/ il doit garantir par des moyens techniques et des procédures appropriés que les données de création de signature électronique :

- ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée
- ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification,
- peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers

2/ il ne doit entraîner aucune altération de contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de signer.

Ce dispositif de création de signature doit en outre être certifié soit par les services du Premier Ministre chargés de la sécurité des systèmes d'information, après une évaluation réalisée, selon des règles définies par arrêté du Premier Ministre⁴¹⁸, soit par des organismes agréés par ces services, soit par un organisme désigné à cet effet par un Etat membre de la Communauté européenne

Le contrôle de la mise en œuvre des procédures d'évaluation et de certification est assuré par un comité directeur de la certification, institué auprès du Premier Ministre

Ce type de signature électronique est une signature numérique basée sur la cryptologie à clé asymétrique.

Il existe deux grands types de cryptographie :

- la cryptographie symétrique : la même clé est utilisée pour chiffrer et déchiffrer l'information. Le problème de cette méthode est qu'il faut trouver le moyen de transmettre de manière sécurisée la clé à son correspondant ;
- la cryptographie asymétrique : ce n'est pas la même clé qui crypte et qui décrypte les messages. L'utilisateur possède une clé privée et une clé publique. Il distribue sa clé publique et garde secrète sa clé privée. La clé

⁴¹⁸ décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, JO du 19 avril 2002, p 6944, V aussi A. Penneau, *La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques* ; D 2002, Chron p 2065

privée ne peut pas être recomposée à partir de la clé publique. Les méthodes de cryptage à clés asymétriques reposent sur des calculs mathématiques sophistiqués utilisant des nombres premiers générés par des algorithmes. Il est facile de multiplier deux nombres premiers par exemple 127 et 997 et de trouver 126 619. Mais il est plus difficile de factoriser c'est-à-dire de retrouver 127 et 997 à partir de 126 619.

L'utilisateur A signe avec sa clé privée son message. Tout le monde peut vérifier qu'il est bien l'auteur du message en comparant la signature du message avec la clé publique correspondant à l'expéditeur ainsi identifié.

Pour vérifier l'intégrité du message transmis, le caractère exact et complet des données envoyées, on utilise une fonction mathématique qui associe une valeur calculée au message.

Lorsque le destinataire reçoit le message, il calcule sa propre valeur et la compare avec celle qui lui a été envoyée : si les deux valeurs sont identiques, on est assuré que les documents n'ont pas été modifiés.

Mais ces procédés de cryptographie nécessitent l'intervention d'un tiers, le tiers certificateur, dont le rôle va consister à administrer et publier les clés publiques⁴¹⁹, dénommé par le décret « prestataire de services et de certification ».

Les prestataires de services de certification

Le prestataire de services de certification est un organisme, public ou privé, dont le rôle est de délivrer un document sous forme électronique, le certificat, qui atteste du lien entre une personne et une clé de signature. Il s'agit d'une sorte de carte d'identité électronique qui est émise par ce tiers indépendant et neutre. La signature électronique correspondant à un certificat est considérée appartenir à la personne mentionnée dans le certificat.

Ces certificats électroniques qualifiés doivent comprendre un certain nombre de mentions obligatoires énumérées à l'article 6 I du décret, comme notamment l'identité du prestataire, le nom du signataire, la

419 Eric A. Caprioli, « Sécurité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification », *JCP G* 1998, I, 123.

période de validité du certificat, les conditions d'utilisation du certificat etc.

Les prestataires de services de certification doivent répondre à un certain nombre d'exigences énumérées à l'article 6 II du décret qui se rapportent à la fiabilité de leurs procédés de certification, les services annexes qu'ils doivent fournir (annuaire, révocation, horodatage des certificats etc.), la qualification de leur personnel, la conservation des données, la prévention contre les falsification, etc.

Les prestataires de services de certification qui satisfont à ces exigences peuvent demander à être qualifiés . Conformément à l'article 3 de la directive, cette qualification n'est pas obligatoire, la fourniture de services de certification n'étant en principe soumise à aucune autorisation préalable . Elle présente cependant un avantage important puisqu'elle fait bénéficier au tiers certificateur d'une présomption de conformité aux exigences définies à l'article 6 du décret.

Cette qualification est délivrée par des organismes ayant reçu à cet effet une accréditation délivrée par une instance désignée par arrêté du ministre chargé de l'industrie après une évaluation réalisée par ces mêmes organismes selon des règles définies par arrêté du Premier Ministre.

Par arrêté du 31 mai 2002, publié au journal officiel du 8 juin 2002⁴²⁰, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a désigné le COFRAC pour accréditer les organismes .

Cette accréditation est accordée pour une durée de deux ans renouvelable.

Actuellement les premiers laboratoires accrédités sont les CESTI (Centre d'Evaluation de la Sécurité des Technologies de l'Information) tels que : AQL - Groupe SILICOMP, CEACI (THALES - CNES), SERMA Technologies, CEA – LETI, Ernst & Young eLabel, Algorgiel, Oppida.

Le contrôle des prestataires est effectué par des organismes publics désignés par arrêté du Premier Ministre et agissant sous l'autorité des services du Premier Ministre chargés de la sécurité des systèmes d'information (SCSSI).

D La loi sur l'économie numérique

⁴²⁰ Communication – commerce électronique septembre 2002, comm n° 117 note Grynbaum

La loi sur l'économie numérique achève la reconnaissance de l'écrit électronique⁴²¹. Il accroît la portée de la loi du 13 mars 2000 relative à la signature électronique en étendant la reconnaissance de l'écrit électronique aux hypothèses où l'écrit n'a pas seulement pour fonction de constater l'existence d'un contrat, mais est exigé pour la validité même de l'acte.

Une disposition générale étend donc l'application des dispositions nouvelles de la loi du 13 mars 2000 (qui s'appliquent uniquement aux contrats pour lesquels l'écrit est exigé à titre de preuve) aux contrats pour lesquels l'écrit est exigé à titre de validité : sauf exceptions limitativement énumérées, ils pourront également être valablement conclus en ligne, conformément aux dispositions de la directive commerce électronique.

Ainsi, il introduit dans le code civil un nouvel article 1108-1 qui prévoit que « *lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.*

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

Ainsi, qu'il soit requis ad probationem ou ad validitatem, l'écrit électronique est soumis aux mêmes conditions que l'écrit papier⁴²².

Le formalisme attaché au support papier est conservé pour trois catégories de contrats (article 1108-2) :

- Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions
- Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

⁴²¹ T. Piette-Coudol, L'écrit électronique et la signature électronique depuis la LCEN : Comm. com. électr. 2004, étude 29

⁴²² Olivier Cachard, « *Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », RLDC 2004.314

E L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique complète ce dispositif

La généralisation de l'écrit électronique : l'ordonnance insère dans le Code civil trois nouveaux articles (1369-1 à 1369-3) qui autorisent, de façon générale, l'utilisation de la voie électronique dans le champ contractuel.

Ainsi, l'article l'article 1369-1 précise que " *La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services* «

L'article 1369-2 précise ensuite que "*les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen*".

L'article 1369-3 du Code civil prévoit que les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique. Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir. (ce qui suppose que le professionnel est tenu à une obligation de constituer des formulaires électroniques)

l'envoi ou la remise d'un écrit par voie électronique

Cette nouvelle section composée des articles 1369-7 à 1369-9 du Code civil, traite de l'équivalent électronique de l'envoi par lettre simple ou par lettre recommandée lors de la conclusion du contrat ou à l'occasion de son exécution.

L'article 1369-7 du Code civil adapte tout d'abord le cas où l'envoi d'un écrit par lettre simple est prescrit. Ainsi, il est toujours possible d'adresser par courrier électronique une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat

L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat.

En revanche, une lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat ne peut être envoyée par courrier électronique, selon l'article 1369-8, qu'à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire.

Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs.

Lorsque l'apposition de la date d'expédition ou de réception résulte d'un procédé électronique, la fiabilité de celui-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, s'il satisfait à des exigences fixées par un décret en Conseil d'Etat.

Un avis de réception peut être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.

Enfin, l'article 1369-3 dispose que hors les cas prévus aux articles 1369-1 et 1369-2, la remise d'un écrit sous forme électronique est effective lorsque le destinataire, après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception.

Ce texte ajoute que si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, la remise d'un écrit électronique à l'intéressé dans les conditions prévues au premier alinéa vaut lecture

L'adaptation de certaines exigences de forme

Deux dernières dispositions sont créées au sein du Code civil : les articles 1369-10 et 1369-11 :

Tout d'abord l'article 1369-10 prévoit que lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes.

Tel est le cas par exemple de l'article L. 112-3 du Code des assurances qui prévoit que "le contrat d'assurance et les informations transmises par

l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractère apparents" ;, ou des dispositions relatives au crédit à la consommation

Ensuite, le deuxième alinéa de l'article 1369-10 prévoit que l'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie.

En pratique cela signifie que l'écrit devra contenir une adresse électronique (email/lién) permettant d'accéder à un formulaire et de le renvoyer. Une telle obligation est ainsi prévue par l'article L. 121-24 (démarchage) et L. 311-15 (crédit) du Code de la consommation.

Enfin, l'article 1369-11 prend en compte les dispositions imposant l'envoi en plusieurs exemplaires. Ce texte précise que "l'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire".

Adaptation de la formalité du double original

L'article 2 de l'ordonnance modifie l'article 1325 du Code civil qui impose pour les contrats synallagmatiques, la rédaction d'autant d'actes sous seing privé qu'il existe de parties intéressées. Cette obligation sera dorénavant regardée comme satisfaite pour les contrats électroniques lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès.

Section V L'exécution du contrat

Sous-section I l'obligation d'archivage

L'article 27 de la loi insère dans le Code de la consommation un article L 134-2 qui précise que lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur un montant égal ou supérieur à un montant fixé par décret, 120 € selon le décret n° 2005-137 du 16 février 2005 le contractant professionnel est tenu :

- d'assurer la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai également défini dans le décret ; Selon l'article 2 du décret du 16 février

2005⁴²³, ce délai est fixé à dix ans (Ce qui correspond au délai de droit commun de l'article L. 110-4 du Code de commerce relatif à la prescription des obligations nées entre commerçants et non-commerçants, mais est inférieur au délai de droit commun de trente ans) à compter de la conclusion du contrat lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la prestation est immédiate. Dans le cas contraire, le délai court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci.

- de garantir à tout moment l'accès à ce même écrit à son co-contractant qui en fait la demande.

En dehors de cette hypothèse, (contrat d'un montant inférieur à celui indiqué par décret ou conclu avec un non-professionnel), l'article 1369-4 4° précise que le professionnel doit indiquer à son client qu'en cas d'archivage⁴²⁴ du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé.

Ainsi que le souligne Olivier Cachard, cette obligation de conservation illustre la singularité de l'acte sous seing privé électronique. Alors que la conservation de l'acte sous-seing privé sur papier incombe aux deux parties, chacune en possession de d'un original, la conservation de l'écrit électronique incombe ici au contractant présumé avoir le plus d'expertise en matière informatique.⁴²⁵

Sous-section II l'obligation de délivrance

A la responsabilité de plein droit

La loi sur l'économie numérique a souhaité créer un régime spécial de responsabilité des acteurs du commerce électronique, inspiré du régime prévu par la loi du 13 juillet 1992 pour les agences de voyage dont il reprend mot pour mot quasiment les termes⁴²⁶.

L'article 15 I de la LCEN dispose en effet que « *toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie à l'article 14 (article définissant le*

⁴²³ Luc Grynbaum, Communication, commerce électronique avril 2005, com n° 69

⁴²⁴ ce qui laisse entendre a contrario que l'archivage n'est pas obligatoire dans ce cas J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178

⁴²⁵ Olivier Cachard, « *Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique* », RLDC 2004.314

⁴²⁶ J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178

commerce électronique) est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de service, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci .

Toutefois, le prestataire peut toutefois s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure »

Ce texte, de portée générale, s'applique quel que soit le statut des parties, professionnels ou consommateurs. Il a donc vocation à s'appliquer aussi bien dans le B to B que dans le B to C, voire le C to C (bien que l'utilisation du terme *professionnel* dans la seconde partie de la première phrase laisse à penser que le législateur n'a pas envisagé le contrat conclu entre consommateurs).

Cependant, s'agissant d'une règle qui n'est pas d'ordre public, elle peut être écartée par une clause de responsabilité dans les contrats entre professionnels⁴²⁷.

Si l'utilisation du terme *acheteur* semble limiter son domaine d'application au seul contrat de vente⁴²⁸, l'expression « toute personne exerçant » une activité de commerce électronique a en revanche pour conséquence de rendre débiteur de l'obligation non seulement le vendeur, mais aussi tous les autres intervenants évoqués à l'article 14 de la loi, c'est à dire tous ceux dont l'activité consiste à fournir des informations en ligne ou des moteurs de recherche, ceux qui effectuent des communications commerciales, voire même ceux qui assurent un service d'accès à un service de communication ou d'hébergement d'information et qui sont intervenus, à quelque titre que ce soit, dans le processus commercial.⁴²⁹

On observera enfin que la responsabilité de plein droit du vendeur qu'instaure l'article 15 ne fait que reprendre l'obligation de droit commun

⁴²⁷ Philippe Stoffel-Munk, la réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30.

⁴²⁸ Philippe Stoffel-Munk, la réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30.

⁴²⁹ J. Huet, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, ed. G., I, 178

de résultat qui pesait déjà sur lui .⁴³⁰ En revanche, si l'on considère que l'article 15 s'applique, au delà du seul contrat de vente, à tous les contrats conclu par voie électronique, il faut convenir qu'il institue un régime légal d'obligation de résultat dérogatoire du droit commun.

En ce dernier cas, en instaurant une « responsabilité de plein droit », concept jusque là réservé au domaine de la responsabilité délictuelle, le texte semble devoir s'analyser comme imposant à l'opérateur du commerce électronique une obligation de résultat. Cela signifie donc que les contrats qui, jusque là, n'imposaient au professionnel qu'une obligation de moyen, mettent à sa charge une obligation de résultat lorsqu'ils sont conclus à distance⁴³¹.

Le professionnel est donc présumé responsable de l'exécution du contrat et ne pourra s'exonérer de sa responsabilité en prouvant son absence de faute. Seules la faute du consommateur ou la force majeure seront de nature à l'exonérer. Il pourra cependant se retourner, le cas échéant, contre le responsable direct du dommage, par lorsqu'il avait sous-traité l'exécution de la convention à un tiers⁴³².

Il faut aussi préciser que la responsabilité de l'intervenant ne joue que pour l'exécution des obligations nées du contrat. Dans l'hypothèse d'un contrat conclu sur un site dit « d'enchères électroniques », en réalité d'un site de courtage, la société responsable du site n'est pas responsable de l'exécution du contrat de vente passé entre le vendeur et l'acquéreur⁴³³

B La protection du consommateur

Les dispositions relatives à la vente à distance⁴³⁴, applicable au seul bénéfice des consommateurs, prévoient, à l'article L 121-20-3 du Code de

⁴³⁰ Luc Grynbaum, Communication, commerce électronique juin 2004, commentaires, n° 78

⁴³¹ Philippe Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, Communication, commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30

⁴³² Etant précisé que le recours qu'il peut avoir à l'encontre de la Poste est limité, sauf disposition contractuelle plus favorable, par les articles L 7 et L 8, R 2-1 à R 2-5 du code des postes et communications électroniques. S'il s'agit d'un envoi de colis, l'indemnité susceptible d'être mise à la charge du prestataire de services postaux du fait de la perte ou de l'avarie des colis postaux qui lui est été confié ne peut excéder 23 € par kilogramme de poids brut de marchandises manquantes ou avariées. Un envoi postal est considéré comme perdu s'il n'a pas été distribué à son destinataire dans un délai de quarante jours à compter de la date de son dépôt dans le réseau du prestataire (art. R 2.3)

⁴³³ TI Grenoble 1^{er} février 2007, Communication. Comm. Electro. 20007 comm 73, note. Stoffel-Munck

⁴³⁴ on rappellera que le domaine d'application des contrats à distance est plus large que le seul commerce électronique puisqu'il englobe aussi, par exemple, les contrats conclu par téléphone

la consommation que, sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou du service.

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 versé. Au delà de ce terme, ces sommes sont productives d'intérêts au taux légal.

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 équivalent. Le consommateur est informé de cette possibilité de manière claire et compréhensible. Les frais de retour consécutifs à l'exercice de ce droit de rétractation sont, dans ce cas, à la charge du fournisseur et le consommateur doit en être informé.

Cette disposition est complétée par deux alinéa ajoutés à l'article L 121-20-3 par l'article 15 II de la loi du 21 juin 2004 et dont le texte est très proche de celui de l'article 15 I.

Ce texte prévoit ainsi que « 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. Toutefois, il peut s'exonérer de tout 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 »⁴³⁵.

On observera que le texte ne contient aucune limite en ce qui concerne le type de contrat et les modalités de son exécution.

Contrairement à l'article 15 I, l'article 15 II ne se limite pas à la vente, mais englobe tous les contrats, y compris ceux d'entreprise, qualifié par

⁴³⁵ ce texte s'inspire manifestement de la l'article 23 de la loi du 13 juillet 1992 sur les agences de voyage dont il reprend les termes

le texte de *prestation de service*, mais aussi certainement le contrat de bail⁴³⁶

Sous-section III le paiement

Le développement du commerce en ligne se heurte à une difficulté rencontrée autrefois par le commerce traditionnel : rechercher et élaborer des instruments de paiement à même de garantir le paiement effectif, et cela, quel que soit l'éloignement physique pouvant séparer les intervenants.

