HAL
archives-ouvertes.fr

# L'obligation d'information dans les contrats du commerce electronique

Djamila Mahi-Disdet

▶ **To cite this version:**

Djamila Mahi-Disdet. L'obligation d'information dans les contrats du commerce electronique. Droit. Université d'Avignon, 2011. Français. NNT : 2011AVIG2032 . tel-00911671

**HAL Id: tel-00911671**
**https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00911671**

Submitted on 29 Nov 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ACADÉMIE D'AIX-MARSEILLE
UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

# THÈSE

Présentée pour obtenir le grade de Docteur en droit
de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

**SPÉCIALITÉ : DROIT PRIVE**

# L'OBLIGATION D'INFORMATION DANS LES CONTRATS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

**Présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2011 par**

**Djamila MAHI-DISDET**

Directeur de thèse

**Jean-Michel BRUGUIERE**

Professeur à l'Université Pierre Mendes France
GRENOBLE

**JURY :**

| | | |
|---|---|---|
| **Mme Marie-Pierre DUMONT** | Professeur à l'Université Montpellier I | (Rapporteur) |
| **M. Daniel MAINGUY** | Professeur à l'Université Montpellier I | (Rapporteur) |
| **Mme Agnès MAFFRE-BAUGE** | Maître de conférences à l'Université d'Avignon est des payes de Vaucluse | (Assesseur) |

Laboratoire Biens, Normes et Contrats

ACADÉMIE D'AIX-MARSEILLE
UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

# THÈSE

Présentée pour obtenir le grade de Docteur en droit
de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

**SPÉCIALITÉ : DROIT PRIVE**

# L'OBLIGATION D'INFORMATION DANS LES CONTRATS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

**Présentée et soutenue publiquement le 13 décembre 2011 par**

**Djamila MAHI-DISDET**

Directeur de thèse

**Jean-Michel BRUGUIERE**

Professeur à l'Université Pierre Mendes France
GRENOBLE

**JURY :**

| | | |
|---|---|---|
| **Mme Marie-Pierre DUMONT** | Professeur à l'Université Montpellier I | (Rapporteur) |
| **M. Daniel MAINGUY** | Professeur à l'Université Montpellier I | (Rapporteur) |
| **Mme Agnès MAFFRE-BAUGE** | Maître de conférences à l'Université d'Avignon est des payes de Vaucluse | (Assesseur) |

Laboratoire Biens, Normes et Contrats

« *La faculté n'entend donner* aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

À *mes sœurs Amina, Nadjet et Khalida*

À mon mari, Michel

# REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier le professeur Jean-Michel BRUGUIERE d'avoir accepté de diriger cette recherche.

Je le remercie également de m'avoir apporté conseils et soutien tout au long de ces années de travail.

Mes remerciements s'adressent également à l'ensemble du personnel du laboratoire « Biens, Normes, Contrats » du Collège Doctoral et de la Bibliothèque Universitaire de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

Un grand merci enfin à mes camarades docteurs, Clémentine CAUMES, Jean-Christophe TIXADOR et Thibaud BARRE, pour leur patience, leur aide précieuse et leur soutien indéfectible.

# LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

| | |
|---|---|
| Al. | Alinéa |
| AJ. | Actualité jurisprudentielle |
| AL. | Actualité législative |
| Art. préc. | Article précité |
| Ass. plén. | Assemblée plénière de la Cour de cassation |
| BOCCRF | Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes |
| Bull. civ. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles |
| Bull. crim. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle |
| Bull. soc. | Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre sociale |
| c/ | Contre |
| Cass. | Cour de cassation |
| CE | Conseil d'État |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| Ch. | Chambre |
| CJCE | Cour de justice des communautés européennes |
| Chap. | Chapitre |
| Chron. | Chronique |
| Cass. civ. | Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation |
| Cass. com. | Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Cass. crim. | Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation |
| Cass. req. | Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation |
| Cass. soc. | Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation |
| Circ. | Circulaire |
| Civ. | Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation |
| CNC | Conseil national de la consommation |
| CNIL | Commission nationale de l'informatique et des libertés |
| Com. | Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation |
| Comm. | Commentaire |
| Comm. CE | Décision de la Commission des Communautés européennes |
| Comm. Com. Electr. | Communications Commerce électronique |
| Concl. | Conclusions |
| Cons. Conc. | Conseil de la concurrence |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| Contra | Solution contraire |
| Contrats conc. cons. | Contrats, concurrence, consommation |
| Conv. EDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales |
| C. pén. | Code pénal Dalloz |
| C. pr. civ. | Code de procédure civile |
| C. pr. pén. | Code procédure pénale |
| C. propr. intell. | Code de la propriété intellectuelle |
| D. | Recueil Dalloz |
| D. aff. | Dalloz affaires |
| Décis. | Décision |

| | |
|---|---|
| Décr | Décret |
| Décr.L. | Décret-Loi |
| Defrénois | Répertoire du notariat Defrénois |
| DGCCRF | Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes |
| Dir. | Directive communautaire |
| Doctr. | Doctrine |
| Dr. inf. et téléc. | Droit informatique et télécommunications |
| Dr. soc. | Droit social |
| DP | Recueil périodique Dalloz |
| EDI | Échange de données informatisées |
| GAPI | Grands arrêts de la propriété intellectuelle |
| Gaz. pal. | Gazette du Palais |
| Ibid. | Ibidem, « ici même », « au même endroit » |
| i.e. | id est, « c'est-à-dire » |
| Infra. | « Ci-dessous » |
| IR | Informations rapides (du recueil Dalloz) |
| J.-Cl. conc. consom. | Juris-Classeur Concurrence et Consommation |
| J.-Cl. Contr. Distr. | Jurisclasseur Contrats et Distribution |
| JCP | Juris-Classeur périodique – Semaine juridique |
| JCP éd. G. | Juris-Classeur périodique, édition générale |
| JCP éd. E. | Juris-Classeur périodique, édition entreprise |
| JO | Journal officiel |
| JOCE | Journal officiel des communautés européennes |
| Jurisp. | Jurisprudence |
| L. | Loi |
| Mod. | Modifié |
| n° | Numéro |
| Obs. | Observations |
| Op. cit. | opere citado, « dans l'ouvrage précité » |
| Ord. | Ordonnance |
| p. | Page |
| LPA | Les petites affiches |
| pp. | Pages |
| Préc. | Précité |
| Règl. | Règlement |
| Rép. com. | Répertoire de droit commercial Dalloz |
| Rev. arb. | Revue de l'arbitrage |
| Rev. Conc. Consom. | Revue de la concurrence et de la consommation |
| Rev. Lamy dr. Aff. | Revue Lamy de droit des affaires |
| RJ com. | Revue de jurisprudence commerciale |
| RJDA | Revue de jurisprudence de droit des affaires |
| RRJ | Revue de droit prospectif |
| RTD civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| RTD com. | Revue trimestrielle de droit commercial |
| SC | Sommaires commentés (du Recueil Dalloz) |
| Supra | « Ci-dessus » |
| t. | Tome |
| T. com. | Tribunal de commerce |

| | |
|---|---|
| T. corr. | Tribunal, chambre correctionnelle |
| TGI | Tribunal de grande instance |
| TI | Tribunal d'instance |
| V. | Voir |
| V° | verbo : rubrique |

## SOMMAIRE

**PARTIE 1 : L'EXPLOSION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION ..... 38**

**TITRE 1: LA PLURALITE DES SOURCES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION . 39**

Chapitre 1 : Manifestation de la pluralité des sources ..... **40**

Chapitre 2 : Complexité des sources ..... **78**

**TITRE 2 : DIVERSITE DU CONTENU DE L'OBLIGATION D'INFORMATION ..... 87**

Chapitre 1 : Identification de l'auteur de l'offre ..... **93**

Chapitre 2 : Information sur les conditions contractuelles ..... **105**

Chapitre 3 : Information sur le contenu de l'offre ..... **126**

Chapitre 4 : Forme de la communication ..... **144**

**CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE ..... 187**

**PARTIE 2 : L'IMPLOSION DU REGIME DE L'OBLIGATION ..... 200**

**TITRE 1 : DOMAINE INCERTAIN DE L'OBLIGATION ..... 202**

Chapitre 1 : Domaine subjectif de l'obligation ..... **203**

Chapitre 2 : Domaine objectif de l'obligation ..... **258**

**TITRE 2 : SANCTIONS IMPRECISES DE L'OBLIGATION ..... 296**

Chapitre 1 : Sanctions civiles ..... **303**

Chapitre 2: Sanctions pénales ..... **369**

**CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE ..... 442**

**CONCLUSION GENERALE ..... 444**

# INTRODUCTION

## I – L'OBJET DE LA RECHERCHE

**1. - L'histoire du commerce électronique**. L'histoire de l'apparition du commerce électronique et de son développement, aujourd'hui fulgurant, est bien connue.

Il est né il y près de quarante ans dans le contexte de réseaux privés mis en place par quelques groupes privés d'entreprise appartenant à un même secteur d'activité. L'utilisation de l'informatique avait pour but d'accélérer le traitement des échanges d'informations nécessaires aux relations commerciales qu'elles entretenaient. Il prenait la forme de messages normalisés véhiculés sur le réseau privé de manière totalement automatisée d'ordinateur à ordinateur, messages couramment désignés sous le signe E.D.I.[1]. L'essor de cette technique de communication commerciale est intervenu ensuite à partir des années 1980. Elle s'est ouverte au-delà de sa conception originelle interentreprises, au commerce multisectoriel et transnational, puis ensuite mondial. De nouveaux moyens « télématiques » de dimension nationale, tels que, en France, le Minitel, ont ouvert la voie des échanges en réseau interactifs.

[1] Le signe E.D.I. correspond à l'expression anglo-saxonne Electronic Data Interchange qu'il est possible de traduire en français par la formule « Échange de données informatisées ».

**2. - Le World Wide Web**. L'étape décisive a été ensuite la naissance du World Wide Web, aussi dénommé « *La toile d'araignée* » au début des années 1990[2] qui a permis la mise en réseau des sites commerciaux les plus variés sur l'ensemble de la planète grâce en premier lieu aux logiciels de « navigation »[3] et autres applications dites multimédia et la véritable naissance d'un commerce électronique, soit entre entreprises – le commerce dit « B to B » ou phonétiquement en anglais « B 2 B »[4] - ou entre entreprise et consommateur – le commerce dénommé « B to C » ou phonétiquement « B 2 C »[5].

**3. - Le rôle des législateurs**. On évoquera plus loin les données économiques du développement du commerce électronique. il suffit de souligner, à ce stade, que ce développement a pu trouver appui sur la confiance des internautes que les législateurs européens et nationaux ont cherché à promouvoir en entourant ce mode particulier de commerce d'obligations d'informations s'ajoutant à celles déjà existantes, soit dans le droit commun des contrats, soit dans certains types particuliers de contrats.

L'obligation particulière d'information qui pèse ainsi sur le commerçant qui a recours à l'informatique est l'objet de la présente étude qui se situe donc au carrefour de deux notions, l'une juridique, l'obligation d'information, l'autre économique, le commerce électronique.

Il est nécessaire de définir d'abord ces deux notions.

[2] La création du World Wide Web peut être datée plus précisément de 1993.

[3] Le premier logiciel de navigation dénommé « Mosaïc » est daté de 1993.

[4] Formule abrégée signifiant « business to business ».

[5] Formule abrégée signifiant « business to consumers ».

## A – Définition de l'obligation d'information

Définir l'obligation d'information c'est d'abord s'interroger sur son fondement, à savoir, répondre à la question « pourquoi une obligation d'information ? » (1). C'est aussi, en second lieu, inventorier les moyens les plus habituels auxquels le législateur a recours pour formaliser l'obligation, à savoir, répondre à la question « comment ? » (2).

### 1 – Fondement de l'obligation d'information

**4. - Les fondements de l'obligation d'information**. L'obligation d'information a déjà analysée par de nombreux auteurs en dehors du champ de la présente étude[6] dans le cadre du droit commun général et, bien naturellement, les analyses qu'ils ont développées, en ce qui concerne les fondements de l'obligation, demeurent transposables dans notre étude sur le commerce électronique.

Classiquement, il faut donc faire état du fondement moral de l'obligation (a), du fondement économique que retiennent surtout les auteurs anglo-saxons (b) et d'un fondement de fait plus concret, l'inégalité d'accès à l'information (c).

#### a- Fondement moral

**5. - L'obligation d'information sous l'influence de la morale**. L'obligation d'information dans les contrats est souvent présentée comme correspondant à l'influence de la morale dans le droit des contrats. Elle représente un aspect du devoir de ne pas mentir sanctionné tant par la morale laïque que religieuse. Pour illustrer ce fondement, Madame

[6] Voir tout particulièrement M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans* les contrats, thèse, PARIS I, 1991 M. EL GHARBI, *L'obligation d'information dans les contrats*, thèse PARIS-VAL DE MARNE, 1994.

FABRE-MAGNAN[7] se réfère au cas moral présenté dès l'antiquité par Cicéron et commenté par de très nombreux juristes dans le fil du temps[8]. Le cas en question est le suivant : « *si par exemple un homme de bien a amené d'Alexandrie à Rhodes une grande quantité de blé au moment, chez les Rhodiens, d'une disette et d'une famine,* a*ccompagnées d'une cherté extrême des denrées, s'il sait également qu'un bon nombre de marchands ont quitté Alexandrie et s'il a vu, en cours de traversée, des navires chargés de* blé se dirigeant vers Rhodes, va-t-il le dire aux Rhodiens ou bien, grâce à son silence, vendre son blé le plus cher possible ? »

Ce cas sur lequel se sont penchées des générations de juristes a été commenté notamment par POTHIER (1699-1772) dans les mêmes termes que Cicéron lui-même : le profit que retirerait le vendeur en cachant les circonstances susceptibles de provoquer une diminution du prix serait injuste. Plus précisément, Pothier indique « dans le contrat de *vente, de même que dans tous les contrats commutatifs, l'équité veut que ce que chacune des parties donne soit l'équivalent de ce qu'elle reçoit…* »

En substance, Cicéron et Pothier sont d'accord pour reconnaître que le vendeur, dans le cas proposé, devait informer les Rhodiens de l'arrivée prochaine des autres vaisseaux et qu'en s'en abstenant il s'approprierait un profit injuste, donc immoral.

**6. - Le passage de la morale au droit**. Cependant, c'est une chose de dire qu'il n'est pas moral de chercher à tromper autrui et une autre chose d'imposer à l'une des parties une obligation positive d'informer, c'est-à-dire, en terme de morale, d'aider autrui. On verra dans le cadre de cette étude qui si le droit commun se charge de sanctionner l'obligation négative de ne pas tromper autrui, la loi entendue au sens général, se fait fort d'imposer, dans notre domaine, une obligation positive d'informer autrui.

[7] M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse Paris I, 1991.

[8] Cicéron, De officiis, Livre III, XII, n° 50 et s.

Il est très clair que le développement des obligations d'information dans les contrats s'inscrit dans cette évolution tendant à la protection croissante du contractant le plus faible et donc dans cette inspiration morale qui constitue l'un des fondements de l'obligation d'information en général.

Il ne fait aucun doute que ce fondement apparaît d'autant plus évident lorsque l'on évoque la protection de l'internaute qui contacte un commerçant par l'internet pour contracter sous la forme d'un contrat électronique. En effet, contrairement au commerce traditionnel, l'acheteur qui a recours au commerce électronique n'a aucun moyen de se faire de visu une opinion à l'égard du vendeur ou du produit ou service convoité et l'obligation d'information apparaît alors comme plus indispensable encore que dans les autres domaines de l'économie, pour éviter que son consentement ne soit donné par erreur.

Certains auteurs anglo-saxons ont, quant à eux, été à l'origine d'une approche non pas morale, mais économique de la question du fondement de l'obligation d'information.

**b- Fondement économique**

**7. - L'analyse économique de l'obligation d'information.** C'est en Amérique qu'est né le mouvement doctrinal attaché à une analyse économique du droit[9] d'où il s'est répandu dans de nombreux pays de culture anglo-saxonne tels que l'Australie, le Canada et l'Angleterre, par exemple. L'analyse économique du droit s'attache à étudier comment la règle de droit oriente le comportement des individus[10] et dans quelle mesure elle atteint ses objectifs sans en être détournée par lesdits individus[11]. Elle est souvent considérée comme

[9] Il est possible de trouver un historique de ce mouvement de l'analyse économique du droit : v° V.E. MACKAAY, « La règle juridique observée par le prisme de l'économie », Rev. intern. de droit éco. 1986, t 1, p. 43 à 88.

[10] La loi dispose de nombreux moyens pour inciter les individus à adopter tel comportement plutôt que tel autre. Le mouvement en question cherche à apprécier l'efficacité des textes par rapport aux objectifs poursuivis.

[11] Dans certains cas il peut être constaté que les lois aboutissent à des effets inverses de ceux recherchés : des lois protectrices des locataires, par exemple, peuvent étouffer le marché locatif.

étant d'abord un instrument de mise en accord des lois du marché, de l'économie, avec la loi. Il n'est pas du ressort de la présente étude de détailler de manière complète cette approche économique du droit d'ailleurs très large puisqu'elle tend à englober, dans les pays considérés, l'ensemble du droit, et très complexe, mais simplement, en synthèse, de rechercher si elle propose un fondement original à l'obligation d'information dans les contrats, notamment les contrats du commerce électronique. Tel semble bien être le cas en effet.

**8. - La valeur économique de l'information.** Plusieurs auteurs appartenant à ce courant se sont penchés plus précisément sur l'obligation contractuelle d'information et nous nous limiterons au plus célèbre d'entre eux, M. KRONMAN[12]. Sa théorie est la suivante : l'information acquise délibérément suppose un coût d'acquisition. Si le possesseur de l'information ainsi acquise à ses frais se voit dénier le bénéfice de la posséder et de s'en servir de manière lucrative, il sera incité à réduire ou supprimer entièrement sa recherche d'une telle information dans le futur. Le profit est le but même de la recherche de l'information en en supportant le coût. Supprimer le profit escompté en interdisant à son possesseur le droit d'utiliser l'information qu'il détient et d'en tirer profit, c'est courir le risque de mettre un terme à la recherche elle-même.

**9. - L'absence de valeur d'une information qui ne procède pas d'une activité économique**. En revanche, la solution est bien naturellement opposée si l'information n'est recueillie que par hasard, sans engagement d'un coût pour l'obtenir. De même lorsque l'information est dans la nature des choses, telle que l'information que détient le vendeur sur les caractéristiques de son produit. Dans un tel cas, il paraîtrait choquant que le possesseur d'une information obtenue par hasard, sans démarche active quelle qu'en soit la nature, susceptible d'être considérée comme un coût d'acquisition, ou résultant de la nature des choses, puisse la cacher à un cocontractant pour en tirer profit. Au-delà de la réprobation morale accessible à tous, il faudrait appliquer une réprobation juridique et

[12] Résumé en français de la pensée de cet auteur : V.B. NICOLAS, *L'obligation précontractuelle de* renseignement en droit anglais, in *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco*-anglaises, sous la direction de D. TALLON et D. HARRIS, bibliothèque de droit privé, tome 196, LGDJ 1987, p. 185 et s.

sanctionner le possesseur de l'information en mettant en œuvre une règle de droit appropriée telle que la nullité du contrat.

Pour illustrer cette analyse, une espèce a donné lieu aux États-Unis à une décision de justice tout à fait célèbre sur l'obligation d'information (duty of disclosure). Il s'agit du cas Laidlaw v. Organ[13]. Organ était marchand de tabac à la Nouvelle-Orléans au début du 19ème siècle. Il était informé l9 février 1815 au matin par un sieur Shepherd qu'un traité de paix venait d'être signé par les Américains mettant fin à la guerre de 1812, information que ce dernier tenait de son frère qui la tenait lui-même de l'amirauté britannique. Avant que cette signature ne soit publiée, Organ contactait un représentant de la société Laidlaw et contractait avec lui pour l'achat de 111 unités de tabac. Dès que fut publié le traité, le cours du tabac connut une hausse de 30 à 50 %. La société Laidlaw refusa alors de livrer le tabac au prix initialement convenu. Organ l'assigna et l'affaire fut évoquée jusque devant la Cour suprême des États-Unis. La décision rendue est connue par l'opinion énoncée par le juge Marschall qui déclara : « La question dans ce cas est de savoir si les informations sur des circonstances extrinsèques de nature à influencer le prix des marchandises, *connues exclusivement de l'acheteur, auraient dû être transmises par lui au vendeur*. La *cour a estimé qu'il n'était pas tenu de les communiquer. Il serait difficile de circonscrire la* solution inverse dans des limites convenables, lorsque les moyens de connaître *l'information sont également accessibles aux deux parties. Mais dans le même* temps, *chaque partie doit veiller à ne pas dire ou faire quoi que ce soit dans le but d'influencer l'autre partie.* »

Cette décision a été critiquée comme contraire à l'analyse économique du droit en faisant valoir qu'en l'espèce, l'information dont Organ avait tiré profit n'avait été recueillie par lui que par hasard et sans engagement d'un coût de sorte que le droit pouvait exiger qu'il renseigne son contractant sur la signature du traité dont il savait qu'elle influait sur le prix de la marchandise[14]. Cependant en approfondissant l'étude, l'analyse économique retrouve son plein et entier intérêt lorsque l'on admet, d'une part, qu'en donnant raison à

[13] Cet arrêt est commenté dans la chronique de A. T KRONMAN, Journal of légal studies, 1978, p. 9 et s.

[14] R.A. POSNER, Economic Analysis of law, Little, Brown & company, 3ème éd. 1986, p. 87.

Organ, le droit encourage l'agent économique à être le premier informé en l'autorisant à en tirer profit – finalement, les efforts pour entretenir des relations susceptibles de donner les informations peuvent être admis comme un coût au sens de l'analyse - , et, d'autre part, en reconnaissant que le fait pour Organ d'avoir tiré profit de l'opération a été à l'origine d'une augmentation des prix du fait de l'accroissement de la demande de tabac ce dont le commerce dans son ensemble avait tiré profit.

**10. - La place donnée à l'économie dans la législation du commerce électronique**. On voit que cette analyse peut trouver sa place dans la présente étude puisque le législateur lui-même a rangé sa législation la plus importante sur le commerce électronique, la loi dite LCEN, c'est-à-dire Loi pour la confiance dans l'économie numérique, sous la bannière de l'économie à savoir, la mise en œuvre, notamment par une large obligation d'information, d'une confiance dans l'économie numérique où de nombreux auteurs ont vu l'irruption de l'économie dans le droit.

Mais en se plaçant de manière très concrète du point de vue de l'acheteur, on voit que ce à quoi il convient de remédier de façon immédiate pour le protéger, c'est la situation d'inégalité dans laquelle il se trouve pour se procurer l'information.

### c- *Inégalité d'accès à l'information*

**11. - Le souci de corriger une inégalité entre vendeur et acheteur**. De fait, c'est le constat d'un déséquilibre plaçant le consommateur dans une situation d'inégalité par rapport au professionnel qui paraît être le premier fondement retenu par le législateur dans son souci de protection. Ce critère n'est pas étranger à la morale. En effet, « en présence *d'un contrat, la conscience morale se montre toujours choquée de l'inégalité des contractants par laquelle l'une des parties se trouvant, en fait, en état d'infériorité par rapport à l'autre, est obligée* en quelque manière de subir la volonté du plus fort »[15]. C'est

[15] G. BASTIDE, *Traité de l'action m*orale, t 1, Analytique de l'action morale, P.U.F. 1961, p. 256.

la morale qui, de façon générale, nous incite à appuyer davantage ceux qui sont les plus démunis.

**12. - L'ancienneté de ce souci d'égalité d'accès**. Plusieurs auteurs insistent sur ce critère de l'inégalité des parties. Ripert, par exemple[16], n'admet l'existence d'un devoir moral d'informer son cocontractant que dans le seul cas d'inégalité d'accès des deux parties à l'information. Il indique : « pour apprécier si une obligation mensongère constitue un dol, il faut tenir compte de la nature du contrat, des relations des parties et de la confiance *réciproque qu'elles s'accordent. En partant de cette idée, on peut arriver à trouver une* cause de nullité dans la simple réticence, c'est-à-*dire dans le silence gardé par l'une des parties sur un fait que l'autre partie ignore et qui, si elle le connaissait, modifierait* profondément ses intentions. On dit en général que la réticence ne constitue pas un dol. On *ne saurait poser un principe aussi immoral. Ce qui est vrai, c'est que, dans la plupart des contrats, il y opposition d'intérêts entre les contractants. Chacun est le gardien de ses* propres intérêts et doit par conséquent se renseigner lui-*même. Il n'y a donc rien de coupable à ne pas donner à l'autre partie des indications qu'elle aurait pu se procurer* elle-*même. Mais la solution change et la réticence devient coupable si l'une des parties a l'obligation de conscience de parler sous peine d'abuser de l'ignorance de l'autre. Les tribunaux ont annulé pour dol par réticence des contrats dans lesquels l'un des contractants était seul en mesure de connaître un fait ignoré de l'autre et devait par devoir d'honnêteté révéler ce fait* »[17].

**13. - La place de ce fondement dans le commerce électronique.** Ce fondement de l'inégalité devant l'information paraît très utile lorsque l'on évoque plus précisément le commerce à distance et le commerce électronique. En effet, le professionnel connaît parfaitement les caractéristiques des produits et services proposés à la vente tandis que, tout au contraire, le consommateur n'en connaîtra, avant de contracter, que ce que le premier aura bien voulu lui donner d'informations, faute de pouvoir l'interroger de vive

[16] G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 4ème éd. 1949, n° 48.

[17] Selon RIPERT, lorsque le contrat suppose une confiance réciproque entre les parties, l'obligation de renseigner exactement le cocontractant devient une obligation juridique et la réticence une cause légale de nullité du contrat.

voix, sinon de visu et faute surtout de pouvoir examiner personnellement le produit comme on peut le faire dans le cadre du commerce traditionnel. Il en résulte à l'évidence un déséquilibre qu'il paraît juste de corriger[18].

Aux yeux du juriste, l'inégalité entre professionnel et consommateur, dans une vente à distance, au moment de l'échange des consentements, est donc, principalement, une inégalité d'information sur l'objet même du contrat, le produit ou le service offert [19]. Dépourvu d'accès à l'information sur le produit ou le service offert, le consommateur est également privé de toute possibilité de négocier les conditions et modalités du contrat de sorte que, de ce point de vue, par sa nature même, le contrat de vente à distance (y compris le contrat de commerce électronique) relève sans le moindre doute de la catégorie des contrats d'adhésion [20], domaine plus général dans lequel ont été rendus nécessaires plusieurs dispositifs de protection.

C'est dans le prolongement de ce fondement que, dans le fil du temps, le législateur a rendu obligatoire une information précontractuelle dans de nombreux domaines avant que ne survienne le commerce électronique et que lui soit adaptée une réglementation de l'obligation d'information précontractuelle qui lui soit propre et dont il sera vu, dans la présente étude, qu'elle correspond à une véritable « explosion » de l'obligation d'information.

### 2- *L'objet de l'obligation*

**14. - L'apparition du « formalisme informatif ».** L'apparition de ce que l'on a convenu d'appeler le formalisme informatif est, pour l'essentiel, liée au développement des contrats

[18] Voir LASBORDES, Les contrats déséquilibrés, éd. Université Aix-Marseille 2000, qui évoque « le pouvoir déséquilibrant » comme « *le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale à un partenaire qui n'est pas en mesure de discuter…* ».

[19] J.-C. AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la Consommation, éd. DALLOZ 2000, p 49.

[20] J.-Y. CHOLEY, *L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion*, thèse AIX 1974.

à distance et à leur réglementation. La première réglementation des contrats à distance a d'abord été mise en œuvre, sur le plan de la simple déontologie, par les professionnels eux-mêmes. La Fédération des Entreprises de Vente à Distance (FEVAD) a, en effet, au travers d'une Charte Qualité de la Vente à Distance, fait accepter à ses adhérents au profit des consommateurs une règle dite du « satisfait ou remboursé » [21].

Le législateur est intervenu ensuite, faute de caractère véritablement obligatoire des règles professionnelles, pour réglementer plus systématiquement les ventes à distance, sous toutes leurs formes (télé-achat, démarchage téléphonique, couponning[22], etc.). Parmi les instruments de cette protection, le formalisme informatif tient une place fondamentale et la présente étude sera une nouvelle démonstration de cette méthode de protection.

**15. - Les méthodes utilisées**. Ce formalisme de protection s'exprime essentiellement de trois manières différentes : le recours aux mentions obligatoires (a), le recours aux mentions manuscrites (b) et le recours aux modèles types (c). Ces techniques, ainsi que, très généralement, toutes les règles permettant d'informer le contractant (d) étaient déjà en œuvre depuis longtemps lorsqu'est apparu le commerce électronique.

[21] POTIER, « Le code professionnel de la vente par correspondance », *Cahiers du Droit de l'Entreprise*, 6-1983

[22] Couponning : terme anglo-saxon désignant la vente par coupon-réponse.

### a- Le recours aux mentions obligatoires

**16. - Les mentions obligatoires.** L'information que la loi impose à l'une des parties de fournir à l'autre peut résulter de la reproduction sur l'acte de mentions que la loi énumère elle-même[23]. L'évolution de la législation relative sur les clauses du contrat semble attester d'une très nette avancée de cette technique législative, déjà ancienne, avant l'intervention des textes liés plus directement à la présente étude[24]. Elle est aujourd'hui consacrée par de très nombreuses lois récentes. Mais c'est avec les lois consuméristes qu'elle a connu son succès le plus spectaculaire. L'objectif est d'assurer au contractant, souvent un consommateur, une information complète, précise et, de ce fait, un consentement « libre et éclairé ». À cet effet, les éléments d'information composant les mentions obligatoires doivent être réunis au moment de la conclusion du contrat.

Cette méthode d'information semble avoir, essentiellement, deux objets différents. Les mentions obligatoires portent d'abord sur les droits et les obligations des parties en présence. C'est le cas de tous les textes évoqués ci-dessus qui déterminent avec plus ou moins de détail ce à quoi s'engagent les contractants[25].

**17. - Les mentions obligatoires pédagogiques.** Les mentions informatives obligatoires portent ensuite sur les données juridiques. En effet, dans plusieurs hypothèses et dans le but de faire connaître aux contractants les règles de droit, le législateur impose le rappel ou la reproduction, dans le corps du contrat, de certaines dispositions légales. C'est le cas, en matière d'assurances, de l'article R 211-12 du Code des Assurances qui impose qu'il soit rappelé à l'assuré, en cas d'exclusion de garantie, que l'inobservation des limitations d'emploi justifiant cette exclusion entraînera application des dispositions de l'article L

[23] Voir, notamment, L. AYNES, Formalisme et prévention in Le Droit du Crédit au Consommateur, 1982,

[24] De nombreuses lois anciennes imposaient, bien avant toute législation sur le commerce électronique, l'établissement d'un écrit contenant des mentions informatives prescrites à peine de nullité : par exemple, loi du 19 mars 1900 sur la vente à crédit de valeur de bourse, la loi du 13 décembre 1926 portant code du travail maritime, loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance, etc…

[25] Le système informatif le plus complet et, par conséquent, le plus lourd est sans doute celui qui a été mis en œuvre par la loi Scrivener sur les opérations de crédit.

211-8 du même code. C'est encore le cas de l'article 4 du décret du 24 mars 1978 pris en application de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur. Aux termes de cet article[26], le vendeur professionnel qui donne à son client une garantie conventionnelle doit mentionner expressément au contrat l'existence, en outre, de la garantie légale. De même enfin, l'article R 261-27 du code de la construction et de l'habitation qui prescrit que le contrat préliminaire à la vente d'un immeuble à construire « doit obligatoirement reproduire les dispositions des articles R 261-28 à R 261-31 » du même code. En matière de crédit à la consommation, la loi du 10 janvier 1978 (article 5) impose à l'emprunteur, le rappel dans l'offre de contrat des dispositions des articles 7 et 22, et s'il y a lieu, des articles 9 à 17 et 19 à 21 de la même loi en reproduisant celles de l'article 27.

De nombreux autres textes adoptent cette technique de réglementation protectrice qui tend à éclairer le contractant consommateur sur la portée de son engagement avant conclusion du contrat. Mais il est envisageable de faire plus rigoureux encore, au moins pour les dispositions contractuelles les plus importantes, c'est obliger celui que l'on veut protéger à inscrire de sa propre main les informations qu'il doit prendre en compte avant de contracter.

### b- Le recours aux mentions manuscrites

**18. - Les mentions manuscrites obligatoires.** Autre technique souvent adoptée par la loi, celle de l'adjonction, en complément du texte contractuel dactylographié, de mentions manuscrites de la main du signataire, avant sa signature. Cette technique est déjà ancienne puisqu'elle était employée, par exemple, dès 1757 dans le « Règlement de l'amirauté » qui exigeait, dans les polices d'assurance maritime que toute clause dérogatoire au droit commun soit manuscrite[27]. Ce même type de mesure est imposé pour la validité du

[26] Il impose que le contrat doive « mentionner clairement que s'applique, en tout état de cause, la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes conséquences des défauts ou vices cachés de la chose vendue ou du service rendu ».

[27] Exemple cité par Ph. DELEBECQUE, Thèse Aix, n° 122, p. 149.

cautionnement à la caution qui doit faire précéder sa signature d'une mention manuscrite portant indication de la somme en toutes lettres et en chiffres, disposition aggravée en cas de cautionnement donné dans le cadre d'une opération de crédit par les lois des 10 janvier et 13 juillet 1979. De même encore, c'est une mention manuscrite qui est exigée pour la validité de la demande de livraison immédiate de l'acheteur à crédit selon l'article 3 du décret du 24 mars 1978 qui lui fait prendre conscience que cette demande a pour effet de réduire la durée du délai de rétractation. De même encore, en matière d'acquisition d'immeuble lorsque l'acheteur ne recourt pas à un crédit, pour lui faire savoir que, s'il change d'avis à ce sujet, il ne pourra s'abriter derrière la condition suspensive de l'obtention du prêt normalement prévue par la loi (Art. 18, loi du 13 juillet 1979).

Cette technique a été critiquée en doctrine pour le caractère quelque peu archaïque qu'y ont vu certains auteurs ainsi qu'en raison des difficultés pratiques qu'elle peut occasionner, notamment lorsque le contractant consommateur ne sait pas écrire. On a donc imaginé plus radical encore pour assurer une protection complète du non professionnel, comme le recours obligatoire à des contrats types ne laissant que peu de place au consensualisme.

### c- Le recours aux modèles types

**19. - Le recours obligatoire à des modèles types de contrats**. Le souci du législateur en matière d'information s'est également exprimé par l'adoption de modèles types. L'exemple classique de cette technique est celui de l'offre de crédit qui selon la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 doit être conforme à des modèles types fixés par décret[28]. Ce mode de protection est également en œuvre dans la réglementation du contrat de construction de maison individuelle qui doit être accompagné d'une notice d'information conforme à un de

[28] Le décret du 24 mars 1978 qui a fixé 9 modèles types d'offres de crédit, texte modifié par la loi n° 84-46 du 24 mars 1984 qui a donné ce rôle au Comité de la réglementation bancaire après consultation du Conseil national de la consommation.

deux modèles type agréé par arrêté conjoint des ministres de la construction et de la consommation[29].

L'imagination du législateur, en matière de protection, s'est encore déployée dans d'autres techniques.

### d- Autres moyens *d'information*

**20. - La multiplicité des obligations informatives de toutes sortes**. Il ne faut pas oublier, d'abord, parmi les instruments législatifs assurant l'information du contractant, le marquage, l'étiquetage et l'affichage des produits et services, rendu obligatoire par, notamment, l'ordonnance du 1er décembre 1986 qui déclare que « tout vendeur de produits ou tout prestataire de services doi*t, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou* par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de vente, selon les modalités fixé*es par arrêté du ministre chargé de l'économie, après consultation du* Conseil national de la consommation. ». Bien naturellement, d'autres textes complètent cette règle initiale pour en préciser les modalités selon les types de produits ou services[30].

**21. - Les formulaires de déclaration**. Il est possible de prendre également en compte dans ce domaine les formulaires de déclaration que le débiteur de l'information doit impérativement remplir avec exactitude tels que ceux mis en œuvre dans le domaine de l'assurance pour informer l'assureur sur les risques à garantir[31].

---

[29] Arrêté du 9 novembre 1991, JO, 30 novembre 1991, JCP 1991, III, 65222.

[30] Arrêté du 29 juin 1990 pour les intermédiaires de l'immobilier ; art. 5143 du code de la santé publique pour les officines de pharmacie ; décret du 7 décembre 1984 pour les produits alimentaires.

[31] Art. 113-2 du Code des Assurances qui impose à l'assuré de « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment sur le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge, lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier […] les risques qu'il prend en charge ».

**22. - La normalisation.** Enfin, peut être également rapproché de ce souci de compléter impérativement l'information du contractant, le recours à la normalisation qui assure une présentation formelle uniforme des écrits formant contrat et de leur contenu[32].

Dans le domaine de la présente étude, le contrat de commerce électronique, c'est la première technique, celle du recours aux informations obligatoires, qui sera le plus souvent utilisée par les différentes législations européenne et nationale.

C'est donc le moment de s'attacher au domaine de cette étude et plus précisément à la définition du commerce électronique.

## B – Définition du commerce électronique

Avant que le législateur, européen puis national n'intervienne pour définir le commerce électronique (2), nous verrons ci-après que la tâche n'était pas aussi aisée que l'on pourrait le penser, la doctrine s'est efforcée de s'approcher d'une définition qui montre la multiplicité des approches possibles (1). En définitive, c'est une définition extensive qu'il paraît nécessaire de donner au commerce électronique (3).

### 1 - Définitions doctrinales

**23. - La recherche d'une définition**. Jusqu'à il y a peu, la délimitation du domaine du commerce électronique a posé un problème certain aux juristes, car les textes juridiques relatifs au commerce électronique (antérieurs à la loi pour la confiance dans l'économie numérique) ne définissaient pas la notion. Ainsi, la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, en dépit de son titre évocateur, était pour le moins imprécise à ce

[32] FOURGOUX et MIHAILOV, *La normalisation en tant qu'instrument de la sécurité des consommateurs*, in Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux,

sujet[33]. Il en était de même de la directive sur le commerce électronique au plus grand étonnement de ses commentateurs[34].

La doctrine s'est donc naturellement saisie de la question. Le résultat de ses travaux témoigne de la difficulté de l'entreprise. De multiples définitions ont été proposées sans qu'il soit possible de parvenir à l'élaboration d'une définition commune. Puis le législateur est intervenu à son tour dans le débat. En faisant le choix de définir le commerce électronique par référence à la notion d'activité économique, il a consacré une conception extensive de la notion qui se veut conforme à l'objectif de la directive sur le commerce électronique d'établir un cadre général favorable au développement du commerce électronique dans le marché intérieur.

On peut considérer cette définition peut être donnée par rapport aux moyens techniques mis en œuvre (a), par rapport au concept de contrat à distance (b), mais qu'en tout état de cause elle aboutit à rendre plus imprécis les concepts de « commerçant » et de « l'acte de commerce » pourtant au centre du droit commercial (c).

### a- Définition par référence aux moyens techniques

**24. - La définition du commerce électronique par référence aux moyens techniques**. Le plus commode, pour définir de commerce électronique, paraît être de se référer à ce qui semble constituer son originalité première, le recours à des techniques de l'informatique.

Le concept de commerce électronique est né aux États-Unis. Le projet du Federal Electronic Commerce Acquisition Team, intitulé «Streamling Procurement Through Electronic Commerce», en date du 29 avril 1994, le définit comme « *l'utilisation combinée*

[33] L'article 1er de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, intitulé champ d'application, apprend simplement qu'elle s'applique « *à toute information de quelque nature qu'elle soit, prenant forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activité commerciales* ».

[34] Voir O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Thèse PARIS II, 2001.

et optimale de toutes les technologies de la communication disponibles pour développer le *commerce de l'entreprise* »[35].

Cette première approche met l'accent sur les moyens techniques auquel le commerce électronique fait appel pour sa réalisation. On la retrouve chez plusieurs de nos auteurs. Ainsi on a proposé de définir le commerce électronique comme « le fait pour une *entreprise d'utiliser l'informatique, associé aux réseaux de télécommunications, pour agir* sur son environnement »[36]. Dans le même esprit, le commerce électronique a également été présenté comme « *l'utilisation conjointe et combinée de tous les vecteurs et de tous les* supports mis à la disposition par les télécommunications en vue de développer le *commerce de l'entreprise, au niveau national et international* »[37].