Actuellement, la diversité des moyens de paiement sur Internet est source de trouble. Même si le taux de fraude est marginal⁴³⁷, le paiement sur Internet jouit toujours d'une très mauvaise image auprès du grand public⁴³⁸. Certains recherchent la sécurité en se tournant vers la transposition des solutions déjà connues, alors que d'autres envisagent des solutions complètement nouvelles, souvent fondées sur la monnaie électronique.

A le recours aux modes de paiement traditionnels

Le paiement des ventes en ligne peut d'abord se faire par chèque⁴³⁹ ou lors de la livraison selon le procédé dit de « contre-remboursement ». Ces modes de paiement ne posent pas de difficulté d'ordre juridique puisqu'ils fonctionnent de la même façon que pour les ventes à distances traditionnelle. Ils présentent cependant pour le commerçant l'inconvénient de différer le moment du paiement et, du moins pour ce qui concerne le

⁴³⁶ en ce sens, Calais-Auloy et Steinmetz, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6eme édition, 2003 n° 98 qui analysent a contrario l'article L 12-17 du Code de la consommation qui dispose que sont exclus du champ d'application de la législation sur les contrats à distance *ceux qui sont conclu pour la construction et la vente de biens immobiliers ou portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobilier, à l'exception de la location*

⁴³⁷ Une enquête réalisée auprès de 368 e-commerçants membres de l'association Merchant Fraud Squad estime que la fraude aurait atteint 0,5 % des ventes réalisées en ligne en 2001 aux Etats-Unis, la majorité touchant les enchères en ligne. Ce constat est partagé par l'observatoire de la cyber-consommation du Forum des droits sur l'internet dans son deuxième rapport publié le 19 mai 2005 qui évalue le taux de fraude en France en 2002 à 0,086%

⁴³⁸ selon une enquête réalisée en 2003 par *Benchmark Group*, le principal frein à l'achat sur Internet est à 92 % la réticence à payer en ligne en raison d'un manque de confiance

⁴³⁹ le paiements par chèque représente aujourd'hui pour la plupart des e-commerçants qui le proposent environ 15% de leurs flux. Mais il peut également atteindre 55 % des paiements, comme chez Télémarket, ou représenter moins de 1 % des flux comme pour la Fnac. Deux extrêmes qui s'expliquent, dans le premier cas, par la possibilité donnée aux internautes de payer à la livraison, et dans le second, par la fixation d'un seuil de 140 euros TTC pour pouvoir payer par chèque. Les dépenses en ligne réalisées au moyen de la carte visa se sont élevées à 150 milliards de dollars en 2004

chèque, de lui faire supporter un risque non négligeable de fraude.

Ces modes de paiement ne sont pas non plus adaptés aux ventes de produits téléchargeables.

B la formule kiosque

La formule kiosque a été mise au point pour le minitel. C'est le paiement de la connexion qui assure le paiement de la prestation et c'est l'opérateur France Telecom qui reverse au commerçant une fraction de ce prix.

Le mécanisme est sûr. Après avoir été limité au minitel, il se développe sur les réseaux de téléphonie mobile sous la forme des SMS « surtaxés ».

Assez proche de la formule kiosque, le système Internet Plus, dont w-HA, filiale de France Télécom est l'opérateur technique, qui permet aux internautes de régler certains services ou contenus payants via un paiement réalisé par l'intermédiaire de leur fournisseur d'accès à Internet.

C la carte bancaire

Le recours à la carte bancaire est le plus répandu (environ 80 % des paiements). Il repose sur une double relation contractuelle : la première qui unit le titulaire de la carte et l'émetteur de celle-ci, la seconde entre l'établissement bancaire qui affine le commerçant ou prestataire de services et celui-ci acceptant la carte comme moyen de paiement.

Il s'agit pour la plupart des cas des contrats cadres émanant du Groupement des cartes bancaires qui regroupe les deux réseaux émetteurs de cartes bancaires : le réseau Visa et le réseau Eurocard Mastercard.

Il s'agit de contrats d'adhésion renouvelables tacitement dont les dispositions contractuelles peuvent varier selon les établissements bancaires émetteurs de cartes.

Il existe ainsi trois types de contrats dans le système CB : le contrat porteur qui régit les relations entre le titulaire et l'émetteur de la carte, et les contrats fournisseurs qui lient le commerçant à l'émetteur de la carte. Ces derniers sont au nombre de deux : un contrat d'acceptation en paiement de proximité et un contrat d'acceptation en paiement à

distance. Enfin, le contrat interbancaire entre la banque émetteur et la banque du commerçant.

Lorsque le porteur souhaite faire un achat avec chez un commerçant affilié CB, il se forme entre eux un contrat synallagmatique (de vente / d'achat). Le porteur émet un ordre de paiement qui est un acte juridique distinct du contrat de vente ; cet ordre remonte à la banque du commerçant (banque acquéreur) ; celle-ci fait l'acquisition de l'ensemble des transactions stockées chez le commerçant.

Les transactions par carte bancaire peuvent faire l'objet d'une demande d'autorisation pour les paiements dépassant un certain montant chez les commerçants. La demande d'autorisation est transportée par le réseau carte bancaire, depuis la banque du commerçant jusqu'à celle du titulaire de la carte ; cette dernière après vérification donne son accord pour procéder à la transaction. Une fois que l'émetteur de la carte bancaire a autorisé l'ordre de paiement , il a l'obligation de payer la banque du commerçant ; il existe en effet une garantie interbancaire de règlement.

Il est à noter une distinction fondamentale entre l'ordre de paiement que le porteur donne à sa banque de transférer des fonds au commerçant et le contrat de vente conclu entre le porteur et le commerçant qui définit les biens et services achetés et les conditions de paiement. En effet, celle-ci est fondamentale s'agissant de la sécurité des paiements et du régime de responsabilité altérant à chacun de ces actes :

- l'ordre de paiement fait par carte est irrévocable par principe (loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement introduite dans le code monétaire et financier ; article 132-1 et suivants) et relève de la responsabilité du système bancaire ;

- le contrat de vente peut être révoqué et relève le cas échéant de l'unique responsabilité du commerçant.

Le recours à la carte bancaire devient donc un mode de paiement privilégié sur internet⁴⁴⁰. Contrairement à une idée souvent répandue, il est relativement fiable, sauf peut-être sur internet.

Selon les communications du GIE carte bancaires, le taux de fraude est inférieur à 0,1% des paiements par carte ou par communication du numéro facial ; 50 à 60% des réclamations provenant néanmoins des transactions intervenues par le biais de l'Internet.

⁴⁴⁰ ce mode de paiement est aujourd'hui utilisé pour la majorité des transactions en ligne avec 65 à 85 % des volumes

La Banque de France estime de son côté, se fondant sur une étude de l'institut Gartner Group, que la fraude sur les paiements par carte sur l'internet a concerné en 2000 1,1% des transactions alors qu'elle s'élevait, pour la même période, à 0,026% pour l'ensemble des paiements par carte.⁴⁴¹

La société Fia-Net dont l'activité consiste à garantir la sécurité des achats en ligne le confirme a réalisé en 2003 une étude qui confirme ces chiffres: en un an, sur un échantillon constant de 761 e-commerçants estampillés Fia-Net mais dans un contexte de croissance forte du commerce électronique, le nombre de sinistres déclarés est passé de 2.664 en 2002 à 1.611 en 2003, soit une baisse de 40 %. A titre de comparaison, le volume de la fraude entre 2002 et 2001 avait augmenté de 1,2 %. Cette baisse se répercute également très fortement en valeur, puisqu'en un an, le montant de la fraude en ligne régresse de 57 % à échantillon constant. Une situation due essentiellement à la baisse du panier moyen d'un sinistre. De 612 euros, celui-ci est passé à 437 euros en 2003, soit 1,4 fois moins. Cette situation est certainement due au fait que les commerçants sont devenus plus vigilants et qu'ils ont aujourd'hui des moyens pour détecter efficacement la fraude. Certains secteurs sont toutefois toujours plus exposés que d'autres. C'est le cas notamment du tourisme qui avec 35 % du montant total des fraudes déclarées détrône l'électronique grand public (en baisse de 4 points) et l'informatique (en baisse d'1 point). Selon Fia-Net, les fraudes concernant les lecteurs de DVD ou les consoles de jeux sont d'ailleurs en chute libre depuis l'année dernière. Alors que l'assureur avait recensé 508 produits de ce type détournés en 2002, ils n'étaient plus que 51 en 2003. Une des explications de ce phénomène pourrait la moins forte demande des receleurs sur ce type d'objets.

L'une des dernières fraudes mises au point, dite du "phishing" (jeu de mot sur "fishing": pêcher), consiste à découvrir à l'insu des consommateurs leurs coordonnées bancaires en leur adressant un e-mail qui les dirige vers un site semblant être lié à celui de leur banque et leur demande de mettre à jour leurs coordonnées, en fournissant différents moyens d'identification personnelle.

Deux types d'utilisation peuvent être envisagées : le paiement par communication du numéro d'identification de la carte et l'utilisation de la puce.

1°) la communication du numéro d'identification d'une carte de paiement

Utilisé depuis longtemps par les organismes de vente par correspondance.

Ce mécanisme repose sur l'utilisation du numéro à 16 chiffres d'identification de la carte bancaire.

Il est admis que la communication de ce numéro vaut mandat donné à l'émetteur de la carte ou du commerçant de payer ou de se faire payer la somme due.

⁴⁴¹ Bulletin de la Banque de France N° 98 Février 2002 : <http://www.banque-france.fr/fr/bulletin/main.htm>

Mais ce mécanisme, s'il a l'avantage de la simplicité, n'en présente pas moins de nombreux inconvénients : il suffit qu'un tiers soit en possession du numéro de carte, qui n'est pas secret, pour faire des achats sur le compte du titulaire. d'autre part, le client, livrant son numéro, est à la merci du commerçant qui pourra l'utiliser à sa guise. enfin, il n'empêche pas le consommateur de révoquer son mandat.

En effet, bien que l'article L 132-2 du code monétaire et financier, dispose que l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable, il semble bien, selon l'avis de la doctrine, que ce texte n'est pas applicable aux paiements par communication du numéro facial de la carte⁴⁴², mais s'applique uniquement aux procédés fondés sur une manipulation sécurisée de la carte.

On en revient dès lors au droit commun du mandat. La jurisprudence considère que la stipulation d'irrévocabilité n'a pas pour conséquence d'interdire la révocation du mandat mais seulement d'engager la responsabilité du mandant qui, au mépris de ses obligations contractuelles, révoque l'ordre stipulé irrévocable⁴⁴³.

Il en résulte que si, quelques secondes après avoir communiqué le numéro de sa carte et donné par là un mandat de paiement stipulé irrévocable, le mandant révoque l'ordre donné, l'opération de paiement sera mise en échec.

On doit donc en déduire que tant que l'ordre de paiement n'est pas exécuté, il est révocable.⁴⁴⁴

Mais si l'exécution du mandat interdit sa révocation, cela ne signifie pas que tout contentieux soit impossible car la question peut se poser de savoir si l'exécution réalisée correspond bien à un ordre régulièrement donné⁴⁴⁵.

Nous savons en effet que le numéro d'identification de la carte n'est pas une information confidentielle et que, dès lors, les risques de fraude sont

442 Lucas de Leyssac, Lacaze, Le paiement en ligne, JCP ed E 2001 p 506

443(Cass req 7 novembre 1923, S 1924, I, 310, Cass Civ 3eme, 10 mai 1968, Bull civ III n° 209

444 Cette solution a fait l'objet d'applications jurisprudentielles, voir notamment : Cass.com ; 26 janvier 1983, D 1983, inf. rap. p. 469

445 par ex CA Paris 8eme ch A 8 juin 1999 n° 326, RTD com 1999 p 939 Chron. Cabrillac, D. Aff. 2000, somm comm p 337 obs. B. Thuillier, Cass. 1ere civ. 19 octobre 1999, Bull. civ. I n° 285, Contrats, conc., consom., 2000 p 10 note L. Leeneur, JCP E 2000, n° 27 chron. C. Gavalda et J. Stoufflet

importants.

La question de l'existence du mandat doit donc se poser.

En cas de contestation, elle sera résolue en appliquant les mécanismes du droit civil sur la charge de la preuve : la preuve incombe à celui qui réclame l'exécution d'une obligation.

Appliquée aux cartes de paiements, cela signifie que le mandataire doit établir la preuve de l'existence du mandat.⁴⁴⁶

Sauf à pouvoir démontrer par des circonstances adjacentes la preuve du mandat (par exemple la livraison acceptée au domicile du titulaire du compte), la seule connaissance du numéro facial de la carte n'est pas en soi de nature à prouver que sa communication a été faite par son titulaire. C'est ainsi que, récemment, la Cour de cassation a considéré que « *lorsqu'il n'était pas discuté que le paiement était intervenu à distance, sans utilisation physique de la carte ni saisie du code confidentiel ... il en résultait pour la banque d'annuler le débit qui était contesté* »⁴⁴⁷.

Le banquier du porteur a donc la charge de justifier les passations d'écriture comptable sur le compte de son client. C'est sur lui que fait donc reposer la charge du risque de fraude⁴⁴⁸.

Ce mécanisme dégagé par la jurisprudence a été repris par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne qui prévoit, à l'article L 132-4 du code monétaire et financier que la « *responsabilité du titulaire d'une carte bancaire n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte* ». Il précise en outre que « *si le titulaire conteste par écrit avoir effectué un paiement, les sommes contestées lui sont recredités sur son compte par l'émetteur de la carte, sans frais, au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation* ».

Le porteur dispose, selon l'article L 132-6, d'un délai de soixante-dix jours à compter de la date de l'opération contestée pour déposer une réclamation auprès de la banque émettrice. Ce délai

⁴⁴⁶ par exemple Cass Civ 1ere 19 octobre 1999, JCP E 1999 pan p 1845, obs P. Bouteiller, Bull n° 285)

⁴⁴⁷ Cass com 23 juin 2004, pourvoi n° 02-15.547, Communication ; commerce électronique décembre 2004, commentaire n° 161 note Luc Grynbaum, également Cass. com., 11 janv. 2005 : JCP E 2005, 322, obs. P. Bouteiller

⁴⁴⁸ Pierre Leclercq, Lionel Khalil, *La confiance est-elle enfin possible dans les moyens de paiement en ligne*, Communication – commerce électronique, décembre 2004, études p 10

peut contractuellement être porté jusqu'à cent vingt jours et est nécessairement long pour laisser au porteur en possession de sa carte le temps de s'apercevoir que des opérations frauduleuses ont été effectuées à partir des données de sa carte, contrairement au délai très court laissé au porteur dépossédé de sa carte et donc en mesure de s'apercevoir de l'anomalie, pour faire opposition

C'est pour cette raison que la convention qui unit le GIE Carte Bleue aux commerçants qui l'utilisent fait supporter à ceux-ci le risque de l'utilisation frauduleuse du numéro de carte en stipulant à l'article 14 *qu'en cas de réclamation justifiée, la situation du compte sera restaurée*. Dès lors, ils acceptent de voir leur compte débité d'office du montant de l'opération de paiement dès que celle-ci est contestée par le titulaire de la carte de paiement.

Par ailleurs, en application des dispositions de l'article L 132-5 du Code monétaire et financier, le titulaire d'une carte de paiement et/ou de retrait utilisée frauduleusement, pourra obtenir de la banque émettrice le remboursement de la totalité des frais bancaires liés à cette fraude. Sont ainsi visés : les frais d'opposition et d'émission d'une nouvelle carte, les agios éventuels débités au compte en raison du solde débiteur résultant le cas échéant des sommes frauduleusement soustraites à l'aide de la carte, les frais de dossier éventuels, les frais d'incident sur moyens de paiement tels que le rejet de chèques, de virements, les frais de change en cas d'utilisation frauduleuse à l'étranger. Ces frais, il convient de le noter, ne sont remboursables aux titulaires de la carte qu'en cas de paiement à distance frauduleux par un tiers ou d'utilisation frauduleuse d'une carte contrefaite ou des données liées à l'utilisation de la carte, alors que le titulaire était en possession de celle-ci. En revanche, le titulaire, en cas de perte ou de vol de sa carte, ne peut prétendre obtenir le remboursement des frais d'opposition ni des frais d'émission d'une nouvelle carte.

Il convient d'ajouter que les règles gouvernant le régime de l'utilisation frauduleuse d'une carte bancaire avant opposition sont régies par l'article L. 132-3 du code monétaire et financier qui énonce : "*le titulaire d'une carte mentionnée à l'article L. 132-3 supporte la perte subie, en cas de perte ou de vol, avant la mise en opposition prévue à l'article L. 132-2 3 dans la limite d'un plafond qui ne peut dépasser 400 €. Toutefois, s'il a agit avec une négligence constituant une faute lourde, ou si, après la perte ou le vol de ladite carte, il n'a pas effectué la mise en opposition dans les meilleurs délais, compte tenu de ses habitudes d'utilisation de la carte, le plafond prévu à la phase précédente n'est pas applicable. Le contrat entre le titulaire de la carte et l'émetteur peut cependant prévoir le délai de mise en opposition au delà duquel le titulaire de la carte est privé du bénéfice du plafond prévu au présent alinéa. Ce délai ne peut être inférieur à deux*

jours francs après la perte ou le vol de la carte »

Pour la Cour de cassation, la charge de la preuve de la faute lourde repose sur la banque et la circonstance que la carte ait été utilisée par un tiers avec composition du code confidentiel est, à elle seule, insusceptible de constituer la preuve d'une telle faute⁴⁴⁹

2°) le recours à la puce bancaire

Une première solution, mais aujourd'hui abandonnée, a été conçue par la société Cyber-comm⁴⁵⁰ qui repose sur la norme SET (Secure Exchange Transaction) qui sépare la diffusion des informations relatives à la commande, qui sont transmises au site marchand, des informations relatives au paiement, qui sont directement transmises à la banque du commerçant.

Ce système utilise la technologie de la carte à puce, grâce à la connexion d'un lecteur de carte à l'ordinateur du particulier. Le recours à un lecteur de carte permet d'isoler les informations relatives au paiement, du disque dur qui est moins protégé contre les intrusions.

Du côté du consommateur, SET permet de s'assurer que le commerçant en ligne existe et que le montant de la transaction indiqué sur le lecteur sera bien débité. Pour les banques et le commerçant, le lecteur offre l'assurance de la présence de la carte mais aussi celle de son porteur grâce à la saisie de son code secret (hors connexion au réseau).

Concrètement, le client envoie vers le site du commerçant en ligne un message de paiement sécurisé comportant deux parties : une partie bon de commande et une partie ordre de paiement. A la réception par le site, le bon de commande est traité par le commerçant et l'ordre de paiement est envoyé à la banque du commerçant. La banque du commerçant demande l'autorisation de paiement selon la procédure de la carte bancaire. Un message revient alors vers le commerçant qui est ainsi garanti que la

⁴⁴⁹ Cass. com. 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-19.899, à paraître au bulletin. Our des exemple d'une telle faute : carte laissée dans une voiture automobile non verrouillée en stationnement sur la voie publique ou dans un local librement accessible au public) ou encore l'inscription du code secret sur un papier accompagnant la carte, voire sur la carte elle-même (Cass. com., 10 janvier 1995 : Bull. civ. 1995, IV, no 7 ; RTD com. 1995, p. 458 obs. M. Cabrillac ; Cass. com., 21 mai 1996 : no 94-15272 ; Cass. c om., 27 janvier 1998 : no 95-19241).

⁴⁵⁰ Doté d'un capital de 45,6 millions de francs détenu à 51% par les banques, à 25% par les partenaires techniques et à 24% par les organismes bancaires et financiers. On compte parmi ses actionnaires la Banque Populaire, la BNP, les Caisses d'Epargne, le Crédit Agricole, le CCF, le Crédit Lyonnais, le Crédit Mutuel, la Poste, la Société Générale ainsi que les systèmes de cartes nationaux et internationaux (GIE carte bancaires, Carte bleue, Europay France et Visa), Paris Bourse, Cap Gemini, France Télécom, Gemplus, Alcatel, Bull et Oberthur Card System.

somme sera mise à sa disposition.

Une nouvelle solution de sécurisation pour les paiements électroniques associant carte à puce et boîtier est lancée par MasterCard et Visa. Baptisée Chip Authentication, elle est actuellement en test au Brésil, en Allemagne et en Angleterre.

Dans la pratique, l'utilisateur, installé devant son PC et muni du boîtier et de sa carte, compose sur son écran son code secret à quatre chiffres. La banque émettrice authentifie l'identité de l'utilisateur. Et grâce au standard des cartes mémoire EMV (acronyme pour Eurocard, MasterCard, Visa), le lecteur affiche un cryptogramme à huit caractères. Cet élément de sécurisation change à chaque transaction et il est communiqué systématiquement à la banque. Au final, l'utilisateur sécurise sa transaction en ligne en rentrant sur son ordinateur les éléments du cryptogramme.

On retrouve donc un mécanisme identique à celui du paiement par carte bancaire, ce qui n'empêchera pas des contestations ultérieures reposant sur une utilisation frauduleuse du code secret.

3° La carte de paiement jetable

Au lieu de taper les seize chiffres de son numéro de carte sur un site marchand, le client tape un numéro virtuel que lui fournit la banque et qui n'est destiné à servir qu'une fois.

A chaque achat, l'internaute doit activer un logiciel pour obtenir un nouveau numéro.

Parmi les banques qui l'utilisent déjà, on peut citer la société générale et la caisse d'épargne. D'autres établissements bancaires comme la Banque Populaire comptent adopter ce système dans les prochains mois.

D le recours à des monnaies électroniques

Ce vocable rassemble l'ensemble des mécanismes qui consistent à stocker des sommes d'argent dans un « *porte monnaie* » virtuel, qui peut être soit une carte à puce, soit un serveur bancaire, et de les débiter au fur et à mesure des achats.

Les dispositifs de monnaie électronique sont encadrés par la loi bancaire de 1984, codifiée au code monétaire et financier⁴⁵¹, ainsi que par la directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000⁴⁵² qui définissent le statut des établissements de monnaie électronique. L'accès à l'activité, son exercice, ainsi que les règles prudentielles, sont organisés sur le modèle des établissements de crédit même si se sont des régimes distincts. Un agrément unique permettra d'exercer cette activité dans l'intégralité de la communauté.

La monnaie électronique est tout d'abord définie par la directive 2000/46/CE comme étant une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est :

- Stockée sur un support électronique ;
- Emise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise ;
- Acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur.

En vertu de l'article 3 de la directive, les établissements de monnaie électronique ont l'obligation de rembourser les fonds.

Ce dispositif est complété par l'arrêté ministériel du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n° 2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière⁴⁵³ qui régleme l'activité des établissements qui émettent de la monnaie électronique, et définit le statut juridique de cette monnaie.

Reprenant les principes édictés par la directive, ce règlement définit la monnaie électronique comme étant composée d'unités de valeur, dites unités de monnaie électronique, qui constituent chacune un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté comme moyen de paiement, au sens de l'article L. 311-3 du code monétaire et financier, par des tiers autres que l'émetteur.

⁴⁵¹ En France, seuls peuvent exercer la profession de banquier, qui comporte la réception de fonds du public, les opérations de crédit et la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement, les établissements de crédit agréés qui répondent à un certains nombre de critères définis par le code monétaire et financier.

⁴⁵² Directive 2000/46/CE du Parlement européen et du conseil du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions. JOCE L275 du 27 octobre 2000 p.39.

⁴⁵³ JORF du 1^{er} février 2003, p 2003

Il précise que la monnaie électronique est émise contre la remise de fonds et ne peut l'être pour une valeur supérieure à celle des fonds reçus en contrepartie.

Quant aux établissements qui font leur métier de la monnaie électronique, le règlement en distingue deux catégories :

les établissements émetteurs de monnaie électronique, qui sont débiteurs de la créance incorporée dans l'instrument électronique

les établissements distributeurs, qui offrent à leur clientèle un service de chargement, de rechargement ou d'encaissement .

Conformément au principe édicté par la directive européenne, le règlement prévoit, à son article 3, que le porteur de monnaie électronique peut, pendant la période de validité, exiger de l'émetteur qu'il le rembourse à la valeur nominale en pièces et en billets de banque ou par virement à un compte sans autres frais que ceux qui sont strictement nécessaires à la réalisation de l'opération. Le contrat peut néanmoins prévoir pour le remboursement un montant minimal, qui ne peut être supérieur à 10 €. En tout état de cause, le contrat doit établir clairement les conditions de remboursement.

Le règlement distingue selon que le porteur est identifié ou non. En effet, les unités de monnaie électronique incorporées dans un instrument qui ne permet pas l'identification du porteur ne peuvent excéder à aucun moment 150 euros. Les contrats conclus avec les porteurs et les accepteurs prévoient que les paiements unitaires ou fractionnés effectués au moyen de ce type d'instrument ne peuvent excéder 30 euros par opération. L'établissement émetteur ou distributeur qui effectue une opération de chargement ou de rechargement d'un tel instrument par espèces pour un montant supérieur à 30 euros relève l'identité de la personne qui lui demande la réalisation de l'opération, sauf si cette personne est un client dudit établissement. Il tient l'identité de cette personne à la disposition des établissements émetteur ou distributeur concernés, des autorités de contrôle bancaire et du service mentionné à l'article L. 562-4 du code monétaire et financier pendant deux ans.

L'établissement émetteur doit assurer la traçabilité pendant deux ans des chargements et des encaissements des unités de monnaie électronique. Il doit veiller à disposer de moyens lui permettant d'assurer en cas d'atteintes à la sécurité de tout ou partie du système la traçabilité des transactions suspectes. Lorsque le dispositif mis en oeuvre permet que les mêmes unités de monnaie électronique soient utilisées

successivement pour des transactions distinctes, l'établissement émetteur doit assurer la traçabilité pendant deux ans de l'ensemble des transactions réalisées.

Les établissements distributeurs sont tenus d'apporter le concours nécessaire à l'établissement émetteur pour assurer cette traçabilité.

Pour prévenir le blanchiment, les établissements émetteur et distributeur doivent mettre en place un système automatisé de surveillance des transactions inhabituelles ayant comme support la monnaie électronique. Les établissements distributeurs communiquent à l'établissement émetteur les anomalies constatées ayant un lien avec la circulation de la monnaie électronique. L'établissement émetteur peut prendre des dispositions visant à s'assurer que les établissements distributeurs appliquent les normes de sécurité et de vigilance définies.

Enfin, même si les établissements de monnaie électronique sont en partie dispensés du respect des instruments techniques de surveillance prudentielle applicables aux établissements de crédit, ils ne sont pas libres pour autant de fonctionner à leur guise. La directive 2000/46 impose des exigences en matière de capital initial, de fonds propres permanents et de limitation des placements ; elle crée également les outils de contrôle ad hoc. Le but est évidemment de limiter autant que possible les risques d'insolvabilité des établissements.

Le rôle de la Banque de France

La Banque de France s'est vu confier par la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne une responsabilité nouvelle en matière de moyens de paiement émergents.

En effet, le 3ème alinéa de l'article L141-4 du CMF dispose que :

" La Banque de France s'assure de la sécurité des moyens de paiement tels que définis à l'article L 311-3, autres que la monnaie fiduciaire, et de la pertinence des normes applicables en la matière. Si elle estime qu'un de ces moyens de paiement présente des garanties de sécurité insuffisantes, elle peut recommander à son émetteur de prendre toutes mesures destinées à y remédier. Si ces recommandations n'ont pas été suivies d'effet, elle peut, après avoir recueilli les observations de l'émetteur, décider de formuler un avis négatif publié au Journal officiel.

Pour l'exercice de ces missions, la Banque de France procède aux expertises et se fait communiquer, par l'émetteur ou par toute personne intéressée, les informations utiles concernant les moyens de paiement et les terminaux ou les dispositifs techniques qui leur sont associés. »

Ce texte institue par ailleurs « *un Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, qui regroupe des parlementaires, des représentants des administrations concernées, des émetteurs de cartes de paiement et des associations de commerçants et de consommateurs* » dont le rôle est d'assurer en particulier, « *le suivi des mesures de sécurisation entreprises par les émetteurs et les commerçants, l'établissement de statistiques de la fraude et une veille technologique en matière de cartes de paiement, avec pour objet de proposer des moyens de lutter contre les atteintes d'ordre technologique à la sécurité des cartes de paiement. Le secrétariat de l'observatoire est assuré par la Banque de France. Le président est désigné parmi ses membres. Un décret en Conseil d'Etat précise sa composition et ses compétences.* »⁴⁵⁴

Le Comité de la réglementation bancaire a par ailleurs établi un règlement définissant les obligations des établissements émetteurs de monnaie électronique dans les termes de la directive européenne⁴⁵⁵ qui a été homologué par un arrêté du ministre de l'économie et des finances⁴⁵⁶.

Parmi l'ensemble des projets de monnaie électronique, on peut citer deux systèmes qui visent le marché français, *Cybercash* venu des Etats Unis et *Kleline* d'origine française. Ils reposent tout deux sur un dispositif consistant à installer sur l'ordinateur du consommateur un logiciel spécifique (le porte monnaie virtuel) dénommé *Cybercoin* ou *Klebox* et permettant au consommateur d'affecter à un compte une certaine somme en communiquant les références de sa carte de crédit ou en envoyant une autorisation de prélèvement. Sur les sites sur lesquels il voit apparaître le logo correspondant au système utilisé, il peut faire débiter son compte en communiquant un code secret.

⁴⁵⁴ décret n°2002-709 du 2 mai 2002 pris pour l'application de l'article L. 141-4 du code monétaire et financier et relatif à l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement (J.O du 4 mai 2002, p. 8296).

⁴⁵⁵ Règlement n° 2002/13 du Comité de la réglementation bancaire et financière

⁴⁵⁶ Arrêté du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement n° 2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière, JORF du 1^{er} février 2003, p 2003.

Lorsqu'un client effectue un achat, la transaction est adressée au détaillant, puis le logiciel de celui-ci complète les données relatives à la transaction et la transmet à Cybercash qui la « reformate » avant de l'expédier à la banque. Une fois la transaction approuvée par la banque, la transaction est adressée au serveur Cybercash, cryptée et transmise au détaillant. Après avoir exécuté l'ordre, le détaillant remet au client un reçu électronique.

CHAPITRE IV

METHODES COMMERCIALES

Section I Les ventes aux enchères⁴⁵⁷

La vente aux enchères est définie par la doctrine⁴⁵⁸, comme étant *«toute forme de vente réalisée après l'offre d'une somme supérieure à la mise à prix ou offres précédentes, au cours d'un processus d'adjudication, lequel permet d'attribuer au plus offrant le bien vendu après mise en concurrence des enchérisseurs, qui peuvent suivre en temps réel l'évolution des enchères»*.

⁴⁵⁷ Sont exclues de l'exposé les ventes aux enchères électroniques réglementées par le décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001, pris en application de l'article 56 du Code des marchés publics, qui constituent le procédé par lequel les candidats à un marché public amis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique, sur ce point, voir N. Gentu et J. Huet, *Les enchères électroniques inversées encadrées par la loi* Contrats, conc. Cnsom., 2005, Etudes 22

⁴⁵⁸ on signalera l'existence sur ce sujet d'une thèse récente : F. Altenbourger, *Les enchères électronique en droit privé*, dir. Pierre-Yves Gautier, Thèse Paris II, mai 2004

S'agissant de celles portant sur des biens meubles, elles ne pouvaient jusqu'à peu, être pratiquées que par le ministère d'un commissaire priseur auquel la loi du 22 Pluviôse an VII reconnaissait un monopole .

Prise pour mettre la France en conformité avec les dispositions du traité de Rome, la loi n° 2000-642 du 10 juillet 2000 portant réglementation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques⁴⁵⁹ a supprimé le monopole dont bénéficiaient ces officiers ministériels.

Ce texte a par ailleurs posé les règles applicables aux ventes au enchères par voie électronique, définies comme étant : « *Le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux disant des enchérisseurs* ».⁴⁶⁰

Le texte distingue ce type de vente des opérations de courtage aux enchères réalisées à distance par voie électronique, « *qui se caractérisent par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties* », qui ne constituent pas des ventes aux enchères publiques et ne sont donc pas soumises à la législation les concernant, sauf si elles portent sur des biens culturels⁴⁶¹ .

A. La vente aux enchères *stricto sensu*

1°/ Les éléments constitutifs d'une vente aux enchères *stricto sensu*

L'alinéa premier de l'article L 321-3 du code de commerce définit la vente aux enchères par voie électronique comme étant « *le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques [...] pour l'adjuger au mieux disant des enchérisseurs* ».

Trois conditions sont donc nécessaires pour qu'il y ait vente aux enchères *stricto sensu* :

- « ***le fait [...] en agissant comme mandataire du propriétaire... de proposer un bien*** » l'existence d'un mandat entre le propriétaire et le vendeur constitue le critère principal de la vente aux enchères. L'intermédiaire ainsi mandaté a pouvoir pour vendre

⁴⁵⁹ codifiée aux articles L 321-1 et suivant du code de commerce

⁴⁶⁰ article L 321-3 du code de commerce

⁴⁶¹ article L 321-3 alinéa 3 du code de commerce

le bien du mandant. Il s'agit pour lui de vendre le bien « *pour le mandant et en son nom* » (art. 1984 du Code civil).

- « ... **aux enchères publiques...** » Le mécanisme des enchères doit être utilisé comme mode de fixation du prix. Ainsi, le bien a vocation à être attribué automatiquement au dernier enchérisseur, c'est-à-dire celui qui a proposé le plus fort prix.

Reprenant la solution dégagée antérieurement par la jurisprudence⁴⁶², le législateur pose le principe que, pour être soumises à la loi, les enchères doivent être publiques. Tel sera le cas lorsqu'elles sont accessibles à *tout internaute intéressé*⁴⁶³, même lorsqu'il est nécessaire de s'acquitter d'une somme pour participer aux enchères⁴⁶⁴.

- «... **pour l'adjudger au mieux disant des enchérisseurs** »
L'adjudication apparaît comme un élément déterminant de la vente aux enchères *stricto sensu*. Elle s'entend du transfert de la propriété du bien à l'enchérisseur qui a proposé la plus forte enchère, c'est-à-dire le prix le plus fort, dans le délai imparti.

2°/ Le régime juridique des ventes aux enchères

a) qualité pour procéder à la vente

La vente aux enchères ne peut être réalisée sans la présence d'un intermédiaire qualifié chargé de garantir le bon déroulement des opérations.