**25. - Le caractère incomplet de cette définition**. Dans ces premières définitions, le commerce électronique désigne essentiellement « *l'ensemble des échanges de données* électroniques basés sur des technologies utilisant des moyens télématiques »[38]. Cependant, nous ne pouvons nous en contenter, car elles ne disent pas en quoi cette activité consiste exactement. En fait, cette approche correspond non à une définition d'un nouveau type de commerce, mais à une nouvelle modalité d'exercice du commerce par l'utilisation des moyens informatiques pour contracter à distance, sans contact personnel direct et physique entre les parties au contrat.

C'est donc la référence au contrat à distance qui paraît correspondre à une approche convenable de la définition du commerce électronique même s'il ne s'agit pas d'une

[35] Voir B. PIETTE-COUDOL, A. BERTRAND, Internet et la loi, Paris, Dalloz, Collection Dalloz Service, 1997, p. 178.

[36] D. KAPLAN, assisté de P. LEMOINE, Internet : les enjeux pour la France, Rapport rédigé dans le cadre des travaux des commissions de l'Association Française de télématique Multimédia, (AFTEL) 1995, Paris, L'Edition, 1998, p. 93.

[37] G. HAAS, « Commerce électronique, une poudrière juridique » Juriscom.net, 10 juillet 1998, disponible sur : http://www.juriscom.net.

[38] E. CAPRIOLI, R. SORIEUL, « Le commerce électronique international : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », JDI 1997, n° 2, p. 323.

originalité spécifique puisque d'autres types de commerce s'inscrivent dans le cadre du commerce à distance sans pour autant relever du commerce électronique.

### b- Définition par référence au concept de contrat à distance

**26. - Le commerce électronique, nouvelle variété de contrat à distance**. Quelques auteurs ont entrepris de démontrer que l'expression « commerce électronique » ne recouvre en fait qu'une nouvelle catégorie de contrats à distance. Autrement dit, le commerce électronique serait une notion générique englobant tout contrat pourvu qu'il soit conclu par voie électronique tout en étant, par ailleurs, par sa technique propre, un domaine particulier du commerce à distance.

Ainsi, Madame CAHEN explique qu'il est tout à fait vain et erroné de chercher à traduire le terme anglo-saxon «e-commerce» par « activité commerciale électronique » car, aux États-Unis, ce terme signifie tout simplement « échange électronique »[39]. Elle en déduit que le commerce électronique est une expression qui ne désigne rien d'autre que l'ensemble des contrats conclus par voie électronique, quels que soient leur nature (vente, prêt, location, etc.), et leur objet (civil ou commercial). La loi uniforme sur les transactions électroniques élaborée en 1999 par la National Conference of Commissioners on Uniform State, sorte de conférence d'unification du droit aux États-Unis, confirme cette interprétation. Elle précise en effet que les termes « commerce » et « business » doivent être compris et interprétés largement comme incluant également les transactions à caractère commercial conclues entre des personnes qui, au sens d'autres lois, doivent être qualifiées de consommateur[40].

[39] M.-L. CAHEN, La formation des contrats du commerce électronique, Mémoire, Juriscom.net, septembre 1999, Disponible sur http://www.juriscom.net

[40] The Uniform Electronic Transactions Act 1999, Section 2 (12): "It is essential that the term commerce and business be understood and construed broadly to include commercial and business transactions involving individuals who may qualify as "consumers" under the applicable law"

Ce courant n'est pas majoritaire au sein de la doctrine. Il faut noter tout d'abord qu'il limite le domaine du commerce électronique à un aspect unique : la conclusion de contrats. Toutes les activités en ligne susceptibles de précéder la conclusion d'un contrat, telles l'utilisation de procédés incitatifs comme la publicité, de même que celles éventuellement liées à son exécution, sont exclues. Par ailleurs, il semble difficile de détacher complètement la notion de commerce électronique de toute idée d'activités exercées à titre onéreux. Il conviendrait au moins de considérer que « le commerce *électronique a pour objet l'accomplissement à titre habituel d'actes à titre onéreux par lesquels une personne s'engage à exécuter une obligation de faire ou de donner au profit d'une autre en échange d'une contrepartie* »[41].

Cette dernière définition, proposée par Monsieur RAYNOUARD correspond à un glissement de la notion de commerce électronique vers celle d'activité commerciale exercée par voie électronique. Cette définition correspond à une autre particularité du commerce électronique, celle de renouveler les concepts classiques de commerçant et d'acte de commerce.

### c- Atténuation du concept de « Commerçant » et de « *L'acte de commerce* »

**27. - L'atténuation du clivage entre professionnel et particulier**. En effet, définir le commerce électronique par les moyens utilisés ou par rapprochement avec le contrat à distance laisse de côté un aspect important du commerce en ligne à savoir son accès aux particuliers comme aux professionnels. Internet offre en effet à tout individu la possibilité d'accomplir à titre habituel des actes de commerce, c'est-à-dire ceux inscrits dans la liste établie par l'article L 110-1 du Code de Commerce. Le commerce électronique ne peut donc pas être défini par la seule référence à l'acte de commerce qui est, en droit français, intimement liée à la qualité de personne qui l'accomplit.

[41] RAYNOUARD, « Le concept de document contractuel appliqué au commerce électronique » précité.

Une telle référence méconnaîtrait le développement spectaculaire du « commerce électronique entre particuliers », notamment dans le domaine des biens d'occasion par le biais de site de vente aux enchères publiques type e-bay, par exemple.

Très fréquemment, dans le concret, rien ne permet à l'acheteur sur Internet de savoir s'il a en face de lui, pour lui vendre un bien ou un service, un simple particulier ou un professionnel dissimulant le caractère habituel de son activité de sorte qu'il peut se trouver, sauf preuve à apporter, dénué de la protection éditée par la réglementation à la charge des professionnels.

**28. - L'éclatement de la notion classique d'acte de commerce**. Par ailleurs, la notion classique de l'acte de commerce ne rend pas compte du volume très important d'activité déployée par les intervenants dits « civils » tels que les associations, les professions artisanales et artistiques, les professions libérales et agricoles. On sait depuis longtemps quelles sont les critiques portées contre la très ancienne définition des commerçants et des actes de commerce qui trouvent aujourd'hui, dans le commerce électronique encore plus d'acuité.

En face de ces variations doctrinales peu concrètes au sujet de la définition du commerce électronique, quelle est celle des textes ?

## 2 - Définitions législatives

**29. - La recherche d'une définition législative.** La notion de commerce électronique a fait sa véritable entrée dans le droit français par l'intermédiaire de la loi pour la confiance dans l'économie numérique en 2004 que nous examinerons plus loin. Sa définition repose sur celle d'activité économique davantage utilisée par les économistes que par les juristes. Cette notion relevait jusqu'alors du droit des affaires. Par le biais de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, la notion d'activité économique est entrée dans le Code civil.

**30. - Les travaux préparatoires.** Les travaux parlementaires menés en vue de l'adoption de la loi pour la Confiance dans l'économie numérique témoignent de la difficulté à élaborer une définition du commerce électronique qui permette d'atteindre les objectifs fixés par la directive sur le commerce électronique. Cette difficulté tient essentiellement à une ambiguïté rencontrée dans le texte communautaire qui l'a précédée. Lors des travaux préparatoires[42], les auteurs de la proposition de directive sur le commerce électronique semblent avoir envisagé le commerce électronique comme une notion couvrant l'ensemble des services de la société de l'information – ces derniers étant eux-mêmes définis par référence à la notion d'activité économique. Le titre choisi, «Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur», ainsi que la délimitation du champ d'application du texte par référence à la seule notion de service de la société de l'information, permettent de le constater. La lecture de l'exposé des motifs accompagnant la proposition initiale de directive élaborée par la Commission confirme cette approche puisque le commerce électronique y est en effet présenté comme reposant sur une activité de services de la société de l'information[43].

[42] Proposition de Directives du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du Commerce électronique dans le marché intérieur du 18 novembre 1998, COM (1998) 586 final, 98/0325 (COD) HUET, « La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 », préc..

[43] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur du 18 novembre 1998 précitée, exposé des motifs, point II.

**31. - Le commerce électronique, service de la société de l'information**. Le texte de la directive définitivement adopté le 8 juin 2000 paraît remettre en cause cette conception. Le nouvel intitulé de la directive laisse entendre que le commerce électronique n'est en fait qu'un service de la société de l'information parmi d'autres[44]. Mais le texte communautaire ne définit à aucun moment la notion de commerce électronique alors qu'il définit celle de service de la société de l'information. Au surplus, après avoir affiché l'objectif de parvenir à un niveau élevé d'harmonisation communautaire dans le domaine du commerce électronique, la directive sur le commerce électronique ne fait plus référence à cette notion pour ne traiter que des services de la société de l'information. Dans le même ordre d'idée, le considérant n° 7 de la directive dispose : «Pour garantir la sécurité juridique et la confiance du consommateur, il y a lieu que la présente directive établisse un cadre général et clair pour couvrir certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur. » Faut-il comprendre que les notions de commerce électronique et de services de la société de l'information ne recouvrent qu'une seule et même réalité dans l'esprit du législateur communautaire ?

**32. - Le choix français de la notion de commerce électronique**. Certains États membres ont pris le parti de ne pas se prononcer sur cette question lorsqu'ils ont transposé la directive sur le commerce électronique. Se conformant scrupuleusement au texte communautaire, ils ont intégré dans leur droit national la notion de service de la société de l'information et passé sous silence celle de commerce électronique. La France a fait le choix inverse. La loi pour la confiance dans l'économie numérique, en transposant la directive sur le commerce électronique, a ignoré la notion de service de la société de l'information pour définir seulement celle plus concrète de « commerce électronique ».

Quoi qu'il en soit, « *L'imprécisi*on de la notion de commerce électronique » dénoncée par certains auteurs,[45] était de nature à nuire à l'efficacité du texte que l'on

[44] Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. Le changement d'intitulé est intervenu dans le texte de la position commune arrêté par le Conseil 28 février 2000 (JOCE, no C 128, 8 mai 2000, p. 32).

[45] CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, thèse précitée, n° 7.

s'apprêtait à mettre en place en vue de favoriser le développement de cette activité par la confiance. Aussi, le législateur a tranché la question de son domaine d'application à l'occasion de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. En adoptant, sous l'influence du droit communautaire, la notion d'activité économique comme critère du commerce électronique, il a fait le choix non sans discussions parlementaires préalables[46], d'une définition plus large que toutes celles précédemment exposées.

**33. - L'activité économique, comme définition du commerce électronique**. Ainsi, l'article 14 de la Loi pour la confiance dans l'économie numérique dispose : « 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.»

Cette volonté de retenir une définition extensive du commerce électronique doit être rapprochée de l'intérêt porté par les pouvoirs publics au développement de cette activité. Elle est suivie par certains auteurs qui préconisent une définition encore plus large.

### 3 - *Proposition et adoption d'une définition extensive*

**34. - Recherche d'un concept plus large**. Au motif que le commerce électronique est susceptible de recouvrir un grand nombre d'activités extrêmement variées, mais ayant toutes comme point commun d'avoir trait à la vie des affaires, certains ont proposé une définition suffisamment large du commerce électronique pour les couvrir toutes. S'en tenir

[46] Sur le long parcours parlementaire de cette définition, voir M. DURIN, *L'offre de contrat de commerce* électronique, Thèse Université de STRASBOURG III, 2004, p. 101 et s.

à l'aspect contractuel (vente ou prestation de services à distance et par voie électronique) pour déterminer le périmètre du commerce électronique, constitue en effet pour ces auteurs, une vision trop restreinte. Il faut prendre en considération, selon eux, l'ensemble des activités qui l'entoure et s'y rattache d'une manière plus ou moins directement[47].

Aussi, le commerce électronique est entendu par eux comme « *l'ensemble des échanges d'informations, opérations et transactions* réalisés sur le réseau et qui affectent la vie des, affaires »[48]. Cette définition, très large, inclut non seulement les transactions (entendues au sens de contrat) commerciales, mais aussi les échanges d'informations, la publicité, la promotion, etc., qui représentent des activités «qui affectent la vie des affaires »[49]. Pour adopter une autre terminologie, le commerce électronique consiste en le « fait *pour une entreprise d'utiliser l'informatique associée aux réseaux de télécommunication* pour interagir avec son environnement »[50].

Cette vision large du commerce électronique s'appuie sur une représentation large de la notion d'activité commerciale considérée comme désignant toute activité économique exercée à titre professionnel par une entreprise[51]. Elle permet d'englober toutes les activités professionnelles consistant à proposer ou à mettre à la disposition de personnes des biens ou des prestations de services ainsi que toutes les activités qui les accompagnent qu'elles concernent ou non des commerçants.

---

[47] V° H. GABADOU, « De la vente à distance à l'e-business », Expertise des systèm*es d'information* 1999, n° 222, p. 413.

[48] V° E. BARBRY, « Le Droit du commerce électronique : de la protection à la confiance », RDIT 1998.14.

[49] À rapprocher de la définition donnée par l'OCDE : « toutes formes de transactions liées aux activités commerciales, associant tant les particuliers que les organisations et reposant sur le traitement et la *transmission de données numérisées, notamment texte, son et image. Il désigne aussi les effets que l'échange électronique d'information peut avoir sur les instit*utions et sur les processus qui facilitent et encadrent les activités commerciales », OCDE, Le Commerce électronique, opportunité et défis pour les gouvernements, Rapport J. SACHER, 12 juin 1997.

[50] V° D. KAPLAN (dir.) assisté de P. LEMOINE, « Internet : les enjeux pour la France », préc.

[51] « L'entreprise consiste en une organisation unitaire de moyens humains, matériels et financiers en vue d'une activité de production ou de prestation de services » BLAISE, Droit des Affaires, Commerçants, Concurrence, Distribution, n° 339.

Cette définition large permet de mieux représenter, au-delà des transactions électroniques au sens strict, l'ensemble de l'activité des entreprises qui utilisent les techniques de l'informatique pour exercer leur activité.

Ainsi défini largement, le commerce électronique justifie plus encore que toute autre forme de commerce, le recours au formalisme informatif pour assurer la protection des internautes et le développement du secteur.

## II – INTÉRÊT DE LA RECHERCHE

L'étude de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique est au cœur de l'une des problématiques du droit, à savoir son adaptation aux révolutions technologiques et aux grandes évolutions économiques. Ainsi, le droit classique a dû s'adapter, sans renier ses concepts traditionnels, à la survenance du nouvel outil d'échanges à distance que constitue l'informatique, notamment dans le domaine du commerce, et les réseaux sur lesquels il s'appuie. De même, le droit a été amené à prendre en compte l'intérêt économique attaché à la recherche du développement du commerce que permet ce nouvel outil, notamment en recherchant les conditions de la confiance des agents économiques qui y participent.

L'intérêt de l'étude se situe donc au carrefour de l'économie, l'extraordinaire développement du commerce électronique en tant qu'instrument de consommation de masse (A), de la technique législative tendant à la recherche de la nécessaire confiance dans l'économie numérique (B) et de l'adaptation du droit à la technologie nouvelle de l'informatique. (C).

## A – Extraordinaire développement du commerce électronique

Le commerce électronique apparaît comme un nouvel instrument de consommation de masse.

### 1- La mutation opérée par le commerce électronique

**35. - La consommation de masse**. Le commerce électronique se déploie dans le contexte général du développement de la consommation de masse qui est l'une des caractéristiques essentielles de nos sociétés modernes. La sociologie considère la consommation comme un acte essentiel à la vie en société. On parle d'ailleurs aujourd'hui de « société de consommation » preuve de ce qu'elle constitue un des axes majeurs de la définition d'une société. Une société de consommation[52] est une société dans laquelle l'achat de biens de consommation est à la fois le principe et la finalité de cette société. Dans une telle société le niveau moyen de revenu élevé satisfait non seulement les besoins considérés comme essentiels (alimentation, logement, éducation, santé, habillement…), mais également les besoins de seconde nécessité, voire superflus selon certains attachés aux plaisirs, aux loisirs, au simple désir d'accumulation de biens. Le symbole d'une telle société est l'objet consommable

Sans entrer dans la sphère de la philosophie et pour situer notre étude dans un contexte positif par rapport aux nombreuses approches philosophiques qui dénoncent la consommation de masse[53], il est possible d'adhérer à cette idée qu'elle représente une évolution naturelle et inéluctable des sociétés, au carrefour du progrès technique et de l'élévation du niveau de vie des classes moyennes des pays industriels. Elle correspond au désir naturel de bien-être matériel des individus. Elle est même considérée par les plus

[52] Voir la définition du petit Larousse : « société de consommation : société d'un pays industriel avancé qui crée sans cesse des besoins artificiels ».

[53] Les défenseurs du « développement durable » parlent de « consommation prédatrice » Voir le site unanpourlaplanete.org.

optimistes, puisqu'elle canalise les passions humaines, comme une condition de la paix sociale, voire de la paix tout court.

**36. - La consommation de masse en France**. En France comme dans les autres pays industriels, la croissance des « trente glorieuses » a été associée à l'émergence de la consommation de masse. Il a été montré qu'à partir des années 50, ce développement correspondait à des logiques multiples et complexes qui ont également eu leur rôle à jouer dans les autres pays industriels. Les analystes ont considéré comme des axes de cette évolution, la primauté économique nouvelle des classes moyennes présentant, par la masse de consommateurs qu'elles représentent, un besoin de consommation quasiment inépuisable, ainsi qu'une confusion croissante des catégories de citoyen et de consommateurs[54] dans la mesure où l'un des premiers soucis du citoyen moyen est de rechercher avant tout, au travers de sa participation à la collectivité politique, la prospérité matérielle collective qui lui permettra d'assurer la sienne propre.

Au fil du temps, cette consommation de masse s'est trouvé de nouvelles techniques de contact entre commerçant et consommateur, la dernière en date étant celle du commerce électronique. L'étude trouve donc son premier intérêt dans la place essentielle qu'a prise le commerce de masse dans nos sociétés.

**37. - L'évolution du contact direct à l'ordinateur**. Longtemps limité à une relation physique directe entre commerçant et consommateur, y compris lorsqu'apparurent il y a longtemps les vendeurs itinérants, de nouveaux moyens techniques ont permis au commerçant de présenter ses produits ou services à des clients éloignés, sans que l'un et l'autre soient mis en présence pour contracter.

Le développement de l'écrit papier (presse, prospectus, catalogues…) et des moyens pour le véhiculer (la poste) a représenté la première marche de cette évolution qui

[54] L. COHEN, *A consumers's republic* : The politics of consumption in postwar America, New York, A. KNOPF, 2003.

a permis aux protagonistes du commerce de contracter « par correspondance ». Le téléphone a ensuite constitué une nouvelle étape importante des contacts commerciaux en vue de contracter jusqu'à l'apparition des premiers moyens multimédia tels que, en France, le Minitel, lesquels ensemble ont conduit à dégager la notion de « contrats à distance ».

Puis est venu l'ordinateur qui, dans le domaine du commerce, conduira au concept de « commerce électronique » qui a su prendre une place importante dans les économies des pays développés en quelques décennies, grâce à son adaptabilité à toutes formes d'activités, à ses avantages pratiques ainsi qu'à sa technique de dématérialisation et de dépersonnalisation qui, ensemble, l'ont lancé sur la voie d'une croissance exponentielle.

**38. - La révolution de l'électronique.** L'introduction de l'électronique dans les échanges économiques est une mutation que beaucoup de spécialistes comparent à la révolution industrielle du XIXème siècle tant elle bouleverse fondamentalement les modes de production et de consommation. Depuis la miniaturisation du transistor dans les années 1970, l'électronique a progressivement envahi l'ensemble du système informatique et des réseaux tel internet. Le réseau internet permet à des machines reliées entre elles par des câbles de dialoguer et d'échanger des informations. Ce passage de la société dite industrielle à la société dite de l'information traduit, selon M. François Caron, la «troisième révolution industrielle ». Cette révolution est sans précédent puisqu'elle s'inscrit dans un contexte de mondialisation des échanges, dont l'une des applications les plus remarquables est le commerce· par la voie du contrat électronique. Il est difficile de mesurer toutes les transformations que présente cette révolution dans les sociétés contemporaines. Toutefois, si la société de l'information modifie la manière dont sont conclues les transactions, les moyens d'assurer l'activité économique se manifestent toujours par l'utilisation d'un outil juridique indispensable et exclusif, le contrat et les règles entourant sa conclusion qui font l'objet, s'agissant de l'obligation d'information de l'acheteur, de la présente étude.

**39. - L'adaptabilité du commerce électronique**. Tous les types d'actes juridiques peuvent être ainsi véhiculés par l'électronique. Les contrats rencontrés sur les réseaux de

télécommunications sont traditionnellement les contrats translatifs de propriété (les contrats de vente ; d'échange ; de distribution) ; les contrats de service (les contrats d'entreprise ; de mandat) ; les contrats de louage (contrats de louage de choses ; d'ouvrage) ; les contrats de services financiers (les· contrats de crédit ; d'assurance) ; les contrats aléatoires (les contrats de jeux et paris) ; les contrats conclus à titre gratuit (dans la mesure où leur gratuité est soumise à la visualisation de la publicité) ; les contrats relevant de la propriété intellectuelle (les contrats d'édition, de licence d'utilisation), etc. Il est d'ailleurs difficile d'établir une liste exhaustive des divers types de contrats électroniques rencontrés sur les réseaux, sujette à constante évolution.

### 2- *L'intérêt pratique et économique du commerce* électronique

**40. - L'intérêt pour l'acheteur et le vendeur**. Le commerce électronique représente, sans le moindre doute, la forme la plus achevée du commerce à distance. Pour l'acheteur c'est bien naturellement la facilité offerte de pouvoir rechercher, sans déplacement physique, sans la pression des vendeurs, la marchandise ou le service désiré au sein d'un choix élargi et avec de grandes facilités, de comparer les caractéristiques des produits et leurs prix. Pour le vendeur, professionnel ou non, il permet un accès aisé au marché, la possibilité d'entrer en contact avec un très grand nombre d'acheteurs possibles. C'est, pour le professionnel, un mode de distribution souple permettant, sans les frais de structure du commerce traditionnel, de se développer plus rapidement.

**41. - L'intérêt pour les pouvoirs publics**. Aux yeux des pouvoirs publics il s'agit, considéré globalement, d'un mode de distribution de masse[55] dont les enjeux économiques doivent être pris en compte, tant au niveau du volume des échanges qu'il représente et de leur progression que de l'avantage qu'en tire l'économie, sur le plan de la concurrence. Il s'agit en fait d'un enjeu économique majeur et, pour en consacrer l'importance, il suffit de constater qu'un poste de ministre chargé de l'économie numérique a été créé pour prendre en compte ce secteur de l'économie.

[55] D. FERRIER, « La distribution sur Internet », JCP E 2000 ; Droit de la distribution, LITEC, 2002.

### 3- Originalité du commerce électronique

Outil juridique du commerce électronique, les contrats du commerce électronique sont originaux en raison de leurs modalités de conclusion. Ces modalités de passation des contrats sont en effet à l'origine de trois conséquences qui ensemble confèrent aux contrats du commerce électronique une originalité toute particulière.

**42. - La dématérialisation du contrat**. En premier lieu, la passation des contrats par voie électronique affecte leur forme. En effet, la conclusion en ligne des contrats ne permet pas d'établir un contrat écrit au sens classique du terme, c'est-à-dire dressé sur un support de papier, destiné à laisser la trace de cet épisode important de la formation du contrat : l'échange des consentements, grâce à la rédaction des termes de l'accord et à l'apposition par les parties d'une signature exprimant leur volonté de les approuver. La disparition du support matériel et par voie de conséquence la séparation de l'information donnée à l'acheteur et des données constitutives de l'accord constituent ce phénomène marquant des échanges électroniques que l'on appelle la «dématérialisation » du contrat.

**43. - La dépersonnalisation du contrat**. Les contrats du commerce électronique sont, en second lieu, des contrats conclus à distance, entre des parties, personnes physiques ou morales, qui ne se trouvent pas en un même lieu géographique lors de l'échange du consentement. Les parties à un contrat du commerce électronique, conclu via les réseaux planétaires ouverts au grand public, ne se connaissent pas nécessairement, pas plus qu'elles n'ont obligatoirement de certitude quant à la localisation géographique l'une de l'autre. C'est ce qu'il est convenu d'appeler la « dépersonnalisation » du contrat.

**44. - La dimension internationale du contrat**. La passation des contrats par voie électronique donne, en troisième lieu, à ces derniers une dimension internationale incontournable, tout au moins pour ceux qui sont destinés à être conclus sur les réseaux fonctionnant à l'échelle planétaire, tel que le réseau Internet dit du World Wide Web.

Ces trois particularités du contrat du commerce électronique ne sont pas nouvelles en elles-mêmes, considérées isolément, mais c'est leur rencontre : dématérialisation, dépersonnalisation et dimension internationale, qui « constitue une des sources majeures de l'*originalité* de ces contrats »[56].

Pour le surplus, en dehors de cette particularité liée à la technique de formation, les contrats du commerce électronique sont, par ailleurs, ce qui leur donne une double nature, des contrats classiques de notre droit des obligations tels que vente, bail, louage d'ouvrage, pour ne citer que les plus fréquents. Tous les domaines de la vie juridique sont donc concernés même si la vente apparaît, à ce jour, comme le contrat de commerce électronique dominant. Le contrat de commerce électronique semble avoir vocation à s'adapter à tous les types d'activités commerciale et c'est sans doute une des raisons qui explique son développement économique.

### 4 – Les chiffres

**45. - Les chiffres exprimant ce développement**. Malheureusement, il n'existe pas de statistiques économiques officielles globales et claires au sujet du poids du commerce électronique notamment parce que de nombreuses entreprises parmi les plus importantes qui y ont recours sont également établies dans des installations commerciales traditionnelles ou exercent parallèlement la vente par correspondance de sorte qu'elles ne publient pas de chiffres distincts pour les deux types de techniques de commercialisation[57].

Le caractère « transversal » du commerce électronique qui se déploie selon des pourcentages très variés dans l'ensemble des branches de l'économie gène également la collecte d'informations globales.

[56] F. MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, Thèse PARIS I, 2005, page 21.

[57] On appelle parfois en terminologie anglo-saxonne les entreprises qui proposent complémentairement la vente en magasin et la vente en ligne, les distributeurs « click and mortar » (des clics et du mortier).

Les sources en la matière ont donc le caractère de sondages et non de chiffrage exhaustifs. Elles sont constituées d'associations privées telles que la FEVAD[58] (Fédération de l'E-commerce et de la Vente A Distance) ou l'Association pour le Commerce et les Services en Ligne (ACSEL) sur le site desquelles il est possible d'obtenir communication de chiffres qui ne sont donc jamais que des extrapolations tirées des données économiques fournies par leurs adhérents.

**46. - Des taux de progression spectaculaires**. L'importance prise progressivement par le marché du commerce électronique, d'année en année, en annonçant des taux de progression spectaculaire est incontestable. En reprenant les chiffres publiés dans le cours des dernières années[59] et qui sont donc à considérer avec une certaine circonspection, le niveau du commerce électronique augmenterait depuis plusieurs années à un rythme supérieur à 20 % (33 % en 2006 et 9 milliards d'€ en volume ; 26 % en 2009 et 25 milliards d'€ en volume).

En 2010, le commerce en ligne a progressé de 24 %, tiré notamment, par « l'explosion » du nombre de sites marchands et par l'augmentation impressionnante du nombre d'acheteurs en ligne[60] et ceci malgré un léger recul, dans le même temps, du commerce de détail considéré dans son ensemble (- 1,4 %). L'augmentation du nombre de sites marchands se serait établie à + 28 % avec 17.800 nouveaux sites portant le total des sites actifs à 81.900[61]. Les 40 principaux sites français ont augmenté leur chiffre d'affaire de + 15 % ce qui montre l'impact des nouveaux internautes de + 12 % portant leur nombre

[58] Les statistiques de la FEVAD sont tirées des informations collectées auprès de 37 sites pilotes choisis parmi les plus importants.

[59] Cf. le site www.cyberlog-corp.com.

[60] Cf. le site www.contrepoints.org. Commerce électronique en France, 24 janvier 2011.

[61] L'augmentation du nombre de sites marchand était de 11.800 en 2008 et 17.000 en 2009.

total à 27,3 millions de personnes[62] qui réalisent en moyenne, chacun, 12 transactions par an, pour un montant moyen de 91 €.

**47. - Les évolutions récentes.** La dernière évolution sensible correspond à l'apparition sur le marché du commerce électronique, des « TPE » (très petites entreprises) qui représentent, en 2010, 15 % du marché environ et qui investissent plus particulièrement le domaine des services et du commerce. Les grandes évolutions permettent de constater qu'entre 2001 et 2010, les femmes qui ne représentaient que 24 % des internautes ont rattrapé les hommes en 2010 avec 49 % contre 51 %.

On sait que, pour ce qui concerne la vente de biens, les secteurs les mieux représentés sont ceux de la vente de biens culturels (CD, DVD, livres, etc.), d'appareils technologiques (informatique, photo numérique, hi-fi, etc..), de séjours touristiques et voyages (billetterie des trains et avions, locations immobilière ou hôtelière, etc. ), de produits de grande consommation (achats vers les supermarchés en ligne), de produits d'imprimerie (cartes de visites, plaquettes, supports commerciaux, etc.) et enfin de produits pour l'habitat (vêtements, puériculture…).

Il existe également des produits vendus en ligne exclusivement pour les professionnels (« B 2 B ») comme le vin, les matériels informatiques pour les bureaux d'étude, le matériel BTP, les véhicules utilitaires, etc. Enfin, de nombreux sites offrent des services en ligne : développement de photographies numériques, téléchargement de musique, vente aux enchères entre particuliers, location de DVD, VOD (vidéo à la demande), banque en ligne, assurance en ligne, presse en ligne, etc.

Au total, ce seraient, chaque année, base 2010, 277,8 millions de transactions qui interviendraient par voie électronique, constituant donc autant de contrats du commerce

[62] Une étude de l'organisme de sondage « Médiamétrie » considère quant à elle un chiffre de 38 millions d'internautes sur 2010, preuve de ce que les chiffres sont à appréhender avec prudence notamment parce qu'il est difficile de distinguer un simple internaute occasionnel d'un véritable acheteur en ligne habituel.

électronique relevant de notre étude. Cette activité procurerait des emplois à 60.000 personnes directes ou indirectes en « équivalent temps plein ».

**48. - Les perspectives d'avenir**. On considère que les marges de progression demeureront encore considérables pour de nombreuses années puisque près de 50 % des entreprises ne seraient pas encore inscrites sur le web pour y faire commerce, tandis que, dans le même sens, le commerce électronique ne représente, environ, que moins de 5 % de l'ensemble du volume d'activité du commerce national de détail considéré globalement[63]. Selon la FEVAD, la progression du commerce électronique devrait se poursuivre pour atteindre un volume de transactions de plus de 45 milliards d'€ en 2012. Ces chiffres permettent de comprendre l'attention toute particulière du législateur à l'égard du commerce électronique et sa volonté d'en permettre le développement par la confiance des consommateurs.

C'est pour prendre en compte cette nécessité de protection que le législateur est intervenu de manière de plus en plus complète en mettant en œuvre diverses méthodes qui avaient déjà fait leurs preuves notamment dans le cadre de la réglementation des contrats à distance et tendant à protéger le contractant par une obligation d'information, le formalisme informatif. En fait, il sera possible de constater, dans le fil de cette étude, que l'obligation d'information connaîtra, à l'occasion de la réglementation du commerce électronique, une véritable « explosion ».

## B – Exigence de la confiance des consommateurs et obligation d'information

**49. - La confiance comme objectif assigné à l'obligation**. L'apparition d'internet s'est aussitôt présentée pour le législateur comme une sorte de défi, celui « *d'intégrer ce*

[63] Cf. site Wikipedia : « Commerce électronique français », à jour au 17 février 2011.

*phénomène nouveau dans l'environnement juridique* »[64] qui déjà, en 2003, concernait « un dixi*ème de l'humanité* »[65]. Il s'agissait, pour les membres du Parlement, de préparer un texte qui permette, tout en remplissant avec retard[66], l'obligation de faire entrer dans le droit interne les dispositions de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, de créer les conditions du développement du commerce électronique déjà perçu comme « un secteur majeur du développement économique des sociétés contemporaines »[67] dont on évoquait « *l'émergence irrésistible* »[68]. Le rapport de la Commission des Affaires Economiques, de l'Environnement et du Territoire[69] qui présentait le projet de loi à l'Assemblée indiquait : « *Le présent projet de loi vise donc à promouvoir le commerce électronique, et s'attache* pour cela à créer les conditions de la « *confiance dans l'économie numérique* » comme l'indique son titre. En ce qui concerne les informations fournies par les commerçants en ligne, on évoquait un sentiment d'insécurité : « *Un sentiment d'insécurité subsiste. Celui*-ci *est lié au manque d'informations sur l'identité et la preuve de l'existence réelle de l'entreprise offrante,* les caractéristiques du bien ou service offert, la loi applicable en cas de différends avec le vendeur et la valeur juridique des engagements pris en ligne. »[70]

La loi LCEN que nous examinerons dans le cours de cette étude puisqu'elle est au cœur du sujet, correspondait, dans l'esprit du législateur, à une sorte de « remise au pas » du commerce informatique et plus généralement de l'internet, en le pliant à l'ensemble des législations déjà en œuvre, en l'intégrant dans l'état du droit national pour qu'il s'y fonde sans y apparaître comme une exception et un danger. C'est un des intérêts majeurs de cette étude que d'examiner si la loi a rempli son objectif. C'est l'interrogation que nous poserons en conclusion.

---

[64] *Rapport de la Commission des Affaires Economiques, de l'Environnement et du Territoire sur le projet de Loi (n° 528) pour la confiance dans l'économie* numérique, texte disponible sur le site de l'Assemblée nationale, http://www.assemblee –nationale.fr.

[65] Ibid.

[66] Le délai fixé par la Directive expirait normalement le 17 janvier 2002.

[67] Rapport précité.

[68] Ibid.

[69] Le rapport précité.

[70] Rapport au Premier Ministre de Monsieur le Député C. PAUL, Du droit et des libertés sur internet, Collection des rapports officiels, La documentation française, 2001, p. 36.

## III – CONSTRUCTION DE LA RECHERCHE

Cette construction s'articule autour de deux grands axes de réflexion : l'inventaire des textes pour démontrer l'explosion de cette obligation d'une part, et d'autre part, l'étude du régime et du domaine de cette obligation d'information qui révélera son implosion.

### A – Inventaire des textes, contenu et qualification de l'obligation : l'explosion de l'obligation d'information

L'étude suppose un inventaire exhaustif des sources de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. Nous verrons que ce n'est pas chose aisée, car rarement le législateur, qu'il soit européen ou national, n'a été aussi prolixe qu'à l'apparition de ce nouvel outil que représentait le commerce électronique et à l'égard duquel il a multiplié des textes édictant de très nombreuses obligations d'information nouvelles à la charge du commerçant au point qu'il sera possible de parler de véritable explosion de l'obligation d'information.

### B – Régime et domaine de l'obligation et sanctions : l'implosion du régime de l'obligation d'information

En revanche, force est de constater que les mêmes textes, surtout soucieux de créer la confiance, ont largement laissé hors de leurs préoccupations l'élaboration de règles spécifiques assurant la clarté du régime des obligations d'information, tant en ce qui concerne le domaine d'application des textes que les sanctions susceptibles de mise en œuvre ce qui nous a amené, par antithèse, à évoquer, en seconde partie, l'implosion du régime de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique.

# PARTIE 1
# L'EXPLOSION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

**50. - L'extraordinaire foisonnement des textes**. En ce qui concerne l'obligation d'information, la première réaction du juriste après avoir rassemblé longuement les textes susceptibles de régir les contrats du commerce électronique au plan de l'obligation d'information est de s'effrayer quelque peu devant leur nombre et leurs origines multiples. L'impression que laisse ce travail d'inventaire est celle d'une superposition de textes ou éléments de droit positif qui se déploient du général vers le particulier en se cumulant. La première strate serait constituée, pour tous les types de relations contractuelles, par la jurisprudence générale s'appuyant, pour créer une obligation générale d'information précontractuelle, sur de grandes règles de droit du Code civil (vices du consentement, responsabilité civile). Sur cette première strate reposerait celle des textes du droit de la consommation (contrats à distance, démarchage…) applicables à des types génériques de contrats particuliers, définis par une technique particulière et assumant un objectif de protection. Viendraient ensuite, sur un troisième niveau, les règles qui sont au centre de la présente étude, relatives au contrat de commerce électronique et plus particulièrement à l'obligation d'information et qui ne sont, ainsi qu'il sera vu plus loin, qu'une variété de contrats à distance. Enfin, sur le quatrième niveau, ses rencontrent de très nombreuses réglementations s'appliquant à des types d'activités ou de produits et services particuliers exigeant, de par leur nature même des obligations d'information spécifiques.

**51. - L'explosion de l'obligation d'information**. L'impression laissée par cet inventaire impressionnant est celle d'une véritable « explosion » de l'obligation d'information à l'occasion de la réglementation du commerce électronique. Le premier objet de cette étude est donc de présenter les sources de l'obligation d'information dans leur pluralité (Titre 1) et la diversité du contenu de l'obligation d'information (Titre 2).

# TITRE 1
# LA PLURALITÉ DES SOURCES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

**52. - Le foisonnement des sources**. Aborder l'inventaire des sources de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique suppose de répondre à la question : « où chercher ? ». Si l'on compare, par exemple, le commerce électronique au démarchage, autre mode de commercialisation, force est de constater que la recherche des sources en ce qui concerne le démarchage est singulièrement simple alors que, d'emblée, les sources de la réglementation du commerce électronique, en particulier celles de l'obligation d'information, apparaissent extraordinairement foisonnantes. Toutes les sources traditionnellement envisagées coexistent et s'associent pour, ensemble, former ce qu'il est possible d'appeler le droit du commerce électronique : le droit positif élaboré décennies après décennies par les tribunaux en ce qui concerne l'obligation d'information, les textes européens et leurs mises en œuvre nationales, dispersés en fonction des activités réglementées séparément, les textes multiples du droit de la consommation et les règles dégagées par les professionnels eux-mêmes. Il y aura donc lieu de montrer la manifestation de cette pluralité des sources de l'obligation d'information (chapitre 1) avant de se pencher sur le contenu de l'obligation d'information dans toute sa diversité (chapitre 2)

# CHAPITRE 1

# MANIFESTATION DE LA PLURALITÉ DES SOURCES

**53. - Les règles d'origine professionnelle ou « soft law »**. Avant même toute intervention du législateur, les professionnels se sont préoccupés de créer un lien de confiance avec les consommateurs en mettant en œuvre des cahiers des charges de nature contractuelle permettant aux professionnels qui s'engagent à les respecter et qui les respectent effectivement dans le cadre de contrôles systématiques, à revendiquer l'usage de labels, de certificats, autour desquels une communication sous forme de publicité fait connaître les garanties offertes par leurs sites en termes d'information, de facultés de retour, de sécurité de paiement, par exemple. L'ensemble de ces règles d'origine professionnelle a été dénommé « Soft law » par les auteurs anglo-saxons et nous n'en envisagerons qu'un bref aperçu, avant de nous consacrer au « Hard law », c'est-à-dire au droit au sens classique.

## Section préliminaire

## la « soft law »

On peut noter, dans ce cadre du soft law, la pratique des certifications et labels ( §1) et les marques collectives et autres signes de qualité, offerts à l'attention des internautes (§2).

### § 1 : La certification, les labels

**54. - Les marques de qualité et certifications.** L'absence de confiance des consommateurs dans la qualité et l'identité de leurs prestataires est communément admise comme constituant un frein puissant au développement du commerce électronique. Aussi,

est-il apparu aux yeux de beaucoup que des marques de qualité pouvaient être de nature à asseoir la confiance des consommateurs. 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. En tant que fixant des normes de qualité, les organismes de certification doivent également être considérés, au moins par influence et exemplarité, comme participant aux sources de l'obligation d'information.

### A - La certification WEBCERT de l'AFAQ

**55. - La certification Webcert**. 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 en ligne. 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 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 propre à la certification. Les sites certifiés sont référencés sur le site www.webcert.org. Le coût de la certification est d'environ 8000 €. Bien naturellement, la conformité du site aux règles de certification est suivie dans le temps.