Depuis la loi du 10 juillet 2000, les ventes volontaires de meubles aux enchères publiques ne peuvent être organisées et réalisées que par des *sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*⁴⁶⁵

⁴⁶² la Cour de cassation a précisé que la vente, même faite dans un lieu public, perd son caractère de vente publique dès que l'acquisition est réservée à certaines personnes (en l'espèce aux seuls membres de l'association). Civ. 6 mars 1877 : *D.P.*, 77, 1, 161. Néanmoins la vente, même réservée à quelques-uns, sera publique, dès lors que la catégorie de personnes présentes est suffisamment large Trib. Civ. Vouziers, 14 juillet 1859 : *D.P.*, 60, 3, 15

⁴⁶³ TGI Paris, 1^o chambre, 1^o section, 3 mai 2000, Chambre nationale des commissaires-priseurs c/ Nart SAS et Nart Inc ; *Legalis.net*, <<http://www.legalis.net>> ; Communication et commerce électronique n^o 7 p 27 note JC Galloux, D 2000, n^o 31, p 640 note L.Mauger-Vielpeau

⁴⁶⁴ système dite de la « vente à la palette »

⁴⁶⁵ article L 321-2 du code de commerce

Il s'agit de sociétés qui interviennent en qualité de mandataires du propriétaire du bien. Elles ne peuvent être d'ailleurs mandatées que par le propriétaire du bien, et non par un tiers .

Elles ne peuvent pas acheter ou vendre directement ou indirectement pour leur propre compte des biens meubles proposés à la vente aux enchères publiques.

Leur activité est limitée à l'estimation des biens mobiliers et à l'organisation de ventes volontaires aux enchères publiques⁴⁶⁶ . Elles doivent être agréées par un Conseil des ventes volontaires⁴⁶⁷ et comprendre parmi leurs dirigeants, associés ou salariés au moins une personne ayant la qualification requise pour diriger une vente ou titulaire d'un titre, d'un diplôme ou d'une habilitation⁴⁶⁸ .

Des ressortissants de l'Union européenne pourront donc intervenir en France à la condition d'avoir les titres suffisants et de se soumettre à la loi.

b) les objets mis en vente

L'article L 321-1 du code de commerce définit les biens pouvant être vendus aux enchères.

Tout d'abord, seuls peuvent être vendus des biens meubles par nature.

Les ventes ne peuvent par ailleurs porter que sur des biens d'occasion ou sur des biens neufs issus directement de la production du vendeur si celui-ci n'est ni commerçant ni artisan. Ces biens sont vendus au détail ou par lot

Sont considérés comme d'occasion les biens qui, à un stade quelconque de la production ou de la distribution, sont entrés en la possession d'une personne pour son usage propre, par l'effet de tout acte à titre onéreux ou à titre gratuit.

Enfin, la loi de juillet 2000 n'a pas abrogé l'alinéa 1 de l'article 1 de la loi de 1841, codifié à l'article L 320-1 du code de commerce . En conséquence, il est impossible de faire de la vente aux enchères publiques une méthode habituelle de vente.

⁴⁶⁶ article L 321-4 du code de commerce

⁴⁶⁷ article L 321-5 du code de commerce

⁴⁶⁸ article L 321-8 du code de commerce

c) Organisation de la vente

Chaque vente aux enchères publiques doit donner lieu à une publicité sous toute forme appropriée. Les indications portées à cette occasion engagent la responsabilité de la société de vente.

Les biens mis en vente peuvent comporter un prix de réserve, c'est à dire un prix minimal arrêté avec le vendeur au-dessous duquel le bien ne peut être vendu. Si le bien a été estimé, ce prix ne peut être fixé à un montant supérieur à l'estimation la plus basse figurant dans la publicité, ou annoncée publiquement par la personne qui procède à la vente et consignée au procès-verbal.

Lorsque la vente a lieu en dehors des locaux où se tiennent de manière habituelle les opérations, la société doit en aviser préalablement le conseil des ventes volontaires

L'adjudication intervient à la clôture des enchères, emportant transfert de propriété. Elle rend parfait le contrat. Les parties se trouvent donc engagées par l'adjudication : le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue aux enchères et l'acheteur de verser le prix ainsi déterminé.

La société de vente dresse alors procès-verbal de la vente au plus tard un jour franc après la clôture. Le procès-verbal doit mentionner les nom et adresse du nouveau propriétaire déclarés par l'adjudicataire, l'identité du vendeur, la désignation et le prix de l'objet tel que constaté publiquement.

A défaut d'adjudication du bien, la société mandatée peut, dans un délai de quinze jours à compter de la vente, vendre de gré à gré les biens déclarés non adjugés à l'issue des enchères. Cette transaction n'est précédée d'aucune exposition ni publicité. Elle ne peut être faite à un prix inférieur à la dernière enchère portée avant le retrait du bien de la vente ou, en l'absence d'enchères, au montant de la mise à prix. Le dernier enchérisseur est préalablement informé s'il est connu⁴⁶⁹.

Une société de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques peut garantir au vendeur un prix d'adjudication minimal du bien proposé à la vente, qui est versé en cas d'adjudication du bien. Si le bien a été estimé, ce prix ne peut être fixé à un montant supérieur à l'estimation mentionnée à l'article L. 321-11.

⁴⁶⁹ article L 321-9 du code de commerce

Cette faculté n'est offerte qu'à la société qui a passé avec un organisme d'assurance ou un établissement de crédit un contrat aux termes duquel cet organisme ou cet établissement s'engage, en cas de défaillance de la société, à rembourser la différence entre le montant garanti et le prix d'adjudication si le montant du prix garanti n'est pas atteint lors de la vente aux enchères.

c) Délivrance du bien

L'article L. 321-14 du code de commerce prévoit que les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques sont responsables à l'égard du vendeur et de l'acheteur de la représentation du prix et de la délivrance des biens dont elles ont effectué la vente. Toute clause qui vise à écarter ou à limiter leur responsabilité est réputée non écrite.

Le bien adjudgé ne peut être délivré à l'acheteur que lorsque la société en a perçu le prix ou lorsque toute garantie lui a été donnée sur le paiement du prix par l'acquéreur.

A défaut de paiement par l'adjudicataire, après mise en demeure restée infructueuse, le bien est remis en vente à la demande du vendeur sur folle enchère de l'adjudicataire défaillant; si le vendeur ne formule pas cette demande dans un délai d'un mois à compter de l'adjudication, la vente est résolue de plein droit, sans préjudice de dommages et intérêts dus par l'adjudicataire défaillant.

Les fonds détenus pour le compte du vendeur doivent être versés à celui-ci au plus tard deux mois à compter de la vente.

d) Responsabilité

L'article L. 321-17 prévoit que les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques engagent leur responsabilité au cours ou à l'occasion des ventes de meubles aux enchères publiques, conformément aux règles applicables à ces ventes.

Les clauses qui visent à écarter ou à limiter leur responsabilité sont interdites et réputées non écrites.

Les actions en responsabilité civile engagées à l'occasion des prises et des ventes volontaires et judiciaires de meuble aux enchères

publiques se prescrivent par dix ans à compter de l'adjudication ou de la prise.

e) sanctions pénales

L'article L. 321-15 dispose qu'est puni de deux ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende le fait de procéder ou de faire procéder à une ou plusieurs ventes volontaires de meubles aux enchères publiques:

1o Si la société qui organise la vente ne dispose pas de l'agrément prévu à l'article L. 321-5 soit qu'elle n'en est pas titulaire, soit que son agrément a été suspendu ou retiré à titre temporaire ou définitif;

2o Ou si le ressortissant d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen qui organise la vente n'a pas procédé à la déclaration prévue à l'article L. 321-24;

3o Ou si la personne qui dirige la vente ne remplit pas les conditions prévues à l'article L. 321-8 ou est frappée d'une interdiction à titre temporaire ou définitif de diriger de telles ventes.

Les personnes physiques coupables de l'une de ces infractions encourrent également les peines complémentaires suivantes:

1o L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise;

2o L'affichage ou la diffusion de la condamnation prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal;

3o La confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, des infractions définies au présent article. Les peines encourues par les personnes morales sont:

1o L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal; 2o Pour une durée de cinq ans au plus, les peines

mentionnées aux 1o, 2o, 3o, 4o, 8o et 9o de l'article 131-39 du code pénal. L'interdiction mentionnée au 2o du même article porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

B La création d'une nouvelle notion : le courtage aux enchères

En dressant une typologie des sites Internet qui recourent aux enchères, on peut distinguer trois catégories : les sites répondant strictement à la définition des ventes aux enchères, les sites utilisant Internet comme simple modalité technique pour passer des enchères, dans le cadre de ventes physiques (à l'instar du minitel ou du téléphone), et enfin les sites qui mettent en relation un vendeur et un acheteur, à l'instar des petites annonces mais avec utilisation du mécanisme d'enchères⁴⁷⁰.

Ce type de site est qualifié par la loi du 10 juillet 2000 de courtage aux enchères. Ceux-ci seront régis de manière différente selon qu'ils portent sur des biens courants ou sur des biens dits "culturels" .

1°/ Le courtage aux enchères de biens courants : un concept soumis au droit commun

Il convient tout d'abord de rappeler que « *le courtier est un intermédiaire qui met en relation des personnes désireuses de traiter entre elles, sans conclure lui-même le contrat* ». Son rôle est de rapprocher les parties dont il n'est pas le mandataire⁴⁷¹. Il se distingue du mandat ou du commissionnaire en ce sens qu'il ne conclut pas le contrat pour le compte du commettant. Il se borne à rechercher, pour son client, un cocontractant, à préparer la conclusion du contrat en s'efforçant de rapprocher les parties pour les amener à un accord, mais laisse ensuite les parties conclure le contrat elle-mêmes⁴⁷²

Le courtage aux enchères peut être analysé tant négativement que positivement par rapport à la définition même des ventes aux enchères posée par le législateur.

⁴⁷⁰ On estime à 2,5 millions le nombre d'objets (livres, disques...) qui sont vendus chaque année en France par des sites de courtage en ligne (eBay, Aucland, Priceminister, etc.) . E-Bay, le premier site mondial d'enchères en ligne, compte 85 millions d'utilisateurs (*Le Monde* 19/20 octobre 2003, p 16).

⁴⁷¹ Même s'il est reconnu que les parties ou les usages peuvent conférer au courtier un pouvoir supplémentaire, celui de conclure l'acte pour le compte d'une des parties, voir des deux (Pierre-Yves Gautier, RTDCiv 2003 p 727

⁴⁷² A. Jauffret, Manuel de droit commercial, 23eme edition, LGDJ, 1997, p 53J. Huet, Traité de droit civil de J. Ghestin, Les principaux contrats, 2eme ed. LGDJ, 2001, n° 31134 ; A. Babe,t; Contrats spéciaux, 5eme ed. Domat-Montchretien, 2001, n° 629

a) l'absence de mandat du courtier

Le législateur dans le deuxième alinéa de l'article L 321-3 dispose que les opérations de courtage aux enchères se caractérisent « *par l'absence d'adjudication et d'intervention d'un tiers dans la conclusion de la vente d'un bien entre les parties* ». Partant, il en déduit que ces opérations « *ne constituent pas des ventes aux enchères publiques* ».

Le courtier agit en toute indépendance. Il ne passe pas d'acte juridique au nom et pour le compte d'autrui : il n'est pas mandataire. A ce titre, il ne peut donc pas adjuger le bien et donc "tenir le marteau". Il n'intervient pas dans la vente. Son rôle se limite à cette mise en relation entre le vendeur et l'(es) acheteur(s).

Ainsi, lorsque la société se contente d'intervenir comme un simple intermédiaire ou prestataire de services - annonçant une liste d'objets, ouvrant le site aux enchères et mettant en relation des internautes avec le vendeur - mais pas comme mandataire du vendeur ou de l'acheteur, les parties demeurent libres une fois les enchères terminées de conclure ou non la vente . La mise en ligne d'un objet sur le site de courtage doit donc s'analyser davantage comme une proposition de pourparler que comme une véritable offre de vente.

L'enchère devient alors un mécanisme indépendant de l'adjudication, et donc de la vente. Elle n'emporte pas transfert de propriété et n'a pas de caractère contraignant : l'acheteur n'est pas nécessairement le plus offrant.

Le prix reste toujours un aléa pour le vendeur en ce qu'il est le fruit des enchères. Il permet toujours de désigner indirectement un cocontractant mais celui-ci n'est qu'hypothétique, le vendeur pouvant s'affranchir de cette proposition et choisir une autre personne. Le choix du cocontractant du donneur d'ordre est laissé à sa seule volonté (ce peut être celui qui propose le plus fort prix, celui qui est plus près géographiquement, celui qui présente le plus de sécurité, ...).

La vente ne sera parfaite que lorsque le vendeur sera d'accord sur le prix proposé par l'un des interlocuteurs. Les enchères sur le site permettent de déterminer ce prix mais ne mettent pas forcément fin aux pourparlers.

De la même façon, le dernier enchérisseur n'est pas tenu de donner une suite à son enchère et de conclure le contrat.

En fait, aucune obligation entre les parties ne découle des opérations effectuées sur le site. Les parties ne sont pas contraintes de contracter. Le contrat ne pourra donc être considéré comme formé qu'après manifestation de l'acceptation expresse du vendeur du prix proposé puis par celle de par l'acheteur de conclure réellement la vente. Cet échange des consentements pourra notamment résulter d'un échange de courriers électroniques. Dans ces conditions, l'offre du vendeur peut d'avantage s'analyser comme une offre de pourparlers que comme une véritable offre de vente.

Alors que dans les ventes aux enchères *stricto sensu*, le vendeur n'a ni la maîtrise du prix (même en présence d'un prix de réserve), ni de l'acquéreur, dans le courtage aux enchères, le vendeur a la maîtrise de son cocontractant et peut avoir celle du prix.

Les sites de courtage aux enchères s'assimilent dès lors à des petites annonces avec utilisation du système d'enchères.

En cas réalisation de la vente, le droit commun s'applique pour ce qui est des relations entre particuliers. Et, il convient de noter que si le vendeur est un commerçant, les dispositions relatives à la vente à distance semblent s'appliquer, notamment pour ce qui est du délai de rétractation.

b) les obligations du courtier

En raisonnant par analogie avec le droit commun applicable au courtage, on peut penser que pèse sur le courrier électronique une obligation de moyen à l'égard des deux parties⁴⁷³. Même s'il n'intervient pas dans les transactions entre le donneur d'ordre et l'acheteur, en tant que prestataire de services, il est un intermédiaire technique, chargé de fournir à ses adhérents l'accès aux différents services qu'il propose.

C'est pourquoi la jurisprudence a tendance à lui appliquer le régime juridique prévu pour les hébergeurs⁴⁷⁴.

Certes, il ne garantit pas la réalisation de l'opération et ne peut être tenu responsable si l'une des parties renonce à conclure la

⁴⁷³ C'est d'ailleurs ce qui a été jugé par un tribunal d'instance : TI Saint-Jean de Maurienne, 6 aout 2003, Communication, commerce électronique 2004, comm. N° 91 note P. Stoffel-Munck

⁴⁷⁴ TGI Paris, 3ème chambre, 26 oct. 2004, SA Poiray France et Mme Nathalie C. c/ SARL CJSF, Ophélie, Ibazar et SA eBay France.

transaction⁴⁷⁵, même sur le fondement des dispositions de l'article 15-I et 15-II de la loi du 21 juin 2004 qui instaurent une responsabilité de plein droit de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, dès lors que la défaillance du vendeur caractérise non pas l'inexécution du contrat de courtage mais celui de vente⁴⁷⁶

Il est cependant lui-même engagé à l'égard des parties qui ont adhéré aux conditions posées pour accéder au site de vente. Cette adhésion engendre dès lors un cadre contractuel régissant les rapports entre les adhérents et la société exploitant le site.

Contrairement à certaines clauses figurant dans des contrats d'adhésion de sites actuels⁴⁷⁷, si l'opérateur ne garantit pas la réalisation de l'opération contractuelle, il doit néanmoins effectuer toutes les démarches nécessaires afin de permettre que la vente ait lieu, et ce dans les meilleures conditions. Ces démarches résident tant dans l'aspect technique (c'est-à-dire permettre l'hébergement de l'annonce de vente et permettre d'enchérir) que dans l'information des parties : le site doit aviser le vendeur, à la fin du délai, s'il a trouvé ou non d'éventuels cocontractants intéressés par l'offre et l'informer de l'identité de ceux-ci (reddition des comptes). La plupart des sites remplissent cette obligation envers le donneur d'ordre par voie d'e-mail (la preuve par message électronique étant désormais rapportable).

La jurisprudence considère que le courtier doit fournir des informations exactes, « *de telle sorte qu'aucune incertitude ne puisse naître sur les rapports de droit liant les personnes concernées par l'opération* », sous peine de devoir réparer le préjudice subi par le donneur d'ordre induit en erreur. A titre d'illustration, la responsabilité du courtier peut être engagée s'il présente au donneur d'ordre une personne juridiquement incapable de contracter.

A l'heure actuelle, l'identification des parties soulève des difficultés sur les sites Internet, la virtualité semblant compliquer les choses. En effet, rien ne peut garantir l'exactitude des informations fournies par les intervenants. C'est pourquoi, certains sites demandent le numéro de carte bleue. D'autres demandent à ce que l'adhérent envoie par la voie postale un relevé d'identité bancaire ou un chèque barré.

⁴⁷⁵ par exemple si une partie ne livre pas le bien acquis : TI Saint-Jean de Maurienne, 6 août 2003, Communication, commerce électronique 2004, comm. N° 91 note P. Stoffel-Munck

⁴⁷⁶ TI Grenoble 1^{er} février 2007, Communication. Comm. Electro. 2007 comm 73, note. Stoffel-Munck

⁴⁷⁷ au sujet des clauses contractuelles figurant sur les sites de courtage, voir l'article d'Emmanuelle Garnier, *Les clauses contestables des conventions d'utilisation des sites de « vente aux enchères »* GP 24, 25 septembre 2003, Doctrine p 15

La responsabilité du courtier pourrait aussi être engagée s'il laissait croire indûment qu'il effectuait un contrôle sur la qualité des objets mis en vente⁴⁷⁸

Le courtier doit s'assurer aussi du caractère licite ou non de la vente et engage sa responsabilité lorsqu'il contribue à la mise sur le marché d'un objet illicite (arme, médicaments, produits stupéfiants, organes humains ; etc.)