### B - La certification « WEBVALUE » du Bureau VERITAS

**56. - La certification Webvalue**. 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 jour régulières sécurisées par mot de passe, antivirus, 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. De nombreuses sociétés, dont le marchand de vin chateauonline.com et le libraire Alapage, par exemple font déjà apparaître leur label crypté les homepages de leur site tandis que de nombreuses autres sont en cours d'audit. 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 sur lequel l'internaute peut prendre connaissance des garanties qu'il lui apporte sur tous les points de contrôle prévus par la certification .

### C - La certification Elite Site Label

**57. - La certification Elite Site Label**. LGC est un cabinet de conseil en informatique En partenariat avec le 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 €. 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.

## § 2 : Les marques collectives et autres signes de qualité

**58. - La marque collective.** 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 de 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).

**59. - Le marquage communautaire.** Enfin, 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 communautaire[71]. 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.

Ces règles d'origine professionnelle coexistent avec les dispositions du droit au sens habituel du terme et participent à la pluralité des sources, même si, par nature, elles n'ont pas vocation à régir de manière générale tous les contrats du commerce électronique, comme le font les textes du droit entendu en son sens habituel. Dès avant l'apparition des législations dites consuméristes, les tribunaux, en se fondant sur les vices du consentement ou sur les règles de la responsabilité civile, ont dégagé les grandes lignes d'une obligation générale précontractuelle d'information (Section 1). Sont venus ensuite les textes du droit de la consommation (Section 2) puis les textes sur le commerce électronique (section 3).

[71] 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.

## Section 1

## L'obligation générale d'information précontractuelle

**60. - L'obligation d'information, un problème ancien**. De tout temps, on a vu dans l'introduction que Cicéron en faisait déjà une question importante, le droit des contrats a exigé la prise en compte de l'information des parties dans l'appréciation de la validité de leur consentement.

Il est opportun de situer la présente étude sur l'obligation d'information dans le commerce électronique dans le contexte global de l'obligation d'information telle que, bien avant que n'existe internet, les tribunaux (§ 1) et la loi (§ 2) l'avaient déjà mise en œuvre dans de nombreuses situations.

### § 1 – *L'obligation prétorienne d'information*

**61. - L'obligation d'information dégagée par la jurisprudence**. En s'appuyant tantôt sur les articles du Code civil relatifs aux vices du consentement (A), tantôt sur les règles de la responsabilité civile des articles 1147 et 1382 (B), la jurisprudence s'est efforcée de mettre en œuvre une obligation d'information précontractuelle de nature à trouver application dans tous les types de contrat.

#### A - L'obligation d'information dégagée sur le terrain des vices du consentement

**62. - L'instrument de la théorie des vices du consentement**. Depuis longtemps la jurisprudence s'est fixée, dans l'application de l'article 1116 du Code civil qui définit le dol, sur l'existence d'une obligation d'informer loyalement le cocontractant et qui permet de sanctionner le silence gardé par l'une des parties, même en l'absence de toute

manœuvre positive. Cette règle de droit positif s'est dégagée dans le fil d'une longue évolution jurisprudentielle qui a élaboré le concept de « réticence dolosive »[72]. Il a fallu pour cela, au terme de longues hésitations, que les juges d'abord attachés à la pensée classique selon laquelle le silence figurait parmi les habiletés permises lors de la conclusion d'un contrat[73], renoncent à la notion de « manœuvres » inhérentes à la définition du dol pour finir par admette que le simple silence gardé par l'une des parties sur un fait qui, s'il avait été connu du cocontractant, l'aurait conduit à ne pas contracter[74]. Bien naturellement, le terme de « réticence » suppose la mauvaise foi de celui qui garde le silence.

**63. - L'obligation précontractuelle de renseignement fondée sur la morale**. La doctrine a d'abord expliqué, comme fondement à cette nouvelle jurisprudence qui, depuis, ne s'est jamais démentie, la morale, c'est-à-dire la bonne foi ou la loyauté selon les termes du langage commun, mais un tel fondement moral était de nature à faire perdre au dol son « individualité technique »[75]. C'est pourquoi la doctrine s'est ensuite tournée vers la notion « *d'obligation d'information préexistante* »[76]. De très nombreuses décisions sont venues s'inscrire dans ce contexte notamment sous le vocable d'obligation précontractuelle de renseignement pour sanctionner des réticences sur le fondement du dol même s'il est vrai que les tribunaux sont demeurés attachés à la notion de mauvaise foi, souvent retenue du seul fait de la réticence, et tout particulièrement pour interdire à l'auteur de la réticence de reprocher à son cocontractant de ne pas s'être suffisamment informé de lui-même.

**64. - La notion de réticence**. De la même manière, les tribunaux ont admis que l'erreur sur substance provoquée par une rétention d'information peut être de nature, si elle n'est

---

[72] Sur cette évolution jurisprudentielle, voir notamment J . GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3ème éd. L.G.D.J. 1993, n° 535 et s.

[73] Voir BEUDANT, Droit civil, tome VI, n° 136 et s. « dissimuler, user de réticences ou profiter de *l'ignorance d'autrui, sans d'ailleurs avoir contribué à induire en erreur, n'est pas un dol car le dol est un* fait actif tandis que la dissimulation est un fait négatif ».

[74] La première pierre de cette jurisprudence a été posée par un arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1971, bull. civ. III, n° 38, p. 25.

[75] J. GHESTIN, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », D. 1972, Chron. p. 247.

[76] Ibid.

pas inexcusable, à justifier l'annulation du contrat ou l'allocation de dommages et intérêts. Il faut pour cela que la réticence porte, puisque c'est la condition prévue par le texte de l'article 1110 du Code civil, sur une qualité substantielle du bien ou du service en cause et qu'elle ait été déterminante du consentement de la personne victime de l'erreur. La seule véritable difficulté résultant de cette prise en compte de la réticence dans le domaine de l'erreur vice du consentement a été soulevée par Mme FABRE-MAGNAN selon laquelle le domaine de l'obligation d'information devrait demeurer limité « à la propre prestation *du débiteur de l'obligation* » et ne saurait s'étendre à la prestation d'autrui[77]. Sur cette proposition, les auteurs se sont partagés entre partisans et opposants et cette polémique paraît sortir du cadre de la présente étude qui se borne à rappeler, en dehors du contrat de commerce électronique, les grandes lignes du droit positif.

Mais c'est surtout sur le terrain de la responsabilité civile que le concept d'obligation précontractuelle d'information ou de renseignement a trouvé son essor.

### B – Obligation d'information dégagée sur le terrain de la responsabilité civile

En dehors de toute législation spéciale imposant une obligation d'information dans certains types de contrats particuliers, telles que celles qui seront évoquées plus loin, les tribunaux ont mis en œuvre les principes de la responsabilité contractuelle attachée à l'information précontractuelle dans toutes sortes de contrats.

**65. - L'application générale de l'obligation d'information**. On rencontre l'obligation d'information, telle que résultant de la jurisprudence, dans les contrats de vente[78], de

[77] M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse PARIS I, 1991, n° 188 et s.

[78] Obligation pour le vendeur d'un immeuble de renseigner l'acquéreur de l'installation prochaine d'une porcherie à proximité, Civ. 3ème 2 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 21.

cautionnement[79], de mandat[80], de vente d'actions[81], de franchise[82], de crédit-bail[83], etc. Bref, tous les contrats peuvent être concernés sous couvert de motivations telles que celle trouvée dans un arrêt de la Cour d'appel d'AIX EN PROVENCE: « attendu que dans tout *contrat, l'un des contractants a l'obligation de renseigner exactement l'autre sur les* données essentielles du contrat et plus généralement sur celles que ce dernier a intérêt à connaître. »[84] Pendant la période de formation du contrat, l'obligation d'information participe de la définition des termes de l'accord et va jouer comme une technique d'aide à la préparation et à l'élaboration du projet de contrat. Les parties à ce projet n'ayant pas toujours les mêmes capacités de négociation et de discussion et pouvant se trouver dans une situation de déséquilibre en face de l'information nécessaire, elle a pour rôle d'y pallier.

**66. - L'appréciation différenciée selon les personnes et les contrats**. Il est inutile sans doute de rappeler que cette obligation d'information qui vise tous les contractants quelle que soit leur nature, même les non professionnels[85], concerne plus lourdement les professionnels lorsqu'ils contractent avec des profanes[86]. Par ailleurs, cette obligation d'information dégagée par les tribunaux est envisagée plus lourdement par les tribunaux dans certains types de contrats, tel le contrat d'adhésion faute de confrontation réellement possible entre les cocontractants. Nul doute que, pour la même raison, la même sévérité serait appliquée dans le domaine du contrat de commerce électronique.

---

[79] Le silence d'une banque à l'égard de la caution sur l'insolvabilité du débiteur principal est dolosif, Civ. 1ère, 8 décembre 1987, JCP, 1988, II, 17120.

[80] Agent immobilier reconnu débiteur d'une obligation d'information à l'égard de son mandant, Civ. 3ème, 8 janvier 1975, Bull. civ. III, n° 1, p. 1.

[81] VERSAILLES, 17 juin 1987, Bull. Joly, Droit des sociétés, 1987, p. 780 : le cédant a le devoir d'informer le cessionnaire de la situation exacte de la société.

[82] COLMAR, 9 mars 1990, D. 1990, p. 56, note Burst.

[83] AIX EN PROVENCE, 21 octobre 1988, Bull. Aix, n° 106.

[84] Même arrêt.

[85] Voir par exemple, Cass. 24 novembre 1976 : « celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements nécessaires qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son partenaire », Bull. civ. III, n° 370, p. 291.

[86] De très nombreuses décisions illustrent ce propos.

Dans le même temps que prenait place cette évolution jurisprudentielle, le législateur, de son côté, introduisait au cas par cas, dans différentes législations protectrices, une obligation d'information.

## § 2 : Les innombrables interventions législatives

**67. - Le développement législatif de l'obligation d'information**. Progressivement, le législateur soucieux de protection du consommateur a mis en œuvre de nouvelles obligations d'information précontractuelle à mesure qu'intervenaient dans le commerce de masse de nouveaux types de contrats (A) ou de nouveaux types de produits (B). Les textes ainsi intervenus sont innombrables et leur inventaire exhaustif est difficile.

### A - Textes liés à des types de contrat particuliers

**68. - Le démarchage**. Les opérations de démarchage ont bien naturellement amené le législateur à intervenir pour protéger les consommateurs au regard d'une technique de commercialisation jugée comme agressive[87]. Nous aurons l'occasion de voir plus loin que l'on s'est interrogé sur la question de savoir si le commerce électronique était de nature à constituer un démarchage et à entrer dans les prévisions des textes qui le réglementent sous toutes ses diverses formes : Démarchage en matière de prêt d'argent (Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966[88]) qui impose des précisions relatives à l'identité de l'établissement prêteur et au coût du crédit ; démarchage financier relatif au démarchage en vue d'opérations sur les valeurs mobilières régi par la loi du 3 janvier 1972 et le décret 77-781 du 22 août 1972 qui prévoient la remise d'une notice d'information de présentation et de contenu obligatoire ; le démarchage en vue de placement divers régi par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983[89] modifiée par la loi du 14 décembre 1985[90] portant sur le développement des

[87] Voir CALAIS-AULOY, « les ventes agressives », D. 1970, chron. p. 37.

[88] JO du 29 décembre 1966, modifiée par la suite par les lois n0 72-6 du 3 janvier 1972, n° 75-601 du 10 juillet 1975, n° 79-596 du 13 juillet 1979, n° 85-1321 du 14 décembre 1985 et n° 89-1010 de décembre 1989.

[89] JO du 4 janvier 1983.

investissements et la protection de l'épargne qui prévoit une information obligatoire dont le contenu a été précisé par le décret n° 83-358 du 2 mai 1983[91] ; le démarchage et la vente à domicile dont nous réservons l'examen à un autre emplacement de l'étude dans la mesure où il paraît s'approcher du commerce électronique.

**69. - Le crédit**. Les opérations de crédit régies par deux séries de réglementations distinctes selon qu'il s'agit de crédit mobilier régi par la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 ou immobilier régi par les dispositions de la loi n° 79-586 du 13 juillet 1979 qui fixent l'une comme l'autre les modalités d'une information précontractuelle rigoureuse notamment par la mise en œuvre d'une offre de prêt au contenu impératif ; le contrat de cautionnement également assorti d'une obligation d'information lorsqu'il porte sur un crédit mobilier ou immobilier relevant de ces deux dernières lois complétées par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, étendue aux cautionnements donnés dans le cadre du crédit aux entreprises par la loi du 1er mars 1984.

**70. - Le Contrat d'assurances**. Le contrat d'assurances, assorti depuis la loi du 13 juillet 1930 jusqu'à la loi du 31 décembre 1989[92] d'obligations d'informations inscrites dans le Code des Assurances[93] et complétées de manière spécifique pour certains contrats d'assurance (assurance de groupe[94], assurance sur la vie[95]) ;

**71. - Les très nombreux autres contrats assortis d'obligations d'information**. Le contrat de cession de fonds de commerce régi par la loi du 29 juin 1935 comportant en son article 12 les mentions informatives obligatoires ; vente d'immeuble à construire (loi n° 67-3 du 3 janvier 1967) dont l'article 7 énumère très en détail les informations que doit

[90] JO du 15 décembre 1985.

[91] JO du 3 mai 1983.

[92] Article 8 devenu Art L 112-2 du Code des Assurances.

[93] Voir les articles L 112-4 (identité des parties, chose ou personne assurée, prise d'effet et durée de la garantie, montant, etc…) L 112-4 (information sur les déchéances) etc…

[94] Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989.

[95] Loi du 7 janvier 1981.

comporter le contrat ; contrat de constructions de maisons individuelles régi par la loi du 19 décembre 1990 dont les dispositions ont été inscrites dans le code de la construction[96] qui ajoute à des obligations d'information, la communication en annexe au contrat d'une « notice descriptive » de contenu impératif ; contrat de sous-traitance régi par l'article L 231-13 du code de la construction qui oblige l'entrepreneur général à informer le sous-traitant ; le contrat de bail d'habitation pour lequel la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 prévoit des mentions obligatoires sur l'étendue des droits du locataire et la portée de ses engagements ; le contrat d'intégration agricole régi par la loi du 6 juillet 1964 ; les contrats de distribution régis par la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite loi Doubin, applicable en matière de franchise ou de concession commerciale et qui impose une obligation précontractuelle complète et sincère ; le contrat de courtage matrimonial réglementé par la loi du 23 juin 1989 qui doit comporter certaines informations prescrites à peine de nullité ; loi sur l'enseignement à distance du 12 juillet 1971 ; Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 sur l'offre de voyage ou de séjour ; etc. sans doute plusieurs textes de cette nature ont été oubliés dans cette liste.

Il était important rappeler ces textes sachant que, ainsi que nous le verrons plus loin, de tels contrats peuvent s'inscrire, pour la plupart, dans le cadre du commerce électronique et sont donc susceptible de les faire relever de différentes réglementations cumulables.

Si le législateur s'est intéressé à des types de contrats justifiant une protection par la création d'une obligation d'information, il a été amené, également, à prendre en considération des produits ou services particuliers.

### B - Textes liés à des produits ou des services déterminés

**72. - L'obligation d'information liée à un produit ou un service particulier**. L'obligation d'information peut être liée, non plus cette fois à un type particulier de

[96] Code la construction, articles L. 231 et suivants.

contrat, mais à un produit ou service déterminé. On trouve dans les textes des dispositions de portée générale (1), des textes liés à des catégories particulières de produits (2) et enfin des textes édictés à raison de dommages qu'ils peuvent causer (3).

### 1- Dispositions de caractère général

**73. - Le droit général de réglementer par décrets ou arrêtés**. L'article 11 de la loi de juillet 1905, modifié ensuite à plusieurs reprises[97], autorisait le gouvernement à fixer par voie réglementaire des mesures relatives à l'information des consommateurs en ce qui concerne notamment les modes de présentation des produits, les inscriptions dont ils peuvent être revêtus, les emballages, les factures, les documents commerciaux ou documents de production.

### 2- Textes particuliers

**74. - Les innombrables textes inscrits dans ce droit général**. Dans le cadre de cette délégation, de nombreux textes particuliers ont été pris. On peut mentionner sans que l'énumération soit exhaustive : le décret n° 84-1147 du 7 décembre 1984 tel que modifié par décret n° 91-197 du 19 février 1991 qui interdit toute information au consommateur invoquant de manière positive les résultats possibles des produits médicamenteux et précisant les informations obligatoires qui doivent figurer sur les emballages ; décret n° 78-993 du 4 octobre 1978 fixant les obligations d'information en matière de vente de véhicules automobiles ; dispositions comparables dans le domaine des produits cosmétiques, décret 77-469 du 28 avril 1977 modifié par décret n° 91-193 du 19 février 1991 ; même cas de figure pour les produits explosifs, décret n° 81-972 du 21 octobre 1981; article R 5128 du code de la santé publique réglementant les informations qui doivent figurer sur les produits pharmaceutiques, etc.

[97] Voir les textes de modification : décret-loi du 14 juin 1938 qui a étendu son champ d'application à « toutes marchandises » ; loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 qui l'a étendue aux informations portant sur l'aptitude à l'emploi et aux modes d'emploi ; la loi du 21 juillet 1983 qui l'a étendue aux mesures relatives à la santé et à la sécurité des consommateurs.

### 3- Responsabilité des produits défectueux

**75. - La responsabilité des produits défectueux**. Il faut accorder une importance particulière à la responsabilité des produits défectueux. Dans le prolongement d'une directive européenne du 15 juillet 1985, le législateur français a introduit dans le Code civil, après avoir largement dépassé le délai d'intégration imparti par la directive, une réglementation de la responsabilité attachée au commerce des produits défectueux qui édicte une obligation d'information du consommateur[98] lorsque, après mise en circulation du produit sur le marché, un danger ou un défaut est constaté qui soit de nature à mettre en danger les consommateurs.

À côté de ces textes particuliers, diverses réglementations s'inscrivent dans ce qu'il est convenu d'appeler la législation consumériste.

[98] Voir l'article 1386-13 du Code Civil.

## Section 2

## Droit de la consommation

Le droit de la consommation édicte des règles relatives au commerce à distance, au démarchage et encadre les clauses à caractère abusif.

### § 1- Textes sur la commercialisation à distance

Les règles de commercialisation à distance se retrouvent dans la directive européenne que nous avons transposé dans notre droit interne.

#### A - La Directive CE 97/7 du 20 mai 1997

**76. - La fourniture de biens et services à distance**. Diverses réglementations antérieures ont été codifiées en 1993 sous le titre « Les ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance » aux articles L 121-16 et suivants du Code la consommation dont les dispositions ont été ensuite refondues pour transposer dans le droit français, par l'ordonnance du 23 août 2001, la directive CE 97/7 du 20 mai 1997 [99] sur la protection du consommateur en matière de contrat négocié 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 de nouvelles technologies, sans pour autant se limiter à leur seul domaine. Son champ d'application est celui des rapports entre professionnels et consommateurs, ces derniers étant considérés comme toute personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle.

[99] Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001.

Les ventes et prestations « à distance » sont ainsi définies comme « *Toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique* simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de commercialisation à distance »[100]. Les techniques de commercialisation à distance en question sont celles envisagées par la directive, à savoir toutes les formes nouvelles de commercialisation : imprimés, catalogues, téléphone, lettres standardisées, publicité de presse avec coupon-réponse, radio, télévision, etc.

Deux principaux outils de protection sont mis ainsi en œuvre par ces dispositions. Une obligation d'information spéciale précontractuelle tendant à corriger le déséquilibre entre vendeur et acheteur en matière d'information et donc à éclairer le consentement de ce dernier, d'une part. Un droit pour l'acheteur de se rétracter, c'est-à-dire de revenir sur son consentement dans un certain délai, sans aucune pénalité sauf, éventuellement, les frais de retour de la marchandise ainsi rebutée.

**77. - Contenu de l'information**. 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 service, toutes taxes comprises ; Frais de livraison, le cas échéant ; Modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; Existence d'un droit de rétractation de 7 jours ouvrables ; 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 doivent être ensuite confirmées par écrit lors de l'exécution du contrat (art 5).

[100] Article L 121-16 du Code de la Consommation.

### B - La transposition en droit français

**78. - La transposition en droit interne**. 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 Il du livre 1er du Code de la Consommation (article L 121-16 et suivants). Les dispositions du Code de la Consommation relatives aux ventes à distance, ainsi mises en œuvre dans le droit national, 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 aux 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 ; Les contrats conclus 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 ; 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-mêmes 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 fourniture de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs 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 applicables. La CJCE y inclut les contrats de fourniture de services de location de voitures[101].

[101] CJCE, 10 mars 2005, JCP éd. Gén. 2005, II, 10059, note J.-C ZARKA.

## § 2 : Textes sur le démarchage

**79. - Définition du démarchage.** Le démarchage consiste pour le vendeur à se présenter devant un éventuel acquéreur pour lui proposer ses produits. C'est un mode de commercialisation qui existe depuis des siècles et que l'on a appelé aussi la « vente à domicile » ou encore « en porte-à-porte ». On voit tout de suite que, s'agissant du commerce électronique objet de la présente étude, on peut légitimement s'interroger sur la question de savoir si le fait de présenter une offre par internet reçue au domicile de l'internaute est de nature à constituer un démarchage au sens de la loi. Il sera répondu plus loin à cette question lorsque nous essaierons de clarifier les rapports entre les différents textes susceptibles d'application au commerce électronique.

**80. - L'avantage pratique du démarchage**. L'avantage de ce mode de commercialisation est bien entendu, comme le commerce électronique qui n'en est finalement qu'une variante, d'éviter au consommateur de se déplacer, mais il est lourd de risques pour celui-ci placé pendant le temps de la visite du commerçant sous une pression plus ou moins habile, plus ou moins autoritaire, pour choisir un produit dont parfois il ne veut pas et dont le commerçant sait lui dissimuler les défauts voire même l'inutilité.

Dès le début des années 1970, les associations de consommateurs ont dénoncé les agissements abusifs de certains démarcheurs jusqu'à ce qu'intervienne l'une des premières lois consuméristes françaises, réglementant le démarchage[102]. La France sera l'un des premiers pays européens à adopter une telle loi de protection des consommateurs et, une fois n'est pas coutume, c'est la communauté européenne qui s'inspirera plus tard de la loi française pour imposer par directive[103] une réglementation comparable aux autres pays membres.

[102] Loi du 22 décembre 1972 qui sera légèrement modifiée en 1989 et qui sera insérée dans le Code de la Consommation en 1993 sous les articles L 212-21 à L 121-33.

[103] Directive du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

### A - Domaine d'application

**81. - La définition juridique du démarchage**. La définition du démarchage est la suivante : « Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait *pratiquer le démarchage 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 location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services. Est* également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non *destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions afin de réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent.* »[104] Il est aisé de voir au travers de cette définition que trois éléments sont nécessaires pour que la transaction puisse revêtir la qualification de démarchage : le client doit être une personne physique ; il faut que le commerçant se rende à un endroit non destiné normalement à la vente du produit ou du service proposé ; il est nécessaire enfin qu'un produit ou un service soit offert (au sens juridique du terme) au client.

Le texte s'applique extensivement et, en particulier, même si le contact a été pris avec le commerçant à l'initiative du client[105].

[104] Art. L 121-21 du Code de la Consommation.

[105] Disposition insérée dans la loi modificative du 23 juin 1989 après avoir été adoptée par la jurisprudence.

### B – L'obligation d'information à la charge du commerçant

**82. - Le contenu de l'obligation d'information**. En cas de démarchage, le commerçant doit faire signer un contrat comportant des mentions obligatoires destinées à éclairer le consentement du client : nom du fournisseur, du démarcheur, adresse du fournisseur, lieu de conclusion du contrat, description du bien ou du service proposé, conditions d'exécution de la commande, prix global à payer, modalités de paiement, indication de la faculté de renonciation et, de manière intégrale, le texte des articles suivants du Code de la Consommation L 121-23, L 121-24, L 212-25 et L 121-26. Les sanctions sont simples : Faute d'une seule mention, le contrat est susceptible d'annulation. Des sanctions pénales sévères puisque correctionnelles sont édictées du chef de l'inobservation des règles ci-dessus sous la forme d'un emprisonnement jusqu'à un an et d'une amende jusqu'à 3.750 €.

Dans le même souci de protection du consommateur et en employant, pour ce qui concerne l'obligation d'information, la même technique, le législateur est intervenu par la suite pour encadrer la réglementation des clauses dites abusives.

## § 3: La réglementation sur les clauses abusives

On trouve dans la réglementation relative aux clauses abusives, des dispositions intéressant notre étude. Une chose est en effet d'obliger le commerçant électronique à remplir des obligations d'information, une autre chose est de lui interdire de chercher à tromper son interlocuteur en insérant dans le contrat électronique, des clauses de nature à contredire ou limiter l'obligation mises à sa charge, ou encore à écarter les sanctions encourues.

### A - La Loi dite « LME »

**83. - La liste noire**. La loi de modernisation de l'Economie dite « Loi LME » publiée le 1er octobre 2008 a introduit, par son article 86, d'importants changements dans les relations entre professionnels et consommateurs dans le domaine du commerce en ligne en modifiant l'article L 132-1 du Code de la Consommation qui prévoit désormais qu'un décret établira une « liste noire » des clauses illicites et une « liste grise » des clauses « présumées » abusives qui ont vocation à s'appliquer au commerce en ligne. L'établissement de la « liste noire » a pour but de simplifier le travail des tribunaux qui, en présence d'une clause inscrite sur la liste, n'auront pas à procéder à l'appréciation de son caractère abusif définitivement acquis dans le cadre de la règle de droit. Il suffira dans un tel cas au Juge de vérifier que la clause est effectivement visée par la liste noire. En cas de réponse négative du Juge à cette question, il lui demeurera possible, en appréciant son caractère éventuellement abusif, de faire application de l'article L 132-1 dont le premier alinéa demeure inchangé. S'il s'agit d'une clause inscrite sur la « liste grise » la présomption simple attachée à cette inscription exigera du professionnel qu'il s'explique pour détruire la présomption ainsi édictée en montrant que la clause n'a pas de caractère abusif, démonstration à défaut de laquelle le Juge pourra en écarter l'application.

Ces nouvelles règles tendent à faciliter dans une large mesure le travail d'appréciation des Juges dont le pouvoir se trouve, par ailleurs, élargi puisque un article L 141-4 est ajouté au Code de la Consommation qui prévoit qu'il peut soulever d'office le caractère abusif d'une clause, même en l'absence d'intervention des parties pour le soulever. Rappelons toutefois que le respect de la contradiction dans le débat judiciaire exigerait que les parties soient invitées à s'expliquer sur le moyen soulevé d'office par le Juge.

### B - Le décret d'application en ce qui concerne l'obligation d'information

**84. - La nullité des clauses faisant renoncer le consommateur à l'information due**. Le décret d'application de la loi dite « LME » a été pris le 18 mars 2009[106]. Ses dispositions ont été insérées dans le Code de la Consommation sous les articles R 132-1 et s. Force est de constater que, à la lettre, ledit décret demeure silencieux en ce qui concerne les clauses que les professionnels pourraient être tentés d'insérer dans les contrats, notamment du commerce électronique, pour restreindre la teneur et la portée de leur obligation d'information. Cependant, il est possible de voir, parmi les clauses dites « noires » que l'article R 132-1 considère comme « irréfragablement présumées abusives » que le 1°- peut être considéré comme applicable en fait à une telle situation. Il prévoit en effet qu'est abusive toute clause qui a pour objet ou pour effet de « *constater l'adhésion du non professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il* accepte ou qui sont reprises dans un aut*re document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa* conclusion. »

Ces dispositions sont de nature à s'appliquer à une clause par laquelle le professionnel ferait reconnaître au non professionnel ou consommateur qu'il a reçu avant de contracter toutes (ou telles) informations à sa charge. Une telle clause correspondrait incontestablement au constat d'une adhésion du non professionnel ou consommateur à des clauses informatives absentes en fait du contrat. Une telle clause devrait donc être considérée comme irréfragablement abusive et dénuée de tout effet à l'égard du non professionnel ou consommateur. Très généralement, toute clause qui ferait reconnaître à ce dernier qu'il a été valablement informé devrait être considérée comme abusive, la seule exception pouvant être celle d'une reconnaissance par référence à un document à la fois visé au contrat, première condition, et porté à sa connaissance avant conclusion du contrat, seconde condition. Sur le plan de la preuve, il appartiendrait au professionnel, pour que la clause échappe à la censure, de prouver la réalisation de cette double condition. En fait,

[106] Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, JO du 20 mars 2009.

cela revient à prouver l'accomplissement de l'obligation d'information elle-même et, dès lors, l'objectif de protection se trouve entièrement rempli.

### C - Les recommandations de la Commission des Clauses Abusives

**85. - La recommandation du 24 mai 2007**. Il est rappelé que les recommandations de la Commission des Clauses Abusives n'ont aucune valeur contraignante, mais qu'elles constituent de précieuses indications pour les Tribunaux sur le caractère éventuellement abusif des clauses. Elles permettent également de sensibiliser les professionnels et consommateurs. Pour s'en tenir au sujet de la présente étude, la Commission est intervenue dans une Recommandation n° 07-02 du 24 mai 2007 relative aux contrats de vente mobilière conclus par Internet[107], pour faire admettre le caractère abusif de nombreuses clauses relatives à la documentation contractuelle ainsi qu'à l'obligation d'information.

Le considérant 9°- de cette recommandation indique : « *Considérant qu'un certain* nombre de clauses figurant dans les conditions générales de vente habituellement proposées aux consommateurs ont pour effet de dispenser le vendeur de son obligation *préalable d'information et de l'exonérer de toute responsabilité en cas de défaut de* conformité par rapport à la présentation visuelle des biens sur son site de vente, ou subordonnent la garantie légale de conformité du consommateur à des conditions de forme *et de délai excessives, manifestement destinées à en paralyser l'exercice*. » Le texte montre que l'obligation d'information envisagée ici est celle attachée à la description du bien offert à la vente et que le souci de la commission est d'interdire au professionnel la possibilité de s'exonérer de son obligation de délivrance conforme en s'abstenant de remplir convenablement son obligation d'information.

[107] Recommandation n° 07-02 du 24 mai 2007 relative aux contrats de vente mobilière conclus par Internet, BOCCRF 24/12/2007.

Et le texte commande, pour ce qui concerne l'obligation d'information et les clauses critiquables : « Que soient éliminées dans les contrats du commerce électronique, *les clauses ayant pour objet ou pour effet … de faire croire que l'exercice par le consommateur de son action en délivrance conforme est subordonnée à d'autres conditions que celles prévues par la loi…* » ou « *… d'exonérer le vendeur de son* obligation de délivrance conforme. » Il est donc clair au regard de cet avis que toute clause contractuelle exonérant le prestataire informatique de son obligation précontractuelle d'information ou limitant cette obligation de quelque manière que ce soit ou encore restreignant les sanctions possibles devrait être considérée comme abusive.

En présence de telles recommandations, quelles sont les règles fixées par le décret d'application en matière de clauses abusives touchant l'obligation précontractuelle d'information ?

## Section 3

## Textes sur le commerce électronique

**86. - Les risques propres au contrat de commerce électronique**. Contracter à distance par voie électronique comporte un risque lié aux caractéristiques mêmes d'Internet qui sont à la fois ses avantages et ses inconvénients tels l'immatérialité des échanges, l'internationalité du réseau, l'interactivité et la rapidité de la transaction.

**87. - Le risque lié à l'immatérialité des échanges**. L'immatérialité des échanges pose un problème relatif à la valeur juridique de l'écrit et de la signature électroniques tant pour la validité de l'acte juridique que pour sa preuve.

**88. - Le risque lié à l'internationalité du réseau**. L'internationalité du réseau soulève plusieurs difficultés telles que : l'identification des parties ; la connaissance du pays de provenance de l'offre ou de la publicité ; la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente en cas de litige. L'internaute peut accéder à des offres étrangères formulées en langue étrangère d'où le risque de mauvaise compréhension susceptible de mener à la conclusion du contrat sur la base d'une erreur ou d'un malentendu.

**89. - Le risque lié à l'interactivité et la rapidité de la transaction.** L'interactivité et la rapidité : grâce à l'interactivité du réseau, l'acheteur prend connaissance des conditions contractuelles à partir d'un lien hypertexte installé spécialement sur le site du vendeur. Lorsque l'acheteur passe commande, le vendeur déduit que ses conditions contractuelles (effectivement lues ou non) ont été acceptées. Or, l'échange de consentements par voie électronique s'effectue rapidement, ce qui peut vicier le consentement du contractant : la volonté exprimée par l'une des parties peut ne pas correspondre à celle conçue par l'autre. La rapidité du réseau rend encore le moment de l'émission et de l'acceptation et sa réception quasi instantanée, deux questions alors se posent : d'une part, l'acceptation

exprime-t-elle une volonté ferme, certaine et réfléchie, d'autre part, à quel moment le contrat électronique se forme-t-il ?

**90. - La nécessaire recherche de la confiance dans l'économie numérique**. Au regard de ces risques particuliers et en considération de l'intérêt évident porté par les pouvoirs publics à ce mode de commercialisation de masse, l'attention s'est naturellement portée sur la nécessité d'assurer la confiance dans l'économie numérique. Cette attention a d'abord été celle des professionnels et des organismes les représentant. La CCIP (Chambre de Commerce et d'Industrie de PARIS) a élaboré en 1998 un contrat type de commerce électronique contenant les clauses types et les obligations légales de base à respecter[108].

Cette attention a, ensuite, été prise en compte par le législateur, au plan européen puis national. C'est, en tout premier lieu, le souci de sécurisation en face du caractère international des réseaux qui a mobilisé prioritairement le législateur européen[109] conformément à l'un des objectifs communautaires, « *la réalisation d'un niveau élevé de* protection des consommateurs »[110]. Mais la recherche d'un juste équilibre entre l'enjeu économique et la protection des consommateurs a animé le débat pour un code européen du droit des contrats ayant pour but de favoriser les échanges économiques au sein de l'Union européenne[111].

[108] M. NAIMI, « Le contrat – type de commerce électronique de la CCIP et de l'AFCEE », RDIT 1998/3,117.

[109] E. CRABIT, « La politique juridique du marché intérieur dans le domaine de la société de l'information », Petites affiches, 21 févr. 2002, p. 27 ; A. PALACIO, « Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelles équations pour le droit communautaire », Revue du droit de *l'Union européenne*, 2001, 1, p. 5 ; A. PALACIO, « Le droit communautaire et la société de l'information : quelques exercices d'imagination juridique », Petites affiches 2002, n° 38, p. 46.

[110] Droit et patrimoine, oct. 2002, p. 93 ; *Le livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union* européenne, Commission 2002, 289, final.

[111] CALAIS-AULOY, « Harmonisation du droit de la protection des consommateurs ; quelles voies, quels principes ? », Revue de la concurrence et de la consommation 1999, n° 107, p. 17.

### § 1 : Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 (directive commerce électronique)

**91. - La Directive « Commerce Electronique ».** La Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil a été adoptée le 8 juin 2000. Contrairement à la directive de 1997 sur les ventes à distance, elle a spécialement pour objet l'internet. Elle est relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. On l'appelle la « directive commerce électronique »[112] ou la Directive DCE.

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 : 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

[112] JOCE, n° L 178, 17 juill. 2000 : I. GAVANON, « La directive « commerce électronique» : continuité ou nouveauté juridique », déc. 200l, chron., n° 28, p. 10 ; T. VERBIEST, « La directive européenne sur le commerce électronique », *Bulletin d'actualités Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, août-sept. 2000, n° 128, p. 2.

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.

**92. - L'objectif poursuivi par la Directive**. La Directive a pour objectif d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres (art. 1er). Elle adopte plusieurs dispositions contribuant au développement du commerce électronique et, ce qui intéresse notre étude, à la protection des consommateurs. La directive impose d'abord aux États membres : d'éliminer de leur droit national toutes les mesures législatives ou réglementaires entravant la libre circulation de services par voie électronique ; d'intégrer dans leur législation nationale un certain nombre de dispositions réglementant ces services afin d'harmoniser la protection de leurs destinataires à l'intérieur du marché unique européen. Elle encourage ensuite l'élaboration des règles de bonne conduite dites d'autorégulation ou de co-régulation du commerce électronique qui visent à trouver un juste équilibre entre l'intervention législative et l'autorégulation des acteurs[113]. Elle encourage enfin le recours aux règlements extrajudiciaires de litiges contractuels surtout ceux de la consommation (art. 16 et s.).

**93. - La prise en compte de la protection des consommateurs**. Quant à la protection des consommateurs, la directive adopte deux dispositions. Elle énonce, d'une part, dans son considérant n° 11 : « la présente directive est sans préjudice du niveau de protection existant notamment en matière de protection de la santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires. Entre autres, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance constituent un élément fondamental pour la protection des consommateurs en matière contractuelle. Ces directives sont également applicables, dans leur *intégralité, aux services de la société de l'information [… ]. La présente directive*

[113] M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, chron. p126 ; J.-M. CHEFFERT, « Le commerce électronique : l'autorégulation et asymétrie d'information », Rev. Ubiquité 2002, n° 12, p 31.

*complète les exigences d'information établies par les directives précitées et en particulier* la directive 97/7/CE ». Cela coïncide avec l'objectif du Conseil d'État français qui souhaitait dans son rapport « Internet et les réseaux numériques » diffusé en 1998, assurer aux consommateurs une protection d'un degré comparable, lors de transactions dématérialisées, à celle dont ils jouissent à l'occasion de ventes à distance classiques[114]. La directive exige enfin, loyauté et transparence dans les relations contractuelles passées par voie électronique en imposant une obligation d'information à la charge du fournisseur en faveur de tout destinataire (professionnel ou consommateur) : si ces règles peuvent être écartées par convention entre professionnels, elles sont, au contraire, impératives lorsque le destinataire est un consommateur.

Il faudra attendre 2004 pour que cette directive soit transposée en droit français.

## § 2 : Loi dite LCEN du 21 juin 2004

**94. - La présentation de la loi dite LCEN**. La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 a transposé dans le droit français les dispositions de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 (« directive commerce électronique »), notamment les dispositions de ses articles 9 à 11. Elle s'intitule « Loi pour la confiance dans l'économie numérique » communément appelée sous l'abréviation Loi LCEN. L'occasion s'est déjà présentée de souligner cette étrange irruption dans le droit civil d'impératifs d'ordre économique puisque, d'une manière assez nouvelle, la loi se fixe un objectif qui n'a rien de strictement juridique[115]. Le titre II de cette loi, après un titre I consacré à la communication en ligne, est intitulé « Du commerce électronique » et traite successivement : « les principes généraux» ; « la publicité par voie électronique» ; « les obligations souscrites sous forme électronique» ; «des contrats sous forme électronique ».

[114] Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, la documentation française, 1998, p. 55.

[115] Cf. infra, Introduction, Section 2, § 2.

**95. - Les nouvelles dispositions insérées dans le Code civil et le Code de la Consommation**. Par cette loi, plusieurs articles nouveaux sont insérés dans le Code civil et le Code de la Consommation. Il conviendra de préciser plus loin l'ensemble des règles entrant dans le champ de la présente étude. Il est important cependant d'identifier dès à présent les apports suivants de la loi.

### A - Définition du commerce électronique

**96. - La définition du commerce électronique**. La loi présente une définition du commerce électronique qui circonscrit désormais le champ d'application des règles mises en œuvre (article 14). Celui-ci est défini comme «*l'activité économique par laquelle une* personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services » (alinéa 1er), «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 d*e communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'i*ls ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent» (alinéa 2).

### B - Principe général de responsabilité du vendeur prestataire

**97. - Le principe général de responsabilité du vendeur prestataire**. La loi édicte un principe de responsabilité générale du vendeur-prestataire (article 15) en ajoutant deux nouveaux alinéas à l'article L 121-20-3 du Code de la Consommation : «Le professionnel (personne physique ou morale qui exerce une activité de commerce électronique) est *responsable de plein droit à ['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» (alinéa 4) ; « *toutefois, il peut s'exonérer de tout ou d'une 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»* (alinéa 5).

### C - Affirmation de l'application de la réglementation sur les contrats à distance

**98. - L'affirmation de ce que le contrat de commerce électronique est un contrat à distance**. Si, par elle-même, la Loi n'apporte pas de grande nouveauté en matière de protection du consommateur, notamment en ce qui concerne l'obligation d'information du vendeur prestataire, elle affirme clairement (article 23) que les contrats électroniques à destination des consommateurs sont des contrats à distance soumis aux dispositions spécifiques correspondantes.

### D - Domaines d'application supplétive ou d'exclusion

**99. - Domaines d'application supplétive ou d'exclusion**. La loi laisse les professionnels libres de disposer entre eux de l'applicabilité ou, au contraire, de l'inapplicabilité de la loi. Enfin, la loi exclut de son champ d'application divers types de transactions pourtant intervenues par la voie de l'Internet tels que les contrats conclus par courriers électroniques ou ceux inscrits dans le M-Commerce, exclusions qui seront abordées plus loin.

Aussitôt après son intervention dans le commerce électronique, le législateur européen puis national s'est préoccupé de dispositions protectrices dans le domaine particulier du commerce électronique des produits financiers.

## § 3- Commerce électronique des produits financiers

La législation européenne n'a pas ignoré la réglementation sur la commercialisation à distance des produits financiers que nous avons transposé aussi dans notre droit interne.

### A - Directive 2002-65 CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance des produits financiers ci-après dénommée « Directive DSF »

**100. - Le commerce électronique des produits financiers**. La commercialisation à distance des services financiers a été expressément exclue du champ d'application de la réglementation applicable aux contrats à distance mise en œuvre en application de la directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 sous les articles L 121-16 et suivants du Code de la Consommation[116]. En revanche une réglementation spéciale a été adoptée, tant au niveau européen, par la Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 « concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs », directive communément appelée DSF par les professionnels du secteur, qu'au niveau national

Cette réglementation particulière se cumule avec la réglementation de droit commun que constitue pour l'ensemble du commerce électronique, la loi LCEN que nous avons examinée ci-dessus. Avant qu'il ne soit lié par un contrat à distance ou par une offre, le consommateur devra recevoir du prestataire des informations commerciales[117] sans préjudice de celles prévues par d'autres législations particulières liées à certains produits financiers[118]. Elles s'ajoutent donc non seulement au droit commun en la matière édicté par la loi LCEN mais aussi aux obligations d'information spéciales et propres à certains services financiers particuliers. Elles s'articulent ainsi avec les dispositions existantes

[116] L'article L 121-17, § 1° du Code de la Consommation indique que la protection du consommateur en matière de vente de biens et fournitures de prestations de services à distance n'est pas applicable aux contrats portant sur des services financiers.

[117] DSF, art. 3 § 1 et art. L 121-20-13 du Code de la Consommation.

[118] DSF, art. 4 § 1 et article L 121-20-13 du Code de la Consommation.

concernant les assurances-vie, les OPCVM[119], les services d'investissement, la réglementation sur le prospectus financier, etc. Toutefois, certaines d'entre elles, identiques, seront surabondantes et il importe de ne faire figurer dans l'offre que les informations requises pour éviter une masse d'informations rendant l'offre difficilement compréhensible.

**101. - La teneur des obligations d'information**. Elle s'applique à un champ très étendu recouvrant la totalité de ce que l'on appelle le marché financier : la banque, le crédit, l'assurance, les retraites individuelles, les investissements et le paiement. Son article 3 instaure une obligation d'information très complète, notamment en ce qui concerne la description des principales caractéristiques du service financier. L'objectif commercial de la relation à distance doit apparaître clairement et les informations données à cet effet doivent être « fournies de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, en tenant dûment compte, notamment, des principes de loyauté dans les transactions commerciales et de la protection de ceux qui, selon la législation des État- membres sont jugés incapables, comme les mineurs[120]. » Doivent donc être minutieusement décrites les caractéristiques du produit ou du service proposé : il existe en effet un risque de décalage entre, d'une part, l'image et, d'autre part, la description du produit ou du service et le produit ou le service réellement offert. Ce risque en matière financière est amoindri du fait que l'objet de l'offre se définit par le langage et autorise rarement une description en ligne par représentation photographique du bien ou du service. Toutes ces informations contractuelles doivent être clairement lisibles ainsi que le lien qui y mène, et être distinguées des autres informations générales du site.

**102. - Le caractère indicatif des informations susceptibles d'être complétées par les États Membres**. Selon la Directive, le législateur et les tribunaux des États membres devront apporter des précisions qu'appellera sans aucun doute le caractère assez général des informations requises. Et, les États membres pourront aussi adopter dans leur

[119] OPCVM : Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières.

[120] DSF, art. 3 § 2 et art. L 121-20-13 du Code de la Consommation.

législation nationale des dispositions plus strictes que celles prévues par la directive[121] à condition qu'elles soient «conformes au droit communautaire[122]» et communiquées à la Commission[123]. Ces informations impératives sont à la charge du prestataire ; elles sont communiquées en français lorsque celui-ci proposera un service ou un produit vers le territoire français. Ce sont les suivantes : **Sur le fournisseur** : son activité principale, son identité professionnelle, son lieu d'établissement ou l'identité et l'adresse de l'établissement, de son représentant établi dans l'État membre de résidence du consommateur ou toute autre adresse à prendre en compte dans les relations entre le consommateur et le fournisseur ainsi que les coordonnées de l'autorité de surveillance éventuelle[124]. Il est important d'assurer une réelle identification du vendeur en créant une rubrique spécifique en ligne – distincte des conditions générales de vente – où figurent les différentes mentions légales requises. **Sur l'intermédiaire** : l'identité de l'intermédiaire professionnel, le titre en vertu duquel il agit à l'égard du consommateur et l'adresse à prendre en compte dans les relations entre le consommateur et le professionnel[125]. **Sur le service proposé** : ses principales caractéristiques, le prix total dû ou la base de calcul du prix et l'existence éventuelle d'autres taxes ou frais, par exemple en droit français, la TVA[126]; les risques particuliers du service proposé, la durée de validité des informations fournies, les modes de paiement et d'exécution ainsi que le coût pour le consommateur de l'utilisation d'une technique de communication à distance[127]. **Sur le contrat à distance**: l'existence ou l'inexistence du droit de rétractation[128]; dans l'hypothèse où ce droit existe, sa durée et les modalités pratiques de son exercice ; la durée minimale du contrat en cas de prestations temporaires ou permanentes ; le ou les droits des États membres choisis par le fournisseur pour régir les relations avec le consommateur avant la conclusion du contrat à

[121] DSF, art. 4 § 2.

[122] DSF, art. 4 § 2.

[123] DSF, art. 4 § 3.

[124] DSF, art. 3 § 1 point 1 et art. L 121-20-13 du Code de la Consommation.

[125] DSF, art. 3 § 1 point 1 (c).

[126] Art. 256-0 du CGI concernant le régime des livraisons et acquisitions intracommunautaires, importations, exportations, prestations de services, vente à distance, prestations immatérielles.

[127] DSF, art. 3§1.

[128] DSF, art. 6.

distance ; la ou les langues pré- contractuelle(s) et contractuelle(s) utilisées[129]. **Sur les recours** : l'existence ou non de procédures extrajudiciaires et les autres recours possibles ; l'existence de fonds de garantie ou d'autres mécanismes d'indemnisation non couverts par des directives sectorielles[130].

Comme la loi LCEN, la DSF ne pose aucune règle particulière relative aux conditions contractuelles. Simplement, elles doivent être transmises simultanément avec les informations préalables. Dans la pratique, l'offre préalable fusionnera probablement, dans un seul document (« instrumentum ») identique, réunissant les conditions contractuelles et les informations préalables et le support sera donc unique pour ces deux types d'informations. Il s'agira donc, le plus habituellement, d'un document unique dénommé « offre » comprenant, outre les données du contrat, les informations précontractuelles.

Les informations précontractuelles comme les données contractuelles doivent être données « en temps utile » et « *avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre* »

### B - Transposition française

**103. - L'ordonnance de transposition en droit interne**. La Directive DSF a été transposée en droit français par l'ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs entrée en vigueur le 1er décembre 2005 et intégrée dans le Code de la Consommation aux règles applicables aux contrats à distance, sous la sous-section 2 « Dispositions particulières aux contrats portant sur des services financier », article L 121-20-8 et suivants. Selon l'article L 121-20-8 du Code de la Consommation, le champ d'application de ces textes correspond à celui de la directive : instruments financiers ou bancaires et d'assurance, sans préjudice des dispositions spéciales figurant au code monétaire et financier, au Code des Assurances ou

[129] DSF, art. 3§1 point 3.

[130] DSF, art. 3§1.

au code de la mutualité, pour autant que les produits et services soient distribués exclusivement par une ou plusieurs techniques de communication à distance.

**104. - Le contenu complété de l'obligation d'information**. Le nouvel article L. 121-20-10 du Code de la Consommation indique les informations que doit comprendre l'offre de contracter – le nom et l'adresse professionnelle du prestataire, les documents d'information particuliers relatifs aux produits, instruments financiers et services proposés ou, en leur absence, une note d'information sur chacun des produits, instruments financiers proposés et indiquant, s'il y a lieu, les risques particuliers qu'ils peuvent comporter ; les conditions de l'offre contractuelle, c'est-à-dire le prix et les modalités de conclusion du contrat ; le droit ou non à un délai de rétractation et enfin la loi applicable et l'existence d'une clause attributive de juridiction – et ils précisent qu'elles doivent être claires et compréhensibles, sans préjudice de l'application d'autres obligations législatives ou réglementaires propres à chaque produit, service ou instrument financier proposé. Par exemple, devront donc figurer dans l'offre de crédit en ligne, les mentions obligatoires de l'article L. 311-16 du Code de la Consommation et celles visées par l'article L. 121-20-13 du même code.

**105. - Le droit applicable à l'obligation d'information est celui applicable au contrat**. La loi française reprend l'une des dispositions de la DSF sur la loi applicable aux informations précontractuelles. La conformité de ces dernières doit s'apprécier « selon le droit présumé applicable au contrat à distance[131]». L'article L. 121-20-13 in fine indique : « ces dispositions communiquées par le fournisseur au consommateur sur les clauses du contrat proposé sont conformes à la loi applicable au contrat en cas de conclusion de celui-ci. » Cette règle soumet l'avant-contrat à la loi du contrat lui-même. Le régime des obligations précontractuelles et contractuelles quant au droit applicable est donc unifié. Le législateur privilégie l'unité du droit applicable : la compétence législative de l'information précontractuelle et de la validité du contrat est unique.

[131] DSF, art. 3 § 5.

Conformément à la directive, il est précisé que ces informations doivent être fournies « *en temps utile et avant qu'il* (le consommateur) ne soit lié par un contrat ». L'article L 121-20-10 prévoit que ces informations – informations précontractuelles et conditions contractuelles - doivent être adressées au consommateur, avant tout engagement, sur un support durable, notamment un écrit. Enfin, la transposition française offre au consommateur – sauf exception particulière - un droit discrétionnaire de rétractation de 14 jours calendaires pendant lequel le contrat ne peut recevoir exécution (L 121-20-12) avec, en tout état de cause, obligation de remboursement dans les 30 jours des sommes éventuellement perçues du consommateur.

## § 4 : Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications audiovisuelles

**106. - La loi applicable aux services de communications audiovisuelles.** La loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relatives aux communications audiovisuelles 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 du code des postes et télécommunications, par « services de communications électroniques », les prestations consistant entièrement ou principalement en l'émission, la transmission ou la réception 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.

Le contenu des obligations d'information. Les deux nouveaux articles créés au sein du Code de la Consommation (articles L. 121-83 et L. 121-84) réalisent un double encadrement de ces contrats d'accès à l'internet qui met à la charge des opérateurs diverses obligations spécifiques d'information. 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. Ils mettent à la charge des opérateurs des obligations d'informations spécifiques : 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.

**107. - La réglementation des modifications de contrat**. Mais, de manière plus originale et ceci pour prendre en compte leur nature de contrat d'abonnement à durée indéterminée ainsi que la nécessaire évolutivité des services offerts, la loi LCEN a complété ce dispositif particulier par un nouvel article L 121-84 du Code de la Consommation qui 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* ».

À la suite de ce long inventaire des sources de toute nature susceptible de s'appliquer à l'obligation d'information en matière de commerce électronique, inventaire qui correspond, en fait, à une véritable « explosion » de l'obligation d'information, force est de relever que leur pluralité peut être source de complexité.

# CHAPITRE 2

# COMPLEXITÉ DES SOURCES

**108. - Les difficultés liées à la coexistence de règles générales et de règles spéciales**. Une première sorte de difficulté résulte de l'irruption, en vertu de textes, de très nombreuses obligations ponctuelles d'information lorsqu'elles sont rapprochées des obligations générales d'information, celles qui ont été dégagées au fil de nombreuses années de jurisprudence attentive et qui, du fait du rapprochement, apparaissent quelque peu affaiblies (section 1).

**109. - Les difficultés liées aux cumuls de réglementations**. Par ailleurs, il est parfois difficile de régler les problèmes de chevauchement de textes différents susceptibles d'application cumulative à la même situation (section 2).

## Section 1

## Affaiblissement des obligations générales

**110. - L'affaiblissement des obligations générales par les règles spéciales**. L'intervention du législateur dans la création d'obligations d'information ponctuelles notamment en matière de contrat du commerce électronique est de nature à aboutir à un affaiblissement de l'obligation générale d'information telle que dégagée par la jurisprudence évoquée plus haut[132]. Il ne faut pas oublier en effet que si des textes

[132] Voir infra Sous section 1 « textes de droit commun général et jurisprudence générale ».

particuliers ou spéciaux ont été édictés pour régir des situations particulières ou spéciales, celle-ci n'en demeure pas moins susceptible de relever, même si les dispositions particulières ou spéciales ont été respectées, de l'obligation générale dégagée par la jurisprudence.

**111. - Le mécanisme de l'affaiblissement par un exemple jurisprudentiel**. Un arrêt de la Cour de cassation montre le mécanisme de ce possible affaiblissement. Selon cet arrêt[133] de la Cour de cassation, lorsque le législateur serait intervenu dans un domaine pour édicter une série d'obligations d'information, les juges ne pourraient plus prendre l'initiative d'ajouter à cette liste et par exemple sanctionner, en dehors des prévisions légales, une réticence dolosive. Dans cette affaire M. G… avait conclu un contrat de prêt avec la société Fiat crédit France en vue de l'acquisition d'un véhicule qui lui fut dérobé un an plus tard. Le tribunal d'instance annula le contrat de prêt en énonçant «*qu'il appartenait à cette société d'informer son cocontractant de la survie du contrat de prêt à la disparition du véhicule pour l'achat duquel il avait été souscrit*» et «*qu'en s'abstenant d'éclai*rer *l'emprunteur sur l'étendue de ses obligations, la société de crédit avait manqué à son* devoir de renseignement ». La Cour de cassation censura ce jugement, sur le fondement de l'article 1116 du Code civil au motif « *qu'en se déterminant ainsi, alors d'*une part, que *l'offre de crédit, dont l'original est versé aux débats, avait été établie sur le modèle*-type n° 1 annexé au décret du 24 mars 1978 dont toutes les rubriques avaient été remplies et *signées par l'emprunteur, et alors, d'autre part, qu'il ne p*ouvait être reproché à *l'établissement de crédit d'avoir omis d'aviser son client de la poursuite du contrat de* prêt en cas de vol du véhicule, dès lors que le législateur lui-*même n'avait pas jugé utile de* faire figurer cet avertissement sur le modèle-ty*pe qu'il avait lui*-même rédigé, de telle sorte *qu'aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée à la société Fiat crédit France, le* jugement attaqué a violé le texte susvisé ».

**112. - L'autolimitation du pouvoir de la Cour de cassation**. De tels motifs constituent une limitation par la Cour de cassation de son propre pouvoir ce qui peut paraître surprenant. En réalité, rien n'impose une telle solution. À partir du moment où les juges

[133] Cass. civ. 1ère, 14/06/1989, Bull. civ. I, n° 290, p. 160.

constatent qu'une information était déterminante du consentement d'une partie, que son cocontractant connaissait cette information et l'a recélée dans le seul but de l'inciter à conclure le contrat, il doit pouvoir y avoir annulation de ce contrat pour réticence dolosive. Certes, il est peu probable, en fait, qu'une information non prévue par le législateur ait été déterminante du consentement, mais, toutefois, rien n'empêche, en théorie, d'appliquer le régime de la réticence dolosive pour d'autres informations, si les conditions d'application en sont réunies.

## Section 2

## Chevauchements de textes et difficultés pouvant en résulter

**113. - Les chevauchements de réglementation possibles.** L'offre dans le commerce électronique ne parvient pas de façon classique à son destinataire ou ses destinataires puisqu'elle utilise pour ce faire l'outil des réseaux informatiques. Elle atteint le consommateur à son domicile ou encore, par exemple, sur son lieu de travail, en tout cas dans des lieux non destinés à la commercialisation des biens ou des services, et ce sans le mettre physiquement en présence d'un professionnel. De telles offres ainsi que les contrats qu'elles peuvent générer sont soumis, outre aux règles de droit commun du Code civil, aux règles spécifiques et protectrices pour le consommateur, du Code de la Consommation. Or le Code de la Consommation contient deux régimes sensiblement différents selon que l'on se trouve en présence d'une offre par démarchage à domicile ou d'une offre de vente de biens ou de prestation de services à distance qu'elle soit ou non véhiculée par la voie du commerce électronique.

**114. - La difficulté de qualification qui en découle**. Se pose alors la question classique de la qualification juridique de l'opération dont l'importance n'est pas à démontrer. Elle commande en effet la désignation du régime juridique applicable à la transaction concernée et, par voie de conséquence, le domaine et les modalités de la protection dont bénéficiera le consommateur, ainsi que les sanctions auxquelles s'expose le professionnel qui ne respecterait pas les prescriptions du régime protecteur applicable. On peut objecter que la différenciation entre les deux régimes à perdu de son importance, en particulier à l'égard de l'étendue de la protection offerte, depuis l'adoption de l'ordonnance du 23 août 2001 portant notamment transposition de la directive communautaire du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance», qui englobe aussi bien les contrats de vente de biens que les contrats de fourniture de prestations de services, alors que tel n'était pas le cas, à s'en tenir à la lettre de la loi de l'ancien régime des «ventes à distance », contrairement à celui du démarchage. L'ordonnance du 23 août 2001 a unifié sur ce point les deux régimes de protection, mais il n'en reste pas moins, cependant entre les deux régimes, des différences notables, dont les

acteurs du commerce électronique devront tenir compte, en particulier relativement au départ du délai de renonciation accordé au consommateur et aux sanctions encourues par le professionnel. La nécessité de qualifier répond donc ainsi au besoin de sécurité juridique exprimé par les opérateurs du réseau.

Deux cas de chevauchement paraissent devoir être examinés : celui de la vente à distance par rapport au commerce électronique (§ 1) et celui du démarchage par rapport au commerce électronique (§ 2).

## § 1 - Vente à distance et commerce électronique

**115. - Les deux critères de définition de la vente à distance**. La vente à distance a d'abord été définie, non par la loi, mais par la doctrine. On peut notamment citer à ce sujet le professeur CALAIS-AULOY et Monsieur STEINMETZ selon lesquels la vente à distance est «*celle qui se forme et s'exécute sans présence physique du vendeur. Celui*-ci *sollicite l'acheteur par une technique de communication à distance, et l'ache*teur répond par une technique de communication à distance, identique ou différente. Ces techniques sont généralement utilisées pour la vente, *mais elles peuvent l'être aussi pour des* prestations de service »[134] . Les deux critères retenus ici : le défaut de présence physique et l'utilisation d'une technique de communication à distance ont été également repris par d'autres auteurs[135].

Ces deux critères ont été consacrés par le législateur français qui donne désormais, suite à l'adoption l'ordonnance du 23 août 2001[136] transposant en droit interne la directive européenne du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de

[134] J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit. n° 95.

[135] R. BOUT, M. BRUSCHI et al. Op. cit. ; F. COLART-DUTILLEUL et Ph. DELBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Paris, éd. Dalloz, Coll. Précis Dalloz, Droit Privé, 3ème éd. 1996, n° 102.

[136] Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation », J.O., 25 août 2001, pp. 13645-13648.

contrats à distance »[137], une définition de la vente de biens et de la fourniture de prestations de services à distance. Ainsi aux termes du nouvel article L. 121-16 du Code de la Consommation un contrat de vente de bien ou de fourniture de prestation de service est considéré comme passé à distance, au regard du Code de la Consommation, lorsque sa conclusion a lieu « … sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

Il convient de mentionner comme pouvant compléter cette définition, qu'au nombre de ces techniques les auteurs relèvent notamment les références à la télématique et à la vidéotransmission, le vidéotexte (micro-ordinateur, écran de télévision) avec clavier ou écran tactile ainsi que le courrier électronique[138].

Pour ces auteurs la mention du téléphone et de « tout autre moyen technique assimilable » dans la section du Code de la Consommation consacrée au démarchage à domicile n'implique pas la qualification de démarchage : l'offre faite par ces procédés implique simplement que dans ce cas l'offre est en partie soumise aux règles protectrices relatives au démarchage et, par ailleurs, relève incontestablement, selon eux, et sans aucun doute, des procédés de vente à distance. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le législateur lui-même, à l'article L. 121-27 du Code de la Consommation, qui impose dans ce cas de figure l'application des dispositions des articles L 121-16 à L 121-19 du même code, c'est-à-dire des dispositions du régime des contrats de vente de biens et de fournitures de prestations de services à distance en ce qui concerne l'obligation d'information mise à la charge du professionnel, imposée pour la conclusion de tels contrats.

---

[137] Article 2, paragraphes 1) et 4), directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance », J.O. C.E., n° L 144, 4 juin 1997, p. 19.

[138] La directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant « la protection des consommateurs en matière de contrats à distance» définit en son article 2, paragraphe 4), comme «Technique de communication à distance : tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. ». Dans la liste indicative des techniques visées par cet article figurant à l'annexe I de la directive, sont notamment mentionnées ces dernières techniques.

Ainsi qu'il l'a été indiqué ci-dessus[139], le texte même de la loi LCEN identifie le contrat de commerce électronique comme une catégorie de contrat à distance ce dont il résulte incontestablement un cumul des règles protectrices édictées successivement dans le cadre des deux types de contrat. Ce cumul de protections voulu par le législateur est appuyé par l'ensemble de la doctrine. Les auteurs ne se distinguent que dans l'analyse des raisons de son existence. Si, pour la plupart, le chevauchement des deux protections s'impose comme une évidence qui n'a pas à être développée, la solution s'imposant d'elle-même, certains auteurs cependant ont invoqué quatre arguments pour le justifier. Les offres en ligne relèvent d'abord selon Monsieur ITEANU de la qualification de la vente à distance puisque c'est de sa propre initiative que le client consulte un service en ligne et contracte, et non à la suite d'une sollicitation[140]. Or ce critère n'est pas déterminant, selon les professeurs VIVANT et LE STANC. Pour eux, la qualification de vente à distance se justifie d'un double point de vue. D'une part, parce que quand le consommateur reçoit une offre en ligne, celle-ci lui parvient dans un lieu non destiné à la commercialisation, dans un « lieu privé » et lorsqu'elle est acceptée et lorsque le contrat est conclu, elle suppose « un déplacement du produit ou du service vers le consommateur » critères déterminants de la vente à distance. Les professeurs VIVANT et LE STANC retiennent, d'autre part et surtout, comme argument essentiel l'intention du législateur (la « ratio legis »). Il s'agit en effet ici de protéger le consommateur. Non contre les sollicitations du démarcheur, mais plutôt des dangers d'une information trop superficielle, dangers qui sont justement à l'origine des dispositions du régime protecteur de la vente de biens et de fourniture de prestations de services à distance[141]. Un autre auteur, Monsieur BENSOUSSAN, après avoir envisagé au conditionnel l'application des dispositions sur la vente à distance à la conclusion des contrats par voie électronique, recourt pour son argumentation à une argumentation juridique selon laquelle l'offre en ligne utilise le canal d'une technique de communication à distance, or la vente par le moyen de telles techniques, quel que soit le

[139] Cf. infra, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, § C « Affirmation de l'application de la réglementation des contrats à distance ».

[140] O. ITEANU, op. cit.

[141] M. VIVANT et C. LE TANC, éd. Lamy, *Droit de l'informatique et des réseaux*, déjà cité, éd. 2000, n° 2614.

vecteur emprunté, relève du régime juridique de la vente à distance, donc l'offre en ligne doit être qualifiée d'offre de contrat à distance.

**116. - Le principe et les exceptions**. Ainsi les dispositions protectrices du Code de la Consommation issues de la transposition en droit interne par l'ordonnance du 23 août 2001, de la directive communautaire du 20 mai 1997, relatives aux ventes de biens et aux fournitures de prestations de services à distance s'appliquent aux offres en ligne ayant pour objet de tels contrats dans le cadre du commerce à destination des consommateurs, à quelques exceptions près prévues par le législateur. Ces exceptions sont les suivantes : Il s'agit des contrats « portant sur des services financiers », de ceux « conclus pour la construction et la vente de biens immobiliers ou portant s*ur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception de la location* », des contrats « conclus *lors d'une vente* aux enchères », qui sont exclus aux termes de l'article L 121.17 du Code de la Consommation, du champ d'application des dispositions du même Code relatives aux « ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance ». En outre, certaines dispositions protectrices du nouveau régime des ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance, ne s'appliquent pas, aux termes de l'article L 120-20 du Code de la Consommation, aux contrats offerts ayant pour objet notamment la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée.

## § 2 - Démarchage et commerce électronique

**117. - La définition du démarchage**. Le Code de la Consommation ne donne pas de définition à proprement parler du démarchage. La doctrine s'est efforcée de combler cette lacune. Ainsi le professeur CALAIS-AULOY et Monsieur STEINMETZ ont proposé cette définition du démarchage : «... le démarchage consiste à aller au-devant de la clientèle pour lui proposer des biens ou des services. Il suppose la présence physique du

démarcheur. Ce qui le distingue de la vente à distance » [142]. Les professeurs BOUT et BRUSCHI analysent quant à eux le démarchage dans toutes ses composantes au plan des faits et distinguent, tout d'abord, les sollicitations envisagées dans le texte qui consistent soit en une visite du démarcheur, impliquant donc un déplacement de ce dernier, soit en une prise de contact téléphonique ou « par tout moyen technique assimilable »[143] et dans ce cas le démarcheur ni le client n'ont à effectuer de déplacement, ou encore l'organisation par le commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions, impliquant cette fois un déplacement des personnes sollicitées.

**118. - Le commerce électronique comme catégorie de démarchage**. C'est en raison de la prise en compte par le Code la Consommation de sollicitations « par tout moyen technique assimilable » au téléphone, que l'on s'est interrogé sur la qualification des offres en ligne au regard de la loi sur le démarchage. Une partie importante des auteurs ont pensé que les échanges de données par Internet, qui d'ailleurs transitent par les lignes téléphoniques sans que le destinataire les ait sollicités, relevaient des « moyens techniques assimilables » et étaient donc constitutifs de démarchage[144].

**119. - La critique de l'assimilation**. En réalité, cette qualification de démarchage à l'égard des offres en ligne fondée essentiellement sur la circonstance qu'elles ne sont pas sollicitées par leur destinataire paraît discutable dans la mesure où la protection du Code de la Consommation en matière de démarchage est acquise au consommateur même s'il a sollicité la visite du commerçant qui le démarche[145]. La protection tirée de la Loi sur le commerce à distance semble, a priori, plus aisément applicable à l'offre en ligne.

[142] J. CALAIS-AULOY e F. STEINMETZ, déjà cité, n° 110.

[143] Art. L 121-27 du Code de la Consommation.

[144] D. FERRIER, Droit de la distribution, Paris, éd. Du Juris-Classeur, Litec, 3ème éd. 2002, n° 410.

[145] La solution a d'abord été admise par la jurisprudence (Cass. Crim. 19 juillet 1978 et 26 février 1979, D. 1979, IR, p. 181) a été ensuite expressément consacrée par la Loi du 23 juin 1989 devenu l'article L 121-21 du Code de la Consommation.

# TITRE 2
# DIVERSITÉS DU CONTENU
# DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

**120. - Le contrat comme norme de ce qui est juste**. Pendant longtemps, on a considéré qu'il n'existait aucune obligation de renseigner son futur cocontractant, en dehors des cas où la loi le prévoyait[146]. On jugeait nécessaire et suffisant que l'offre indique les éléments essentiels du contrat envisagés suivant les règles du droit commun. Cette conception classique reposait sur le postulat selon lequel, les hommes étant libres et responsables, «qui dit contractuel, dit nécessairement juste ».

**121. - Les interventions du législateur et de la justice.** La prise de conscience de l'importance d'une information plus large des parties préalablement à la conclusion du contrat, s'est faite progressivement. Le législateur est tout d'abord intervenu ponctuellement en créant des obligations d'information précontractuelles spéciales à la charge de l'une ou l'autre des futures parties, dans le but affiché de remédier à des situations d'inégalité entre celles-ci ou encore dans celui d'assurer une plus grande transparence lors de la conclusion de certains contrats. Puis, il a multiplié ses interventions, selon un rythme toujours plus élevé, au point que certains auteurs se demandent parfois aujourd'hui si la machine législative ne s'est pas emballée. Parallèlement, un important mouvement jurisprudentiel s'est développé à partir de l'idée selon laquelle l'exigence de bonne foi, envisagée par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil[147] dépasse ce seul cadre de l'exécution du contrat et doit également s'appliquer à l'occasion de la formation du contrat. À partir de cette orientation, les juges ont peu à peu « découvert» dans de nombreux contrats une obligation d'information précontractuelle

[146] À ce sujet, voir notamment TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil : Les obligations, préc. n° 248 ; GHESTIN, Traité de droit civil – La formation du contrat – Principes et caractères essentiels – Ordre public – Consentement, objet, cause, préc. n° 599.

[147] Article 1134, alinéa 3, du Code Civil : « Elles [les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi. »

générale[148], sur le modèle de celle mise à la charge du vendeur au profit de l'acheteur par l'article 1602 du Code civil[149]. On note que, si cette «découverte» concerne souvent des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, la qualité des parties n'est pas l'unique critère pris en considération par les juges[150]. L'existence d'un devoir général de loyauté dans la phase de formation contractuelle, la compétence respective des parties ou la nouveauté de la chose objet du contrat[151] sont d'autres éléments sur lesquels les juges font parfois reposer leur décision.

**122. - L'obligation d'information comme aide au jugement du consommateur**. Selon une analyse classique, l'information précontractuelle est une information qui a pour objet des faits objectifs se rapportant au contrat projeté et qui est fournie à une partie avant la conclusion de celui-ci. Elle vise à permettre à cette dernière de donner un consentement le plus éclairé possible. C'est pourquoi on dit encore que l'information précontractuelle est une information susceptible d'avoir une incidence sur le consommateur. Aussi, la fonction d'une obligation d'information précontractuelle est d'attirer l'attention de celui à qui elle est destinée sur tel ou tel aspect du futur contrat afin de s'assurer qu'il prenne la décision

[148] Sur l'ensemble du sujet, voir notamment M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945. 1 ; ALISSE, *L'obligation de renseignements dans les* contrats, Thèse Paris, 1975 ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation des contrats*, Thèse Aix-Marseille 1977, Aix-en Provence, PUAM, 1978 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats* – Essai *d'une théorie,* Thèse Paris l, Paris, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 1992 ; MISTRETTA, «L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », préc. ; X. THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », in Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Dalloz et Litec, 1999, p. 313. Pour une appréciation critique de cette jurisprudence. Voir notamment L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », Dr. Et Patrimoine 1998, n° 58, p. 69.

[149] Article 1602 du Code Civil : « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige*. » Pour une application de ce texte, voir Cass. 1ère Civ., 13/04/1999, Bull. civ. I, n° 139 à propos d'une vente de voiture par un vendeur concessionnaire automobile. Sur cette extension du champ d'application de ce texte à d'autres contrats que la vente, voir CALAIS-AULOY, STEINMETZ, Droit de la consommation, préc. n° 49.

[150] Pour une décision jugeant un consommateur responsable du défaut d'information de son cocontractant professionnel : Cass. 1ère Civ., 24/11/1976, Bull. civ. I, n° 370 : « *Celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le* consentement de son cocontractant ».

[151] Cass. 1ère Civ., 03/06/1998, Bull. civ. I, n° 198. La Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas d'obligation d'information entre deux professionnels dans la mesure où la compétence constatée de celui-ci qui se prétendait créancier d'une telle obligation lui donnait les moyens d'apprécier les caractéristiques des biens qui lui avaient été livrés. Voir également Cass. 1ère Civ., 04/05/1994, Bull. civ. I, n° 163. En l'espèce, bien que les deux professionnels aient été de même spécialité, la Cour de cassation a jugé qu'il existait une obligation d'information à la charge du vendeur car la chose objet du contrat était nouvellement commercialisée.

de s'engager en « la plus parfaite » connaissance de cause. « *Informer, c'est attirer l'attention d'une personne sur une réalité qu'elle a tout intérêt à connaître pour* mieux juger». En d'autres termes, l'obligation d'information précontractuelle est un moyen de prévention contre les vices du consentement.

**123. - L'importance de l'information précontractuelle dans le commerce électronique**. L'information précontractuelle revêt une importance toute particulière dans le cadre de la conclusion d'un contrat de commerce électronique. En effet, du fait de l'absence de contact direct des parties et de la dématérialisation des échanges, l'internaute n'a pas la possibilité de prendre connaissance directement - « in vivo » - des caractéristiques du bien ou du service proposé par le commerçant électronique, en examinant la chose ou en interrogeant son interlocuteur. La manière dont la relation contractuelle se noue entre les cocontractants entraîne une inégalité d'information[152] qu'il appartenait à la loi de compenser tout particulièrement dans ce mode de conclusion des contrats.

**124. - L'obligation d'information au-delà du contenu du contrat**. Il est important de souligner que le législateur est même allé au-delà d'une obligation précontractuelle proprement dite en consacrant des obligations d'information précontractuelles se rapportant au déroulement du processus de conclusion de celui-ci. Il a inauguré pour celles-ci un nouveau domaine et une nouvelle fonction d'ordre pédagogique liée à la technique particulière de l'outil informatique. Il s'agit de contraindre le commerçant électronique à expliquer aux destinataires de ses offres la manière dont la conclusion du contrat de commerce électronique se réalise sur un plan pratique, toujours afin que la volonté du contractant ne soit pas « surprise » par une manœuvre dont il n'aurait pas pu prendre connaissance des conséquences.

[152] Sur l'idée d'inégalité d'accès à l'information entre les cocontractants, voir notamment GHESTIN, Traité de droit civil – La formation du contrat – Principes et caractères essentiels – Ordre public – Consentement, objet, cause, préc. n° 634 et 635 ; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théo*rie, Thèse préc.

**125. - Les moyens d'information imposés.** Par ailleurs, l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle peut prendre différentes formes. Lorsque l'obligation a une origine légale, le législateur peut laisser libre son débiteur relativement au choix des moyens pour son exécution ou se montrer plus directif et lui imposer le respect d'un formalisme particulier. Il peut ainsi exiger du débiteur de l'obligation d'information de fournir celle-ci par écrit[153], voire en respectant un modèle préalablement établi. Il peut aussi lui imposer de faire figurer l'information dans un exemplaire du contrat à remettre au cocontractant au moment de sa conclusion[154] ou encore lui demander de l'indiquer dans son offre de contrat. Le législateur utilise fréquemment dans le domaine du droit de la consommation la technique des mentions obligatoires[155]. L'article L 121-18 du Code de la Consommation en est une illustration. Il en a fait également usage, d'une manière beaucoup plus inhabituelle, à l'article 1369-1 du Code civil signe de l'influence du droit de la Consommation sur le Code civil.

**126. - L'extension du domaine de précision de l'offre**. La présence imposée dans l'offre de contrat de commerce électronique de certaines informations entraîne parallèlement une extension du domaine de l'exigence de précision de l'offre. Celle-ci ne se limite plus aux éléments essentiels du contrat dont la conclusion est proposée, mais s'étend à d'autres informations de natures très diverses. Il serait toutefois erroné d'en déduire que ces informations supplémentaires sont devenues, de ce fait, des éléments essentiels du contrat de commerce électronique. En effet, le constat de leur absence de l'offre n'a pas pour conséquence nécessaire la disqualification de cette dernière, sauf dans les cas où le législateur a élevé au rang de mention obligatoire une information qui constitue déjà un élément essentiel du contrat[156].

[153] Voir par exemple l'article L. 141-1 du Code de Commerce relatif à l'acte de cession amiable de fonds de commerce.

[154] Voir par exemple l'article L. 121-23 du Code de la Consommation relatif au démarchage à domicile.

[155] Voir par exemple dans le domaine du crédit à la consommation et du crédit immobilier, les articles L. 311-10 et L. 312-8 du Code de la Consommation, ou encore l'article L. 121-61 du même code relativement à l'offre de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.

[156] Voir par exemple le prix de la chose. Il est un élément essentiel du contrat de vente en même temps qu'une mention obligatoire de l'offre de contrat de vente à distance (voir l'article L. 121-18, alinéa l, du Code de la Consommation qui procède à l'incorporation par référence de l'article L. 113-3 du même code).

Ce choix d'élever au rang de mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique l'ensemble des informations dont la directive 97/7/CE et la directive sur le commerce électronique imposent la fourniture à l'internaute avant la conclusion du contrat est original au regard des deux textes communautaires. Aucun n'exige en effet l'adoption d'une telle solution.

**127. - L'obligation liée à l'existence d'une offre**. La mise en œuvre de ce choix pose la question de l'identification de l'offre de contrat de commerce électronique. Il faut en effet être en mesure de déterminer à partir de quel moment et à quelles conditions un message émis par un commerçant électronique constitue une offre de contrat. Le contenu des sites internet et même aujourd'hui des courriers électroniques est si varié (publicités, offres, informations sportives, culturelles, boursières, etc.), que la tâche est souvent délicate. Elle est pourtant nécessaire pour comprendre la solution retenue par le législateur[157]. Le critère essentiel de distinction entre une offre et d'autres types de message est sa finalité. Une offre a en effet pour but d'amener une personne à conclure un contrat. Aussi, dès l'instant où un bien ou un service est présenté et où cette présentation s'accompagne de la proposition, ferme et dépourvue d'équivoque, d'en apporter la fourniture, on doit considérer qu'il y a une offre de contrat.

**128. - La contrainte d'information qui en résulte**. En conséquence, dès qu'un internaute prend connaissance d'une telle proposition, il faut qu'il soit mis par le commerçant électronique en présence de l'ensemble des informations élevées au rang des mentions obligatoires, avant qu'il ne puisse passer commande. Ainsi, si nous prenons l'exemple de l'offre figurant sur un site internet, nous considérons que toutes ces informations doivent être placées sur une ou plusieurs pages incontournables pour l'internaute qui souhaite passer commande. Autrement dit, l'exigence de la présence de mentions obligatoires dans l'offre ne doit pas nécessairement être comprise comme l'obligation pour le commerçant électronique de toutes les indiquer les unes à la suite des autres, sur une seule et même

[157] L'article 4, paragraphe l, de la directive 97/7/CE exige seulement que le consommateur bénéficie « en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance» de ces informations, tandis que l'article 10, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique demande au prestataire de les fournir au destinataire du service avant qu'il ne passe commande.

page de son site. Ceci est certes une possibilité. Mais il en est une autre, plus souple, qui consiste à prévoir la communication de ces informations d'une manière progressive, page après page, tout en dirigeant l'internaute vers celle à partir de laquelle il pourra passer commande. En conséquence il est possible d'estimer que le recours à un lien hypertexte, présent sur toutes les pages du site et renvoyant vers une page contenant l'ensemble de ces informations, ne permet pas de satisfaire aux exigences légales. Cette interprétation stricte est en effet indispensable si l'on veut donner un plein effet à la règle posée par le législateur d'en faire des mentions obligatoires de l'offre.

**129. - L'offre de contrat électronique, une offre « sous contrôle ».** Un tel parti se révèle donc contraignant pour le pollicitant. C'est pourquoi, pour certains, l'offre de contrat de commerce électronique est ainsi devenue « une offre de contracter sous contrôle ». L'offre faite par voie électronique est en effet assujettie à une stricte réglementation. En vue de maîtriser les spécificités liées à son mode de· passation, le législateur oblige l'une des parties, le professionnel, à insérer dans l'offre de contrat des mentions destinées à informer le. Cocontractant qui est, le plus souvent, mais pas toujours, un consommateur.

Nous proposons d'abord de déterminer quelles sont les règles fixées pour l'identification de l'auteur de l'offre qui doit, en quelque sorte, se présenter officiellement à son client internaute (Chapitre 1) avant d'examiner de quelle manière la loi exige que soit décrites, avant tout contrat, les conditions contractuelles (Chapitre 2) pour ensuite entrer dans l'objet même du contrat et les informations dues sur le contenu de l'offre (Chapitre 3) puis sa forme (Chapitre 4).