Tel était le cas dans l'affaire dite Yahoo⁴⁷⁹ dans laquelle le juge du référé du tribunal de grande instance de Paris a, par 3 ordonnances des 22 mai 2000, 11 août 2000 et 20 novembre 2000, fait injonction à la société Yahoo de mettre en place un dispositif empêchant depuis la France d'accéder aux objets Nazis mis en vente sur son site⁴⁸⁰.

Certains sites, comme eBay, proposent à leurs clients une garantie consistant au versement d'une indemnité, plafonnée à une certaine somme, aux acheteurs non livrés⁴⁸¹.

2°/ Le courtage aux enchères de biens culturels : un concept soumis à la loi sur les ventes aux enchères

Le troisième alinéa de l'article L 321-3 du code de commerce dispose que : « *Sont également soumises aux dispositions de la présente loi [...] les opérations de courtage aux enchères portant sur des biens culturels réalisées à distance par voie électronique.* »

La notion de bien culturel est plus large que celle d'œuvre d'art et que celle de trésors nationaux. La convention adoptée à Paris par

⁴⁷⁸ par ex Cass. 2eme civ. 10 juin 2004, Bull. civ. II n° 294, RTDciv, octobre-décembre 2004, n° 4, p. 728-729, observations Jacques MESTRE et Bertrand FAGES, qui juge, à propos d'un journal d'annonce, que viole l'article 1382 du Code civil la cour d'appel qui, au regard de l'engagement d'un diffuseur d'annonces d'exclure les annonces concernant des véhicules anciens ou gravement accidentés et à ne pas laisser paraître d'annonces comportant des mentions erronées, ne retient pas de faute à la charge de ce diffuseur qui avait par le biais d'une " charte " laissé croire en l'efficacité des contrôles auxquels il s'engageait et ainsi concouru au dommage causé à l'acquéreur lésé par la publication d'une annonce comportant des mentions erronées sur le nombre des immatriculations du véhicule proposé, qui avait été gravement accidenté.

⁴⁷⁹ question mise à part de l'application de la loi française à un site situé à l'étranger et de la compétence du juge français

⁴⁸⁰ TGI Paris ordonnance de référé du 22 mai 2000, Legipresse septembre 2000, III, p 142, comm C. Rojinski, TGI Paris ordonnance de référé du 11 août 2000, Communication et commerce électronique, septembre 2000, p 19 n° 92 note JC Galloux, TGI Paris ordonnance de référé du 20 novembre 2002, Communication et commerce électronique, décembre 2000, n° 132 p 25

⁴⁸¹ une telle garantie, analysée par un auteur comme sûreté personnelle, n'est bien évidemment pas due à l'égard de l'acheteur qui a pris un contact direct avec le vendeur sans se porter enchérisseur : TI Pau, 26 février 2004, Communication, commerce électronique 2004, commentaire n° 92 note P. Stoffel-Munk

l'UNESCO le 14 novembre 1970, dispose dans son article 1^{er} que : « *sont considérés comme biens culturels les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque Etat comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science* ». Selon le Traité de Rome et la doctrine de l'Administration générale des douanes, cette notion englobe, de manière large, tous les biens qui présentent un intérêt historique, artistique ou archéologique : « *Les dispositions des articles 28 à 29 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons [...] de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ...*» (art. 30 du Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée) . Le bien doit donc, soit économiquement, soit de part son ancienneté, s'inscrire dans notre culture, notre patrimoine français⁴⁸².

Les sociétés de courtage aux enchères devront se soumettre à la loi en ce qui est de la vente de biens culturels, sachant que cette notion devra être clarifiée par le législateur dans les décrets d'application. Elles devront ainsi obtenir notamment l'agrément nécessaire (cf. *supra*).

Les ventes de biens culturels aux enchères en France se sont élevées à environ un milliard d'euros en 2003. 90% de ces ventes portaient sur des biens d'une valeur inférieure à 10 000 euros⁴⁸³

C Les enchères inversées

⁴⁸² Le Conseil des ventes volontaires a, pour sa part, émis le 19 septembre 2002 un avis identifiant les biens culturels selon plusieurs critères : certains biens (peintures, objets de collection...) de plus de 150 ans ou de plus de 75 ans pour les photographies ou tous les biens dont l'auteur, l'artiste ou le fabricant ont fait l'objet d'une vente aux enchères publiques en salle, avec catalogue. Cette définition du bien culturel a été contestée à la fin de l'année 2002 par les entreprises de courtage en ligne et notamment eBay. Cette société estimait ainsi que cette définition avait notamment pour conséquence d'interdire la mise en vente sur son site de tout album d'Asterix ou de Tintin, ou d'anciens exemplaires de Paris Match. Souhaitant trouver un juste équilibre, le Conseil des ventes volontaires a associé le Forum des droits sur l'internet à une réunion de concertation sur ce sujet avec l'ensemble des acteurs le 19 mars 2003. A l'issue de cette réunion, le Forum a proposé de mettre en place un groupe de travail sur ces questions. Constitué d'experts (acteurs du commerce électronique, du marché de l'art, ministères de la Culture, de la Justice et de l'Economie), ce groupe de travail a pour objectif de proposer une définition adéquate de la notion de bien culturel permettant, d'une part, d'assurer les objectifs posés par la loi de 2000 (protection du patrimoine national, du consommateur), et d'autre part, de favoriser le développement du commerce électronique. Procédant à de nombreuses auditions (commissaires priseurs, sociétés de courtage en ligne, universitaires, praticiens, Commission européenne...), le groupe de travail devrait rendre publique sa recommandation d'ici la fin de l'année 2003. Elle sera alors adressée au Conseil des ventes volontaires et aux ministères de la Culture et de la Justice.

⁴⁸³ Source : Forum des droits de l'internet

Une enchère inversée consiste pour un acheteur, à sélectionner sur une place de marché, qui peut être aussi bien matérialisée (un port de pêche, une exploitation forestière par exemple) que virtuelle, le vendeur ou le prestataire de service qui accepte de céder son produit ou offrir son service au moindre coût .

Ce type d'enchère, qui a connu un développement important ces dernières années, permettent à une entreprise, demandeuse de produits ou services de mettre en concurrence plusieurs fournisseurs, qui, à partir d'un prix de départ correspondant à un maximum, enchérissent à la baisse. À l'issue de l'enchère, le marché est attribué à l'enchérisseur le moins coûtant, ou le mieux disant en fonction de critères qui ne sont pas seulement celui du prix. car il

Elle favorise les intérêts des acheteurs plus que ceux des fournisseurs en tirant, de manière parfois excessive, les prix à la baisse, ce qui peut mettre ces derniers dans une situation financière délicate.

C'est donc une opération strictement inverse à celle des enchères « classique » puisque c'est une vente réalisée à l'initiative de l'acheteur, et le jeu des enchères se fait dans un sens décroissant.

Elles n'étaient pas réglementée⁴⁸⁴ jusqu'à la loi du 2 aout 2005 dite en faveur des petites et moyennes entreprises qui a introduit un article L 442-10 au Code de commerce qui les réglemente lorsqu'elles sont effectuées à distance.

Selon ce texte, constitue une enchère inversée le fait, pour un fournisseur de s'engager envers tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers sur une offre de prix à l'issue d'enchères inversées à distance, organisées notamment par voie électronique.

L'article L 442-10 prohibe le recours à ce procédé pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture figurant sur une liste établie par décret, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits.

A l'heure actuelle, un seul décret, du 25 mai 2005, a été adopté en application de l'article L. 441-2-1, et il ne concerne que les « fruits et légumes à l'exception des pommes de terre de conservation, destinés à être vendus en l'état frais au consommateur ».

⁴⁸⁴ sauf en matière de marché public par un décret du 18 septembre 2001

Si elles ne portent pas sur ce type de produit, les enchères doivent respecter deux conditions cumulatives:

1^o Préalablement aux enchères, l'acheteur ou la personne qui les organise pour son compte doit communiquer de façon transparente et non discriminatoire à l'ensemble des candidats admis à présenter une offre les éléments déterminants des produits ou des prestations de services qu'il entend acquérir, ses conditions et modalités d'achat, ses critères de sélection détaillés ainsi que les règles selon lesquelles les enchères vont se dérouler ;

2^o A l'issue de la période d'enchères, l'identité du candidat retenu doit être révélée au candidat qui, ayant participé à l'enchère, en fait la demande. Si l'auteur de l'offre sélectionnée est défaillant, nul n'est tenu de reprendre le marché au dernier prix ni à la dernière enchère.

A l'issue de la vente, l'acheteur ou la personne qui organise les enchères pour son compte, doit effectuer un enregistrement du déroulement des enchères qu'il conserve pendant un an.

Ces dispositions sont assorties de sanctions civiles et pénales.

Sanctions civiles : les contrats passés en violation de ces dispositions sont nuls et entraînent la responsabilité de leur auteur.

Sanction pénale : le fait de diffuser de fausses offres de vente sur une place de marché électronique dans le but de troubler les cours ou de fausser les prix est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

SECTION III LES JEUX ET LES LOTERIES⁴⁸⁵

§ I Prohibition générale des loteries

Si l'on devait désigner le plus ancien texte relevant du droit de la consommation, il conviendrait très certainement de citer la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries. Il n'avait en effet pas échappé au Législateur de l'époque que les loteries organisées par les commerçants pour stimuler leur ventes permettaient bien souvent d'attirer les consommateurs davantage par l'espérance d'un gain que par les qualités

⁴⁸⁵ Verbiest Th., Les casinos virtuels : une nouvelle cybercriminalité ?, Expertises juin 1999, no 227, p. 184 ; Pecnard C. et Delasalle D., Casinos et loteries sur internet, Légicom 2000, no 21-22, p. 149 ; pour une appréhension plus large, voir Menais A. et Mercoux M., Les jeux d'argent sur l'internet, Cahiers Lamy, avril 2002 (A), p. 17

réelles de la marchandise. Ce principe n'a bien évidemment pas échappé aux acteurs du commerce électronique qui ont vu dans le réseau internet un formidable vecteur de développement des jeux d'argent et des loteries. C'est dans ces conditions que le législateur moderne a, la loi la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, modifié les textes antérieurs relatifs aux jeux concours et loteries pour en renforcer les sanctions.

Les jeux-concours sont de plus en plus considérés comme un moyen fiable et peu coûteux de collecter des adresses e-mails

Nous nous poserons donc la question de savoir si l'est possible, à un opérateur situé en France, de proposer aux internautes des jeux, loteries ou paris sur internet.

L'article 1er de la loi du 21 mai 1836 prohibe les loteries de toutes espèces. Selon l'article 2, sont réputées loteries et interdites comme telles les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort, ou auxquelles auraient été réunis des primes ou autres bénéfices dus, même partiellement au hasard et généralement toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort.

Il s'ensuit que pour être prohibée, une loterie doit remplir quatre conditions:

- il faut d'abord que la loterie soit offerte au public. Une offre de loterie adressé à un nombre limité de personnes déterminées au sein d'un groupe fermé n'est donc pas prohibée.

- la loterie doit être payante⁴⁸⁶, ce qui signifie, à contrario, qu'elle n'est pas prohibée si elle n'est subordonnée à aucune obligation d'achat⁴⁸⁷ ou qu'elle ne demande à ses participants aucun sacrifice pécuniaire préalable au tirage. En revanche, la Cour de Cassation a jugé que ne commettait pas le délit de loterie prohibée le prévenu qui demandait aux participants une somme de 11 francs pour frais d'envoi pour avoir connaissance du lot attribué par le sort, dès lors que cette somme n'avait d'autre effet que de lui permettre d'entrer en possession de ce qui n'était qu'une libéralité et ne constituait pas une condition de participation à la loterie⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Cass Crim 8 octobre 1958, D 1959 p 36 note Bredin, JCP 1959 II, 11126, Cass Crim 26 février 1964 JCP ed G 1964 II n° 13688 note De Lestang, Cass Crim 18 juillet 1985, Bull Crim n° 271 p 706

⁴⁸⁷ Cass Crim 1er juillet 1931, DH 1932 p 446

⁴⁸⁸ Cass Crim 21 novembre 1989, BICC 1er mars 1990 p 23 N° 260, D 1990, IR p 40 CA Paris 9 mars 1995, Contrats, Conc, Consom, sept 1995 n° 158 note Raymond

- la loterie doit reposer sur le hasard, de sorte que ne constitue pas une loterie illicite l'opération dans laquelle l'octroi des lots procède de l'intelligence des candidats qui doivent répondre à des questions. Il s'agit alors d'un concours. Cependant, lorsque la détermination des réponses repose en réalité sur une part de hasard, le concours est requalifié en loterie prohibée⁴⁸⁹.

- la loterie doit enfin faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort. Donc, lorsque le gain est certain, l'opération ne constitue pas une loterie prohibée. Ainsi, un contrat de capitalisation dont l'aléa porte non sur le montant du gain, celui-ci étant fixé au moment de la souscription du contrat, mais seulement sur l'époque de son paiement est licite⁴⁹⁰.

Le délit de loterie prohibée, tout comme sa publicité est puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, laquelle peut être portée au quadruple du montant des dépenses publicitaires consacrées à l'opération illégale, outre les peines complémentaires prévues à l'article 3 de la loi du 12 juillet 1983.

La loi de 1836 prévoit cependant un certain nombre d'exceptions :

- au profit des loteries traditionnelles ou de bienfaisance demeurent tolérées (art. 5) : "Sont exceptées des dispositions des articles 1er et 2 ci-dessus les loteries d'objets mobiliers exclusivement destinées à des actes de bienfaisance ou à l'encouragement des arts, ou au financement d'activités sportives à but non lucratif, lorsqu'elles auront été autorisées par le préfet du département où est situé le siège social de l'organisme bénéficiaire et, à Paris, par le préfet de police. Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application de cette dérogation" (L. 21 mai 1836, préc., art. 5).
- les lotos traditionnels, également appelés "poules au gibier", "rifles" ou "quines", lorsqu'ils sont organisés dans un cercle restreint, dans un but social, culturel, scientifique, éducatif, sportif ou d'animation locale. La valeur de chacun des lots ne peut dépasser 20 euros et ne peut en aucun cas consister en des sommes d'argent ni être remboursée (article 6 de la loi du 21 mai 1836);

⁴⁸⁹ Cass Crim 31 juillet 1952, Bull Crim n° 217, JCP 1953 II, 7424 note Delpech, Cass Crim 29 janvier 1958, Bull Crim n° 101, D 1958, 357, JCP 1958, II, 10539, GP 1958, 1, 319, Bull Crim n° 101, Cass Crim 8 octobre 1958, D 1959 p 136 note Bredin, JCP 1959 II, 11126

⁴⁹⁰ Cass Crim 13 octobre 1993, Bull n° 293 p 737, Cass Civ I 2 février 1994 Bull n° 38 p 30

es loteries proposées au public à l'occasion, pendant la durée et dans l'enceinte des fêtes foraines (art. 7 de la loi du 21 mai 1836)

Bénéficient également d'une exception :

- la loterie nationale instituée par une loi du 31 mai 1933. C'est en application de cette loi qu'un certain nombre de textes réglementaires sont intervenus pour créer de nouveaux jeux (loto, tapis vert, banco, etc.), en particulier le décret n° 78-1067 du 09 novembre 1978, modifié par le décret n° 2007-729 du 7 mai 2007;

- les courses de chevaux (loi du 2 juin 1891); D'autre part, la loi du 16 avril 1930 (art. 186) attribue le monopole de l'organisation des paris sur les courses de chevaux au PMU ;

- les cercles de jeu et les casinos dans les stations balnéaires, thermales ou climatiques (loi du 15 juin 1907)⁴⁹¹. L'article 1er du décret du 22 décembre 1959, déterminant la liste des jeux de hasard autorisés dans les casinos, a été modifié par le décret n° 2006-1595 du 13 décembre 2006. En dehors de ces hypothèses, la tenue d'un casino ou d'une « maison de jeux » est prohibée par l'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard, qui punit « le fait de participer, y compris en tant que banquier, à la tenue d'une maison de jeux de hasard où le public est librement admis, même lorsque cette admission est subordonnée à la présentation d'un affilié .

- les jeux télévisés (décret du 27 mars 1992).

⁴⁹¹ L'activité des casinos est réglementée par la loi du 15 juin 1907 qui dispose en son article 1er que "par dérogation à l'article 1er de la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard, il pourra être accordé aux casinos des stations balnéaires, thermales ou climatiques, sous quelque nom que ces établissements soient désignés, l'autorisation temporaire d'ouvrir au public des locaux spéciaux, distincts et séparés où sont pratiqués certains jeux de hasard". L'article 57 de la loi 88-13 du 5 janvier 1988 a étendu l'autorisation aux casinos se situant dans des villes de 500.000 habitants sous réserve qu'elles soient classées historiques et contribuent pour plus de 40% au fonctionnement d'un théâtre, d'un orchestre ou d'un opéra ayant une activité régulière. Cette autorisation est accordée par arrêté du ministre de l'intérieur, après enquête et en considération d'un cahier des charges établi par le conseil municipal de la commune sur laquelle s'implante le casino et approuvé par le ministre de l'intérieur. Le directeur et les membres du comité de direction du casino doivent être Français ou ressortissants d'un des Etats membres de la Communauté économique européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'espace économique européen, majeurs, jouissant de leurs droits civils et politiques . Un prélèvement de quinze pour cent (15 p. 100) est opéré sur le produit brut des jeux, au profit d'oeuvres d'assistance, de prévoyance, d'hygiène ou d'utilité publiques.