# CHAPITRE 1

# IDENTIFICATION DE L'AUTEUR DE L'OFFRE

**130. - La nécessaire présentation du commerçant électronique.** Élément essentiel du commerce traditionnel, la confiance entre les acteurs du commerce en ligne passe nécessairement par leur connaissance ce qui, dans la mesure de la dimension planétaire du réseau, de la dépersonnalisation liée à internet, exige des précautions, donc des obligations particulières par différence avec le droit commun national qui, quant à lui, ne comporte aucune exigence en la matière.

Dès avant l'intervention de toute législation et de toute manière, indépendamment de toute obligation légale, les prestataires en ligne de tous les continents, bien conscients de la suspicion susceptible de résulter de l'anonymat, notamment dans les pays anglo-saxons, ont compris l'intérêt de s'identifier plus ou moins complètement. Certains le faisaient de façon extrêmement détaillée en informant même le consommateur de la genèse de leur activité, de l'identité des fondateurs et dirigeants principaux, avec parfois leurs photographies et biographies.

**131. - L'usage pratiqué dès l'origine de se présenter**. En effet, dans le commerce traditionnel, on connaît le commerçant qui, s'il est poli, se présente lui-même à l'acheteur, on peut juger du degré de confiance que l'on peut lui faire, on peut l'interroger sur les divers aspects de la transaction envisagée, toutes choses qui font défaut dans le commerce électronique. Aussi, pour aligner autant que faire se peut le commerce électronique sur le commerce traditionnel, c'est devenu une véritable pratique contractuelle que de se présenter à l'internaute sur son site de commerce électronique qui a précédé les législations au point que les fournisseurs d'accès, tels que Yahoo! ont imposé une identification complète aux sites bénéficiant de ses services en ligne[158].

[158] Les « conditions générales » imposées par Yahoo ! (« Yahoo ! Store Merchant Service Agreement » 1999) indique (traduction personnelle) « Le commerçant accepte de faire figurer dans les coordonnées de sa boutique en ligne, notamment mais non exclusivement : le nom social, son adresse, numéro de téléphone,

Cette recherche d'une normalisation du commerce électronique par le contrat qu'il est convenu de désigner par le terme anglais «soft Law » a trouvé son écho en France dans le «Contrat type de commerce électronique à destination des commerçants et des consommateurs » rédigé par un groupe d'experts, sur l'initiative de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et de l'Association Française pour le Commerce et les Échanges Electroniques, présenté à Paris, le 29 juin 1998. Ce contrat type conçu, selon ses auteurs, comme « un outil pour les entreprises », a vocation à être utilisé par les commerçants du commerce électronique dans leurs rapports avec les consommateurs, en constituant un canevas de départ, « une base de négociation entre les parties ». Il prescrit d'informer le consommateur du nom du commerçant, de sa dénomination sociale, s'il y a lieu, du numéro d'identification unique, de l'adresse du siège social ou de l'établissement auteur de l'offre (si différente), de l'adresse électronique, des coordonnées téléphone et fax, ceci en reprenant, d'ailleurs, les règles déjà fixées pour les contrats conclus à distance.

La dématérialisation du contrat implique que des contrats conclus soient conclus entre absents. Il est donc important que les contractants s'identifient. La dématérialisation et la dépersonnalisation du contrat conclu par voie électronique est à l'origine des préoccupations législatives européennes puis nationales. Quatre sources déjà présentées se superposent en ce qui concerne l'obligation d'identification du prestataire : le Code de la Consommation, la loi du 1er août 2000 sur les éditeurs professionnels de services de communication en ligne, le Code de Commerce et, bien naturellement, la loi LCEN.

La loi LCEN suffit à elle seule à synthétiser l'ensemble de la question (section 1) même s'il paraît souhaitable de vérifier que les 3 autres sources, en ce domaine, sont purement et simplement surabondantes (section 2).

---

numéro de fax, adresse de messagerie électronique. Le commerçant accepte également de mettre ces informations à jour et de les conserver conforme à la réalité, précises actuelles et complètes. » (clause accessible sur le site http://store.yahoo.com/vw/terfser.htlm.

## Section 1

## La présentation de l'auteur de l'offre à l'internaute

Il faut situer les règles fixées en ce domaine par la Loi LCEN dans le prolongement de la directive dont elle est issue. La Loi LCEN a intégré dans la législation nationale les règles fixées, en la matière, par l'article 5 de la Directive 2000/31 au sujet des informations nécessaires à l'identification du prestataire. Selon la directive, le particularisme des relations évoquées justifie, pour éviter au destinataire de l'offre toute déconvenue, que le prestataire s'identifie comme tel. À ce titre, le prestataire est tenu à une obligation générale d'information précontractuelle énoncée à l'article 5 de la directive n°- 2000/31 relatif « aux informations générales à fournir ». Pour cela, le prestataire doit rendre accessible au destinataire du service et aux autorités compétentes, son nom (a) ; l'adresse géographique à laquelle il est établi (b) ; ses coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui (c) ; dans le cas où il est inscrit à un registre du commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre du commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre (d) ; dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (e) ; en ce qui concerne les professions réglementées, le prestataire doit préciser l'ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel il est inscrit, le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, et la référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès (f) ; enfin, dans le cas où il exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, § 1, de la sixième directive 77/388/CEE du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives au taxes sur le chiffre d'affaires (8).

## § 1 – *Les informations sur l'auteur de l'offre*

**132. - Contenu de l'obligation**. Intégrant fidèlement ces règles, l'article 19 de la loi LCEN a d'abord prévu que le prestataire devait tenir à disposition du destinataire de l'offre les éléments d'information suivants : «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 ; 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 gén*éral 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°- *S'il est membre d'une profession* réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, *l'*État *membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme* professionnel auprès duquel il est inscrit ».

**133. - Les adjonctions à la Directive.** La loi LCEN ajoute ainsi aux obligations de la directive, l'obligation d'indiquer le prénom du prestataire, s'il s'agit d'une personne physique, la raison sociale, le capital social et l'adresse du siège social s'il s'agit d'une personne morale. Sous le même article, la loi LCEN ajoutait également à la directive qui ne le prévoyait pas que ces informations doivent être accessibles au destinataire « à partir du moment où il commence la transaction » soit avant que ce dernier n'engage le processus de passation de sa commande. De la même manière, plus précisément que la directive qui ne prévoyait, en ce qui concerne la mise à disposition de ces informations, que l'exigence d'un accès « facile, direct et permanent » la loi LCEN énonce : « le prestataire est tenu *d'assurer à ceux à qui est destinée* la fourniture de biens ou la prestation de services un *accès facile, direct et permanent sur la page d'accueil et sur chacune des pages visionnées* par le client. ». Cela implique que le destinataire ne doit pas désespérément se trouver dans l'obligation de chercher l'information en tournant les pages du site. Le respect de ces exigences participe des règles régissant la structure du site Internet. Il faut donc admettre

qu'une locution ou une icône ou encore un lien hypertexte, vers une page contenant ces informations, accessible à tout moment, c'est-à-dire visible, sur l'ensemble des pages, et notamment sur sa page d'accueil, satisfait à cette condition. De plus en plus de sites affichent sur chacune de leurs pages la même « bannière » de liens hypertextes. Cela permet au destinataire des services de surfer dans la « boutique» et d'accéder facilement, directement et de manière permanente aux informations dont il a besoin pour s'engager en connaissance de cause.

**134. - L'obligation s'applique au commerçant professionnel comme au particulier**. À noter que l'obligation d'identification pèse non seulement sur le professionnel, mais aussi sur le particulier, la loi LCEN ne faisant pas de distinction à cet égard dans la définition qu'elle donne du commerce électronique sous son article 14 qui n'exclut pas le commerce dit « C to C »[159].

**135. - Les informations doivent être données sous menace de sanctions pénales**. Enfin, la loi LCEN assortit l'ensemble des obligations de cet article de sanctions pénales : « les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les *conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L 450*-1 et les articles L 450-2, L 450-3. L 450-4. L 450-7. L 450-8. L 470-1 et L 470-5 du Code de Commerce ».

**136. - L'identité du commerçant**. En ce qui concerne l'identification du commerçant électronique[160], l'articlé 19, alinéa l, 1°, de la loi demande à celui-ci d'indiquer ses nom, prénoms, s'il est une personne physique, et sa « raison sociale », s'il est une personne morale. L'utilisation du terme « raison sociale » étonne quelque peu. Celui-ci n'est plus applicable en effet pour toutes les sociétés dotées de la personne morale qui, depuis la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier,

[159] « C to C » = Consommateur vers consommateur. Cf. en ce sens, P. STOFFEL-MUCK, « La réforme des contrats du commerce électronique », Communication Commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30.

[160] Selon Monsieur CACHARD « *la loi met en œuvre ( ... ) un véritable principe d'identif*ication des parties». Voir CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.

sont identifiées par leur «dénomination sociale »[161]. Il ne s'agit toutefois certainement que d'une maladresse rédactionnelle puisque l'article 6, III, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[162] demande aux personnes morales dont l'activité est d'éditer un service de communication publique en ligne, de mettre à la disposition du public, « leur dénomination ou leur raison sociale ».

**137. - Les autres renseignements sur le commerçant**. Au-delà de cette première exigence, l'étendue de l'obligation d'identification mise à la charge du commerçant électronique varie en fonction de l'activité économique qu'il exerce dans le cadre de son activité de commerce électronique[163]. Ainsi, l'article 19, alinéa 1,3° impose au commerçant électronique, s'il est assujetti aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés[164] ou au répertoire des métiers[165], d'indiquer son numéro d'inscription, son capital

[161] Voir la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (JO, 12 juillet 1985), Les personnes morales sont identifiées par une « dénomination sociale », ainsi que respectivement pour les sociétés en nom collectif, pour les sociétés en commandite simple, pour les sociétés à responsabilité limitée et pour les sociétés par actions, les articles 221-2, 222-3, 223-1 et 224-1 du Code de Commerce. Sur le terme dénomination sociale : P. LE CANNU, Droit des sociétés, Paris : Montchrestien, Collection Domat Droit privé, 2002, n° 436 à 438.

[162] Article 6, III, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique :

« 1. Les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert :

a) S'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ;

b) S'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social ;

c) Le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée ;

d) Le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse et le numéro de téléphone du prestataire mentionné au 2 du 1.

2. Les personnes éditant à titre non professionnel un service de communication au public en ligne peuvent ne tenir à la disposition du public, pour préserver leur anonymat, que le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné au 2 du l, sous réserve de lui avoir communiqué les éléments d'identification personnelle prévus au 1. »

[163] Il est intéressant de noter que ces informations supplémentaires ne concernent en fait que les commerçants électroniques agissant à titre professionnel.

[164] Voir l'article L. 123-1 du Code de Commerce dressant la liste des personnes assujetties à cette formalité. On relèvera que les associations ne sont soumises à cette obligation, même si elles exercent à titre habituel une activité économique. En ce sens, voir Cass. Corn., 01/03/1994, JCP 1994 E. Pan. 644.

social et l'adresse de son siège social. Par ailleurs, si son activité est soumise à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel, il doit mentionner ce numéro (article 19, alinéa 1, 4°). De même, si elle est soumise à un régime d'autorisation (article 19, alinéa 1, 5°), il doit indiquer les coordonnées de l'autorité de surveillance[166]. Enfin, si son activité est une profession réglementée (article 19, alinéa 1, 6°)[167], le commerçant électronique est tenu de mentionner son titre professionnel, différents renseignements relatifs à l'ordre ou à l'organisme professionnel auquel il appartient ainsi qu'une référence aux règles professionnelles applicables. S'agissant de cette dernière hypothèse, il faut constater que le législateur français est resté en dessous des exigences communautaires. En effet, l'article 5 de la directive sur le commerce électronique requiert en outre l'indication par le prestataire des moyens d'avoir accès aux règles professionnelles qui s'appliquent à lui[168].

**138. - La localisation du commerçant**. Identifié, le commerçant électronique doit encore pouvoir être aisément localisé par tout internaute. C'est pourquoi il doit indiquer l'adresse où il est établi[169]. Il convient de souligner que l'adresse de son lieu d'établissement ne

---

[165] Voir l'article 7 du décret no 98-247 du 28 avril 1998 relatif à la qualification artisanale et au répertoire des métiers (JO, 3 avril 1998). Le texte pose plusieurs conditions à l'application de l'obligation d'immatriculation parmi lesquelles l'exercice de l'une des activités dont une annexe jointe au décret établit la (longue) liste (boulanger, garagiste, menuisier, etc.).

[166] On peut citer l'exemple de l'activité d'établissement de crédit dont l'exercice est soumis à l'obtention d'un agrément délivré par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (voir les articles L. 612-1 et suivants du Code monétaire et financier). L'autorité de contrôle des établissements de crédit est en principe la commission bancaire. Ainsi, voir l'article L. 631-1 Code monétaire et financier : « La commission bancaire est chargée de contrôler le respect par les établissements de crédit des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables et de sanctionner les manquements constatés ».

[167] Article 2, lettre g, de la directive sur le commerce électronique : « profession réglementée » : toute profession au sens, soit de l'article1er point d) de la directive 89/49/CEE du conseil du 21 décembre 1988, relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionne des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, soit au sens de l'article 1er, point j), de la directive 92/51CEE du Conseil du 18 juin 1992 relative à un deuxième système général de reconnaissance des formations professionnelles, qui complète la directive 89/48/CEE .. ». Ainsi, constitue une profession réglementée, au sens de la directive du 18 juin 1992, « toute activité professionnelle qui, quant à ses conditions d'accès ou d'exercice est directement ou indirectement régie par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives imposant la possession d'un diplôme ».

[168] La présence de cette information à l'article 1369-1,5°, du Code Civil parmi les mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique, ne permet pas de satisfaire au niveau d'exigence imposé par le texte communautaire car celui-ci s'applique également en dehors de toute offre.

[169] L'article 5 de la proposition de directive sur le commerce électronique envisage « *l'adresse* géographique» à laquelle le prestataire est établi. Voir également HUET, « La problématique du commerce

correspond pas nécessairement à celle de son siège social, dans le cas où il est une personne morale. L'article 14, alinéa 2, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique fixe les critères de la détermination de la première lorsqu'elle pose les conditions auxquelles un commerçant électronique doit être considéré comme établi en France. On peut ainsi définir l'adresse où le commerçant électronique est établi comme celle du lieu où il est installé « *d'une manière stable et durable pour exercer effectivement* son activité, qu*el que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son* siège social.[170] »

**139. - La localisation téléphonique et électronique du commerçant**. Enfin, l'article 19, alinéa 1, 2°, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique impose au commerçant électronique d'indiquer son adresse de courrier électronique et son numéro de téléphone. Ces informations sont très importantes, car elles rendent possible, lorsqu'il peut être nécessaire, l'instauration d'un dialogue entre un internaute et un commerçant électronique. Néanmoins, elles ne peuvent remplir efficacement leur rôle que si elles sont interprétées à la lumière de l'article 5, c, de la directive sur le commerce électronique non repris dans la loi. Le texte communautaire demande en effet au prestataire de mentionner des « *coordonnées […] permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer* directement et efficacement avec lui ». On peut ainsi penser, par exemple, qu'un numéro de téléphone renvoyant à une simple boîte vocale enregistrant les messages des internautes ne suffirait pas, dispositif pourtant largement généralisé.

**140. - L'accès facile, direct et permanent à l'ensemble des informations obligatoires**. L'article 19, alinéa 1, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, en exigeant du commerçant électronique qu'il assure à tout internaute un accès facile, direct et permanent à différentes informations le concernant ainsi qu'à son activité, contribue à la

électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 )), préc. qui fait référence à son adresse « physique ».

[170] Cette définition a pour origine celle du « prestataire établi », donnée par l'article 2, lettre c, de la directive sur le commerce électronique : «prestataire établi » *: prestataire qui exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable pour une durée indéterminée. La présence et l'utilisation des moyens t*echniques et des technologies requis pour fournir le service ne constituent pas en tant que telles un établissement du prestataire ».

confiance propice au développement du commerce électronique. Lu dans le contexte particulier de l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique, il doit être compris comme un texte qui impose la présence dans celle-ci d'une mention obligatoire originale dont la fonction est d'assurer la liaison entre ces informations et l'offre.

À noter, cependant, que la Cour de Justice des Communautés Européenne a jugé (CJCE, 4ème Chambre, 16 octobre 2008)[171] que, malgré les termes précis de la loi française, le cybercommerçant n'est pas tenu d'indiquer sur ses offres le numéro de téléphone où le joindre, d'autres procédés pouvant constituer, à cet égard, un substitutif convenable (télécopieur, page-écran formulaire de réclamation) dès l'instant où ils permettent effectivement une prise de contact direct, rapide et efficace.

## § 2 – Les règles identiques pour les éditeurs.

**141. - L'obligation d'information spécifique prévue pour les éditeurs de services de la communication**. La loi du 1er août 2000 fixe des obligations semblables pour les éditeurs. Loi du 1er août 2000 s'applique aux éditeurs professionnels de services de communication en ligne lesquels doivent, aux termes de son article 1er fournir une liste d'informations précises permettant de les identifier avec certitude. Or, dans une très grande majorité de cas, les professionnels du commerce électronique offrant biens et services en ligne sont également les éditeurs de leur propre site marchand. L'exception constituée par certains commerçants individuels qui préfèrent contracter par l'intermédiaire d'un site fédérateur du type galerie marchande électronique intervenant à titre de mandataire de ces derniers est en voie de disparition dans la mesure où des logiciels mettant à la portée de tous la création d'un site.

Ainsi, les professionnels du commerce électronique doivent, aux termes de cette législation lorsqu'elle leur est applicable en tant qu'éditeurs professionnels de services de

[171] CJCE, 4ème Ch. 16 oct. 2008.

communication en ligne, tenir « à la disposition du public » : s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénom et domicile ; s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social ; le nom du directeur ou du codirecteur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction au sens de l'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ; le nom, la dénomination ou la raison sociale et l'adresse du prestataire mentionné à l'article 43-8.

Plus largement, à l'échelle communautaire, le client potentiel, consommateur ou non, a en outre impérativement la possibilité d'accéder à une somme non négligeable d'informations nominatives concernant non plus les seuls éditeurs de sites, mais l'ensemble des professionnels offrant un service de la société de l'information au sens de la directive communautaire du 8 juin 2000 « sur le commerce électronique » qui prescrit cette obligation.

Ces services représentent, pour l'essentiel, toutes les activités du commerce électronique , soit, « la vente de biens en ligne »[172] ainsi que, selon l'article 2, a) de la directive, « tout service prêté normalement contre rémunération, à distance par voie *électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ».

[172] « Considérant » n° 18 de la directive.

## Section 2

## Les sanctions pénales

Ces sanctions pénales nous les retrouvons aussi bien dans le code de la consommation que dans le code de commerce.

### § 1 – Les sanctions pénales ajoutées par le Code de la Consommation

**142. - L'apport complémentaire du Code de la Consommation**. Le Code de la Consommation ne régit la matière qu'au travers de la réglementation des contrats à distance. Aucune des obligations prévues en ce domaine n'ajoute à celles, plus détaillées fixées par la loi LCEN. En revanche, le Code de la Consommation édicte les sanctions pénales susceptibles de frapper le non-respect du formalisme informatif. En effet, les infractions sont constatées et poursuivies, aux termes de l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation, dans les conditions fixées par les premier et troisième 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-l et L. 470-5 du Code de Commerce. Les contrevenants encourent, aux termes des articles R. 121·1 et R. 121·1·1 du Code de la Consommation, une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Cette disposition vise à éviter que les consommateurs restent désemparés dans l'éventualité d'un différend avec un professionnel inconnu contre lequel tout recours serait évidemment impossible.

### § 2 : La sanction pénale ajoutée contradictoirement par le Code de Commerce

**143. - Le cumul contradictoire résultant du Code de Commerce**. 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 énonce 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. Certes, cette obligation figure également dans la loi LCEN mais elle est ici sanctionnée spécifiquement d'une peine d'amende de 4ème classe (750 €) contradictoire avec celle de 5e classe visée au § 1er ci-dessus.

Ainsi identifié à l'égard de son interlocuteur internaute, l'auteur de l'offre doit également informer celui-ci sur les conditions contractuelles qui régiront l'éventuel contrat.

## CHAPITRE 2

## INFORMATION SUR LES CONDITIONS CONTRACTUELLES

**144. - L'obligation d'information sur les conditions contractuelles dans tous les types de contrat de consommation**. Le Code de la Consommation exige que soient fournies au consommateur, avant la conclusion du contrat, certaines informations constitutives de l'offre. Au premier rang desquelles figurent celles relevant de l'obligation générale d'information de l'article L 111-1 du dit Code, relatives aux «caractéristiques essentielles du bien ou du service offert». et celles de l'article L 111-2 concernant « la période pendant *laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront* disponibles sur le marché. ». Tout professionnel producteur ou distributeur de biens et tout prestataire de services doit ensuite, aux termes de l'article L. 113-3 du Code la consommation, informer les consommateurs « sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de vente ». Enfin, l'article L 114-1 du Code de la Consommation impose au professionnel, lorsque le montant de la transaction dépasse 500 Euros, de renseigner les consommateurs sur les délais de la livraison du bien meuble ou de l'exécution de la prestation, lorsque celles-ci ne sont pas immédiates.

**145. - L'obligation dans divers contrats particuliers**. À ces informations, exigées pour toutes les offres de contrats à destination des consommateurs, que ce soit dans le cyberespace ou ailleurs, il faut ajouter les précisions supplémentaires parfois prescrites pour telles ou telles offres de contrats particuliers en raison de leur objet, par plusieurs textes codifiés ou non codifiés du droit de la consommation.

**146. - Les offres de voyages ou de séjour**. Ainsi en est-il des offres de voyages ou de séjours qui doivent répondre aux règles fixées par la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 précisée par le décret d'application n° 94-490 du 15 juin 1994 « fixant les conditions *d'exercice des activités relatives à l'o*rganisation et à la vente de voyages ou de séjours » dont l'article 15 exige qu'elles portent sur le contenu des prestations relatives au transport

et au séjour, le prix et les modalités de paiement, les conditions d'annulation du contrat ainsi que les conditions de franchissement des frontières[173].

**147. - Le courtage matrimonial.** Il en est de même dans l'activité d'agence matrimoniale dans laquelle le prestataire est tenu, par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à « l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales » et plus précisément par l'article 6 § III, de préciser, dans toute annonce diffusée par lui, pour ce qui le concerne, son nom, son adresse ou celle de son siège social s'il s'agit d'une personne morale, ainsi que son numéro de téléphone et pour ce qui concerne son client, le sexe de celui-ci, son âge, sa situation familiale, le secteur d'activité professionnel, la région de résidence ainsi que les qualités de la personne recherchée par elle [174].

**148. - Les offres de crédit**. Enfin, la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 « relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit » en son article 5, alinéa 3, devenu l'article L 311-10 du Code de la Consommation, prévoit comme mentions supplémentaires devant obligatoirement figurer dans l'offre préalable de crédit, notamment, outre l'identité des parties, celles des cautions, le cas échéant, le montant du crédit, la nature, l'objet et les modalités du contrat, les conditions d'une éventuelle assurance, le coût total du crédit ventilé, son taux effectif global et la désignation du bien ou de la prestation de service financé [175].

**149. - L'obligation d'information sur les conditions contractuelles dans les contrats à distance.** Cette obligation d'information de droit commun de la consommation est accrue par les dispositions particulières du régime des ventes de biens et de fournitures de prestations de services à distance, tel qu'il est actuellement défini par le droit positif de la consommation. L'information du cyberconsommateur est renforcée depuis la transposition

[173] Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 et décret d'application n° 94-490 du 15 juin 1994.

[174] Loi n° 99-421 du 23 juin 1989, article 6 § III.

[175]Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, article 5, alinéa 3, devenu article L 311-10 du Code de la Consommation.

en droit interne, par l'ordonnance du 23 août 2001, de la directive européenne du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance », par l'exigence de renseignements obligatoires supplémentaires. En effet l'article L. 121-18 du Code de la Consommation issu de cette transposition, exige, en complément des obligations de droit commun, que l'offre de contrat de vente de biens ou de fourniture de prestations de services en direction des consommateurs comporte les informations relatives aux taxes pouvant majorer le prix du bien ou du service, le cas échéant, aux frais de livraison, aux modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, à l'existence d'un droit de rétractation, au coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base, à la durée de la validité de l'offre ou du prix, et le cas échéant, sur la durée minimale du contrat dans les contrats de fourniture de biens ou services à exécution successive.

**150. - La mise à disposition des mentions obligatoires**. Par ailleurs, l'article L. 121-19 du Code de la Consommation exige encore du professionnel qu'il adresse au consommateur, par écrit ou sur tout autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard lors de la livraison, deux types d'informations. Il s'agit, d'une part, d'un ensemble des mentions obligatoires relatives au contrat, concernant 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, les informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales, les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an. Le professionnel doit,, d'autre part, procéder à une confirmation de la plupart des informations données au titre des informations préalables, énumérées à l'article L 121-18 du même code, relatives à l'identification du professionnel, aux frais de livraison, aux modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, au droit de rétractation et de celles qui figurent en outre aux articles L 111-3 et L 113-3 du code de a consommation, ainsi que celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, à moins que le professionnel n'ait procédé à cette confirmation avant la conclusion du contrat.

Pour l'application de ces prescriptions, une circulaire ministérielle du 19 juillet 1988, ajoute que dans les offres de vente ou de prestations de services à distance, « les produits ou services doivent être décrits de manière aussi précise que possible, dans leurs éléments tant qualitatifs (dénomination, nature, qualité) de quantitatifs (dimension et poids, notamment)»[176].

En complément de ces règles applicables à toutes les offres de contrat à distance, d'autres prescriptions s'ajoutent pour certaines d'entre elles qui obéissent à un régime particulier.

**151. - L'obligation dans certains types de contrats à distance**. Ainsi les dispositions relatives à l'enseignement à distance inscrites dans la loi du 12 juillet 1971 « relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance »[177]. Ces règles exigent que les offres préalables, émises par les établissements d'enseignement « par correspondance » mentionnent les conditions dans lesquelles l'enseignement est donné et présentent un plan d'étude précisant les pré-requis des élèves, le niveau et la durée des études et les emplois auxquels elles préparent.

De même, l'article R 112-12 du Code de la Consommation prévoyant que les catalogues, brochures, prospectus ou annonces portant offre de vente de denrées alimentaires et permettant d'en effectuer directement la commande par correspondance doivent comporter un certain nombre de mentions obligatoires : dénomination du produit, liste des ingrédients, quantité nette, lieu d'origine ou de provenance, sans préjudice des autres mentions exigées par diverses réglementations relatives à certaines denrées alimentaires déterminées.

[176] Circulaire du 19 juillet 1988 « portant application des dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix ».

[177] Loi n° 71-556 du 12 juillet 1971, modifiée par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 ; décrets d'application n° 72-1218 et 72-1219 du 22 décembre 1972.

**152. - L'obligation d'information propre aux contrats du commerce électronique**. Enfin, les règles introduites par la loi LCEN ajoutent encore une nouvelle superposition de dispositions pour les contrats du commerce électronique. L'article 1369-1 du Code civil prévoit que « quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles *applicables d'une manière qui permette leur conse*rvation et leur reproduction ». Ce texte vise à transposer l'article 10, paragraphe 3, de la directive sur le commerce électronique. Une différence importante sépare toutefois les deux textes. La directive sur le commerce électronique ne met pas à la charge du prestataire une obligation d'information relativement aux clauses contractuelles et aux conditions générales applicables aux contrats dont il propose la conclusion. Elle se contente de prévoir que, dans le cas où le prestataire prend l'initiative de fournir ces dernières, il doit le faire d'une manière qui permette à l'internaute de les conserver et de les reproduire. L'article 1369-1 du Code civil en revanche, crée une véritable obligation d'information à ce sujet à la charge du commerçant électronique.

La lecture de l'article 10, paragraphe 3, de la directive sur le commerce électronique, ainsi que celle des travaux préparatoires à l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, apportent un éclairage à ce sujet. Tandis que le texte communautaire fait référence « aux clauses contractuelles et aux conditions générales », les auteurs du projet de loi initial pour la confiance dans l'économie numérique avaient préféré l'expression de « conditions générales et particulières », elle-même remplacée par l'Assemblée nationale, lors de la première lecture projet, par celle actuelle de «conditions contractuelles».

**153. - La notion de conditions contractuelles**. Malgré ces changements de vocabulaire, une seule et même réalité est toujours visée. La notion de conditions contractuelles est à la fois vaste et précise. Elle recouvre en réalité tout le contenu d'un contrat. Aussi, l'article 1369-1 du Code civil met, ni plus, ni moins à la charge du commerçant électronique professionnel, une obligation d'information ayant pour objet « un exemplaire» du contrat

proposé. L'article 1369-1 du Code civil se révèle donc a priori particulièrement contraignant pour les commerçants électroniques.

Après examen des dispositions applicables aux conditions générales du contrat de commerce électronique (section 1) nous proposons de faire l'inventaire détaillé des règles relatives aux caractéristiques essentielles des biens et services (section 2) de celles relatives aux prix et modalités de paiement (section 3) puis enfin au délai de validité de l'offre (section 4).

## Section 1

## L'Information sur les conditions générales du contrat

**154. - L'information sur les conditions générales du contrat**. Il faut examiner successivement les dispositions applicables à la mise à disposition des conditions générales du contrat de commerce électronique par le professionnel au bénéfice du client internaute (§ 1) puis envisager de quelle manière les conditions générales applicables au contrat, une fois mise à disposition dans le processus de conclusion du contrat, peuvent être modifiées postérieurement dans le cours de l'exécution du contrat, s'il s'agit d'un contrat à exécution successive (§ 2).

### § 1 - La mise à disposition

**155. - L'obligation de mise à disposition**. 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 g*énérales 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 commerce dit « C to C » c'est-à-dire entre consommateurs. 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 commerce « B to C » (professionnel vers consommateur), le commerce « B to B » (entre professionnels) est concerné.

Il faut souligner aussi l'ambiguïté du texte qui semble plus s'adresser à la publicité qu'à la vente en ligne, elle-même. 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 seulement la « proposition » de produit ou de service qui est faite en ligne, la vente elle-même pouvant alors être réalisée en ligne ou hors-ligne.

**156. - L'imprécision du texte sur les modalités de la mise à disposition**. 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 par un autre moyen que l'informatique ? 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 commande[178] ou mieux encore par l'apparition automatique d'une fenêtre ad hoc ?

**157. - L'imprécision du texte quant à la connaissance effectivement prise de l'information.** Le texte ne précise pas non plus si les internautes doivent formellement en prendre connaissance ou s'il ne s'agit pour eux que d'une faculté. 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 consentement à son contenu »*[179]. S'il est évident qu'un internaute se verra déclarer opposables des conditions dont il aurait déclaré, par un clic, avoir pris connaissance avant de conclure le contrat, que se passerait-il si le contrat était passé sans qu'il l'ait fait, soit que l'opérateur ne les lui ait pas porté à sa connaissance, soit que le processus contractuel permette de conclure le contrat sans que le consommateur soit formellement tenu de cliquer une case par laquelle il déclare en avoir pris connaissance ?

[178] Voir en ce sens, O. CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC 2004, 314.

[179] P. LE TOURNEAU, « Contrats informatiques et électroniques », D. 2004, n° 23, p. 293.

**158. - L'absence de sanction spécifique**. Il faut relever, à ce titre, que le texte ne prévoit aucune sanction spécifique pour défaut de mise à disposition des conditions générales ou particulières. On peut certainement considérer que la jurisprudence estimera que, faute de démontrer qu'elles ont été portées à la connaissance du destinataire, elles lui sont inopposables. Il est intéressant de relever que le droit allemand comporte à ce sujet une sanction efficace puisque l'acheteur se voit autorisé, faute de mise à disposition des conditions générales ou particulières, à se rétracter à tout moment[180].

Que faire cependant dans l'hypothèse d'un changement des conditions générales par le commerçant après conclusion du contrat à exécution successive ?

## § 2 - *L'évolution des conditions générales*

**159. - La nécessité d'évolution des conditions générales**. La présentation des sites et boutiques virtuelles sur la toile mondiale évolue avec une très grande rapidité. Les raisons de ce phénomène sont multiples et tiennent à la nécessité d'améliorer et d'adapter ces nouveaux outils du commerce à une réalité qu'il est difficile de maîtriser. Dans ces conditions les professionnels du commerce électronique éprouvent la nécessité de pouvoir faire évoluer les conditions générales des Contrats qu'ils offrent en ligne. Il n'est pas rare de voir ainsi la rédaction des conditions générales remise en question ultérieurement à la passation du contrat par une modification unilatérale du fait même de leur auteur. Il faut, dans un tel cas, se poser la question de savoir, dans quelle mesure cette modification peut-elle affecter les termes du contrat conclu initialement.

**160. - La possibilité de prévoir des dispositions permettant la modification postérieure des conditions générales**. Il arrive en pratique que cette faculté soit prévue dans une

[180] HULMARK-RAMBERD, "The E-commerce, Directive and formation of contract in a comparative perspective", Europeen Law Review, 2001, p. 438.

stipulation en ce sens, en faveur du professionnel, dans les conditions générales elles-mêmes accompagnant les contrats proposés à leurs clients. La clause, selon sa rédaction, peut concerner soit exclusivement les contrats futurs, soit tous les contrats, y compris ceux déjà conclus à la date de la modification. Seul évidemment le second cas peut poser problème. La révision des clauses du contrat, une fois que celui-ci a été conclu, n'est admissible que si elle procède d'un accord entre les parties. Aucune d'entre-elles ne peut s'arroger le droit de le modifier unilatéralement. L'une d'entre elles peut elle, par contre se faire valablement reconnaître conventionnellement un pouvoir de révision unilatérale ? Rien n'est moins sûr. Une telle stipulation ne devrait pas en effet échapper à la sanction des clauses potestatives, prohibées par les articles 1170 et 1174 du Code civil[181]. Dans ce cas seul un nouvel accord des parties peut valider une telle modification. Se pose alors la question de l'acceptation par le cocontractant des modifications unilatérales des conditions générales du contrat, compte tenu toujours des conditions pratiques particulières d'accès des clients à l'information sur les sites internet et, plus précisément, en l'occurrence, à ces modifications postérieures au contrat. Le professionnel qui modifie unilatéralement ses conditions générales et entend y soumettre l'ensemble de ses contrats mêmes ceux du passé doit établir que les modifications ont été acceptées contractuellement. Ce qui implique que le cocontractant du passé soit informé, en premier lieu, et qu'il accepte, en second lieu.

**161. - Les dispositions pouvant être prises pour régir les éventuelles modifications.** Dans la pratique, le plus souvent, le professionnel s'engage à informer le cocontractant du passé de la modification intervenue en lui offrant une possibilité de mettre un terme au contrat en cas de désaccord, son silence pendant une certaine durée étant interprétée comme un acquiescement à la modification ce qui, en principe, ne devrait présenter aucune véritable difficulté dans les contrats à exécution successive lorsque le client, précisément informé, poursuit l'exécution du contrat.

[181] Voir en ce sens GHESTIN, op. cit. n° 170.

Le cadre étant ainsi posé des conditions générales du contrat, de l'information due à ce sujet et de leur possible évolution, qu'en est-il de l'obligation d'information sur ce qui fait l'objet même du contrat, le produit vendu ou le service offert ?

## Section 2

## Information sur les caractéristiques essentielles

## des biens et services

**162. - L'information sur les caractéristiques essentielles.** Il faut envisager à ce stade, successivement, les règles applicables à tous les types de produits et services puis celles susceptibles de ne concerner que certains produits particuliers.

### § 1 - Les règles applicables à tout type de commerce

**163. - L'obligation applicable à tout type de contrat de consommation**. À titre de règle générale applicable en toutes circonstances, le Code de la Consommation exige que soient fournies au consommateur, avant la conclusion du contrat, les informations relatives aux « caractéristiques essentielles du bien ou du service offert »[182]. Il s'agit ici de la transposition dans le Code de la Consommation de la règle générale précontractuelle de renseignement mise à la charge des professionnels par la jurisprudence[183]. Cet article est proche de l'article 1602 du Code civil, applicable à la vente, selon lequel « le vendeur est *tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* ».

Ces textes ne sont pas assortis de sanctions civiles spécifiques, mais constituent 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 par réticence[184]. S'agissant d'une obligation

[182] Article L 111-1 du Code de la Consommation.

[183] V° notamment, Cass. 1ère civ. 12 novembre 1987, Bull. civ. I n° 293, qui juge que le défaut d'information peut-être constitutif de dol ; Cass. 3ème civ. 24 mai 1972, Bull. civ. III n° 324, qui approuve un jugement condamnant le vendeur à des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil pour n'avoir pas fourni les informations indispensables.

[184] 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).

précontractuelle, sa violation constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil qui peut donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts[185] ou à une mesure d'interdiction ordonnée en référé à la demande d'un concurrent[186]. 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.

Mais certaines règles sont propres à certains produits particuliers.

## § 2 - Règles propres à certains produits particuliers

**164. - Le pouvoir de compléter par décret les obligations générales dans certains cas**. Le dispositif général est complété par l'article L 214-1 (article 4 de la loi du 1er 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

[185] 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 : Cass. 1ère civ 1 er mars 2005, RLDC 2005, n° 15 p 9, obs. Alexandra Decoux, JCP éd. G 2005, II 10164 note Bazin).

[186] Par ex Ordonnance de référé du Tribunal de commerce de Paris du 17 octobre 2006 publié sur http://www./ega/biznext.com/droitl/MG/pdfltc-par20061 017.pdf.

portées à la connaissance des acheteurs sur les étiquettes, annonces, réclames et papiers de commerce.

**165. - Le nombre très important des textes ajoutant des obligations d'information particulières.** 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.

Il faut citer 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 et le décret du 14 mars 1986 sur l'ameublement, le décret du 7 juillet 1994 sur les appareils domestiques.

**166. - Les sanctions particulières qui y sont attachées**. 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 possible nullité du contrat[187]. Le cyber-commerçant devra donc apporter une attention toute particulière à la réalisation de son site qui, selon les produits qu'il commercialise, devra respecter l'ensemble de ces prescriptions, cumulativement avec celles résultant d'autres législations.

Bien naturellement, en plus des règles ci-dessus relatives aux caractéristiques essentielles des biens et services offerts, les prix et modalités de paiement doivent également faire l'objet d'une information précontractuelle.

[187] Cass. 1ère civ. 7 décembre 2004, pourvoi n° 01-11823, JCP G 2005, IV, 1055, JCP éd G. I 141 obs A. CONSTANTIN.

## Section 3

## Prix et modalités de paiement

**167. - L'obligation à l'égard du prix**. 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 1er décembre 1986, qui dispose que tout vendeur de produits, 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[188].

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.

**168. - Les nombreux textes applicables en la matière**. Parmi les arrêtés pris en application de ce texte ou de celui qui le précédait (Ordonnance du 30 juin 1945), il convient de citer :

### § 1 - *L'arrêté du 3 décembre 1987*

**169. - L'indication obligatoire du prix, TTC**. L'arrêté du 3 décembre 1987 précise en son article 14 que le prix doit être indiqué toute taxe comprise (TTC), Cette obligation similaire à celle énoncée par la directive du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs

[188] CALAIS-AULOY, « L'ordonnance du 1er décembre 1986 et les consommateurs », D. 1987, Chron. 137.

impose a tout professionnel d'indiquer « le prix définitif valable pour une unité du produit ou une quantité donnée du produit, comprenant la TVA, et toutes les taxes accessoires» .

## § 2 - *L'arrêté du 8 décembre 1987*

**170. - L'indication du prix dans les contrats à distance**. L'arrêté du 8 décembre 1987 dont l'article 14 réglemente 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 est visé. 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 incontestablement aux contrats conclus via internet comme le confirme la circulaire du 9 juillet 1988[189] 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.

**171. - La mention des frais éventuels de livraison**. L'article 2 du même arrêté prévoit 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.

[189] Circulaire ministérielle du 9 juillet 1988, JO du 4 août 1988.

## § 3 - *L'arrêté du 16 mars 2006*

**172. - L'obligation dans la fourniture de services de communications électroniques**. 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 des 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.

**173. - Les sanctions pénales afférentes**. 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 erreur[190]. 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 payer 1700 euros d'amende.

**174. - L'obligation porte sur le prix du produit ou du service ainsi que sur celui de la technique utilisée pour contracter**. L'article L 121-18 du Code de la Consommation, dans le cadre des dispositions applicables au contrats à distance, inscrit bien naturellement le prix de la vente ou de la fourniture de service parmi les obligations d'information du prestataire et ajoute, le pollicitant par Internet doit en tenir compte, que l'information doit

[190] Cass. Crim. 7 décembre 1981, Bull. Crim. n° 325.

comprendre « *le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisé lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base* »

Ce dispositif est encore complété par le 8ème alinéa de l'article 19 de la Loi LCEN 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 – donc, par exemple, dans une publicité - , 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 obligation[191]. Cette obligation pèse aussi sur les particuliers puisque la définition du commerce électronique ne fait pas de distinction entre professionnels et consommateurs.

L'ensemble des informations nécessaires au libre choix de l'internaute étant ainsi donné, il reste à savoir pendant combien de temps le prestataire demeure lié par l'offre en question.

[191] P. STOEFFEL-MUNCK, « La réforme des contrats du commerce électronique », Communication, Commerce électronique, septembre 2004, étude n° 20.

## Section 4

## Délai de validité de l'offre

**175. - L'information sur la durée de validité de l'offre**. La Loi LCEN n° 2004-575 du 21 juin 2004 prévoit, par un nouvel article 1369-1 du Code Civil, devenu 1369-4 à la suite de l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, que l'auteur de l'offre « reste engagé » par son offre « *tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* », ceci « sans préjudice des conditions de validité mentionn*ées dans l'offre* ». Dans le cadre de cet article applicable à tous les types de destinataires de l'offre, professionnels et consommateurs, l'existence de l'offre est alors subordonnée à son accessibilité et l'offrant doit donc veiller à retirer l'offre lorsqu'il n'est plus en mesure d'y répondre.

Par ailleurs, à destination des seuls consommateurs, l'article L 121-18 du Code de la Consommation applicable aux contrats à distance, donc à ceux du commerce électronique, exige de manière plus rigoureuse que l'offre de contrat comporte mention précise de sa durée de validité.

**176. - Les raisons qui justifient la fixation d'un délai limite**. Dans ce contexte précis, il faut se demander si l'offrant peut assortir sa proposition d'un délai au-delà duquel l'offre serait caduque. Les raisons peuvent en être variables. Souvent il s'agit d'éviter qu'une offre formulée dans un contexte publicitaire se prolonge trop longtemps (livraison gratuite, offre promotionnelle). A priori, le pollicitant reste libre de fixer un délai pourvu que celui-ci ne soit pas équivoque et soit stipulé dans le libellé même de l'offre. Le contrat type de commerce électronique, élaboré par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris en 1998 avait proposé plusieurs options telles que : « *offre valable jusqu'au …* » ou « offre *valable à partir du …* » ou encore : « *offre valable jusqu'à épuisement des stocks …* ». De nombreux juristes ont retenu la dernière proposition. Mais, une telle formule peut être tendancieuse si le professionnel maintien son offre dans le seul but de retenir une clientèle potentielle. Effectivement, lorsqu'un acheteur effectue une commande alors que le produit ou service n'est plus disponible, le professionnel peut être tenté d'adresser un produit ou

un service équivalent à celui initialement prévu. Par conséquent, la formule qui limite la validité de l'offre dans le temps « *offre valable jusqu'au ...* » semble plus conforme aux attentes du législateur.

**177. - La fixation d'un délai minimum dans les opérations de crédit**. En outre, ce délai peut être réglementé par application d'un autre texte. Tel est le cas si l'offre du bien ou du service s'accompagne d'une offre de crédit. Elle devra être obligatoirement maintenue pendant un délai de quinze jours, conformément au principe résultant de la loi n°- 78-22 du 10 janvier 1978 régissant le crédit à la consommation[192].

Au-delà de ces informations sur les conditions contractuelles, le cyber-commerçant doit à l'internaute qui examine sur son site une offre de contrat électronique, une information méthodologique sur le contenu du contrat.

[192] Article L.311-8 du Code de la Consommation

# CHAPITRE 3

# INFORMATION SUR LE CONTENU DE L'OFFRE

Le législateur a voulu que la technique particulière mise en œuvre dans le commerce électronique ne soit pas susceptible d'abus à l'égard du consommateur qui doit pouvoir comprendre à quoi et comment il s'engage. Quelles sont plus précisément les obligations en ce qui concerne la description du processus contractuel ?

## Section 1

## Processus contractuel

L'acheteur doit être informé des étapes à franchir jusqu'à la conclusion du contrat.

### § 1 - Le processus proprement dit

**178. - L'information sur les modalités de conclusion du contrat**. L'article 10.1 de la directive n°- 2000/31 exige[193] que le prestataire de services fournisse au destinataire des informations sur les modalités de conclusion du contrat et les obligations qui en sont issues. Les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat (a), si le contrat

[193] Sauf si les contrats sont conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes ainsi que l'indique l'article 10.4 de la directive, transposé sous l'article 1369-6 du Code Civil. Toutefois, cette exception ne saurait avoir comme conséquence de permettre aux prestataires de services de contourner ces dispositions ainsi que le prévoit le considérant 39 de la directive.

une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non (b) ; les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée (c) ; les langues proposées pour la conclusion du contrat (d), ainsi que les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis et les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique (article 10.2).

Cette obligation d'information qui encadre le processus de formation du contrat a été fidèlement intégrée dans le droit national par la Loi LCEN du 21 juin 2004 dans l'artic1e 1369-1 du Code Civil, devenu l'article 1369-4 à la suite de l'ordonnance n° 2005-74 du 16 juin 2005. Néanmoins, alors que la directive exigeait que les informations soient formulées « de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande », le projet de loi LCEN reste silencieux sur ces précisions concernant les modalités d'expression, mais il est clair que l'article 1369-4 doit être interprété au regard des dispositions de la directive et, par conséquent, qu'il n'est pas question de déroger à la directive de ce point de vue.

**179. - Le contenu précis de l'obligation**. Selon cet article 1369-4 du Code civil, l'offre faite par voie électronique à titre professionnel énonce : les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique. Le processus de conclusion d'un contrat en ligne doit être pleinement et préalablement expliqué au destinataire de l'offre ; 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 ; les langues proposées pour la conclusion du contrat ; le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé.

## § 2 – La possibilité de conservation et de repro*duction de l'offre*

**180. - La possibilité pour le destinataire de conserver et reproduire l'offre**. Dans le souci de garantir à chaque contractant la possibilité de détenir un écrit probatoire, le

destinataire de l'offre doit, lui-même, être en mesure de conserver et de reproduire l'ensemble des documents contractuels. La conservation de l'écrit électronique doit reposer sur l'ensemble des parties contractantes. Effectivement, « quiconque propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services transmet les conditions *générales et particulières applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur* reproduction» [194]. Néanmoins, l'auteur de l'offre doit, s'il s'y soumet, préciser « les *modalités d'archivage du contrat* » et « les co*nditions d'accès au contrat archivé*» le projet de loi apporte, au regard de la Directive, une protection supplémentaire pour le consommateur. Il exige que les contrats portant sur une valeur supérieure à un certain montant soient archivés par le professionnel lui-même et accessibles au consommateur.

Ces différentes étapes sont établies de manière à garantir que le consentement des contractants, affaibli par la distance, soit complet et éclairé. Si cette obligation bénéficie à tous les contractants, il peut y être dérogé dans les conventions conclues entre professionnels ainsi qu'il le sera exposé plus loin.

Par ailleurs, ainsi que l'indique l'article 1369-6 du Code civil, ces dispositions ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement par échange de courrier électronique.

L'article 1369-1, 1° à 4°, du Code civil se rapporte au processus contractuel, entendu d'une manière large. Il a trait en effet non seulement à la phase de conclusion proprement dite du contrat de commerce électronique, mais aussi à un aspect qui intéresse directement la phase post-contractuelle : l'archivage du contrat. Il vise ainsi à instaurer une parfaite transparence sur le déroulement du processus contractuel vers lequel l'offre propose à son destinataire de s'engager. Il s'agit d'un aspect essentiel pour l'internaute du fait des caractéristiques des échanges de messages (rapidité et dématérialisation) qui mènent à la conclusion d'un contrat par voie électronique.

[194] Transposition des dispositions de l'article 10.3 de la directive 2000/31.

## § 3 – La liberté de fixer les étapes de conclusion du contrat

**181. - La liberté de fixer les étapes de conclusion**. Ainsi, l'article 1369-1, 1°, du Code civil exige tout d'abord que l'offre énonce les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique. Il ne dit pas cependant en quoi ces étapes consistent. C'est pourquoi il doit être lu en relation avec l'article 1369-2 du Code civil qui décrit précisément le processus de conclusion d'un contrat de commerce électronique. Les étapes à suivre pour conclure le contrat sont en principe les suivantes : la passation par l'internaute d'une commande, l'envoi par le commerçant électronique d'un accusé de réception de celle-ci, la vérification par l'internaute du détail de sa commande et de son prix total et la correction d'éventuelles erreurs dans la saisie des données et enfin la confirmation de la commande.

Il est intéressant de remarquer que l'article 1369-1, 1°, du Code civil emploie une formulation plus large que l'article 10, paragraphe 1, lettre a) de la directive sur le commerce électronique. Tandis que ce dernier ne vise que les étapes techniques du processus contractue1, le texte français vise les différentes étapes, sans davantage de précision et notamment sans précision du mot « technique ». On peut ainsi penser que la tâche d'explication qui est confiée au commerçant électronique va au-delà d'une simple description des modalités pratiques de conclusion du contrat. Le commerçant électronique doit, semble-t-il, également accompagner celle-ci d'une information concernant la signification de chaque action de l'internaute qui s'engage dans un processus contractuel, l'objectif étant de recueillir ensuite de celui-ci un consentement pleinement réfléchi et non obtenu par surprise.

## § 4 – *L'obligation d'informer sur la rectification* des éventuelles erreurs

**182. - L'obligation d'informer sur la rectification d'éventuelles erreurs**. L'article 1369-1, 2°, du Code civil impose ensuite au commerçant électronique de faire figurer dans son offre de contrat les moyens techniques lui permettant, avant la conclusion du contrat, d'identifier et de corriger les éventuelles erreurs dans la saisie des données. Cette information est à mettre en parallèle avec l'obligation faite par l'article 1369-2 du Code civil au commerçant électronique de donner la possibilité à l'internaute de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer sa commande.

Il peut s'agir d'une erreur lors de la saisie d'un numéro de carte bancaire, d'un oubli de communiquer l'adresse de livraison, etc. L'erreur dans la saisie des données peut être le résultat d'une étourderie, d'une inattention ou d'une mauvaise manipulation technique de la part de l'internaute. Il en est ainsi par exemple de l'internaute qui indique 100 au lieu de 10 concernant le nombre de produits qu'il souhaite commander ou qui se trompe dans la saisie de l'adresse de livraison. Elle peut aussi être la conséquence d'erreur intellectuelle, comme une erreur sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat.

**183. - Les moyens pratiques utilisés pour permettre la rectification**. Les moyens d'identifier les erreurs dans la saisie des données sont divers. On pense notamment aux logiciels qui repèrent automatiquement et systématiquement certaines d'entre elles, comme une ligne du formulaire de renseignements non complétée alors que l'information demandée devait obligatoirement être fournie, la saisie de données incompatibles ou contradictoires, etc. On constate à ce propos que les sites sont de plus en plus fréquemment agencés de manière à offrir la possibilité à l'internaute de s'apercevoir, au fur et à mesure du processus contractuel, de ses éventuelles erreurs.

## § 5 – *L'absence de sanctions spécifiques*

**184. - L'absence de sanctions spécifiques**. Enfin, le législateur n'a prévu aucune sanction spécifique générale en cas de non-respect de ces obligations, mais seulement, pour l'obligation de préciser 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, inscrite au § 2°- de cet article, l'indication ajoutée à l'article suivant, 1369-5 que le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a, dans le processus de conclusion du contrat, « 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. Le législateur a ainsi consacré le système dit du « double clic » que suggérait le Conseil d'État dans son rapport sur le commerce électronique : le contrat électronique n'est formé que lorsque le destinataire de l'offre (l'internaute) aura cliqué deux fois : une première fois, pour passer commande, une seconde pour confirmer celle-ci.

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. En revanche, si le texte traite de la confirmation de la « commande » il ne semble pas imposer une validation des conditions générales et/ou particulières ainsi qu'il l'a été vu plus haut.

Dans le prolongement du processus contractuel, il était normal que la loi s'intéresse au processus de révision éventuelle du contrat.

## Section 2

## Modalités de révision des termes du contrat

Cette révision ne peut pas ignorer le principe du droit commun lui-même pour pouvoir l'aménager d'où la difficulté de son application.

### § 1 – Le rappel du droit commun

**185. - Les principes du droit des contrats en cas de modification**. On sait qu'en droit commun la modification d'un contrat n'est possible, en résumé, que d'un commun accord entre les parties. L'une des parties ne peut imposer à l'autre une modification unilatérale du contrat, ou en tout cas de ses clauses substantielles. Et si, pour préserver la légitime possibilité de modifier pour l'avenir un contrat à exécution successive, le droit prévoit une telle possibilité de modification unilatérale, le contractant qui la refuse est en droit de constater la rupture du contrat, ou de la faire constater, et ceci, éventuellement avec dommages et intérêts réparateurs si la rupture venait à être jugée abusive. La règle est posée clairement dans l'exercice du commerce électronique.

### § 2 – *L'aménagement du droit commun dans* le contrat de commerce électronique

**186. - L'aménagement de ces règles dans le commerce électronique**. La loi LCEN a inséré un nouvel article L 121-84 du Code de la Consommation qui 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 laque*lle 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 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.

**187. - Les dispositions particulières dans l'offre de fourniture d'accès**. 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». Cette disposition applicable à ce que l'on a coutume d'appeler la « fourniture d'accès » 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 no*uvelles conditions. »

**188. - Le mécanisme de la révision**. 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. Enfin, 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.

## § 3 – *Les difficultés d'application*

**189. - Les difficultés d'application**. 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 pas 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 par 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. À 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 permet 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 critiqué par la Commission des clauses abusives est aujourd'hui intégré législativement dans le Code de la Consommation et l'on peut donc légitimement se demander s'il remplit convenablement son rôle de protection du consommateur.

## Section 3

## Archivage et accès

**190. - L'obligation d'information sur l'archivage du contrat et l'accès à celui-ci**. L'article 1369-1,4°, du Code civil, exige du commerçant électronique qu'il indique dans son offre, dans le cas où il procède à l'archivage du contrat, les modalités de celui-ci et les conditions d'accès au contrat archivé. Une telle information est très importante pour l'internaute, en particulier si un litige survient à l'occasion de l'exécution du contrat. Il sait en effet par avance si un élément de preuve de l'existence et du contenu du contrat qu'ils ont conclu, est conservé par son cocontractant.

Il faut cependant remarquer que cette disposition n'a pas pour objet de créer (indirectement) une obligation d'archivage à la charge du commerçant électronique. Elle ne va pas plus loin que l'article 10, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique qui se contente lui aussi de prévoir la fourniture d'une information au destinataire du service dans l'hypothèse où le prestataire prend l'initiative d'archiver leur contrat[195].

**191. - L'absence d'obligation d'archivage**. Dans ces dispositions d'origine, aucune obligation d'archivage n'était édictée, l'internaute devant seulement être renseigné et mis en mesure de pallier lui-même la carence du prestataire s'il entendait se réserver une preuve. Certains auteurs avaient critiqué le texte communautaire, mettant en avant que nombreux sont les cocontractants des prestataires qui ne disposent pas des moyens techniques leur permettant de conserver une trace numérique durable des contrats conclus[196]. Ils ont été partiellement entendus par le législateur français puisque ce dernier a créé une véritable obligation d'archivage dans une autre disposition issue de la loi pour la

[195] En ce sens, voir J. HUET, « Eléments de réflexion sur le droit de la consommation », Petites Affiches 2001, n° 223, p. 5. Voir cependant contra : GRYNBAUM, « La directive sur le commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », préc.

[196] HUET, « Eléments de réflexion sur le droit de la consommation » préc. ; DEMOULIN, « Informations et transparence sur les réseaux », préc.

confiance dans l'économie numérique. Le champ d'application de cette obligation, prévue par l'article L. 134-2 du Code de la Consommation[197], est néanmoins marqué par une triple limite. Elle ne s'applique que dans les relations entre un commerçant électronique professionnel et un internaute consommateur. Elle ne concerne que les contrats de commerce électronique portant sur une somme supérieure à un montant qui devra être fixé par décret[198]. Enfin, elle est circonscrite dans le temps, car ce même décret doit également fixer le délai de conservation du contrat[199]. Malgré ces limites, l'article L. 134-2 du Code de la Consommation représente une avancée importante par l'aide qu'il apporte aux consommateurs dans leur tâche probatoire en cas de litige les opposant à leurs cocontractants professionnels[200].

Ainsi, l'offre de contrat de commerce électronique doit permettre à l'internaute, avant même qu'il ne s'engage dans un processus contractuel, de prendre connaissance de toutes les étapes qu'il devra suivre pour conclure le contrat, d'être informé sur les différentes langues dans lesquelles il pourra suivre ces étapes ainsi que sur la possibilité qui lui sera offerte d'identifier et de corriger d'éventuelles erreurs dans la saisie des données avant qu'il ne s'engage définitivement. Enfin, elle doit lui indiquer les conditions d'accès au contrat conclu dans le cas où le commerçant électronique procède à un archivage de celui-ci.

---

[197] Voir l'article L. 134-2 du Code de la Consommation, issu de l'article 27 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : « *Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme* égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de *l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à* son cocontractant si celui-ci en/ait la demande ».

[198] On aurait pu, avant intervention du décret d'application n° 2005-137 du 16 février 2005, penser à retenir le montant de 800 euros déjà choisi pour l'article 1341 du Code Civil. Cette solution n'eût guère été protectrice car la somme est trop élevée au regard de celle sur laquelle portent la majorité des contrats de commerce électronique conclus par des consommateurs. Finalement, c'est au montant de 120 Euros qu'a été fixé le seuil de mise en œuvre de l'obligation.

[199] Le même décret d'application fixe le délai à 10 ans lorsqu'il s'agit d'un contrat de commerce électronique à exécution immédiate. Dans le cas contraire, le délai court de la date du contrat à celle de la livraison et 10 ans à compter de celle-ci.

[200] Les conditions de mise en œuvre de l'obligation d'archivage par le commerçant électronique restent à préciser. Il devra s'agir d'un archivage sécurisé apportant toute garantie quant à la fiabilité des documents électroniques conservés, afin que soient évitées toute tentation et toute tentative de manipulation frauduleuse de celui-là même que la loi charge de leur conservation.

De la même manière, l'offre doit indiquer, s'il en existe, les moyens de consulter les règles professionnelles et commerciales auxquelles elle se réfère.

## Section 4

## Moyens de consultation

## des règles professionnelles et commerciales

**192. - La teneur de l'obligation**. L'article 1369-1, 6°, impose au commerçant électronique d'indiquer dans son offre les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles il entend se soumettre. Cette disposition a pour objet la transposition de l'article 10, paragraphe 2, de la directive sur le commerce électronique[201]. Bien naturellement, le texte ne porte pas obligation du commerçant à se soumettre à de telles règles, mais, simplement, s'il choisit de le faire, d'informer le contractant sur les moyens d'en prendre connaissance. Il faut noter toutefois une différence de formulation entre· les deux textes, dont il faut apprécier la portée. Tandis que le texte français utilise l'expression « règles professionnelles et commerciales », le texte communautaire emploie celle de « code de conduite ». Il ressort de la lecture des travaux préparatoires à l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qu'il ne faut pas voir une quelconque conséquence du fait de ce changement de terme. Tous deux, dans l'esprit des parlementaires, désignent les règles auxquelles un professionnel fait la démarche volontaire de se soumettre[202].

**193. - Le sens équivoque des termes « règles professionnelles et commerciales »**. On peut se demander si l'expression « règles professionnelles et commerciales» ne recouvre pas, en réalité, un domaine qui est plus large que les « codes de conduite ». En effet, un code de conduite, au sens la directive sur le commerce électronique, est un ensemble

[201] On relève d'emblée la valeur informative directe limitée de cette mention dans la mesure où il ne s'agit pas pour le commerçant électronique d'intégrer dans son offre les règles professionnelles et commerciales auxquelles il entend se soumettre, mais seulement d'indiquer les moyens permettant d'y accéder par voie électronique. La mention ne peut cependant pas complètement être comparée à celle résultant de l'application de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. En effet, elle « apprend tout de même quelque chose» à l'internaute – à savoir que le fait que le commerçant électronique s'est engagé à respecter telles règles professionnelles ou commerciales.

[202] Avis *présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, par M. TABAROT, le 11 février 2003, JO doc. AN n° 608, préc.

constitué de règles déontologiques qu'une personne s'engage volontairement à respecter en dehors de toute obligation légale[203]. Une règle professionnelle, par contre, peut également être une règle déontologique à laquelle une personne accepte de se plier sous la contrainte de la loi. Autrement dit, l'expression « règles professionnelles et commerciales » englobe à la fois celles élaborées dans le cadre de mécanismes d'auto-régulation auxquelles l'intéressé se soumet volontairement et celles qui sont applicables de plein droit à une personne en raison de son appartenance à une profession réglementée[204].

Dans l'attente d'une interprétation par les juges de cette expression, il faut noter que l'obligation d'information prévue par l'article 1369-1,6°, du Code civil s'inscrit dans un mouvement au niveau communautaire tendant à encourager le développement de mécanismes d'autorégulation[205]. Ainsi, le considérant n° 49 de la directive sur le commerce électronique prévoit que : « les États membres et la Commission doivent *encourager l'élaboration de codes de conduite* »[206]. Quant à l'article 16 du texte communautaire, il détaille comment cet encouragement doit se traduire au niveau des États membres et de l'Union européenne[207].

---

[203] Sur la notion de code de conduite, leur valeur et les différentes catégories, voir P. DE LOCHT, C. LAZZARO, « La mise en œuvre de la directive – Les codes de conduite : voyage dans les interstices du droit», in Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyses et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique européen sur les rails ? Les Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, 2001, n° 19, p. 298.

[204] On note d'ailleurs que la notion de règles professionnelles, au sens de la directive sur le commerce électronique, désigne exclusivement les règles applicables aux professions réglementées (voir l'article 5, paragraphe l, lettre t).

[205] À propos de ces initiatives au niveau français, voir notamment PAUL, Du droit et des libertés sur internet- La corrégulation, contribution française pour une régulation mondiale, rapport préc. p. 50 et suivantes ; Conseil national de la consommation, Avis et rapport relatifs au sceaux et labels de confiance sur internet, BOCCRF n° 2004-04. Disponible sur : http://www.minefi.gouv.fr.

[206] Voir également le livre vert sur la protection des consommateurs présenté par la Commission le 2 octobre 2001 (COM(200 1) 531 final), qui confirme en tout point l'orientation des instances communautaires en faveur de cette forme d'autorégulation.

[207] Article 16 de la directive sur le commerce électronique :

« 1. Les Etats membres et la Commission encouragent :

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

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

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

Le code de conduite apparaît comme un instrument de régulation, élaboré par les acteurs du marché eux-mêmes qui acceptent ainsi de « *s'autodiscipliner* » dans leurs relations avec leurs clients[208]. Cette forme d'autorégulation n'est pas née avec le commerce électronique, mais elle connaît un succès certain sur le réseau. Une des explications de celui-ci réside sans aucun doute dans sa capacité à contribuer à augmenter le potentiel de confiance des internautes dans le commerce électronique[209].

**194. - L'utilité de l'obligation**. Néanmoins, cet effet positif sur le taux de confiance des internautes ne peut être ressenti que si les commerçants électroniques informent ceux-ci du fait qu'ils ont accepté de se soumettre à tel ou tel code de conduite. Or, un rapport intitulé « Sceaux – Certification des sites de commerce électronique – Codes de conduite et Règlement alternatif des litiges » du groupe de travail n°4 « *L'e*-consommateur et la confiance » de la Mission pour l'économie numérique, rendu public le 28 janvier 2002[210], a révélé que les démarches des commerçants électroniques en vue de se soumettre à telle ou telle initiative d'autorégulation manquaient souvent de clarté pour les internautes. En effet, il a été constaté que les sites marchands n'affichent pas toujours les sceaux ou emblèmes correspondants ou encore les affichent d'une manière peu claire sur une page d'accueil souvent surchargée et peu lisible.

---

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

L'établissement de codes de conduite pour ce qui a trait à la protection des mineurs et de la dignité humaine.

2. Les Etats membres et la Commission encouragent les associations ou les organisations représentant les consommateurs à participer à l'élaboration et à l'application des codes de conduite ayant des incidences sur leurs intérêts et élaborés en conformité avec le paragraphe 1, point a). Le cas échéant, les associations représentant les personnes souffrant d'un handicap visuel et, de manière générale, les personnes handicapées devraient être consultées afin de tenir compte de leurs besoins spécifiques. »

[208] Sur les codes de conduite, voir notamment PAUL, *Du droit et des libertés sur l'internet* – La corrégulation, contribution française pour une régulation mondiale, rapport préc. p. 50 et suivantes.

[209] Un internaute qui a pu prendre connaissance des engagements souscrits par un commerçant électronique relativement à ses pratiques commerciales, est davantage enclin à contracter avec celui-ci qu'avec un qui ne donne aucun information à ce sujet. Le premier inspire naturellement plus confiance que le second.

[210] Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, *Mission pour l'économie numérique, L'e*-consommateur et la confiance « Sceaux – Certification des sites de commerce électronique – Codes de conduite et Règlement alternatif des litiges, Rapport du groupe de travail n° 42 rendu public le 28 janvier 2002. Disponible sur : http://www.men.minefi.gouv.fr.

Dès lors, il est possible de comprendre l'importance que revêt l'obligation d'information créée par la loi relativement aux moyens de consulter par voie électronique les règles de conduite auxquelles un commerçant a accepté de se soumettre. Il est important d'insister sur la méthode retenue par le législateur français pour obliger le commerçant électronique à communiquer cette information. L'article 1369-1, 6°, du Code civil lui impose de l'insérer dans ses offres de contrat. Il lui est donc demandé plus que d'assurer aux internautes un accès facile, direct et permanent à cette information. Les conséquences de ce choix doivent être évaluées. Elles amènent en effet à se poser la question de l'éventuelle valeur contractuelle conférée à ces règles de conduite par le législateur.

**195. - La portée juridique des règles professionnelles ou commerciales**. Un code de conduite n'a pas en principe valeur contraignante[211]. Aussi, la violation de ses règles ne s'accompagne d'aucune sanction, sauf si le code en a spécialement prévu ou si l'adhérent a fait expressément entrer les règles de conduite dans le champ contractuel. Dans le premier cas, la sanction présente un intérêt limité,[212] car elle est sans effet sur la relation contractuelle liant le commerçant à son cocontractant. À l'inverse, dans le second cas, les règles du code de conduite sont devenues un élément du contrat, dont le cocontractant du commerçant électronique peut se prévaloir contre lui.

Les règles professionnelles et commerciales doivent-elles être considérées comme entrées dans le champ contractuel par l'effet de la mention indiquant les moyens de les consulter par voie électronique [213]? En d'autres termes, l'article 1369-1, 6°, du Code civil réalise-t-il une incorporation par référence de ces règles à l'offre de contrat de commerce électronique ? Dans la mesure où le mécanisme utilisé par ce texte est comparable à celui

[211] Si ce n'est pour les règles qui ne sont que le rappel de dispositions légales applicables.

[212] La sanction peut consister par exemple l'exclusion de l'adhérent de l'organisation professionnelle auteur du code. Pour un exemple de procédure de sanctions professionnelles, voir le chapitre 8 du code professionnel de la FEVAD, préc.

[213] Sur cette discussion à propos de l'article 10, paragraphe 2, de la directive sur le commerce électronique, voir notamment DEMOULIN, « Informations et transparence sur les réseaux », préc.

de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[214], une réponse positive paraît s'imposer. Elle est en outre dans l'intérêt des cocontractants du commerce électronique que la loi cherche à protéger. Néanmoins, une telle réponse placerait les professionnels dans une situation d'inégalité. En effet, toutes les règles de conduite ne sont pas accessibles par voie électronique. Il paraît cependant difficile de faire dépendre l'étendue du champ contractuel d'un élément aussi indépendant de la volonté des parties.

Est-il possible de déroger à l'ensemble de ces règles ou bien sont-elles inévitables ?

[214] Toutefois, le commerçant électronique n'est pas maître de l'accès aux règles de conduite, alors qu'il l'est de celui aux informations de l'article 19 de loi pour la confiance dans l'économie numérique.

## Section 5

## Possibilité de déroger entre professionnels

**196. - La faculté de dérogation entre professionnels**. L'article 1369-6 précise qu'il peut être dérogé à l'ensemble des dispositions des articles 1369-4 et 1369-5 dans les conventions conclues entre professionnels. Ainsi, s'inspirant de la directive commerce électronique du 8 juin 2000 qui excluait par principe les relations « B to B » de la protection instaurée en matière de contrats électroniques, la LCEN permet aux professionnels de ne pas être tenus d'ajouter à leurs conditions générales les mentions obligatoires et s'exonérer tant de l'obligation d'information (art. 1369-4 du Code de la Consommation) que du processus contractuel (art. 1369-5 du Code de la Consommation) 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 « B to B » seront donc aussi régies par la loi LCEN.

Après avoir défini le contenu de l'information due par le prestataire informatique à l'égard des conditions contractuelles, il faut faire le point sur la forme de la communication ainsi donnée.

# CHAPITRE 4

# FORME DE LA COMMUNICATION

**197. - La forme de la communication**. À ce stade de l'étude, il convient de préciser très concrètement de quelle manière l'obligation d'information doit être apportée au contractant. Les contrats, qu'ils relèvent ou non du commerce électronique, font presque systématiquement référence à des conditions contractuelles, souvent dénommées par les professionnels « conditions générales ». Dans les contrats classiques, elles figurent dans un document écrit remis au contractant et souvent apposé sur le verso d'une commande. Qu'en est-il du commerce électronique de la forme de la communication des conditions contractuelles (section 1) ? Autre question délicate alors que les contrats du commerce électronique s'inscrivent dans un contexte internationalisé, le contrat offert en France doit-il utiliser impérativement la langue française comme le prévoit la loi dite Toubon (section 2) ?. Par ailleurs un écrit est-il impératif comme support du contrat (section 3) ? Des règles de conservation du document contractuel sont-elles imposées (section 4) ? Comment l'internaute qui a contracté doit-il pouvoir accéder aux documents contractuels (section 5) ? Comment sont appliquées les règles en question dans la pratique (section 6) ?

## Section 1

## Forme de la communication des conditions contractuelles

**198. - La mise à disposition des conditions contractuelles**. L'article 1369-1 du Code civil demande au commerçant électronique de mettre à disposition les conditions contractuelles, d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Il appelle trois séries d'observations.

### § 1 – *Contenu de l'obligation de mise à disposition*

**199. - L'obligation de mettre à disposition n'est pas une obligation d'adresser**. La première peut se résumer en une question : les conditions contractuelles sont-elles réellement des mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique ? La construction formelle de l'article 1369-1 du Code civil paraît militer en faveur d'une réponse positive[215]. Toutefois, l'emploi de la formule « mettre à disposition » prête à interprétation. Les motivations de la décision qui a présidé à son choix, lors des travaux préparatoires, le confirme. Il faut rappeler que le projet de loi initial pour la confiance dans l'économie numérique prévoyait l'obligation de « transmettre les conditions générales et *particulières applicables d'une manière qui pe*rmette leur conservation et leur reproduction» à la charge de l'auteur de l'offre. On pouvait en déduire la nécessité d'une démarche active de la part du commerçant électronique, cette démarche suggérant que les conditions doivent être communiquées au destinataire de l'offre par le biais de celle-ci. À l'occasion de la seconde lecture du projet de loi, l'Assemblée nationale a toutefois remplacé le verbe « transmettre » par la formule actuelle « mettre à disposition». L'auteur de l'amendement a justifié la nécessité de cette modification par le souci de ne « pas freiner le développement du commerce électronique par un formalisme excessif»,

[215] Article 1369-1 du Code Civil : « Quiconque propose ( … ) la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles ( . .. ). L'offre énonce en outre ( … ). » Le texte peut se comprendre ainsi : l'offre, « outre les conditions contractuelles », énonce les informations prévues aux 1 ° à 5°.

l'obligation de mettre à disposition une information n'impliquant pas celle de l'envoyer à son destinataire[216].

**200. - Les interprétations de la « mise à disposition ».** Plusieurs interprétations sont donc possibles aujourd'hui, selon la manière dont on comprend l'action de « mettre à disposition ». Une interprétation stricte consiste à exiger que les conditions contractuelles soient intégrées dans l'offre de contrat de commerce électronique même. Une autre, plus souple, mais également moins protectrice du destinataire de la proposition contractuelle, est de dire qu'elles doivent seulement lui être rendues accessibles[217] à partir de l'offre (au moyen d'un hyperlien ou d'un courrier électronique, par exemple)[218]. On pourrait même aller plus loin et comprendre l'article 1369-1 du Code civil comme ne contraignant le commerçant électronique à mettre les conditions contractuelles à la disposition d'un internaute que, exclusivement, dans le cas où ce dernier lui adresse une demande en ce sens. Il ne fait guère de doute, à la lettre du texte, que l'obligation est simplement de les tenir à disposition.

Aussi, certains auteurs estiment (avec raison) que les modalités imposées au commerçant électronique pour exécuter son obligation d'information relativement aux conditions contractuelles sont « trop laxistes »[219]. Force est de constater, dans le cas où une interprétation souple de l'article 1369-1 du Code civil devrait prévaloir, ce que semble exiger la lettre du texte, que la pratique actuelle des commerçants électroniques consistant à renvoyer les internautes, par le biais d'un hyperlien, à une page de leur site internet contenant leurs conditions contractuelles, s'en trouverait confortée. Mais la confiance dans l'économie numérique, quant à elle, n'en ressortirait pas renforcée.

---

[216] Assemblée nationale, Compte-rendu analytique de la discussion sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (2éme lecture). Séance du jeudi 8 janvier 2004, préc., intervention de monsieur M. LALANDE.

[217] En faveur de l'absence d'obligation de transmission dans l'offre de contrat, voir notamment GRYNBAUM, « Après la loi « économie numérique », pour un code européen des obligations … raisonné», préc.

[218] On note que le prestataire n'a pas l'obligation d'assurer un accès permanent à celles-ci. Il semble pouvoir exécuter d'une manière instantanée son obligation d'information, et ceci, par exemple, au moyen d'un courrier électronique.

[219] CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.

**201. - L'obligation de tenir à disposition doit permettre de conserver et reproduire**. Quoi qu'il en soit, l'article 1369-1 du Code civil ajoute que cette mise à disposition doit se faire de telle sorte que l'internaute puisse conserver et reproduire les conditions contractuelles. Cette exigence ne peut être effective que si deux conditions sont remplies.

Le commerçant électronique doit tout d'abord rendre techniquement possibles cette conservation et cette reproduction[220]. Ainsi, les commerçants électroniques qui permettent aux internautes de prendre connaissance de leurs conditions contractuelles, sans offrir la possibilité de les enregistrer ou de les imprimer, ne devraient pas être considérés comme ayant satisfait à leur obligation légale. On pense ici par exemple à ceux qui font apparaître leurs conditions contractuelles dans une fenêtre à accès restreint qui ne contient pas de menu permettant son enregistrement ou son impression[221]. Bien plus, certains sites, qui ne sont donc pas en règle, interdisent purement et simplement toute reproduction de leurs conditions générales à peine de sanction pénale pour acte de contrefaçon[222] !

Ensuite, il faut considérer que le commerçant électronique doit expliquer à l'internaute la façon dont il doit procéder pour enregistrer et reproduire les conditions contractuelles. L'article 1369-1 du Code civil le contraint implicitement à jouer à encore un rôle pédagogique. Ainsi, lorsque les conditions contractuelles figurent sur une page web, le commerçant électronique peut lui ajouter deux icônes, « enregistrer» et « imprimer », sur lesquelles il suffit à l'internaute de cliquer pour qu'il soit procédé à l'enregistrement ou à l'impression des conditions.

---

[220] À ce propos, voir DEMOULIN, MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », préc. n° 57.

[221] Voir par exemple le site Houra, un supermarché en ligne (http://www.houra.fr;).

[222] Ainsi le dernier paragraphe des conditions de vente pratiquées par le site « c-mescourses » (http://www.c,mescourses.com) précise que « la reproduction des présentes clauses, de tout ou partie du catalogue ou du site Web par quelques moyens que ce soit constitue une contrefaçon » En outre, les conditions générales de vente de « c-mescourses ) ne sont pas facilement accessibles puisqu'il faut en fait cliquer sur « Aide» ou « Besoin d'aide» pour parvenir à une page consacrée à une « foire aux questions» puis cliquer sur « conditions générales de vente ».

## § 2 – Opposabilité des conditions contractuelles

**202. - La question de l'opposabilité des conditions contractuelles**. La seconde série d'observations relativement à l'article 1369-1 du Code civil a trait à la question de l'opposabilité de ces conditions contractuelles à l'internaute qui n'a, le plus souvent, pas participé à leur élaboration[223]. La loi pour la confiance dans l'économie numérique n'imposant pas au commerçant électronique de recueillir l'acceptation par l'internaute de ses conditions contractuelles applicables au contrat de commerce électronique dont il lui propose la conclusion[224], il convient de se tourner vers le droit commun des contrats.

**203. - Les règles du droit commun des contrats**. La question de l'opposabilité des conditions contractuelles fait l'objet d'une jurisprudence abondante. Il en ressort que seules les clauses, dont le cocontractant, qui ne les a pas établies, a raisonnablement et effectivement eu la possibilité de prendre connaissance et donc d'accepter avant la conclusion du contrat, lui sont opposables[225]. II appartient par ailleurs à la partie qui se prévaut de l'une ou l'autre clause du contrat, de prouver que son cocontractant a eu connaissance de celle-ci et l'a acceptée[226].

---

[223] Le terme d'opposabilité, couramment employé à propos de la question de savoir si telle ou telle clause est entrée dans le champ contractuel et s'applique aux parties, est en réalité impropre dans la mesure où la notion d'opposabilité désigne en principe l'effet relatif qu'un contrat produit vis-à-vis des tiers à celui-ci. C'est pourquoi certains préfèrent parler de la nullité des clauses non acceptées par le cocontractant plutôt que de leur inopposabilité. Voir CALAIS-AULOY, STEINMETZ, Droit de la consommation, préc. n° 171.

[224] Certains le déplorent. Ainsi, voir BARBRY, « Le projet de loi relatif à l'économie numérique passé au crible (2/5) », préc.

[225] Il a ainsi été jugé que la partie, qui a signé un contrat de location, a adhéré aux conditions générales figurant au verso car elle a signé une mention indiquant expressément qu'elle acceptait tant les conditions du contrat figurant au recto que celles figurant au verso de celui-ci. Voir Cass. 1ère Civ., 20/0l/1993, Contrats. Conc.. consom. 1993, comm. 77, p. 14, note G. RAYMOND. Pour une solution similaire, voir Cass. 1 ère Civ., 11/04/1995, Contrats, conc., consom. 1995, comm. 124, p. 3, obs. L. LEVENEUR ; Cass. 1ère Civ., 17/11/1998, Bull. civ. I, n° 316 ; Contrats, conc. consom. 1999, comm. n° 18, p. 6, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1999, n° 6, p. 367, (art. 36953), obs. J.-L. AUBERT ; RD bancaire et bourse 1999, n° 76, p. 252, obs. G. CREDOT. Voir enfin Cass. Corn., 13/10/1992, Contrats, conc., consom. 1993, comm. 1, p. l, obs. L. LEVENEUR, qui rejette le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui a souverainement constaté que les conditions générales d'un contrat définissant les obligations essentielles de l'une des parties n'avaient pas été portées à la connaissance de l'autre en raison de la forme dans laquelle elles avaient été insérées dans le contrat – forme que la cour d'appel avait précisément analysé.