L'application de ces législations à l'internet pose deux questions, l'une portant sur l'application de la loi française à une activité dirigée depuis l'étranger, l'autre sur sa conformité au droit européen.

Application de la loi française

Nous avons déjà évoqué cette question à propos des dispositions sur la publicité trompeuse et de la compétence du juge français pour une publicité émise à l'étranger mais accessible depuis la France.

On sait en effet que, selon l'article 113-2 du Code pénal la loi française est applicable dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur le territoire français.

La Cour de cassation en a déduit que la diffusion de bulletins de concours sur le territoire national, qui caractérise une offre de paris faite en France, autorise la poursuite de l'organisateur de la loterie prohibée résidant à l'étranger⁴⁹².

S'agissant de l'action civile, l'article 5-3 du règlement de Bruxelles I prévoit qu'en matière délictuelle, une partie peut être atraite devant le tribunal du lieu ou le dommage s'est produit ou risque de se produire.

On rappellera à cet égard que, dans un domaine proche, la cour d'appel de Paris s'est déclarée compétente pour interdire au moteur de recherche Yahoo la mise en vente d'objets et de trophées nazis sur son site sur le site au motif que la publicité faite pour de tels objets constituait le délit d'apologie de crime de guerre puni par la loi française dès lors que ces offres pouvaient être vues et reçues sur le territoire national et que l'internaute pouvait y accéder du fait de la simple existence d'un lien informatique⁴⁹³

Egalement dans le même sens un arrêt de la Cour de cassation qui a jugé qu'« a légalement justifié sa décision au regard de l'article 5.3° de la convention de Saint-Sébastien du 26 mai 1989 la cour d'appel qui retient la compétence des juridictions françaises pour connaître, en matière de

⁴⁹² Cass. crim., 22 mai 1997, pourvoi n°94-85933 Bulletin criminel 1997 N° 198; Gaz. Pal. 1997, 2, chron. dr. crim., p. 186, également J. Delga, Pratiques équivoques nationales et internationales en matière de loteries : Gaz. Pal. 1995, 1, doct. p. 576. – B. Daille-Duclos, L'évolution du droit des loteries : Gaz. Pal. 1996, 2, doct. p. 840. – TGI Paris, 2 oct. 1991, Proc. de la République c/ Habloch Karl Heinz : INC Hebdo 22 mai 1992, n° 772 ; Contrats, conc., consom. mars 1992, comm. 62.

⁴⁹³ CA Paris 17 mars 2004, cf, a propos de l'ordonnance de référé du TGI de Paris que la cour d'appel a confirmé : E. Wery « Yahoo (re)condamnée en référé : à problème complexe solution boiteuse », 22 novembre 2000, www.droit-technologie.org

contrefaçon, de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne, en constatant que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel ni éventuel »⁴⁹⁴.

C'est le même raisonnement qu'a suivi le président du tribunal de grande instance de Paris qui, dans une ordonnance de référé du 8 juillet 2005, confirmé par un arrêt du 4 janvier 2006 de la cour d'appel de Paris, le TGI de Paris, s'est reconnu compétent pour ordonner, la demande du PMU français, sous astreinte aux sociétés Zeturf et Eturf de cesser leur activité de paris en ligne sur les courses hippiques organisées en France au motif qu'elles constituaient un trouble manifestement illicite en ce qu'elle portait atteinte au droit exclusif réservé par la loi au PMU. Pour le président du tribunal, le lieu du fait dommageable se situe bien en France dès lors qu'en proposant, à partir d'un site entièrement rédigé en français, de porter des paris sur des courses se déroulant uniquement sur le territoire français, «eturf.com » visait l'internaute français.

Compatibilité européenne⁴⁹⁵

La question de la compatibilité de ces législations, qui existe sous des formes similaires dans la majorité des autres Etats membres de l'Union européenne, avec le droit communautaire s'est aussi rapidement posée.

Le problème posé par ces législations restrictives tient non pas à la conformité avec la clause dite « de marché intérieur » permettant le choix de la loi du pays d'origine du service, puisque la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique exclut de son champ d'application les jeux de hasard, les loteries et les transactions portant sur les paris, mais avec les articles 43 et 49 du traité CE interdisant les restrictions au droit d'établissement et à la liberté de prestation de service.

La question avait déjà été posée à la Cour de justice européenne avant l'apparition des paris sur internet, et celle-ci, saisie d'une demande relative à la compatibilité de la législation britannique sur les loteries au regard des articles 59 et 60 du Traité CEE, avait jugé que si une législation nationale qui interdisait, sauf exception, le déroulement des loteries sur le territoire d'un Etat membre et qui empêchait ainsi, de manière absolue, les

⁴⁹⁴ Cass. 1ere civ. 9 décembre 2003, Bull. civ. I n° 245

⁴⁹⁵ Sur cette question notamment T. Verbiest et P. Reynaud, *Jeux et paris virtuels : évolution ou révolution du droit européen*, Communication – commerce électronique, 2004, Etude n° 39

organisateurs de loteries d'autres Etats membres, de promouvoir leurs loteries et de vendre leur billets sur le territoire de cet Etat, constituait une entrave à la libre prestation de service, celle-ci pouvait cependant être justifiée, au regard de l'article 59, par des objectifs tenant à la protection des consommateurs et de l'ordre social telles que la protection des consommateurs et la prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu, à la condition toutefois, que la législation ne comporte aucune discrimination selon la nationalité⁴⁹⁶.

La question a rebondi en 2003 à propos plus spécifiquement des paris sur internet avec l'affaire Gambelli, laquelle a donné lieu à une question préjudicielle posée par la juridiction italienne à la CJCE.

Il s'agissait en l'espèce d'un bookmaker anglais qui, par l'intermédiaire de différents intermédiaires installés en Italie, collectait, par internet, des paris auprès de parieurs installés en Italie, qu'il redirigeait ensuite vers l'Angleterre, contournant ainsi le monopole sur les jeux consenti au comité olympique national italien (CONI) par la loi italienne.

Le bookmaker et les prestataires par lesquels il collectaient les paris furent poursuivis pénalement et le juge italien saisit la CJCE de la question de savoir si la loi italienne ayant pour effet d'empêcher un prestataire de service anglais d'exercer en Italie et de s'y établir, n'était pas contraire aux articles 43⁴⁹⁷ et 49⁴⁹⁸ du traité CE. Le premier interdit les restrictions sur la liberté d'établissement au sein de l'Union et le second est relatif à la libre prestation de service.

Dans sa réponse, la CJCE relève d'abord:

- 1° que la réglementation italienne, qui exclut en pratique la possibilité pour les sociétés de capitaux cotées sur les marchés réglementés des autres États membres d'obtenir des concessions, constitue une restriction à la liberté d'établissement.

⁴⁹⁶ CJCE 24 mars 1994, aff C/275/92, Schindler, Rec I p 1039, GP 10/12 décembre 1995 jurisprudence p 21 note Huglo, également, en matière de paris sur internet :

⁴⁹⁷ Article 43 « [...] les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ».

« La liberté d'établissement comporte [...] la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants... ».

⁴⁹⁸ Article 49 « [...] les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation ».

- 2° que l'interdiction par la loi italienne pour un particulier en Italie de participer à des jeux de paris organisés dans des États membres autres que celui sur le territoire duquel est établi le parieur constitue une restriction à la libre prestation des services, de même que l'interdiction faite à des intermédiaires de faciliter la prestation de services de paris sur des événements sportifs organisés par un prestataire établi dans un État membre autre que celui dans lequel ces intermédiaires exercent leur activité, une telle interdiction constituant une restriction au droit du bookmaker à la libre prestation des services et ce, même si les intermédiaires sont établis dans le même État membre que les destinataires desdits services.

Puis, elle rappelle que de telles restrictions peuvent être admises au titre des mesures dérogatoires expressément prévues aux articles 45 et 46 CE ou justifiées, conformément à la jurisprudence de la Cour, pour des raisons impérieuses d'intérêt général consistant soit à prévenir l'exploitation des jeux de hasard à des fins criminelles ou frauduleuses en les canalisant dans des circuits contrôlables, soit à réduire les occasions de jeux, à condition d'être propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi, de ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et d'être appliquées de manière non discriminatoire.

Ensuite, elle retient que dans la mesure où les autorités d'un État membre incitent et encouragent les consommateurs à participer aux loteries, aux jeux de hasard ou aux jeux de paris afin que le trésor public en retire des bénéfices sur le plan financier, les autorités de cet État ne sauraient invoquer l'ordre public social tenant à la nécessité de réduire les occasions de jeu pour justifier des mesures restrictives.

Enfin, elle conclut qu'il appartient donc à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation italienne, au regard de ses modalités concrètes d'application, répond véritablement aux objectifs susceptibles de la justifier et si les restrictions qu'elle impose n'apparaissent pas disproportionnées au regard de ces objectifs, et alors que l'État italien poursuit sur le plan national une politique de forte expansion du jeu et des paris dans le but d'obtenir des fonds, tout en protégeant les concessionnaires du CONI.⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ CJCE 6 novembre 2003, aff C 243/02, Gambelli, JCP ed G, II 10172, note T. Verbiest, P. Reynaud, dans le même sens : CJCE 6 mars 2007, C-338/04, C-359/04 et C-360/04

Ainsi pour la CJCE, la législation d'un Etat membre restreignant l'accès aux paris en ligne n'est justifiée qu'à la condition que cet Etat rapporte la preuve qu'il mène une politique de canalisation du jeu cohérente et systématique: autrement dit, les Etats membres ne peuvent invoquer des raisons impérieuses d'intérêt général telles que protection des consommateurs et la lutte contre la fraude s'ils encouragent activement le jeu par ailleurs à travers leurs propres monopoles nationaux.

C'est au regard de cette jurisprudence que la France, pour sa part, a déployé un plan d'action interministériel pour mieux contrôler les jeux d'argent, lequel a abouti au décret du 17 février 2006 qui soumet la Française des Jeux au respect d'un certain nombre d'objectifs en matière de sécurité et de transparence des opérations de jeux, de lutte contre la fraude et le blanchiment, la prévention de la dépendance et de restriction d'accès aux mineurs, puis la loi du 5 mars 2007 qui impose aux opérateurs autorisés à proposer des jeux d'argent en ligne (à savoir uniquement la Française des jeux) d'interdire leur site aux mineurs.

Ce plan n'a cependant pas paru suffisants aux autorités européennes qui ont adressé aux autorités françaises en juillet 2007 un avis motivé leur demandant de modifier leur législation protégeant le monopole de la Française des jeux et du PMU sur les sites de paris sportifs. La Commission considère que l'interdiction faite à tout autre acteur que la Française des jeux et le PMU de proposer ces jeux d'argent en ligne constitue une restriction à la libre prestation de services qui ne répond pas à l'objectif affiché de protection des consommateurs, de prévention de l'addiction au jeu et de la lutte contre la criminalité. Elle retient à cet effet que si cette activité présente effectivement un danger, il convient alors de l'interdire à tous les acteurs ou d'en limiter l'exercice dans les mêmes conditions à ces derniers.

La France doit répondre à cet avis motivé dans un délai (théorique) de deux mois. A défaut, elle pourrait être condamnée à une amende.

Toujours dans l'affaire E-turf déjà cité, pour rejeter le moyen tiré de l'incompatibilité de la législation française avec le droit européen la cour d'appel avait retenu que « *les dispositions françaises, qui ne poursuivaient pas un objectif de nature économique, avaient pour objet la protection de l'ordre public français et tendaient à éviter que les paris soient une source de profits individuels et [...] les risques de délits et de fraude* ». Elle ajoutait que la restriction était aussi justifiée par le financement d'actions d'encouragement à l'élevage permettant « *la sauvegarde et l'amélioration de la race des chevaux de concours, que la*

réglementation était appliquée de manière non discriminatoire puisque toute société de course, quelle que soit sa nationalité, à condition de répondre aux critères de la loi française, et après contrôle et autorisations, peut être autorisée à organiser les paris (le GIE PMU ne faisant que regrouper les sociétés de course) ».

Cet arrêt a cependant été cassé par la Cour de cassation qui, appliquant la jurisprudence de la CJCE, retient qu'en statuant ainsi, sans rechercher, d'une part, si les autorités nationales n'adoptaient pas une politique expansive dans le secteur des jeux afin d'augmenter les recettes du Trésor public, d'autre part, si l'intérêt général sur lequel se fondent les objectifs consistant à limiter les occasions de jeux et à prévenir l'exploitation de ces activités à des fins criminelles ou frauduleuses, n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire de services est soumis dans l'Etat membre où il est établi, la cour d'appel avait privé sa décision de base légale au regard des articles 49 du Traité CE et 809 du nouveau code de procédure civile⁵⁰⁰.

§ II LA REGLEMENTATION DES LOTERIES PUBLICITAIRES

Le développement, au cours des années 80, essentiellement du fait d'entreprises de vente par correspondance, de loteries publicitaire dites "avec pré tirage" ou "post-tirage" et les abus qui s'en sont suivis ont amené le Législateur à adopter une réglementation spécifique (articles 5 et 20 de la loi du 23 juin 1989 devenu article L 121-36 du Code de la Consommation).

Ces loteries publicitaires sont régies par les dispositions de l'article L 121-36 qui s'applique aux opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les modalités de tirage au sort,

Contrairement à ce qu'ont pu juger certaines juridictions du fond⁵⁰¹, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation considère que ce texte n'est pas limité aux seules loteries dans lesquelles chaque participant gagne un lot mais s'applique à toute opération publicitaire tendant à faire naître chez chacun des participants l'espérance d'un gain, quelles que soient les modalités du tirage au sort⁵⁰².

⁵⁰⁰ Cass. Com 10 juillet 2007, pourvoi n° 06-13986, à paraître au bulletin

⁵⁰¹ CA Douai, 20 septembre 1990 BRDA 1990 n° 8 p 22, TGI Lille 19 septembre 1990, Contrats, Conc. Consom. 1991 n°248 obs Raymond

⁵⁰² Cass Crim 30 octobre 1995, Audijuris n° 60 janvier 1996 p 48 note Vigneau, GP 31 juillet/ 1er août 1996 p 27 note Misse, Crim., 1er octobre 1997, Bull. n° 323 pour une loterie dont le lot unique consiste en un chèque de 75 000 francs attribué à un seul participant

Selon l'article L 131-36, ces opérations ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que se soit.

Appliqué aux jeux en ligne ou sur mobile, ce texte impose le remboursement du coût de la connexion, à moins que l'internaute ne bénéficie d'une connexion illimitée, ou du coût de l'appel ou du SMS.

Concernant les jeux par SMS, on observera que beaucoup de marques ont institué des freins aux remboursements dont on peut douter de la légalité. Par exemple, elles imposent l'envoi des factures originales de l'opérateur.

Il est prévu que le bulletin de participation à ces opérations doit être distinct de tout bon de commande de bien ou de service, l'appréciation du caractère distinctif de ces documents relevant, pour la Cour de Cassation, du pouvoir souverain des juges du fond⁵⁰³. Il a été jugé par des juridictions du fond que le bulletin de participation n'était pas conforme lorsqu'il se trouvait sur la même page en dessous du bon de commande et sans qu'aucun prédécoupage soit prévu pour faciliter leur séparation⁵⁰⁴, ou lorsqu'il est imprimé au verso du bulletin de commande⁵⁰⁵.

Le règlement de la loterie doit être déposé auprès d'un huissier qui s'assure de sa régularité. Selon l'article L 121-37, les documents présentant l'opération publicitaire ne doivent pas être de nature à susciter la confusion avec un document administratif ou bancaire libellé au nom du destinataire ou avec une publication de la presse d'information. Ils doivent comporter un inventaire lisible des lots mis en jeu précisant, pour chacun d'eux, leur nature, leur nombre exact et leur valeur commerciale. Il n'est pas satisfait à ces obligations lorsque ces informations figurent sur la face interne de l'enveloppe adressée au client et destinée à être jetée ou détruite⁵⁰⁶. Ils doivent enfin reproduire la mention suivante : "le règlement des opérations est adressé à titre gratuit à toute personne qui en fait la demande". Ils précisent à cet effet l'adresse à laquelle peut être envoyée cette demande ainsi que le nom (mais curieusement pas l'adresse) de l'huissier auprès de qui ledit règlement a été déposé. Le décret du 22 août 1990, codifié aux articles R 121-11 et R 121-12 du code de la

⁵⁰³ Cass Crim 5 avril 1995, Bull Crim n° 151, BICC 1er octobre 1995 n° 960 p 48

⁵⁰⁴ CA Paris 13eme chambre 12 septembre 1994 confirmé par Cass Crim 30 octobre 1995, Audijuris n° 60 janvier 1996 p 48 note Vigneau, BICC 15 février 1996 p 15

⁵⁰⁵ TGI Lille, référé, 29 mai 1990, RTDCom 1991 p 485

⁵⁰⁶ Crim., 14 novembre 2000, pourvoi n° 9984521

consommation, est venu en outre préciser les conditions de présentation de ces documents.

L'envoi de documents publicitaires adressés sous une enveloppe portant, en caractères gras, la mention "Trésorerie Générale", et rappelant, par leur couleur et leur format, le modèle habituellement employé par l'Administration fiscale pour le recouvrement des impôts, méconnaît également les dispositions de l'article L. 121-37⁵⁰⁷.

Les infractions à ces textes sont punies d'une amende de 37 500 euros . Celle-ci peut être prononcée autant de fois que de destinataires de bulletins individualisés de participation à une même loterie publicitaire⁵⁰⁸.

La juridiction de jugement peut également ordonner la publication de sa décision aux frais du condamné par tout moyen approprié, notamment, dans les cas particulièrement graves, par l'envoi à toutes les personnes sollicitées par l'opération.

§ III LOTERIES ET PUBLICITES DE NATURE A INDIURE EN ERREUR⁵⁰⁹

Même lorsqu'elles sont conformes aux réglementations spécifiques de la loi de 1836 et de l'article L 121-36, les loteries publicitaires peuvent constituer des publicités de nature à induire en erreur. Misant sur l'ambiguïté du message, elles font croire à leur destinataire qu'il est le gagnant du gros lot alors qu'en réalité, il n'est que sélectionné pour participer à un nouveau tirage et ce, dans le but de l'inciter à passer une commande à l'aide du bon joint à l'avis de participation⁵¹⁰. C'est d'ailleurs pour cette raison que la loi du 21 juin 2004 a assimilé à de la publicité les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels (art. L 121-15-1 du code de la consommation)

⁵⁰⁷ Crim., 18 février 1998, pourvoi n° 9685786

⁵⁰⁸ Crim., 25 juin 1997, Bull. n° 257

⁵⁰⁹ voir à cet effet l'étude détaillée consacrée aux pratiques des sociétés de ventes par correspondances en matière de loterie avec pré tirage par J.Delga, GP 21/23 mai 1995 Doctrine p 2 également du même auteur "le consommateur serait-il devenu moins intelligent?", GP 13 et 14 septembre 1995, Doctrine p 2 et, dans un sens radicalement opposé, C. Ristori-Maria, "Les loteries publicitaires : Le régal des Plaideurs ou le dévoiement de l'action en justice", GP 17/19 septembre 1995 Doctrine p 2, B. Lecourt, « Les loteries publicitaires ; La déception a-t-elle un prix, JCP ed G 1999, Doctrine, I, n° 155

⁵¹⁰ Crim., 30 octobre 1995, Bull. n° 334 ; Crim., 28 mai 1997, Bull. n° 211

1°/ le délit de publicité trompeuse

Ce type de message peut d'abord être sanctionné sur le plan pénal. C'est ainsi que des organisateurs de loteries commerciales ont été reconnus coupables du délit de publicité de nature à induire en erreur prévu par l'article L 121-1 du Code de la Consommation, qui ont laissé croire, par exemple, à chaque destinataire qu'il allait recevoir un prix de 80.000 francs alors qu'en réalité la totalité des lots ne représentait qu'une faible valeur⁵¹¹, ou que les bagues offertes en lot étaient de grande valeur alors qu'elles ne constituaient que de la pacotille⁵¹² ou par erreur qu'il avait gagné une voiture⁵¹³.

2°/ la responsabilité civile de l'organisateur de loterie

Mais ces pratiques peuvent aussi être appréhendées sous l'angle de la responsabilité civile . La jurisprudence, estimant que de telles techniques publicitaires n'étaient pas en soit répréhensibles ou qu'une lecture attentive aurait permis au consommateur moyen de déjouer la supercherie, a d'abord été réticente à condamner les annonceurs, avant de reconnaître progressivement le bien fondé des actions en paiement introduites par les consommateurs.

Quatre fondement juridiques peuvent être retenus :

a) **le fondement de la responsabilité délictuelle** a été d'abord retenu par la 2eme chambre civile de la Cour de cassation qui, dans arrêt rendu le 3 mars 1988⁵¹⁴, a approuvé un tribunal d'instance qui, après avoir relevé que la société France Direct Service avait envoyé un courrier reproduisant les fac-similés, d'une part, de la manchette d'un journal indiquant à chacun des destinataires dont le nom y était porté qu'il avait gagné 250.000 francs et, d'autre part, d'un chèque du même montant à l'ordre de l'intéressé et enfin une lettre de félicitations du directeur de la société, en a déduit qu'en présentant de façon affirmative un événement hypothétique, elle avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité. La Société FDS était ainsi condamnée, sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil, à verser des dommages intérêts à deux destinataires en réparation du préjudice

⁵¹¹ Cass Crim 11 mars 1993 cité par Delga dans article précité

⁵¹² Cass Crim 8 mars 1990, BID 1990 n° 9 p 27

⁵¹³ TGI Paris 31 Janvier 1996, gp 26/30 Mai 1996 p 26

⁵¹⁴ Bull Civ n° 57 p 31, D 1988 Sommaires Commentés p 405 note Aubert, D 1990 som p 105 obs Gavalda et Lucas de Leyssac, Petites Affiches 7 décembre 1988 note Calvo, JCP ed G 1989 II n° 21313 obs Virassamy

constitué par la personnalisation du document envoyé et la vaine croyance dans l'acquisition d'une somme d'argent⁵¹⁵.

- Avantages de ce fondement
 - bien adapté aux pratiques de loteries publicitaire parce qu'il s'attache à la tromperie qui est leur élément caractéristiques et qu'il permet des solutions souples laissant aux juges une marge d'appréciation pour moduler les dommages intérêts en fonction du caractère plus ou moins équivoque du message
 - il n'implique pas que les termes de l'engagement souscrit par l'entreprises soient clairs et non ambigus (ce qui est le cas pour le fondement contractuel) c'est d'ailleurs pourquoi ce fondement délictuel a aussi été retenu par la première chambre lorsque les documents adressés au consommateur étaient équivoques en ce qu'il n'en résultait pas la volonté certaine de la société émettrice d'attribuer la maison mentionnée⁵¹⁶.

- Inconvénients
 - réparation limitée au montant du préjudice effectivement subi par le consommateur qui se limite le plus souvent au préjudice moral résultant de l'espérance du gain reçu.
 - Par conséquent, la solution ne présente pas de caractère dissuasif

b) La responsabilité contractuelle Parallèlement, la Première Chambre Civile de la Cour de Cassation s'est située pour sa part non pas sur le terrain délictuel mais sur le plan contractuel pour admettre qu'une société organisatrice d'une loterie, qui, après avoir avisé un participant qu'il bénéficiait de l'un des prix offerts, ne le faisait pas participer au tirage au sort et lui attribuait un objet sans valeur, n'exécutait pas son obligation et, par conséquent, était tenue à des dommages intérêts⁵¹⁷. La 2eme chambre civile a parfois adopté la même position⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Dans le même sens, Cass Civ II 28 juin 1995, GP 1/2 décembre 1995, Pan p 200, Audijuris n° 60 janvier 1996 p 51 note Vigneau, D 1996 Jur p 180 note Mouralis, approuvant une Cour d'Appel qui avait condamné une société de vente, ayant adressé à un consommateur un document dont les termes utilisés étaient de nature à lui faire croire qu'il s'était vu attribuer un lot d'une valeur de 60.000 francs, à payer à celui-ci cette somme à titre de dommages intérêts, Cass Civ 2eme 26 octobre 2000, Bull n° 148

⁵¹⁶ Cass Civ I 19 octobre 1999, BICC 1^{er} février 2000, n° 113 p 21, JCP ed G 2000, II, n° 10347 note Mehrez

⁵¹⁷ Cass Civ I 26 novembre 1991, Bull n° 332 p 215, RJDA 2/1992 n° 202, Cass Civ 1ere Bull n° 150, 19 octobre 1999, Bull n° 289). Cass Civ 1ere 12 juin 2001, JCP 2002, II 10104 note D. Houtchief

⁵¹⁸ Cass Civ 2eme 11 février 1998, Bull Civ II n°55, JCP G 1998, I, 155, obs Fabre Magnan

Cette engagement contractuel suppose que l'on soit en présence

- d'une part d'une volonté déclarée, sinon réelle, de l'annonceur ou d'une offre de sa part ayant toute l'apparence de la fermeté et de la précision suffisante,
- d'autre part d'une acceptation du consommateur réalisée par l'envoi du bon de participation

- Avantages

- la simple constatation de l'inexécution de l'obligation et de la non obtention du résultat suffit à établir l'existence de la faute
- le consommateur lésé peut réclamer à l'annonceur l'exécution complète de ses promesses, indépendamment du préjudice subi. Donc un effet particulièrement dissuasif.

- Inconvénients

- l'utilisation de formules ambiguës par l'annonceur permet d'échapper à l'engagement contractuel
- permet à des consommateurs de mauvaise foi de profiter de l'occasion pour exiger le versement de sommes alors qu'ils savaient pertinemment le caractère fictif de l'offre
- il est difficile d'admettre un véritable échange des consentements car l'organisateur n'a pas véritablement l'intention, malgré les apparences, de donner un effet au contrat .

-c) **l'engagement unilatéral de volonté** a aussi été retenu par la première chambre civile qui a considéré que le document par lequel le promoteur d'une loterie commerciale désigne le numéro attribué à un destinataire comme *"étant un numéro gagnant ayant participé au tirage au sort pour un prix en espèces"* constituait un engagement unilatéral de volonté (que l'on pourrait définir comme l'acte juridique qui crée une obligation à la charge d'une personne par sa seule volonté) obligeant le promoteur à reconnaître à ce dernier la qualité de gagnant⁵¹⁹. En d'autres termes, *"l'offre d'un lot vaut engagement unilatéral et, une fois accepté par le destinataire, elle doit être exécutée"*⁵²⁰.

⁵¹⁹ Cass Civ I 28 mars 1995, Audijuris n° 58 Novembre 1995 note Amlon, Bull n° 150, Annales des loyers 1995 p 1370 obs Nevissas-Fau, GP 14 octobre 1995, D 1995 somm. P 227 obs Delebecque, D 1996 Jur p 180 note Mouralis, JCP G 1995 IV

⁵²⁰ Guy Amlon précité

- Avantages
- fait subir à l'organisateur toutes les conséquences de son comportement délibéré
- Inconvénients
- cette notion, d'origine germanique, n'existe pas dans le code civil
- il est souvent difficile de reconnaître l'existence d'une volonté indiscutable de délivrer le lot promis

c) le quasi-contrat Dans un arrêt du 6 septembre 2002, la chambre mixte⁵²¹ a, au visa de l'article 1731 du code civil fait reposer la condamnation de l'organisateur de loterie sur la notion de quasi-contrat en estimant qu'en annonçant un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa, il s'obligeait, par ce fait purement volontaire, à le délivrer.

- Avantages
- permet une réparation intégrale, tout en tenant compte du degré de bonne ou mauvaise foi du consommateur
- permet de pallier l'absence de volonté réelle de contracter de la part de l'annonceur
- Inconvénients
- création prétorienne, le code civile ne prévoyant que 2 types de quasi-contrats : la gestion d'affaires (art. 1375) et la répétition de l'indu(1376 à 1381)
- la notion de quasi-contrat repose traditionnellement sur le fait volontaire du créancier et non celui du débiteur

Section III les ventes promotionnelles

* Pour stimuler leurs ventes ou procéder à la liquidation d'un stock devenu obsolète, les commerçants utilisent depuis toujours des procédés de vente promotionnels destinés à attirer la clientèle par la perspective d'un prix réduit. Si elles présentent des avantages certains pour les consommateurs qui trouvent là l'occasion de faire des économies, ces méthodes

⁵²¹ BICC 15 octobre 2002 p 3 avec les conclusions du 1^{er} avocat général de Gouttes et le rapport du Conseiller Gridel, D 2002, Jur p 2963 note Denis Mazeaud, « le réveil des quasi-contrats » par P. Le Tourneau et A. Zabala, Contrats, concurrence, consommation Décembre 2002 Chron n° 22, D 2002 act. Jur. P 2531 obs A. Lieubard, Contrats, concurrence, consommation 2002 commentaires n° 151 obs G. Raymond, position reprise parla première chambre civile dans un arrêt du 18 mars 2003, JCP E 2003 act n° 14

commerciales peuvent se révéler dangereuses lorsque leur utilisation anarchique ne permet plus d'apprécier la valeur réelle de la marchandise ou lorsque sous couvert d'une opération promotionnelle se cache une vente à un prix ordinaire. L'autre reproche qui leur est fait émane des commerçants traditionnels qui estiment qu'elles favorisent les vendeurs utilisant des procédés trop agressifs pour détourner leur clientèle.

C'est dans le but de protéger les commerçants sédentaires face aux commerçants ambulants que la loi du 30 décembre 1906 a, la première, réglementé la pratique des ventes promotionnelles. Un décret du 26 novembre 1962 est venu préciser ses modalités d'application, suivi d'un arrêté du 22 septembre 1989, d'une loi du 25 juin 1991 et d'un décret du 16 octobre 1991. A ces textes spécifiques aux ventes au déballage, liquidations et ventes en solde, il convient d'ajouter l'arrêté du 2 septembre 1977 relatif à la réglementation de la publicité annonçant une réduction de prix ainsi que l'article 39 de la loi du 27 septembre 1973 (dite loi Royer) et le décret du 15 mai 1974 modifié par le décret du 24 mars 1978 sur les ventes directes. Enfin, la loi 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat, dans le but de rééquilibrer les règles de concurrence entre les commerçant traditionnels et les grandes surfaces, est venu refondre en grande partie cette réglementation.

Sous-section I Les ventes au déballage, soldes, liquidations et ventes en magasin d'usine

A Règles communes

* La réglementation des ventes au déballage, ventes en soldes et liquidations résultait de la loi du 30 décembre 1906 avant d'être refondue dans les articles 26 et suivants de la loi du 5 juillet 1996 qui a également repris les dispositions contenues dans la loi du 27 décembre 1973 sur les ventes directes. Ces dispositions ont été refondues et insérées au nouveau code de commerce sous les articles L 310-1 et suivants.

* **Définition** Le critère de définition commun à ces types de vente est qu'elles portent chacune sur des marchandises neuves. La loi ne s'applique donc pas aux ventes de tapis et d'objets d'art anciens⁵²². Une marchandise démodée, défraîchie, dépareillée ou mise au rebut pour défaut de fabrication est par contre considérée comme une marchandise neuve tant qu'elle n'est pas encore entrée en possession d'un

⁵²² CA Colmar , 8 juin 1979, GP 1979, 2, 678

consommateur⁵²³. Il importe peu non plus qu'il s'agisse d'une marchandise non manufacturée⁵²⁴.

Elles doivent d'autre part présenter un caractère réellement ou apparemment occasionnel ou exceptionnel. Ceci a en effet pour conséquence de laisser croire au consommateur que les prix sont inférieurs à ceux habituellement pratiqués.

* **Sanctions** L'article L 310-5 du code de commerce punit la vente faite selon ces procédés en dehors des conditions définies par les articles L 310-1 à L 310-4 d'une amende de 15 000 € en ce qui concerne les personnes physiques. Les personnes morales peuvent également être déclarées pénalement responsables dans les conditions prévues à l'article 121-2 du Code Pénal.

Pour la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, l'infraction, pour être consommée, nécessite la mauvaise foi de son auteur⁵²⁵, celle-ci pouvant se déduire du caractère volontaire de l'omission de l'autorisation nécessaire⁵²⁶.

Les commerçants victimes d'une opération non autorisée peuvent par ailleurs saisir le juge des référés pour en obtenir la cessation (CA Nimes 4 octobre 1990, JCP 1991, II, 21694 note Balsan).

L'article L 121-15 1° du Code de la Consommation punit en outre d'une amende de 250.000 francs, pouvant être portée à 50% des dépenses consacrées à la publicité illégale, toute publicité portant sur une vente irrégulière au regard des dispositions sur les liquidations, ventes au déballage, ventes en soldes et magasins d'usine.

* **Compatibilité avec le traité de Rome** La Cour de Cassation a jugé que la réglementation française sur la vente au déballage n'était pas incompatible avec l'article 30 du Traité de Rome dès lors, d'une part, qu'elle ne crée aucune restriction quantitative à l'importation dans la communauté économique européenne et n'engendre aucun effet équivalent; d'autre part, que le régime d'autorisation préalable qu'elle institue n'est pas discriminatoire et qu'il a seulement pour objet d'assurer la

⁵²³ Cass Crim 19 juillet 1990, Bull Crim n° 279, D 1990 IR 238, RTDCom 1991, 277 obs Bouloc

⁵²⁴ Cass Crim 8 octobre 1985, Bull Crim n° 304 pour des bouteilles de vin

⁵²⁵ Cass Crim 15 juin 1962, Bull p 461

⁵²⁶ Cass Crim 17 janvier 1994, RJDA 1994 n° 395

protection des consommateurs, la sécurité et la loyauté des transactions (Cass Crim 25 octobre 1993, Bull Crim n° 309 RTDCom 1994.585 obs Bouzat).

B Règles spécifiques

a) les ventes au déballage

* Aux termes de l'article L 310-2 du code de commerce, sont considérées comme vente au déballage les ventes de marchandises effectuées dans des locaux ou sur des emplacements non destinés à la vente au public de ces marchandises, ainsi qu'à partir de véhicules spécialement aménagés à cet effet. Depuis cette loi, il n'est plus nécessaire que, comme l'exigeait le décret du 26 novembre 1962, elles soient précédées ou accompagnées de publicité.

L'utilisation d'un lieu inhabituel constitue l'essence même de la notion de vente au déballage car c'est le caractère insolite du lieu de vente qui attire le consommateur. Ainsi, constituent des ventes au déballage la vente de tapis effectuée dans un débit de boisson ou dans un hôtel (Cass Crim 9 février 1961, D 1961 jur p 213), de lits sur le parking d'une grande surface (Cass Crim 22 février 1993, Bull Crim p 206, Contrats, Conc Consomm 1993 n° 184, RTDCom 1994 p 91 obs Bouloc et p 140 obs Bouzat), de vin dans l'enceinte d'une gare (Cass Crim 28 octobre 1985n, Bull Crim n° 304), peu importe que leurs auteurs soient des commerçants non sédentaires (Rép Min JOANQ 28 mai 1990 p 2542). Pour la jurisprudence, le fait que le déballage ne porte que sur une partie de la marchandise est inopérant dès lors que les vendeurs ont procédé à une démonstration en dehors d'un lieu habituel de vente (Cass Crim 28 mai 1968, D 1969, Jur p 509, JCP ed G 1968 II n° 15615).