[226] En ce sens, voir CA Paris, 05/0111996, JCP 1996. II. 22679, note T. HASSLER ; RTD civ. 1997. 119, obs. J. MESTRE. Il a également été jugé, dans des relations entre professionnels que l'acceptation par une partie des conditions générales du contrat pouvait résulter de son absence de protestation. Les juges du fond

Ces principes doivent être appliqués par les juges dans le cadre d'un contrat de commerce électronique. Le Tribunal de grande instance de Paris en a eu l'occasion dans un jugement, rendu le 4 février 2003[227]. Le demandeur à l'action, une association agréée de consommateurs, a demandé au tribunal de déclarer abusives[228] et d'ordonner la suppression de certaines clauses des conditions générales d'un site, parmi lesquelles la clause d'acceptation des conditions générales de vente figurant en tête de celles-ci. Le tribunal a tout d'abord relevé que la clause prévoyait que l'acceptation par le consommateur de l'intégralité des conditions générales ne pouvait résulter que d'une double action de celui-ci : un « clic de validation» puis la communication de ses coordonnées bancaires dans le cadre de la procédure de paiement de la commande. Il en a donc déduit que le consommateur était nécessairement invité à prendre connaissance des conditions générales avant de passer sa commande et de la payer. C'est pourquoi il a considéré que cette clause d'acceptation des conditions générales de vente n'était pas abusive, car elle ne créait pas de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

Bien que l'opposabilité des conditions contractuelles soit une question de fait qui doit être appréciée espèce par espèce, ce jugement du Tribunal de grande instance de Paris permet de poser quelques jalons importants[229]. On peut ainsi penser que lorsque le commerçant électronique prend soin d'aménager concrètement la possibilité pour son futur cocontractant de prendre connaissance de ces conditions, puis lui décrit clairement les

sont souverains dans l'appréciation de la portée du silence conservé par une, partie à la réception des conditions générales de son cocontractant. En ce sens, Cass. Corn., 24/1111980, D. 1981. IR. 543, obs. B. MERCADAL.

[227] TGI Paris, 04/02/2003, D. 2003. AJ. 762, obs. C. MANARA.

[228] Article L. 132-1 du Code de la Consommation : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pout effet de créer au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

[229] Le fait que la matière relève de l'appréciation souveraine des juges du fond explique les apparentes contradictions que l'on rencontre dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour une illustration, voir d'une part Cass. Corn., 13110/1992, Contrats, conc., consom. 1993, n° 1, note L. LEVENEUR et d'autre part Cass. 1ère Civ., 20/01/1993, préc. .

démarches par lesquelles il manifestera son acceptation de celles-ci, et enfin recueille cette acceptation avant la conclusion du contrat, elles lui sont opposables[230].

Ainsi les réponses apportées à la question de l'opposabilité des conditions contractuelles à un internaute viennent compenser la souplesse avec laquelle certains estiment qu'un commerçant électronique peut s'acquitter de l'obligation d'information mise à sa charge par l'article 1369-1 du Code Civil. En cas de contestation par un internaute de l'opposabilité de l'une de ces conditions, le commerçant électronique assume la charge de la preuve de ce que l'internaute a raisonnablement et effectivement eut la possibilité de prendre connaissance de cette clause, et donc de l'accepter, avant la conclusion du contrat.

[230] À noter qu'il est également techniquement possible et couramment pratiqué de contraindre l'internaute à faire défiler toutes les informations avant qu'il ne puisse aller « plus loin ». On peut aussi imaginer lui faire « parapher» en quelque sorte la page contenant les conditions contractuelles en lui demandant de cliquer sur un-lien « oui, j'accepte ces conditions» un refus de sa part lui interdisant d'aller plus avant dans le processus de formation contractuel.

## § 3 – Application cumulative de textes différents contradictoires

Enfin, l'obligation d'information prévue par l'article 1369-1 du Code civil relativement aux conditions contractuelles doit être envisagée dans sa relation avec celle déjà mise en place par le législateur dans le Code de Commerce et dans le Code de la Consommation.

**204. - Les autres textes du Code de Commerce et du Code de la Consommation**. L'obligation d'information au sujet des conditions contractuelles, imposée par l'article 1369-1 du Code civil, n'est pas la seule norme existante. Elle existe dans une certaine mesure et à des degrés différents dans le Code de Commerce et dans le Code de la Consommation.

### A – L'article L 441-6 du Code de Commerce.

Ainsi, l'article L. 441-6 du Code de Commerce impose à tout producteur, tout prestataire de services, tout grossiste ou importateur de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente[231]. Le champ d'application de cette obligation est limité aux seules relations contractuelles entre professionnels[232].

**205. - L'application de la loi LCEN chaque fois qu'il s'agit d'un contrat du commerce électronique**. Lorsque ces relations se nouent à distance et par voie électronique, l'article

[231] L'article L. 441-6 du Code de Commerce instaure une certaine transparence dans les relations entre professionnels en vue de favoriser l'égalité entre les professionnels et d'éviter les pratiques discriminatoires. À ce sujet, voir BLAISE, Droit des affaires. Commerçants – Concurrence – Distribution, préc. n° 946.

[232] Le débiteur de l'obligation de communication des conditions générales de vente est tout professionnel tandis que le créancier est tout professionnel, potentiel acheteur ou demandeur de prestation de services. Pour une illustration, voir Cass. Com,,24/10/2000, Contrats, conc., consom. 2001, n°8 note M. MALAURIE-VIGNAL.

1369-1 s'applique dans tous les cas[233]. Le prestataire de services, le grossiste ou l'importateur doit donc en principe mettre à disposition ses conditions contractuelles d'une manière qui permette de les conserver et de les reproduire, ce qui implique qu'il les ait prérédigées. Or, selon l'art. L 441-6 du Code de Commerce, le professionnel n'assume pas une obligation de préétablissement des conditions de vente, mais seulement comme lui imposant une obligation de communication sur demande[234].

Le conflit semble difficile à résoudre. La souplesse offerte par l'article L. 441-6 du Code de Commerce est contraire à l'exigence de l'article 1369-1 du Code Civil. Une solution pourrait être d'appliquer le second de la manière la moins contraignante possible afin de pouvoir tenir compte du premier. Il faudrait ainsi entendre l'article 1369-1 du Code Civil, dans l'hypothèse de relations entre professionnels, comme posant une obligation de mise à disposition des conditions contractuelles dont l'exécution est subordonnée à la demande de son créancier[235]. Cette proposition n'est cependant qu'une parmi d'autres. On pourrait également soutenir que la règle de l'article 1369·1 du Code Civil, doit l'emporter sur celle du Code de Commerce, car elle a pour origine la théorie générale du contrat.

### B – Articles L 113-3 et L134-1 du Code de la Consommation

Quant au Code de la Consommation, il comporte deux dispositions se rapportant aux conditions contractuelles. Il s'agit des articles L. 113-3 et L. 134-1 du Code de la Consommation.

---

[233] Les professionnels ne sont autorisés à déroger qu'aux seules dispositions des 1° à 5° de l'article 1369-1 (voir l'article 1369-3, alinéa 2, du Code Civil, préc).

[234] Cass. Com., 18/01/1994, Contrats, conc., consom. 1994, n° 162, obs. L. VOGEL ; JCP E 1995.1. 492, obs. L. VOGEL, Rev. Conc. Consom. 1994, n° 79, p. 75, obs. C. GUILLON. Dans le même sens, CA Nancy, 23/06/1998, JCP 1999. Pan. 493. En faveur du caractère obligatoire de la rédaction de conditions de vente, voir BLAISE, Droit des affaires. Commerçants – Concurrence – Distribution, n° 946.

[235] À rapprocher de CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.

**206. - L'article L. 113-3 du Code de la Consommation**. Il exige du vendeur de produits et du prestataire de services professionnels qu'il informe le consommateur par voie d'étiquetage, d'affichage, de marquage ou par tout autre procédé approprié, notamment sur les conditions particulières de la vente. Cependant, ce texte renvoie à des arrêtés du ministre de l'Économie pris après consultation du conseil national de la consommation pour son application. À lui seul, il n'est qu'une « coquille vide ». Or, aucun arrêté n'a été pris à ce jour pour mettre en œuvre sa disposition concernant les conditions particulières de vente. Aussi, l'article L. 113-3 du Code de la Consommation n'est pas susceptible d'entrer, de quelque manière que ce soit, en conflit avec l'article 1369-1 du Code Civil.

**207. - L'article L 134-1 du Code de la Consommation**. Quant à l'article L. 134-1 du Code de la Consommation, il impose au professionnel de communiquer, à toute personne intéressée qui en fait la demande, un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement[236]. On doit considérer que l'article 1369-1 du Code Civil le complète, car leurs objets ne nous paraissent pas nécessairement identiques. L'article 1369·1 du Code Civil ne concerne pas en effet un exemplaire des conventions habituellement proposées par le commerçant électronique, mais un exemplaire de celle proposée en particulier, en l'espèce, au destinataire de son offre de contrat. L'objet de l'obligation nous semble dans ce dernier cas plus précis.

Dans quelle langue doit-on rédiger les conditions contractuelles et, plus généralement, l'ensemble des éléments constituant l'offre de contrat du commerce électronique ?

[236] La violation de l'article L. 134-1 du Code de la Consommation est pénalement sanctionnée. Elle constitue une contravention de la cinquième classe, punie par une peine d'amende de 1 500 euros (article R. 134-1 du Code de la Consommation).

## Section 2

## Utilisation de la langue française

**208. - La législation de 1994**. La France s'est dotée, en 1975, d'une législation visant à rendre obligatoire l'usage de la langue française, afin de protéger les consommateurs. Tel était en effet l'objectif de la loi du 31 décembre 1975[237]. La loi du 4 août 1994 qui l'a remplacée affirme plus nettement comme objectif, celui de la défense de la langue française, « élément fondamental de la personnalité et du patrimoine de la France »[238] et impose l'usage du français dans de très nombreux domaines, notamment celui qui nous intéresse, les échanges commerciaux. Si l'usage imposé d'une langue dans les transactions commerciales relève très certainement des conditions de forme du contrat et des obligations précontractuelles, il se heurte à cette autre dimension du commerce électronique, à savoir, sa vocation internationale. Or cette difficile question de l'emploi des langues dans les échanges transfrontaliers à distance n'a pas été résolue sur le plan communautaire. La directive du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance» considère, en effet, qu'elle relève de la seule compétence des États membres[239] et la directive « sur le commerce électronique» adopte la même ligne à ce sujet.

Il est donc nécessaire de s'interroger sur l'application de cette loi au commerce électronique en examinant si le commerce électronique s'inscrit dans le périmètre de son domaine d'application (§ 1) et les difficultés de l'appliquer à ce mode particulier de conclusion des contrats (§ 2).

---

[237] Loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975, JO, 4 janvier 1976.

[238] Article 1er, loi du 4 août 1994, « relative à l'emploi de la langue française », JO, 5 août 1994, modifiée par la loi n° 96-597 du 3 juillet 1996, JO, 4 juillet 1996.

[239] « *Considérant que l'emploi des langues en matière de contrats à distance relève de la compétence des* Etats membres… » , Considérant n° 8 de la Directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 « concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance » JOCE n° L 144, 4 juin 1997, p. 19.

## § 1 - *Domaine d'application de la loi sur l'emploi de la langue française*

Le domaine matériel d'application de la loi du 4 août 1994 se définit non seulement au regard des actes auxquels elle est destinée à s'appliquer, mais également de la qualité des personnes destinataires de ces actes.

### A - Les actes auxquels elle s'applique

**209. - Le large champ d'application de la loi**. S'agissant tout d'abord des actes, la loi du 4 août 1994 rend obligatoire, aux termes de son article 2, l'emploi de la langue française, notamment : «*dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances ... toute publicité écrite,* parlée ou audiovisuelle. » ; ceci à l'exclusion de «la dénomination des produits typiques et spécialités *d'appellation étrangère connus du plus large public*. ». Ainsi défini, le champ d'application de la loi sur l'emploi de la langue française inclut « ...*l'offre... d'un bien d'un produit ou d'un service*... ». Il est donc certain que l'obligation ainsi faite porte, y compris, sur les informations que le pollicitant doit donner par application de la loi. L'usage d'un autre langage que la langue française pour accomplir l'obligation pesant sur ce dernier ne serait pas conforme au droit et ne libérerait pas le prestataire de son obligation.

Rien ne permet donc d'exclure, a priori, l'application de la loi sur l'utilisation de la langue française dans le domaine des contrats du commerce électronique.

### B - Les personnes destinataires

**210. - L'obligation d'utiliser la langue française lorsqu'il s'agit d'une vente à destination du territoire français**. Ces dispositions législatives sont complétées ensuite par leur décret d'application du 3 mars 1995[240] et par plusieurs circulaires[241], parmi lesquelles celle du 19 mars 1996, dont il convient de retenir certaines précisions données en sa section 2.1 relative au champ d'application de la loi et de l'obligation de l'emploi de la langue française pour la commercialisation des biens, produits et services. Certaines d'entre elles concernent les personnes destinataires des actes évoqués ci-dessus qui doivent être rédigés ou exprimés en français. Seuls sont visés les actes intéressant les consommateurs dans la mesure où le but, affirmé ici clairement, est d'assurer leur protection[242]. Ceci est confirmé par ailleurs par une autre disposition de la circulaire qui précise que « les factures et autres documents échangés entre professionnels, personnes de droit privé Françaises et étrangères, qui ne sont pas consommateurs et utilisateurs finaux des biens, produits ou services, ne sont pas visés par ces dispositions »[243].

Les dispositions de l'article 2 de la loi du 4 août 1994 étant assorties de sanctions pénales, la prise en compte de l'article 113-2 du Code Pénal s'impose. Aux termes de cet article, ce domaine est circonscrit aux « infractions sur le territoire de la République dès *lors qu'un des ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». Il suffirait donc, si l'on s'en tient à ce principe, qu'un des actes visés ci-dessus soit rédigé ou exprimé en France et exclusivement dans une langue étrangère, pour que l'infraction soit constituée.

Cependant une condition supplémentaire doit être remplie : il faut que ce soit «lors de la commercialisation en France », quelle que soit par ailleurs l'origine des biens,

---

[240] Décret n° 95-240 du 3 mars 1995 « pris pour l'application de la loin° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française » JO, 5 mars 1995.

[241] En particulier, circulaire du 19 mars 1996 « concernant l'application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JO, n° 68, 20 mars 1996, p. 4258.

[242] Paragraphe 2.1.3, 2ème al. de la circulaire du 19 mars 1996.

[243] Paragraphe 2.1.1, 1°, 3ème al. de la circulaire du 19 mars 1996.

produits et services commercialisés[244]. Très logiquement, dans ces conditions, sont ainsi exclues *«les opérations liées à l'exportation ou à la réexportation ou effectuées avant la* mise sur le marché des biens, produits et services introduits sur le territoire français. »[245].

**211. - Le caractère d'ordre public de la loi**. Lorsque ces conditions sont réunies, les dispositions de la loi du 4 août 1994 s'imposent, et ceci avec une force particulière, puisqu'aux termes de son article 20, cette loi est d'ordre public.

### C - Le dispositif mis en place par la loi LCEN déroge-t-il à la loi Toubon ?

**212. - La mention d'un choix des « langues proposées » constitue-t-elle une dérogation ?** L'article 1369-4 du Code Civil, introduit par application de la loi LCEN, prévoit que l'offre par voie électronique doit énoncer… « 3°- Les langues proposées pour la conclusion du contrat… », suivant en cela la directive du 8 juin 2000. Le législateur européen a transposé dans le domaine du contrat par voie électronique les dispositions adoptées dans le domaine des contrats à distance pour lesquels il avait considéré que la question des langues relève de l'autorité des États membres et certains auteurs ont regretté que l'on n'ait pas adopté à l'échelle européenne, pour protéger plus efficacement le consommateur, des dispositions contraignant les professionnels du commerce électronique établis dans le ressort de l'Union, à donner au consommateur les informations précontractuelles (ou contractuelles) dans une langue européenne de leur choix.

Il est possible, à l'examen de ces dispositions, de s'interroger sur l'existence d'une obligation d'utiliser la langue française lorsqu'il s'agit de contracter par un moyen électronique. Peut-on soutenir à partir de cette rédaction que le choix de la langue du

[244] Paragraphe 2.1.3, 1er al. de la circulaire du 19 mars 1996.

[245] Paragraphe 2.1.3, 5ème al. de la circulaire du 19 mars 1996.

contrat, en France, est libre, par dérogation à la loi du 4 août 1994 ? Dès la publication de la loi, les auteurs ont apporté à cette question une réponse négative[246].

### D – L'étendue de l'obligation dans le commerce électronique

**213. - L'application de principe de la loi Toubon au contrat du commerce électronique**. Si l'on reprend l'étendue de l'obligation de faire usage de la langue française dans les échanges commerciaux telle qu'elle a été définie au paragraphe précédent, il faut constater qu'entrent dans son champ d'application, aux termes de l'article 2 de la loi du 4 août 1994, l'ensemble des informations commerciales participant au processus contractuel, diffusé sur les réseaux électroniques. Ce qui doit inclure, non seulement l'information précontractuelle, expressément visée par la loi, mais également, les contrats du commerce électronique eux-mêmes, au sens formel du terme qu'il est d'ailleurs souvent difficile de distinguer de l'information, dans les sites internet puisque, le plus souvent, information précontractuelle et dispositions contractuelles sont mêlées sur le même support. Doivent ainsi être exprimés en français, pour ce qui concerne notre étude, outre les publicités et les offres en ligne, les clauses des contrats ainsi que, plus généralement, l'ensemble des informations relatives aux biens, produits et services proposés, ce qui englobe la plupart des informations présentes sur les réseaux destinés au grand public et notamment sur les sites marchands du réseau Internet.

Bien entendu il faut que ces informations et ces actes, d'une part, concernent des consommateurs et, d'autre part, « *soient exprimés ou s'accomplissent* », pour reprendre les termes de la loi, sur le territoire national français, ce qui n'est pas le plus simple à déterminer lorsque les échanges commerciaux interviennent par le moyen des réseaux électroniques mondiaux.

[246] Voir, O. CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004, 314.

### E - Exception en matière d'étiquetage

**214. - L'exception en matière d'étiquetage.** Une exception apparaît toutefois. 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 comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures[247]. Tirant les conséquences de cette jurisprudence au-delà même de la commercialisation des denrées alimentaires, 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.

## § 2 - Application difficile au commerce électronique

**215. - Les difficultés d'application de la loi au commerce électronique**. On aperçoit immédiatement au regard de ces deux conditions, présence d'un consommateur et localisation de l'opération sur le territoire français, les difficultés de leur application pratique aux opérations en ligne dans la mesure où cela implique de pouvoir déterminer, en premier lieu, quand ces activités concernent ou non des consommateurs, et, en second lieu,

[247] CJCE 12 septembre 2000, D. 2001, Jur. P. 1458, note J.-M. PONTIER.

si ce sont des consommateurs du marché intérieur français. Et l'on se heurte à la difficile question, souvent posée dans le contexte des réseaux, d'une part, de l'identification de la qualité de consommateur des destinataires des informations et, d'autre part, de la localisation de la commercialisation de biens, produits ou services sur le territoire français.

Pour trancher cette question, doit-on prendre en considération le pays de l'émission de l'offre ou, au contraire, celui de la réception de l'information commerciale, de l'offre, de la publicité ? C'est sans doute la solution la plus protectrice du consommateur puisqu'elle permet de considérer qu'il y a commercialisation sur le territoire français dès lors que ces actes sont à l'intention, ou accomplis en direction, du marché français[248].

**216. - Les conséquences du caractère international de l'Internet**. Cependant, l'adoption de ce critère ne règle pas pour autant l'ensemble des questions. En effet, c'est une des caractéristiques du réseau Internet que de s'adresser à un public mondial indifférencié qui mêle les consommateurs et les professionnels sans considération de frontières nationales. Comment distinguer, dans ces conditions, ce qui relève du commerce électronique interentreprises, non concerné par l'obligation d'usage de la langue française, de celui destiné à la consommation, en dehors des exceptions déjà signalées telles que celle des réseaux fermés destinés aux professionnels ou des réserves d'agrément au bénéfice de ces derniers ?

De la même manière, les informations, les sites et services marchands de l'internet sont immédiatement accessibles indifféremment depuis tous les points de la planète, donc, notamment, depuis la France. Et il est tout aussi difficile de déterminer avec certitude quand ces données concernent le marché intérieur français. Encore qu'ici cette distinction n'apparaît fondamentale qu'à l'égard des professionnels étrangers du commerce électronique. En effet, en ce qui concerne la question qui nous préoccupe, la distinction entre commercialisation sur le marché intérieur ou sur le marché extérieur, ne représente

[248] M. VIVANT et C. LE STANC, Lamy, Droit d*e l'informatique et des réseaux*, préc., éd. 2000, n° 2595 qui désignent ce critère de choix par la formule : « la localisation par la cible ».

pas le même intérêt pour les professionnels français, dans la mesure où l'obligation de faire usage de la langue française ne doit pas a priori leur poser de problème. La langue nationale étant la langue naturelle de leurs échanges, même sur les réseaux électroniques, ils satisfont ainsi, en principe, dans tous les cas, à une obligation qui ne pèse sur eux que pour le marché intérieur français. Il importe donc peu, dans cette hypothèse, qu'il soit difficile voire impossible de distinguer, parmi les publicités, les offres de contrats et les informations commerciales émises par les professionnels français sur les réseaux ouverts à l'échelle planétaire, celles qui sont destinées au marché intérieur de celles qui ne le sont pas. Tel n'est pas le cas lorsque ces données émanent de professionnels étrangers, et pour lesquels la question de la localisation géographique du public concerné par leurs informations commerciales pose un réel problème, au regard de l'application de la loi du 4 août 1994.

**217. - Incompatibilité de fait du commerce électronique et de la loi Toubon**. Or on se trouve devant la contradiction apparemment insoluble entre des dispositions législatives conçues dans un contexte étatique et la logique des réseaux planétaires qui n'intègre pas la notion de frontières politiques. Faute de pouvoir raisonnablement prétendre résoudre cette contradiction, on peut chercher, de manière plus réaliste, à faire une application nuancée de ces dispositions pour en conserver l'efficacité sans leur reconnaître une vocation à réglementer l'ensemble du commerce électronique mondial. Afin d'atténuer l'aspect excessif de l'obligation d'utiliser la langue française, découlant des caractéristiques des réseaux, il paraît donc raisonnable de ne pas s'en tenir aux possibilités offertes par ces derniers en matière de commercialisation, mais d'essayer de cerner avec mesure quels messages doivent être obligatoirement exprimés en français.

**218. - La recherche d'un réalisme raisonnable**. Il paraît possible, dans ce but, de rechercher d'abord s'il existe des dispositions législatives et réglementaires autorisant certaines exceptions à l'obligation de faire usage de la langue française, pouvant jouer dans le cadre des échanges commerciaux sur les réseaux ouverts au grand public. Il sera possible ensuite de voir si, dans ce même contexte, des critères réalistes permettent de définir concrètement les conditions d'application de l'obligation, en fonction de la cible

destinée à être ainsi protégée. Enfin, il pourra être montré qu'il est toujours possible de souhaiter une évolution législative, afin d'adapter les conditions d'application de la loi au contexte particulier des réseaux.

L'exception visée à l'article 12 de la loi du 4 août 1994 qui insère un article 20-1 à la loi du 30 septembre 1986 « sur la liberté de communication » dont l'effet est strictement limité aux émissions radiophoniques et télévisuelles en tant que portant sur des programmes ou publicités « conçus pour être intégralement diffusés en langue étrangère »[249], n'est d'aucun intérêt dans notre étude dans la mesure où publicité et information précontractuelles constituent des concepts juridiques parfaitement distincts.

**219. - Le recours à la notion de « cible »**. En revanche, dans le souci de « réalisme raisonnable » évoqué ci-dessus pour atténuer autant que faire se peut la contradiction résultant d'un réseau mondial dénué de frontières et la volonté étatique du législateur français, différents auteurs ont proposé d'aménager la notion de « cible », c'est-à-dire de destinataire. Il a été ainsi proposé de substituer à la définition personnalisée du destinataire mise en œuvre dans les textes d'application de la loi du 4 août 1994, visés plus haut, une définition géographique : il y aurait lieu de considérer, dans le cadre de telles propositions, que les offres faites par des cybermarchands étrangers devraient faire usage de la langue française lorsqu'elles sont adressées « à destination de la France » et ceci, ouvertement, sur la base d'une désignation faite de bonne foi [250]. Ainsi, à titre d'exemple, l'offre d'un cybermarchand étranger faite à destination clairement exprimée d'un autre pays que la France, sans emploi de la langue française, pourrait être exempte de critique à l'égard d'un consommateur français qui entendrait y donner suite malgré tout.

**220. - Le recours à une appréciation in concreto**. De la même manière, il paraît possible de proposer un aménagement de l'obligation stricte d'usage de la langue française en

[249] Art. 12 de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 « relative à l'emploi de la langue française » JO 5 août 1994 insérant un article 20-1 à la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 « relative à la liberté d'expression », JO 1er octobre 1986, p. 11755.

[250] V° à ce sujet : MM. VIVANT et LE STANC, et al. LAMY, *Droit de l'informatique et des réseaux*, préc., n° 2619 et 2595.

prenant en compte, non pas de manière abstraite la qualité de consommateur français, mais la connaissance réelle de l'individu destinataire de l'offre que l'outil informatique peut donner au cybermarchand, de manière effective, dans le cadre des processus dits « one to one »[251]. Ainsi, dans la mesure où le consommateur internaute n'utilise pas le français pour naviguer sur le réseau, il pourrait lui être opposé l'usage de la langue étrangère dont il a montré ainsi avoir connaissance[252]. Bien naturellement, un consommateur français qui, sur le site du cybermarchand étranger, ferait volontairement choix, lorsqu'il est offert, d'une langue étrangère ne pourrait, par la suite, contester son propre choix et reprocher à ce dernier une infraction à la loi du 4 août 1994.

Parallèlement, on pourrait admettre que le cybercommerçant étranger devrait faire usage de la langue d'accès utilisée par l'internaute dans ses recherches. C'est la position prise par le gouvernement dans une réponse ministérielle[253]. De fait, de nombreux sites sont paramétrés pour diriger automatiquement le consommateur vers les pages du site rédigées dans la langue de sa recherche.

**221. - Le constat de l'inefficacité des solutions proposées**. Force est de constater, cependant, que ces aménagements réalistes nécessaires de l'obligation d'emploi de la langue française montrent l'inefficacité de ses dispositions lorsqu'elles sont confrontées à l'ouverture mondiale du commerce électronique, ce qui a amené le législateur à intervenir dans ce domaine par la loi LCEN dans le cadre de l'application de la Directive du 8 juin 2000 « sur le commerce électronique », mais ceci d'une manière incomplète aux yeux de certains auteurs qui souhaitent une évolution législative pour le prendre plus entièrement en compte.

[251] Les techniques dites de « one to one » permettent d'exploiter commercialement le profil de l'internaute établi sur une base d'information recueillies à partir de ses propres déclarations, faites donc en connaissance de cause de ce dernier, ou encore collectées à son insu à partir des données en connexion à un site particulier grâce aux « mouchards » (cookies) ou au « pistage » (tracking).

[252] P. GIOUX, loc. cit. p. 37.

[253] Rép. Min. n° 2110, JOAN 22 juin 1998, p. 3394.

## § 3 - Évolution législative envisagée par divers auteurs

Au-delà du ressort de l'Union européenne, face à l'incontestable difficulté de trouver des éléments permettant de déterminer avec certitude la localisation géographique des internautes en faveur desquels doit jouer l'obligation d'utiliser le français, une autre voie reste encore possible, celle d'une réforme législative, afin d'adapter plus précisément les conditions d'application de la loi du 4 août 1994 au contexte particulier des réseaux.

**222. - La recherche d'exonérations**. Un auteur a ainsi proposé de préciser les conditions de son application dans le contexte spécifique de l'internet et d'exonérer à cette fin de l'obligation de faire usage de la langue française, d'une part, les communications des sites commerciaux exploités par des personnes morales de nationalité étrangère ou, d'autre part, dont le contenu s'adresse à des non-francophones, même s'ils sont établis en France[254].

La première exception ainsi proposée, celle relative aux personnes morales de droit étranger, ruinerait entièrement le bénéfice de la protection mise en place au profit des consommateurs français et se voit donc rejetée, pour cette raison, par d'autres auteurs[255]. Elle a toutefois le mérite d'un certain réalisme dans la mesure où elle place le consommateur devant une responsabilité qu'il est parfaitement en mesure d'assumer, et qu'il assume dans d'autres occasions en dehors du commerce électronique, celle de ne pas contracter dans une langue et sur la base d'informations qu'il ne comprend pas. Le débat est ici celui plus politique que juridique.

La seconde exception ainsi proposée, qui consiste à substituer au critère de la langue à celui de la situation géographique, de la même manière, est strictement contraire à la loi du 4 août 1994 qui s'adresse, sur le territoire français, à tous les consommateurs, qu'ils soient ou non français, qu'ils soient ou non francophones. Elle représenterait, dans le

[254] P. GIOUX, loc. cit. p. 40.

[255] F. MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, LGDJ, 2005, p.311.

bénéfice de la protection de la loi de 1994, une discrimination difficilement admissible à l'égard des non-francophones, et ceci, sans véritable fondement pratique dans la mesure où la langue de l'offre et de l'information précontractuelle pourrait être différente de celle du non-francophone. Ceci, bien naturellement, sauf à préciser que l'exception ne jouerait qu'à l'égard des non-francophones pratiquant la langue de l'offre et de l'information précontractuelle. Cette exception, en tout cas, ne serait pas véritablement choquante, en fait, dans la mesure où, en dehors du commerce électronique, les étrangers de passage en France se voient offrir dans de très nombreux commerces, pour contracter, des informations précontractuelles dans leur langue d'origine par des commerçants ou vendeurs bilingues ou multilingues sans que personne ne s'en émeuve, la protection de la langue française n'exigeant pas de « convertir » de force les étrangers à son usage... Il serait ainsi quelque peu anormal d'exiger d'un cybercommerçant étranger d'utiliser la langue française lorsqu'il s'adresse, en France, à un consommateur qui ne parle pas le français ou, a fortiori, à un consommateur de sa propre langue ! Cette observation renvoie au réalisme raisonnable et prudent évoqué plus haut pour l'application de la loi au commerce électronique.

**223. - La solution des logiciels de traduction**. Il existe cependant une réforme qui pourrait être envisagée de manière efficace. Elle consisterait à obliger les fournisseurs d'accès et les personnes offrant un moteur de recherche établi en France, à faire figurer sur les pages-écrans de leur site un lien vers un logiciel de traduction permettant d'obtenir une traduction en français, notamment des informations précontractuelles (et contractuelles) auxquelles l'internaute peut accéder à partir de leurs sites. Ce type de protection est aujourd'hui très souvent présent sur les sites de portée internationale.

Ainsi précisé de quelle manière nuancée devrait être appliquée l'obligation d'utiliser la langue française, il convient de préciser ce que doit être le support matériel de l'offre de contrat de commerce électronique.

## Section 3

## Support de l'information

**224. - L'exigence d'un support.** Le recours à l'informatique et la dématérialisation du contrat qui en résulte ne fait pas pour autant disparaître l'exigence nécessaire d'un support à défaut de quoi aucune preuve ne serait possible pour l'un ou l'autre des contractants. La loi prévoit à ce sujet l'exigence d'un écrit (§ 1), une équivalence entre écrit papier et écrit électronique (§ 2) avec autorisation de principe de recourir à ce dernier au lieu et place de l'écrit papier (§ 3), mais toutefois des modalités à respecter et des limites à ne pas franchir (§ 4).

### § 1 - *Exigence d'un écrit*

**225. - Le « nouveau formalisme ».** La deuxième moitié du XXe siècle a vu se multiplier les interventions du législateur posant de nouvelles exigences de forme, développant ainsi ce qu'il a été convenu d'appeler « le nouveau formalisme » dont la vocation consiste justement à protéger le consentement de la partie la plus faible, le consommateur. Parmi les dispositions relevant de ce formalisme de protection, celles visant à fournir une information la plus complète possible au contractant occupent une place essentielle. Ce «formalisme informatif»[256], comme le désigne un auteur, tend à multiplier les supports permettant le transfert des informations devant être obligatoirement fournies. Au-delà de la forme du contrat lui-même, il faut s'interroger sur la forme de l'information précontractuelle.

**226. - L'exigence d'un écrit**. Certains textes spéciaux exigent que l'information précontractuelle fasse l'objet d'un écrit. Tel est par exemple le cas pour l'offre préalable de crédit à la consommation, pour laquelle l'article L. 311-8 du Code de la Consommation

[256] P. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Tome VI, Les Obligations, Paris, éd. Cujas, 7ème éd ; 1997, n° 444.

précise qu'elle doit faire l'objet d'une remise en double exemplaires, et porter les mentions informatives requises par les articles L. 311-9 et suivants, obligation dont les organismes concernés montrent qu'elle a été remplie en faisant signer au client un récépissé daté de l'offre présentée. Il faut également mentionner l'article 15 de la loi du 12 juillet 1992 «fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours »[257], qui impose au vendeur de voyages ou de séjours de fournir aux clients, par écrit, préalablement à la conclusion du contrat, les informations relatives aux prestations offertes, définies au même article. Enfin, à titre de dernier exemple, il faut rappeler l'article L. 121-19 du Code de la Consommation, relatif à la confirmation écrite au consommateur de la plupart des informations préalables énumérées à l'article L 121-18 du même code que doit nécessairement comporter toute offre de contrat à distance.

## § 2 - Équivalence de principe entre écrit électronique et écrit papier

**227. - L'absence d'obligation de recourir à l'écrit papier**. En dehors de ces cas particuliers, le commerce électronique ne se voit fixer aucune obligation précise quant à la forme de la communication que doit obligatoirement adresser le professionnel au destinataire de l'offre. C'est exclusivement par réalisme pratique qu'il a pu être considéré que « *les mentions informatives supposent ainsi la rédaction d'un écrit qui leur sert de* support matériel »[258]. Rien n'interdirait, sur le plan des principes, que la preuve soit apportée de l'accomplissement de son obligation d'information par le professionnel dans le cadre d'un échange purement verbal. Si la rédaction d'un écrit paraît s'imposer, ce n'est pas en tant qu'exigence de forme, mais simplement afin de faire face à l'obligation de preuve à la charge du débiteur de l'obligation d'information.

Dans le domaine du commerce électronique et dans la mesure où la rédaction d'un écrit ne correspond pas nécessairement à l'établissement d'un écrit sur support papier,

[257] Loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours.

[258] J. GHESTIN, op. cit.

l'obligation d'information est suffisamment remplie par l'établissement d'un écrit électronique, à savoir, le plus souvent, l'affichage d'une page-écran directement accessible et intelligible par le consommateur internaute auquel il est destiné et comportant, il faut le supposer, toutes les informations précontractuelles requises.

À noter que sur le plan de la preuve, le professionnel cybercommerçant peut produire sur support informatique la justification de la présence de la page-écran sur son site et de son accessibilité, tandis que le consommateur peut se prémunir de son côté en faisant usage de la « sortie d'ordinateur » qui permet de télécharger les informations de la page-écran ou de la « sortie d'imprimante » offerte presque systématiquement sur la page-écran en question et qui permet d'en tirer un support papier .

**228. - L'écrit électronique est présenté comme le support « normal »**. L'écrit électronique ainsi défini est reconnu en tant que support normal de l'obligation d'information par le Code de la Consommation dans l'article 121-18 qui dispose, en reprenant les termes mêmes de la directive communautaire du 20 mai 1997, que les informations préalables, définies aux paragraphes 1° à 7° du même article, qui figurent impérativement dans l'offre de contrat à distance, doivent être communiquées au consommateur « de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ». L'écrit électronique sous forme de page-écran présentée au consommateur entre dans les prévisions de ce texte de manière évidente.

Cependant, ces dispositions peuvent paraître contradictoires avec celles de l'article L 121-19 du Code de la Consommation qui oblige le professionnel à adresser au consommateur « par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard lors de la livraison » l'ensemble des informations contractuelles et précontractuelles visées à l'article L 121-18. L'écrit mis ainsi en parallèle avec l'autre support alternatif qualifié de « durable » a paru comme se référant implicitement, mais nécessairement à l'écrit papier, l'écrit électronique n'ayant pas, en principe, de caractère de durabilité.

La loi du 13 mars 2000 « portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique »[259] qui a introduit dans le Code Civil l'article 1316, a mis un terme à cette discussion et aux résistances de nombreux auteurs en édictant : « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de* caractères, *de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification* intelligible, quels que soient leur support et leur modalité de transmission ». Tandis que l'article 1317 ajoute, plus clairement encore pour ce qui concerne notre étude : « *L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier sous réserve que puisse être identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». On peut donc parler depuis l'intervention de ces textes d'une « équivalence de principe » entre l'écrit papier et l'écrit électronique.

**229. - L'écrit électronique, support nécessaire et suffisant**. Il faut donc et il suffit, au professionnel, pour remplir son obligation d'information à l'égard du destinataire de l'offre, d'établir un écrit électronique et, pour répondre à la condition émise par l'article 1317 du Code Civil, d'en assurer la conservation dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. L'écrit à adresser au consommateur par application de l'article L 121-19 du Code de la Consommation est donc, en principe, un écrit électronique qu'il peut faire parvenir à son destinataire « par la technique de communication à distance utilisée », sachant que rien n'interdirait, du fait de l'équivalence, qu'il établisse l'écrit sur support papier et le fasse parvenir par la poste.

**230. - L'équivalence de fait entre écrit électronique et écrit papier**. De fait, ainsi admis comme équivalent à l'écrit papier, l'écrit électronique s'est généralisé.

[259] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000« portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique » JO 14 mars 2000, p. 3968.

## § 3 - *Autorisation de principe du recours à l'écrit électronique*

**231. - Le principe**. L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique a inséré dans le Code Civil 3 nouveaux articles (1369-1 à 1369-3) qui autorisent de manière générale l'utilisation de la voie électronique dans le champ contractuel. Ainsi, 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 enfin que les informations destinées à un Professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès ors 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.

**232. - Les conditions posées au principe**. Cependant, sa valeur d'équivalent est conditionnée à certaines modalités.

## § 4 - Les modalités

Une 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.

**233. - La lettre simple**. 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'État.

**234. - La lettre recommandée**. 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 du Code Civil, 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'État. 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.

**235. - L'équivalence des règles applicables à l'écrit électronique par rapport à l'écrit papier**. Deux dernières dispositions sont créées au sein du Code Civil : les articles 1369-10 et 1369-11. Le premier 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 prése*nt 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/lien) permettant d'accéder à un formulaire et de le renvoyer. Une telle obligation est ainsi prévue par l'article L. 121-24 (démarchage) et par l'article 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 ».

Admis comme mode de preuve sous réserve de sa conservation, quelles sont les modalités de conservation de l'écrit électronique conformes au droit ?

## Section 4

## Modalités de conservation

**236. - Le contenu de l'obligation de conservation**. Enfin, afin d'assurer la pérennité des données contractuelles, l'article L. 121-19 du Code de la Consommation, prescrivant la fourniture au consommateur d'informations complémentaires, ainsi que la confirmation de la plupart de celles requises au titre des informations préalables, à l'article qui le précède, exige qu'elles soient fournies «par écrit ou sur tout autre support durable à sa disposition». Il est certain que cette disposition peut être appliquée d'une façon satisfaisante même lorsque l'ensemble des échanges entre les parties s'opère par voie électronique. Dans le même sens, il faut mentionner l'article 10, paragraphe 3, de la directive « sur le commerce électronique» qui dispose : «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 ». Cette règle affirme la volonté du législateur communautaire de faciliter l'accès du client aux conditions du contrat. La possibilité pour l'internaute de télécharger les données sur le disque dur de son propre ordinateur et de les imprimer doivent permettre de satisfaire simplement à cette obligation.

La transposition en droit interne de cette disposition est intervenue au premier alinéa de l'article 1369-4 du Code Civil, introduit par l'article 25-II de la loi LCEN qui impose à celui qui présente une offre de vente ou de fourniture de services par voie électronique de satisfaire à cette obligation et ceci en reprenant les termes mêmes de la directive.

Dans le même sens, l'article 1317 du Code Civil impose au plan de la recevabilité de la preuve par la production d'un écrit électronique, la mise en œuvre de toute mesure « de nature à en *garantir l'intégrité* ».

**237. - L'obligation est renforcée si le contrat porte sur un certain montant**. L'article 27 de la loi LCEN insère enfin 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 :

En premier lieu, 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.