Les ventes au déballage ne peuvent excéder deux mois par année civile dans un même local ou sur un même emplacement et doivent faire l'objet d'une autorisation préalable. Cette autorisation est délivrée par le préfet si l'ensemble des surfaces de vente utilisées en un même lieu, y compris l'extension de surface consacrée à l'opération de vente au déballage, est supérieur à 300 mètres carrés, et par le maire de la commune dont dépend le lieu de la vente dans le cas contraire.

* Ces dispositions ne sont toutefois pas applicables aux professionnels:

- effectuant des tournées fréquentes ou périodiques de ventes de denrées ou de produits de consommation courante dans l'agglomération où est installé leur établissement ou dans son voisinage,
- réalisant des ventes aux enchères publiques,
- qui justifient d'une permission de voirie ou d'un permis de stationnement pour les ventes réalisées sur la voie publique lorsque la surface de vente n'excède pas 300 m² (les "camions-bazars").

b) les liquidations

* L'article L 310-1 du code de commerce définit les liquidations comme étant "les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de la totalité ou d'une partie des marchandises d'un établissement commercial à la suite d'une décision, quelle qu'en soit la cause, de cessation, de suspension saisonnière ou de changement d'activité, ou de modification substantielle des conditions d'exploitation".

Depuis l'ordonnance du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, elles ne sont plus soumises à autorisation mais à une simple déclaration préalable auprès de l'autorité administrative dont relève le lieu de la liquidation. Cette déclaration comporte la cause et la durée de la liquidation qui ne peut excéder deux mois (elle est réduite à 15 jours en cas de suspension saisonnière d'activité – art. 4 du décret n° 96-1097 du 16 décembre 1996 modifié par le décret n° 2005-39 du 18 janvier 2005). Elle est accompagnée d'un inventaire des marchandises à liquider.

Lorsque l'événement motivant la liquidation n'est pas intervenu au plus tard dans les six mois qui suivent la déclaration, le déclarant est tenu d'en informer l'autorité administrative compétente.

Pendant la durée de la liquidation, il est interdit de proposer à la vente d'autres marchandises que celles figurant à l'inventaire sur le fondement duquel la déclaration préalable a été déposée.

c) les soldes

* Avant l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1996, la réglementation française connaissait trois types de solde : les soldes occasionnels, les

soldes périodiques ou saisonniers et les soldes permanents. La loi du 5 juillet 1996 a supprimé cette distinction pour ne reprendre qu'une seule définition. Son article 28 I, devenu depuis L 310-3 I du code de commerce, définit les soldes comme étant "les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock."

Ces ventes ne peuvent être réalisées qu'au cours de deux périodes par année civile d'une durée maximum de six semaines dont les dates sont fixées dans chaque département par arrêté du préfet pris après consultation des organisations professionnelles concernées représentées dans le département, des chambres de commerce et d'industrie et des chambres de métier, ainsi que du comité départemental de la consommation. Le fait de procéder à des opérations qui présente les caractéristiques de soldes, en dehors de la période autorisée, est constitutif d'une infraction

La détermination du département de référence peut s'avérer problématique lorsqu'il s'agit de soldes réalisés sur un site internet, et donc accessible à partir de tous les départements français,. Si, selon la DGCCRF, la période de solde autorisée est celle du département du siège du cyber-commerçant, le tribunal correctionnel de Bordeaux au contraire qu'un cyber commerçant implanté dans le nord, département dans lequel le préfet avait fixé le point de départ des soldes d'été le 25 juin, contrevenait à la réglementation sur les soldes dès lors que l'offre figurant sur son offre avait une portée nationale et englobait donc nécessairement des départements dans lesquels le début des soldes était fixé postérieurement, comme la Gironde, département dans lequel le début des soldes était fixé au 2 juillet⁵²⁷.

Pour définir si une opération promotionnelle peut être qualifiée de solde, elle doit réunir trois éléments :

- une réduction de prix
- précédée de publicité
- destinée à l'écoulement accéléré de marchandises

La réduction de prix

La jurisprudence adopte une appréciation relativement restrictive de la notion de réduction de prix. Si elle peut bien évidemment découler d'une

⁵²⁷ Tcorrect Bordeaux 9 janvier 2006, Comm., com. Electr. 2006, comm 80 note C. Chabert

annonce d'une remise d'un certain montant ou d'un pourcentage sur chaque article, elle ne peut, en revanche, est caractérisée par le fait de proposer, pour l'achat de certains produits des bons d'achat consistant en une remise de 50% du prix de vente et ne pouvant être utilisés qu'à compter du lendemain⁵²⁸.

Une publicité

Comme en matière de publicité trompeuse, la jurisprudence a, en l'absence de définition légale stricte, une approche extensive de la publicité. Dès lors que l'opération est annoncée à un certain nombre de consommateurs potentiels, elle peut être qualifiée de soldes, peu importe la forme que peut présenter cette annonce et le caractère restreint ou non de l'offre.

A ainsi été qualifié de soldes le fait de procéder à une opération dite « journées privilèges » sur un ensemble de magasin, matérialisée par l'envoi de très nombreux cartons d'invitation personnelle, proposant à leurs destinataires des remises sur les prix, peu important que cette opération été qualifiée par le commerçant de « vente privée »⁵²⁹.

La non utilisation du mot « solde » n'empêche pas la possibilité pour le juge de qualifier l'opération commerciale de solde⁵³⁰.

L'objectif d'écoulement accéléré d'un stock de marchandises

Les soldes doivent avoir pour but de réaliser un écoulement accéléré des stocks afin de permettre l'approvisionnement de nouveaux articles en libérant l'espace occupé par les marchandises de la saison précédente⁵³¹. S'agissant d'un élément très subjectif, la jurisprudence se limite, pour en apprécier l'existence, à rechercher la finalité de l'opération telle qu'elle est annoncée dans la publicité. Tel sera le cas si l'annonce de réduction de prix mentionne une « opération de déstockage » (Cass crim 15 octobre 2002, cité par N. Mouligner in « vente en soldes : interprétation jurisprudentielle de la définition légale », D 2004, chron p 259), mais pas lorsque l'objectif d'écoulement accéléré de marchandises « n'apparaît

⁵²⁸ Cass Crim 23 janvier 2001, Gaz Pal 15, 16 mai 2002 p 45 note M. Jalade, également commenté par N. Mouligner in « vente en soldes : interprétation jurisprudentielle de la définition légale », D 2004, chron p 259

⁵²⁹ Cass Crim 19 février 2003, juris-data n° 2003-018156, BICC 1^{er} juin 2003 n° 670 p 37, Annonces de la Seine 12 janvier 2004 p 11 également commenté par N. Mouligner in « vente en soldes : interprétation jurisprudentielle de la définition légale », D 2004, chron p 259

⁵³⁰ Cass crim 13 janvier 2004, Les annonces de la Seine 2005 supplément du n° 38 p 5 obs Anaïs Trubuilt

⁵³¹ N. Mouligner in « vente en soldes : interprétation jurisprudentielle de la définition légale », D 2004, chron p 259

nullement mentionné de manière explicite sur les divers supports publicitaires qui se bornent à annoncer une réduction de prix sur une sélection d'articles » (CA Paris, 1^{er} mars 1999, Petites Affiches 26 novembre 1999 p 22 note A . Pelletier, Dalloz Affaires 1999 p 753 obs E.P. dans le même sens CA Rennes 25 novembre 1999, BID 2000 n° 7-8, p 45)

De même, a aussi été jugé que ne constituait pas des soldes mais « une promotion avantageuse destinée à optimiser la valeur marchande de mobilier qui seraient sinon invendable » la vente à 50% de modèles de cuisine d'exposition (CA Pau 26 juin 2001 Contrats, Concurrence, Consommation avril 2002 p 45, note G. Raymond)

A ces conditions, la chambre commerciale continue d'exiger des juges du fond, pour qualifier l'opération de solde, de rechercher si l'opération porte ou non sur un stock prédéterminé et non renouvelable, de sorte que si l'opération se fait sur des marchandises renouvelables et ne constituant pas un stock préexistant dont le commerçant entend se défaire rapidement, il ne s'agit pas d'un solde mais d'une promotion qui peut être réalisée à tout moment de l'année⁵³².

On observera que cette condition relative à la nature du stock, dont l'existence devait être prouvée avant la réforme intervenue par la loi du 5 juillet 1996, ne figure plus dans le texte de l'article L 310-3 I du code de commerce, et que la Chambre criminelle, divergeant ainsi de la Chambre commerciale, ne semble pas l'exiger.

Seules les opérations répondant aux conditions de l'article L 310-3 du code de commerce ont le droit d'utiliser le mot solde ou ses dérivés (soldeur, solderie, etc.) sous peine d'une amende de 15 000 euros (article L 310-5 du code de commerce). Le fait de réaliser une opération commerciale répondant aux critères des soldes en dehors des périodes autorisées est puni de la même peine, même si le terme solde n'est pas utilisé dans la publicité . Dès lors que les publicités d'une opération commerciale, organisée en dehors de la période des soldes autorisés ont pour unique effet de persuader le consommateur de ce que les réductions de prix annoncés s'appliquent à l'ensemble de la marchandise exposée et qu'elles suggèrent nécessairement l'idée d'un objectif d'écoulement

⁵³² Cass Com 19 janvier 1993, Bull Civ IV n° 27, D 1993, IR 48, BICC 1er avril 1993 n° 432 p 27, Cass. com., C., 28 janv. 2004 ; SA Chaussures Labelle. Pourvoi n° 01-16.381, D 2004, Jur p 417 obs Eric Chevrier, et p 1228 note N. Mouligner, Les annonces de la Seine 2005 n° 35 p 11, obs Julie Martinet

accéléralé de ces marchandises en stock disponible dans le magasin, le délit de vente en soldes en dehors des périodes autorisés est caractérisé⁵³³.

Constitue ainsi des soldes prohibées et justifie la condamnation de son organisateur le fait de réaliser des ventes avec une réduction de prix trois fois par semaines avant la période autorité dès lors qu'il manifeste la volonté de l'organisateur d'écouler de façon accélérée son stock de marchandises⁵³⁴, la société de vente de prêt-à-porter qui procède à une opération dite journée privilège, matérialisée par l'envoi de très nombreux cartons d'invitation personnelle proposant des remises de 30 à 40% sur les prix sur une période autre que la période légale des soldes est coupable de soldes prohibés⁵³⁵ ou la société de vente par correspondance qui organise deux opérations de promotion intitulées « réductions monstres sur les prix » courant juin et décembre 2000, accordant aux bénéficiaires des réductions allant de 15 à 70 % par rapport au prix de ses catalogues printemps / été et automne / hiver, faisant précéder ces opérations par une publicité indiquant « *dépêchez vous : tout doit disparaître, il faut faire vite, très vite, il n'y en aura pas pour tout le monde, la chasse aux bonnes affaires est ouverte offrez vous le meilleur de La Redoute à des prix sacrifiés, vos prix, prêts foncez !* »⁵³⁶.

* Pour permettre aux agents de la DGCCRF d'assurer leur mission de contrôle, les commerçants qui procèdent à des soldes sont tenus de tenir à disposition de ceux-ci les documents justifiant que les marchandises vendues en soldes avaient été proposées à la vente et, lorsque le vendeur n'est ni le producteur ni son mandataire que le prix d'achat avait été payé, depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérées.

* **les soldes permanents** Les soldes permanents sont réalisés par des professionnels spécialisés dont l'activité consiste à écouler des marchandises neuves qui, en raison de leur caractère défraîchi, dépareillé, démodé ou de deuxième choix, ne relèvent plus des circuits habituels de distribution. S'ils peuvent effectuer librement leur activité, ils n'ont cependant pas le droit d'utiliser le mot "solde" ou une dénomination y faisant référence .

⁵³³ Cass. Crim 13 janvier 2004, pourvoi n° 03-80563

⁵³⁴ Cass. Crim 2 juin 2004, pourvoi n° 02-21394

⁵³⁵ Cass. Crim 19 février 2003, pourvoi n° 02-80085

⁵³⁶ Cass. Crim 5 décembre 2006 N° de pourvoi : 05-87386

d) les ventes directes ou en magasins d'usine

* Par temps de crise économique, les ventes réalisées directement par les entreprises productrices rencontrent un succès croissant auprès des consommateurs. Réalisées sans intermédiaire, elles permettent d'abaisser les prix. Dans l'idée de protéger les commerçants traditionnels, l'article 39 loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer, (article L 121-34 du Code de la Consommation) a tenté d'en limiter la fréquence en soumettant certaines d'entre elles à un régime d'autorisation administrative. Ce texte a été abrogé et remplacé par la loi du 5 juillet 1996.

L'article 30 de cette loi limite la dénomination de magasin ou de dépôt d'usine aux producteurs vendant directement au public la partie de leur production non écoulee dans le circuit de distribution ou faisant l'objet de retour. Ces ventes directes doivent concerner exclusivement les productions de la saison antérieure de commercialisation, justifiant ainsi une vente à prix minoré.

Sous-section II Les promotions et les rabais

A Les promotions

* Les promotions se distinguent des soldes en ce qu'elles n'ont pas pour objet l'écoulement accéléré d'un stock préexistant et intangible mais celui "d'attirer l'attention du public sur un ou plusieurs produits déterminés dans le but d'assurer leur lancement ou de relancer leur vente pendant une période limitée, étant précisé que leur écoulement ne devra pas avoir un caractère accéléré et que le stock devra obligatoirement être renouvelé pendant la date prévue pour la promotion"⁵³⁷.

Ainsi, ne réalise pas des soldes mais une opération de promotion le magasin qui annonce "7 jours coup de foudre. Tout Bouchara à moins 20%" dès lors qu'il n'est pas établi que le stock de marchandises mis en vente était prédéterminé et non renouvelable"⁵³⁸.

Si ces opérations échappent ainsi à la réglementation sur les soldes, elles ne peuvent, en contrepartie, utiliser le mot solde ou ses dérivés sous peine d'encourir les sanctions prévues à l'article 31 I 4° de la loi du 5 juillet 1996 (amende de 15 000 €).

⁵³⁷ Roubach, "la nouvelle réglementation des soldes, GP 1990 doctrine p 181

⁵³⁸ Cass Com 19 janvier 1993, BICC 1er avril 1993 n° 432 p 27, D 1993 IR p 48

* **Prix d'appel** Pour attirer la clientèle, il est fréquent que des commerçants, et spécialement les grandes surfaces, recourent à la pratique du prix d'appel qui consiste à attirer les consommateurs par des prix particulièrement bas sur des produits disposant en général d'une forte notoriété puis, une fois ceux-ci dans l'enceinte commerciale, de les reporter sur d'autres produits dont le prix n'a pas été abaissé.

- Cette pratique, en soit, n'est pas illicite. Elle le devient lorsque, pour y procéder, un commerçant vend ou annonce la revente d'un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif et commet ainsi **le délit de vente à perte** prévu par l'article 32 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence modifié par la loi du 1er juillet 1996. Pour établir le prix d'achat effectif, il est fait référence à celui porté sur la facture d'achat majoré des taxes sur le chiffre d'affaire, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix de transport. La Cour de Cassation admet que, pour évaluer le prix d'achat, on puisse tenir compte des remises accordées au vendeur par son fournisseur, mais à la condition qu'elles soient chiffrables au jour de la vente⁵³⁹.

- Cependant, la loi a prévu que l'interdiction de la revente à perte n'était pas applicable :

1° aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale :

- aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente⁵⁴⁰,

- aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques,

- aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat,

- aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de moins de

⁵³⁹ Cass Crim 18 février 1991, RJDA avril 1991 n° 317, JCP ed E 1991 II 183

⁵⁴⁰ comme par exemple des jouets de Noël Cass Crim 11 Octobre 1993, BID mai 1994 p 15

1000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité,

2° aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide à condition que l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente.

* La revente au dessous du prix d'achat est punie pour les personnes physiques d'une amende de 75 000 € qui peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif. Les personnes morales sont également punissables dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code Pénal.

D'autre part, l'article 10 -1 de l'Ordonnance du 1er décembre 1986, tel que résultant de l'article 5 de la loi du 1er juillet 1996, prohibe les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

- **Publicité de nature à induire en erreur** La pratique du prix d'appel est également sanctionnable lorsqu'elle aboutit à constituer une publicité de nature à induire en erreur sur le fondement de l'article L.121-1 du Code de la Consommation. Il en est ainsi lorsque les marchandises dont il a été annoncé la réduction de prix ne sont pas disponibles à la vente ou ne le sont que dans des proportions insuffisantes pour satisfaire la demande⁵⁴¹, lorsque des prix présentés comme étant des "prix coûtants" étaient en réalité majorés par rapport au prix plancher de la revente à perte⁵⁴².

* Enfin les ventes promotionnelles, pour être régulières, doivent, lorsqu'elles annoncent des réductions de prix, être conformes aux dispositions édictées par l'arrêté du 2 septembre 1977.

⁵⁴¹ Cass Crim 6 novembre 1979, D 1980, IR p 144, Cass Crim 2 décembre 1980, GP 7 juin 1981 note Fourgoux

⁵⁴² TGI Brest 26 septembre 1996, Contrats, Conc, Consomm 1996 n° 93 obs Raymond