En second lieu, de garantir à tout moment l'accès à ce même écrit à son cocontractant 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, en cas d'archivage du contrat (ce qui laisse entendre que, dans ce cas, l'archivage n'est pas obligatoire[260]), les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé.

[260] J. HUET, « Encore une modification du Code Civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », JCP 2004, éd. Gén. I, 178.

Ainsi que le souligne Olivier Cachard[261], 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 d'un original, la conservation de l'écrit électronique incombe ici au contractant présumé avoir le plus d'expertise en matière informatique.

Par ailleurs, il ne suffit pas d'une conservation, encore faut-il qu'elle permette à l'internaute un accès facile et permanent.

[261] O. CACHARD, « Le contrat électronique dans la Loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004, 314.

## Section 5

## Accès facile et permanent

Le législateur s'attache à rendre l'information facile au destinataire. Il convient d'étudier la teneur de l'obligation à la charge du commerçant pour comprendre son application par le juge.

### § 1 - *Teneur de l'obligation*

Il existe une obligation générale d'information relayée par une obligation particulière d'utiliser des « standards ouverts ».

#### A – Obligation générale

**238. - L'accès facile et permanent aux documents conservés**. Venant compléter l'obligation d'information des parties au contrat en ce qui concerne le contenu, le législateur s'attache à rendre cette information facilement et effectivement accessible à ses destinataires. S'agissant de contrats conclus par voie électronique, l'attention est particulièrement portée sur les moyens d'accès, la présentation et la pérennité de l'information obligatoirement fournie, et plus largement de l'ensemble des termes du contrat ainsi que du contrat électronique lui-même ; compte tenu du fait qu'ils se présentent sous la forme de données numériques, dont le caractère éphémère et pas toujours immédiatement compréhensible représente un point faible au regard de la sécurité juridique des échanges.

Ainsi tout d'abord, comme il l'a été vu, certaines mentions informatives obligatoires concernent les conditions d'accès à certains éléments du contrat tels que, par exemple, les codes de conduite auxquels l'activité du professionnel est soumise ou encore

à l'instrument électronique du contrat lui-même. Dans le but de rendre l'information obligatoire facilement accessible, l'article 5 de la directive « sur le commerce électronique» du 8 juin 2000, dont les dispositions sont fidèlement reprises par l'article 9 de la loi «pour la confiance dans l'économie numérique » exige que les mentions informatives obligatoires relatives à l'identification et à la présentation des professionnels du commerce électronique soient d'«un accès facile, direct et permanent» pour leurs destinataires.

**239. - Le lieu où doivent s'inscrire les informations**. Afin de ne pas laisser les modalités pratiques de cet accès au choix discrétionnaire des professionnels du commerce électronique, l'article 19 de la loi LCEN ajoute à ce propos une exigence supplémentaire, par rapport au texte de la directive, relative à l'emplacement où doivent figurer ces informations : «*sur la page d'accueil et sur chacune des pages visionnées par le client à* partir du moment où il commence la transaction ». La satisfaction de cette exigence ne devrait pas poser de difficulté particulière pour les cyberprofessionnels, qui peuvent faire figurer par exemple ces informations au bas de chacune des pages-écrans de leur site, sans que cela n'affecte véritablement les qualités ergonomiques ou même esthétiques de ces dernières. En outre, et plus simplement encore, une icône ou un logo bien visible sur l'ensemble des pages du site, assorti d'un lien hypertexte vers une page contenant toutes les informations représente, selon la loi LCEN, une solution parfaitement acceptable pour remplir cette condition.

Ensuite, la loi s'attache à considérer la présentation de l'information fournie par le professionnel à son cocontractant. Tel est le cas à propos des contrats de consommation passés à distance. Si l'article L. 121-18 du Code de la Consommation admet le recours à «tout moyen adapté à la technique de communication à distance» pour la fourniture des informations prescrites, il exige cependant qu'elles soient communiquées au consommateur «de manière claire et compréhensible ». Nous avons vu comment cette exigence ne pose pas de problème de principe s'agissant de communication en ligne à destination des consommateurs, que ce soit par courrier électronique ou grâce aux pages-écrans des sites internet commerciaux.

### B – Obligation d'utiliser un « standard ouvert »

**240. - La définition de la notion de « standard ouvert »**. L'accès facile implique que l'information doit atteindre le destinataire de façon logique, sans qu'il ait à effectuer de recherches laborieuses, ni à utiliser de logiciel particulier. Elles doivent être lisibles par les divers logiciels ordinairement installés sur un ordinateur personnel[262]. Par ailleurs, il ne suffit pas que l'accès aux informations de l'article 19, alinéa 1, soit facile, direct et permanent pour l'internaute. Le législateur a jugé nécessaire d'introduire en plus une condition particulière destinée à garantir l'effectivité de l'obligation d'information prévue par l'article 19[263]: l'accès doit utiliser un « standard ouvert ».

**241. - La notion de standard ouvert liée à la facilité d'accès par tous**. La notion de standard désigne, dans le domaine informatique, tout produit matériel ou logiciel, créé et développé selon des spécifications techniques reconnues élaborées par des structures de standardisation (au niveau national ou international)[264], dans le but de favoriser l'interopérabilité[265]. Un standard est qualifié d'ouvert, par opposition à « propriétaire », quand son utilisation n'est pas liée à un produit donné et que ses spécifications techniques sont publiques. Inconnue jusque là des juristes, la notion de standard ouvert fait, de façon fort appropriée, l'objet d'une définition à l'article 4 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[266]: « on entend par standard ouvert tout protocole de

[262] O. CACHARD, « Le Contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004-314.

[263] Il ajoute ainsi une condition non prévue par l'article 5 de la directive sur le commerce électronique. Il en avait toutefois la faculté au regard de l'article 9 de la directive sur le commerce électronique dans la mesure où cette condition d'accès utilisant un standard ouvert ne constitue pas un obstacle à l'utilisation des contrats par voie électronique.

[264] Tels l'Organisation Internationale de Normalisation (ISO) ou le World Wide Web Consortium (W3C).

[265] L'interopérabilité se dit de « *l'aptitude de deux ou plusieurs systèmes (logiciels ou matériels) à* fonctionner ensemble selon des standards communs» (Encyclopédie du Journal du Net. (réf. du 16 septembre 2004). Disponible sur : http://www.joumaldunet.com).

[266] Plus largement, l'introduction de la notion de standard ouvert dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique répond à un souhait fortement exprimé, au cours des travaux préparatoires, par une partie importante des parlementaires et finalement relayé par le gouvernement. À ce sujet, voir les travaux préparatoires à l'adoption de la loi, préc.

*communication, d'interconnexion ou d'échange e*t tout format de données interopérables *et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre».* L'interopérabilité, l'absence de restriction d'accès et de mise en œuvre et le caractère public des spécifications· techniques sont les trois éléments clefs de cette définition.

**242. - Le but poursuivi par cette exigence**. La finalité poursuivie par le législateur à travers cette exigence est d'éviter que les internautes ne soient contraints à recourir à des logiciels spécifiques pour être conduits vers les informations de l'article 19, alinéa l, et pouvoir en prendre connaissance sans difficulté[267]. Une telle situation nuirait en effet à l'efficacité du dispositif légal. Aussi, les informations de l'article 19 doivent être rendues accessibles dans « un format de fichier affichable par la moins sophistiquée des machines actuellement en service [...] et échappant à toute mesure de protection »[268]. En conséquence, le commerçant électronique a l'obligation d'utiliser des logiciels incluant des standards ouverts[269].

**243. - L'adaptation de la loi à la technologie.** La présence dans la loi d'un tel degré de précision concernant la mise en œuvre de ses dispositions paraît indispensable. Elle traduit en fait la difficulté qu'il y a à légiférer dans un domaine aussi étroitement dépendant des considérations techniques. Quels que soient les commentaires parfois critiques qu'ils ont évoqués, les articles 4 et 19, alinéa 1, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique présentent au moins l'intérêt de fournir une indication, un point de repère au

---

[267] Sénat, Compte-rendu analytique de la discus*sion sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie* numérique (1ère lecture). Séance du 24 juin 2003, préc., intervention de monsieur Michel Teston : « On ne *saurait exiger l'acquisition de logiciels spécifiques pour accéder à des informations obli*gatoires, car ce *serait contraire au principe même de l'obligation de transparence imposée par la directive*».

[268] X. LINANT DE BELLEFONDS, « De la LSI à la LCEN », Communication Commerce électronique, numéro spécial : Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude n° 22, p. 9. Cette présentation exprime bien les idées essentielles d'interopérabilité et d'absence de restriction quant à l'utilisation sur lesquelles la définition du standard ouvert est basée. Dans le même sens : CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc. : Les informations doivent être rendue accessibles dans un format « lisible par les divers logiciels ordinairement installés sur un ordinateur personnel ».

[269] En revanche, il n'est pas exigé qu'ils n'incluent « que » des standards ouverts, cette restriction n'étant pas inscrite dans la loi.

juge chargé par une partie d'apprécier si un commerçant électronique a satisfait ou non à l'obligation d'information prévue par le second de ces deux textes.

**244. - La pratique de l'hyperlien**. Au plan pratique, l'application de l'article 19, alinéa 1, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique dans le contexte d'une offre de contrat de commerce électronique oblige son auteur à faire figurer dans sa proposition contractuelle une mention obligatoire d'un genre un peu particulier, consistant en principe en un hyperlien. Cet hyperlien remplit une fonction de liaison entre l'offre et les informations auxquelles les internautes doivent avoir un accès facile, direct et permanent. Il doit donc renvoyer directement l'internaute qui l'active, sur la page web du site internet du pollicitant contenant ces informations.

## § 2 - *L'application du texte par le Juge*

**245. - L'appréciation souveraine des difficultés d'accès**. Le Juge du fond apprécie souverainement les difficultés d'accès à l'information sur un site internet susceptible de constituer un manquement à l'obligation d'information. Un arrêt récent en date du 10 décembre 2009 le rappelle[270]. L'espèce était la suivante. La Caisse nationale d'assurance vieillesse avait déterminé le montant de la pension de retraite d'un assuré selon un mode de calcul défavorable pour celui-ci, en se fondant sur une circulaire de 1973. Se plaignant de ne pas avoir été informé, l'assuré saisit la juridiction de sécurité sociale, qui fait droit à sa demande et obtient la condamnation, confirmée en appel, de la Caisse pour faute (avec paiement de 3.000 € de dommages et intérêts). La Caisse oppose que les organismes sociaux, tenus à une obligation générale d'information des assurés sociaux, peuvent assurer cette information par voie générale et collective, dès lors qu'elle est accessible au public. Pour la Cour d'appel de Paris, « *si cet assuré ne pouvait bénéficier d'une information* individuelle automatique et obligatoire de la caisse, pour autant il appartenait à celle-ci de fournir une information collective non seulement accessible, mais aussi exacte en attirant *l'attention des assurés sur les particularités nées de l'application des circulaires d*ont

[270] Cass. Civ. 2ème, 10 décembre 2009, Lamy, revue *Droit de l'Immatériel*, janvier 2010, n° 56.

ceux-*ci n'ont pas connaissance ».* Elle justifie sa solution en faisant remarquer que « si le *site internet de la caisse donne certes des informations, cependant, l'information relative à l'application de la circulaire litigieuse peut être obtenue après* de nombreuses opérations de « clics » qui nécessitent de connaître exactement à quoi correspondent les liens proposés par le site *; que le cotisant, à supposer qu'il maîtrise l'outil informatique, peut ne* pas « cliquer » sur le bon lien et se borner à rechercher sur le lien « vous informer sur votre retraite *» qui, lui, ne donne pas l'information litigieuse ».*

Ainsi, même si l'information était bien présente sur le site, « le cotisant pouvait ne *pas parvenir à l'information voulue s'il ne cliquait pas* sur le bon lien », ne lui permettant pas de faire un choix éclairé. Il est vrai que la condamnation est intervenue à l'encontre de la caisse, non sur le fondement des obligations d'information afférentes au contrat de commerce électronique, mais sur celui de l'article 1382 du Code Civil, la caisse étant considérée comme ayant commis une faute dans son devoir d'information. La chambre sociale rejette le pourvoi de la Caisse en faisant valoir que « *la cour d'appel, dans l'exercice de son pouvoir souverain d' app*réciation de la valeur des faits et preuves *soumis à son examen, a pu déduire, d'une part, que la difficulté d'accès à l'information était telle qu'elle constituait un manquement à l'obligation d'information pesant sur la caisse, d'autre part, que cette faute avait causé à l'intéressé un préjudice dont elle a apprécié l'importance».*

**246. - Sévérité de la décision.** L'arrêt est sévère, s'agissant de l'obligation d'information assumée par une caisse d'assurances vieillesse astreinte à la mise en œuvre d'une réglementation complexe qu'elle doit rendre accessible aux allocataires consultant son site internet. L'ergonomie d'un tel site est difficile à adapter à des utilisateurs qui n'ont pas l'expérience d'internet ni la connaissance des concepts leur permettant, de clic en clic, d'accéder à l'information exactement recherchée. Cette « ergonomie cognitive » fait l'objet de recherches en vue l'amélioration, sur ce plan, des sites d'information complexes[271]. Cependant cette sévérité paraît justifiée en l'espèce puisque, dans le cadre de son pouvoir souverain, la Cour d'appel avait constaté que l'information soustraite à l'attention du

[271] Voir CHEVALIER et TRICOT, Ergonomie des documents électroniques, PUF, 2008.

cotisant ne figurait pas sur la page ouverte par le lien « vous informer sur votre retraite » ce dont il résultait nécessairement, pour le bénéficiaire de l'information, que celle qui lui était donnée était incomplète.

## Section 6

## Formalisme électronique issu de la pratique

Au-delà des textes, la pratique a dégagé des formalismes contractuels particuliers qui, comme les dispositions légales, s'imposent aux parties. Il s'agit, d'une part, des pratiques contractuelles mises en œuvre dans les échanges électroniques interentreprises dans le cadre de conventions sur l'usage des E.D.I (Echange de Données Informatiques) (§ 1) et, d'autre part, du formalisme conventionnel présidant à la passation des contrats sur les sites grand public des réseaux ouverts (§ 2).

### § 1 - Les modes conventionnels de communication électronique entre parties

**247. - Les conventions sur l'échange de données informatiques**. C'est dans le domaine des échanges interentreprises que se rencontrent le plus fréquemment des conventions sur l'échange de données électroniques par lesquelles les parties conviennent de recourir, pour l'établissement de leurs liens contractuels, à venir ou l'exécution des obligations qui en découlent, à un ou plusieurs modes particuliers de communication électronique : EDI, courrier électronique, affichage de données sous forme de pages-écrans, etc. La convention précise notamment, quant à la forme, de quelle manière doivent intervenir les échanges. Systématiquement, elle prévoit de quelle façon les échanges sont reconnus réceptionnés par la délivrance, par le destinataire à l'émetteur d'un accusé de réception. Elle indique encore, très habituellement, dans quelles conditions le message déclaré reçu, dans la forme, peut être reconnu accepté quant au fond. Bien naturellement, la convention ainsi conclue fait la loi des parties qui doivent la respecter, en particulier lorsqu'il s'agit pour le pollicitant de remplir son obligation d'information à l'égard du destinataire de l'offre.

## § 2 - Le processus conventionnel de passation du contrat électronique

**248. - Les conventions relatives aux processus de conclusion des contrats électroniques**. La formation des contrats offerts sur les réseaux ouverts au grand public, et en particulier sur les sites internet commerciaux, est fréquemment soumise à des conditions de forme constituant une véritable procédure électronique d'acceptation, parfois méticuleusement réglée, prévue dans les conditions générales du professionnel ou les «instructions» affichées sur les pages-écrans du site, à cet effet. les professionnels n'hésitent pas à décrire de façon très complète la procédure de conclusion des contrats, telle qu'ils entendent l'imposer à leurs clients potentiels, sur leurs sites internet. Il faut insister sur le rôle de cette procédure d'échange des informations et des consentements ainsi mise en place par les professionnels. Elle consiste, d'un point de vue juridique, à soumettre l'ensemble de l'échange conduisant à la formation du contrat à un formalisme électronique de nature conventionnelle, auquel doit obligatoirement souscrire le client s'il veut passer une commande sur le site internet du professionnel qui prévoit une telle procédure.

**249. - L'exemple d'une galerie marchande virtuelle**. À titre d'illustration, il est possible d'évoquer l'exemple de la galerie marchande virtuelle « Rhône Alpes » qui propose, ou plus exactement qui impose aux clients qui veulent faire des achats dans l'une de ses boutiques, de passer une commande selon la procédure qu'elle décrit. Ainsi, avant toute autre chose, le client doit s'enregistrer et créer à cet effet un compte client ; il doit donner pour ce faire les é1éments permettant de l'identifier auprès de la galerie marchande et créer un mot de passe personnel; il doit ensuite enregistrer la création de son compte client. Il a, à ce stade de la procédure, la possibilité de demander à ce que ses commandes ultérieures soient confirmées par courrier électronique. À la suite de cette opération, une page-écran s'affiche pour confirmer l'enregistrement du client et lui communiquer le numéro d'identification qui lui a été attribué. Il peut alors seulement naviguer dans les boutiques de la galerie marchande, remplir son panier virtuel avec les produits qu'il aura sélectionnés sur des pages-écrans faisant apparaître (il faut le supposer) toutes les informations exigées par les textes sur les produits et services (caractéristiques essentielles, prix et modalités de

paiement, délai de validité de l'offre), tandis qu'une autre page-écran récapitule ensuite ses commandes avant qu'il ne choisisse, en cliquant sur les cases appropriées, son mode de paiement, puis enfin il valide le paiement de sa commande.

**250. - Le « clic » d'acceptation**. À noter qu'en passant d'une page-écran à l'autre dans le cadre d'un processus qui ne permet pas de sauter les étapes, le client reconnaît implicitement avoir reçu successivement les informations précontractuelles contenues dans chacune d'entre elles avant qu'il ne « clique » pour confirmer son achat. Immédiatement après cette dernière opération, qui correspond juridiquement à l'acceptation en ligne par le client de l'offre du cybermarchand, s'affiche une nouvelle page-écran accusant réception de sa commande, lui précisant le numéro d'ordre sous lequel elle a été enregistrée, et l'informant que celle-ci sera exécutée dès que son paiement sera devenu effectif. Une dernière page-écran vient enfin remercier le client, lui confirmer l'envoi de sa demande, et lui assurer une réponse dans les plus brefs délais. À titre de rappel, si le client avait demandé, lors de son enregistrement auprès de la galerie marchande, une confirmation de sa commande par courrier électronique, celui-ci lui sera alors adressé.

**251. - La contractualisation du processus par l'accord du client pour le respecter**. Les saisies et les clics de confirmation du client pour passer sa commande en ligne sur un tel site internet, ainsi que les messages en ligne de confirmation de la part du professionnel du commerce électronique peuvent, on le voit, être multipliés à loisir par ce dernier. Il lui suffit de programmer en ce sens le logiciel de gestion des commandes passées dans sa boutique virtuelle. Et il y trouve avantage puisqu'il se protège ainsi, en particulier, de toute contestation quant à l'accomplissement de son obligation d'information précontractuelle. Cette pratique constitue une procédure de formation du contrat imposée au client, mais celui-ci, sur le plan des principes, pourrait choisir de ne pas s'y plier et de s'adresser à un autre site. Elle a donc, lorsque le client l'accepte, toute la force d'une convention sur l'échange des données électroniques conduisant au contrat.

Comme telles les clauses que nous venons d'examiner, qu'elles soient relatives à la procédure de conclusion du contrat en ligne ou plus généralement aux modes de

communication entre les parties, participent donc du formalisme électronique qui préside aux relations contractuelles dans le cadre du commerce électronique. Elles ne peuvent en cette qualité, rester sans influence l'égard de la validité en la forme des actes concernés, indépendamment par ailleurs de la nature juridique des formes ainsi imposées.

Ainsi décrites les règles de formes applicables au contrat de commerce électronique, les éléments de présentation des règles de preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information ou, au contraire, de la défaillance du cybercommerçant à ce sujet en sont la suite logique.

# CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

**252. - L'intérêt pratique d'une recherche de la qualification de l'obligation**. Après cet inventaire des sources de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique et des règles constituant son contenu, inventaire qui a permis de dégager le constat d'une véritable « explosion » de l'obligation d'information, il paraît important et possible, en guise de conclusions, de s'attacher à qualifier l'obligation d'information. L'intérêt de cette recherche de qualification est de préparer la discussion abordée en seconde partie, celle des sanctions envisageables en cas de non-respect de son obligation d'information par le prestataire informatique.

**253. - La nature contractuelle ou précontractuelle de l'obligation d'information**. S'interroger sur le régime juridique de l'obligation d'information implique d'abord de faire le point sur la nature même de l'obligation d'information: s'agit-il d'une obligation contractuelle ou extracontractuelle, d'une obligation de moyens ou de résultat, par exemple ? La nature juridique de l'obligation d'information est controversée.

**254. - La conception dualiste et la conception unitaire**. Deux tendances caractérisent la doctrine, à cet égard. La première préconise de distinguer entre l'obligation d'information qui a lieu lors de la formation du contrat et celle qui survient pendant son exécution pour les soumettre à des régimes de responsabilité différents. C'est la conception dualiste. La seconde propose de soumettre l'obligation d'information, quel que soit le moment du contrat pendant lequel elle intervient, à un régime uniforme de responsabilité contractuelle. On la nommera la conception unitaire.

**255. - La conception dualiste fondée sur une opposition entre la formation du contrat et son exécution**. L'explication de la différence des régimes réside, suivant cette approche, dans une différence de nature. Selon le Professeur GHESTIN : « *L'obligation précontractuelle de renseignement est sanctionnée… par une responsabilité délictuelle.*

*Elle doit être distinguée à ce titre de l'obligation contractuelle de r*enseignement qui justifie une responsabilité contractuelle »[272]. Dans le cas de l'obligation d'information qui se manifeste pendant la formation du contrat « *il ne s'agit pas d'un effet du* contrat, mais *d'une application du devoir de bonne foi ou de prudence* qui pèse sur toute personne dans ses rapports avec autrui et que sanctionne la responsabilité délictuelle »[273]. Il apparaît donc que les intérêts de la distinction sont tirés de l'opposition que fait le droit positif entre formation et exécution du contrat. Avant l'échange des consentements, l'obligation d'information est précontractuelle, car le contrat n'existe pas encore entre les parties. Monsieur GHESTIN[274] souligne, à cet égard, que « *l'obligation précontractuelle de* renseignements pose la question de sa*voir si, avant la formation du contrat, l'une des parties est tenue de fournir à l'autre certaines informations c'est*-à-dire de lui faire *connaître certains faits susceptibles d'influencer sa décision* ». Selon un autre auteur, elle présente, de ce point de vue, plus d'intérêt scientifique que l'obligation d'information qui se situe dans l'exécution du contrat[275].

**256. - Le non-respect de l'obligation, faute délictuelle**. La faute qui découle de son inobservation reste en dehors du champ contractuel. De ce fait, l'action en dommages-intérêts fondée sur cette faute sera soumise aux règles de la responsabilité délictuelle. À ce titre Monsieur GHESTIN[276] précise que « sur le terrain du droit positif, la distinction ne *peut manquer d'être faite, à moins de tomber dans l'ab*strait. Car en ce qui concerne la *formation du contrat, l'obligation d'informer se traduira sur le terrain des vices du* consentement et de la responsabilité précontractuelle qui, selon une jurisprudence co*nstante, est une responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1382. En ce qui concerne l'exécution du contrat, le fondement juridique sera la garantie des vices cachés ou la responsabilité contractuelle dont le régime est différent… Actuellement, il est indispensable de distinguer parce que notre technique juridique l'exige. Un*

[272] J. GHESTIN, Conformité et Garanties, op. cit.

[273] G. VINEY, La Responsabilité, Conditions, précité.

[274]J. GHESTIN, *L'obligation précontractuelle de renseignements*, en droit français, in « Le contrat aujourd'hui » précité.

[275] L. de LEYSSAC, article précité.

[276] J. GHESTIN, in « Les contrats d'adhésion et la protection du consommateur », colloque, précité.

*perfectionnement de notre technique juridique voudrait que l'on harmonise ces différentes* actions dans la mesure où elles répondent à des besoins concrets qui sont très voisins ».

**257. - Le critère de distinction fondé sur la chronologie**. L'existence de différences de régimes entre les deux variétés de l'obligation d'information implique la recherche de critères de distinction permettant de délimiter leur domaine respectif. Deux critères ont été proposés : le premier critère est d'ordre chronologique, le deuxième critère est tiré de l'influence qu'aurait eue l'information omise sur la volonté du créancier. D'après Monsieur GHESTIN, « *l'obligation précontractuelle de renseignements doit ê*tre *distinguée de celle qui se situe dans l'exécution d'un contrat* »[277]. Selon MM. CAS et BOUT[278] « *il faut distinguer le devoir de conseil d'autres obligations contractuelles ou* précontractuelles auxquelles il est parfois rattaché ». Ces auteurs soulignent que « le *devoir de conseil diffère de l'obligation de renseignement (...). L'obligation de renseignement est l'obligation précontractuelle de fournir au cocontractant les informations susceptibles d'exercer une influence sur son consentement, de sorte qu'il n'aurait pas conclu le contrat ou ne l'aurait conclu qu'à des conditions plus favorables (...). L'obligation de renseignement est donc imposée au vendeur avant la formation du* contrat alors que le devoir de conseil constitue une suite nécessaire à sa bonne exécution »[279]. Ces auteurs atténuent toutefois leur affirmation en faisant remarquer que « *pour le contrat d'entreprise, contrat à exécution successive, l'obligation de renseignement est également imposée en cours d'exécution du contrat* ».

Le critère chronologique prend comme point de repère la rencontre des consentements. L'obligation précontractuelle d'information commence dès l'engagement des pourparlers et finit de jouer avec l'acceptation. Avec l'intervention de l'acceptation, l'obligation d'information devient contractuelle et son inobservation relèverait de l'inexécution contractuelle. Les solutions déduites d'un tel critère présentent l'avantage de respecter la distinction que réalise le droit français entre les deux phases de formation et

[277] J. GHESTIN, Traité de Droit civil, La formation du contrat, 3ème éd. Précité, n° 457, p. 504.

[278] LAMY, Droit économique, précité, n° 7402.

[279] Ibid.

d'exécution du contrat. Du point de vue de l'obligation d'information, la détermination du moment de la conclusion du contrat n'est pas dénuée d'importance. Elle permet de résoudre l'importante question qui touche aux conditions relatives aux circonstances pouvant faire l'objet d'une obligation d'information, en particulier démontrer que la situation telle qu'elle existe n'est pas conforme à celle qui se présentait au candidat au contrat au moment de la formation du contrat et qu'elle procédait d'une omission ou d'une inexactitude dans la déclaration et non d'une circonstance postérieure à la conclusion du contrat[280]. Les éléments de l'obligation d'information doivent être réunis au moment de son exigibilité. Mais, cette manière de voir ne rend pas toujours compte du droit positif de l'obligation d'information. Toutes les circonstances postérieures à l'acceptation ne relèvent pas forcément de l'exécution contractuelle. En cela, elles ne peuvent être analysées comme un effet du contrat. En outre, toutes les circonstances antérieures à la formation du contrat n'échappent pas à l'exécution du contrat. Les critiques adressées au critère chronologique ont conduit à la recherche d'une nouvelle ligne de démarcation entre l'obligation précontractuelle et contractuelle d'information.

**258. - Le critère de distinction tiré de l'influence de l'information sur le consentement**. Madame FABRE-MAGNAN[281] a proposé d'admettre une distinction entre l'information qui intéresse le consentement et l'information qui intéresse l'exécution contractuelle afin de distinguer les domaines respectifs de l'obligation précontractuelle et contractuelle d'information. Dans cette approche, ce qui doit différencier les deux obligations ce n'est pas tant leur source que leur fonction respective. L'obligation d'information serait précontractuelle lorsqu'elle intéresse le consentement et contractuelle lorsqu'elle intéresse l'exécution du contrat. Selon l'auteur, l'information qui intéresse le consentement est celle qui a exercé une influence décisive sur le consentement de telle manière que si le contractant avait connu l'information, il aurait agi différemment, c'est-à-dire qu'il aurait

[280] Il convient de rappeler qu'il existe des hypothèses où les parties ne sont pas tenues de déclarer les circonstances postérieures à la conclusion du contrat : voir par exemple, Civ. 1ère, 10 juin 1987, Rép. Defrénois 1987, art. 34, 120, observ. L. AYNES : l'information de la caution se limite à ce qui est connu du créancier de la situation du débiteur principal au moment de la conclusion du contrat.

[281] M. FABRE-MAGNAN, thèse précitée, n° 276 et s.

manifesté un autre consentement ou pris une autre décision »[282]. L'obligation d'information intéresse l'exécution du contrat si l'information était sans influence sur la décision de contracter du créancier de telle sorte que « si le créancier avait connu *l'information, il aurait manifesté le même consentement (...) il aurait reçu exactement ce qu'il* attendait de ce contrat »[283] . Le fait que l'obligation d'information intéresse le consentement conditionne le régime juridique de la responsabilité qui découle de son inexécution. Le régime précontractuel doit être étendu « à la sanction et à la réparation de *l'émission de tout consentement inopportun, consentement qui peut certes porter sur la formation du contrat (...)*, mais également sur tout acte juridique, à toute autre décision *même prise au cours de l'exécution de ce contrat telle que celle de renouv*eler le contrat, *de le proroger, de le modifier ou encore d'exercer une option* »[284].

**259. - La difficulté de distinguer l'information qui intéresse le consentement de celle qui ne touche qu'à l'exécution.** Mais cette analyse proposée par Mme FABRE-MAGNAN laisse entière la difficulté de distinguer ce qui intéresse le consentement de ce qui ne l'intéresse pas. Quel est le critère qui permettrait de distinguer l'une de l'autre ? Ainsi que l'ont fait observer divers auteurs contraires à cette proposition : « Toute inf*ormation n'intéresse*-t-elle pas de près ou de loin le consentement ? »[285]. Est-il raisonnable de considérer que tout ce qui concerne le consentement est en dehors de l'exécution contractuelle ? Du côté du bénéficiaire de l'obligation d'information, il est possible de soutenir que l'action née d'une inobservation d'une obligation d'information tend toujours à sanctionner une erreur déterminante du consentement ? Pour pouvoir invoquer un manquement, à son égard, d'une obligation d'information, le créancier ne doit-il pas justifier, dans tous les cas, d'une ignorance excusable, légitime ? Il est possible

[282] Ibid, n° 281, p. 224, formulation à comparer avec J. GHESTIN in « L'obligation précontractuelle de renseignement en droit français aujourd'hui » : « *L'obligation de renseignements n'a de sens que si l'information était susceptible d'exercer une influence sur le consentement de l'autre par*tie, de telle manière *qu'elle n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait conclu qu'à des conditions plus favorables, si elle en* avait eu connaissance ».

[283] Ibid, n° 281, p. 225.

[284] Ibid n° 339, p. 271.

[285] Cf. MALAURIE et AYNES, Les obligations, précité ; G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », rev. Trim. Dr. Civ . 1992, p. 305 : « *La volonté s'accomode mal des catégories juridiques* ; la *naissance et l'exécution du contrat s'y confondent*… ».

d'imaginer les difficultés de mise en œuvre d'une telle distinction. La distinction basée sur l'objet de l'obligation n'est pas toujours évidente. Il y a néanmoins une opposition entre la conception ci-dessus qui distingue dans l'obligation deux aspects séparés, un aspect précontractuel et un aspect contractuel et la conception unitaire qui fait apparaître la discussion sur la qualification contractuelle ou délictuelle de l'obligation d'information comme un faux débat.

**260. - La conception unitaire.** Les auteurs favorables à une conception unitaire de l'obligation d'information préconisent de soumettre la règle en question à un régime unique, celui de la responsabilité contractuelle[286]. Selon Monsieur J. HUET[287] « de façon *générale, ce sont les défauts de renseignement, dont l'une des parties se rend coupable envers l'autre lors de la conclusion, qui ont ainsi vocation à recevoir l'application de la* responsabilité contractuelle. *D'un côté, ils constituent une inexécution en puissance, car la* convention mal formée ne saurait procurer la satisfaction attendue au contractant victime. *D'un autre côté, ils sont toujours susceptibles d'entrer dans les prévisions des parties, qui* auron*t posé tel ou tel élément d'information comme une donnée essentielle de leur entente,* et fixé des règles du jeu particulières à ce sujet ». Selon MM. C. DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE[288] « *la jurisprudence admet (...) que l'obligation d'information et de* conseil *est unique, de nature contractuelle, et constituée d'un objet qui s'étend de la période précontractuelle à l'exécution de la vente* ».

**261. - La justification de cette approche**. Deux explications techniques ont été avancées pour fonder le recours à la responsabilité contractuelle. La première explication que nous éviterons parce qu'elle est aujourd'hui unanimement rejetée est fondée sur l'existence d'un « accord tacite ». Dans une deuxième explication, les auteurs modernes partent d'une similitude de situation dans laquelle se trouvent les parties avant et après la formation du contrat pour justifier l'unification de régime qu'ils souhaitent voir appliquer. Mais,

[286] J. HUET, thèse précitée, C. DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, précité, n° 211 ; J-L GOUTAL, note JCP. 1982, II, 19734.

[287] Thèse précitée.

[288] Op. cit. n° 215.

techniquement comment expliquer la « transformation » de la nature juridique de l'obligation qui, avant tout contrat, se verrait qualifier de contractuelle.

L'application du régime du contrat à la période des pourparlers est expliquée par l'idée suivante : la contractualisation de la période qui précède la conclusion du contrat est réalisée par la survenance d'un contrat valablement formé. Ce qui impose de distinguer selon que les pourparlers ont abouti ou non à la conclusion d'un contrat. Monsieur HUET[289] écrit à ce propos : « *en l'absence de conclusion d'un contrat, les interlocuteurs* demeurent nécessaire*ment des tiers. L'appréciation de leur conduite (...) relève de la* responsabilité délictuelle ». En revanche, en présence d'un contrat conclu, l'opposition du passé et du futur, traduite juridiquement en celle de responsabilité délictuelle et contractuelle nous paraîtra impossible à maintenir. Dès lors, « *en présence d'une convention effectivement conclue, en revanche, une véritable attraction s'exerce sur les faits qui ont conduit à la formation d'un accord vicié, et l'on peut incliner à penser qu'il* en résulte un changement de nature de la responsabilité, bien que ces faits se soient produits durant la période précontractuelle »[290]. L'originalité créée par la convention ne se limite pas à la phase d'exécution, mais elle concerne aussi sa préparation. Cette thèse est difficile à suivre lorsque les juges situent le débat sur le terrain de la formation du contrat et qu'une cause d'annulation est mise en évidence. En présence d'une altération du consentement et donc d'une résolution du contrat, la sanction de l'inobservation d'une obligation d'information ne peut être que délictuelle. D'après une partie de la doctrine, la solution vaut même si la nullité du contrat n'est pas accordée[291]. La faute reste extracontractuelle et la responsabilité qui en découle est soumise au régime délictuel. Le fait qu'il s'agit « *d'un problème lié à l'existence du contrat* ne suffit pas à faire intervenir les règles propres au contrat ».

[289] Thèse précitée, n° 240, p. 233.

[290] Ibid, n° 257.

[291] La nullité peut ne pas être admise soit parce que la victime du vice du consentement préfère poursuivre l'exécution du contrat, soit parce que l'action en annulation est prescrite, soit, enfin, parce que l'erreur provoquée n'est pas suffisamment grave pour emporter le consentement.

**262. - La position de la jurisprudence**. La distinction entre obligation contractuelle et obligation extracontractuelle est retenue par le droit positif. Mais elle n'est pas conçue de manière absolue. Plusieurs tempéraments lui sont apportés. Les décisions jurisprudentielles traduisent une orientation nette vers une extension du domaine de l'action contractuelle due à l'inobservation d'une obligation d'information[292]. Comment expliquer les solutions qui se fondent sur une définition large du domaine contractuel de l'action née de l'inobservation d'une obligation précontractuelle d'information ? À cet égard plusieurs explications ont été avancées. La première explication réside dans la difficulté de distinguer entre la formation et l'exécution du contrat. Mais la difficulté de distinguer ne suffit pas pour expliquer la tendance actuelle. On peut également estimer qu'en matière d'obligation précontractuelle d'information, le demandeur, victime de son défaut, ne se plaint pas de l'échec des pourparlers c'est-à-dire de dommages subis suite à la non-conclusion d'un contrat, mais d'un dommage subi à cause de la conclusion d'un contrat. C'est là une explication possible du fait que « *les conséquences de l'information inexacte* (soient) rarement traitées par application de la responsabilité délictuelle »[293]. « Le contrat est conclu malgré ou grâce à *l'information déficiente* »[294] et c'est, après conclusion, l'exécution même qui crée la difficulté génératrice du litige.

On retrouve ici l'analyse proposée par M. HUET ci-dessus. Pour affiner cette analyse, on peut ajouter que ce dommage ne se révèle, le plus souvent, qu'à l'exécution. La possibilité de rattacher le dommage subi par le créancier de l'obligation d'information ne pose pas de problème particulier. L'exécution du contrat ne répond pas aux espérances du contractant. On a souligné, à cet égard, que si « les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants »[295], les espérances déçues sont du ressort de la responsabilité contractuelle. Aussi, en l'absence d'une cause de nullité, la faute due au défaut d'information est généralement rattachée à l'inexécution des obligations contractuelles. Le

[292] La tendance « actuelle » à l'extension de la responsabilité contractuelle ne se limite pas aux manquements à l'obligation d'information. Pour une présentation générale de cette tendance, voir MAZEAUD et CHABAS op. cit. T. II, 8ème éd. par F CHABAS n° 402 et suiv.

[293] Cf. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La période précontractuelle en droit français », Rev. Int. Dr. Comp. 1990, p 545.

[294] Ibid.

[295] J. CARBONNIER, Droit civil, les obligations, T IV, § 114.

défaut d'information est fréquemment traité comme un cas d'inexécution du contrat »[296]. D'ailleurs, « quand le contrat a été par la suite, effectivement conclu, le Code Civil paraît lui attacher la responsabilité des fautes qui ont été commises dans la période préparatoire »[297].

**263. - La théorie de « l'attraction ».** Ce que certains auteurs ont appelé « *l'attraction* » que le contrat exerce sur la phase qui le précède est souvent justifiée par la complexité de l'opération. En particulier à l'égard de certains produits, d'une complexité spéciale, tels que les ordinateurs, les informations et conseils préalables à la vente proprement dite sont inséparables de celle-ci[298]. Aussi, souvent les tribunaux qualifient de contractuelle la faute commise dans le conseil relatif au choix de tel ou tel produit ou service bien que cette faute soit antérieure à la conclusion du contrat. La jurisprudence considère que les erreurs commises dans les études préliminaires réalisées préalablement à la conclusion du contrat – notamment l'analyse initiale des besoins du client – constituent des cas d'inexécution contractuelle par le fournisseur. Ce que d'autres auteurs ont appelé un « gonflement du contenu contractuel » peut paraître artificiel, mais dans le cas de certaines obligations d'information, la responsabilité contractuelle paraît mieux adaptée. L'inexécution de l'obligation d'information, et la responsabilité qui en · découle, ne peuvent être détachées du contrat. Très souvent, en effet, le contractant est déçu parce qu'il a contracté. Or justement, le rôle de la responsabilité contractuelle consiste essentiellement à protéger les espérances déçues. En outre 1'obligation d'information constitue, dans ces hypothèses, une obligation spécifique présentant un aspect positif.

**264. - L'approche pratique du Juge**. Le choix de l'une ou l'autre qualification peut également trouver une explication dans la volonté des juges d'écarter un régime de responsabilité dont ils ne veulent pas toutes les conséquences. C'est ainsi que, pour

[296] Cf. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, article précité, Rev. Int. Dr. Comp. 1990, p. 545.

[297] J. CARBONNIER, Droit Civil, les obligations, T IV, § 18, citant l'exemple de l'article 1626 c. civ.

[298] GHESTIN et DESCHE, op. cit., n° 58, p. 58 ; LINANT et BELLEFONDS, J.-Cl. « Responsabilité civile », Art. 1382 à 1386, Fasc. 386-1, n° 1 qui soulignent que « la matière de la responsabilité civile en informatique est caractérisée par une prédominance marquée des responsabilités de nature par une *prédominance marquée des responsabilités de nature pour l'instant, génère fréquemment des dommages de* source délictuelle ».

déclarer inopposable au client une clause de non-responsabilité, l'arrêt Flammarion[299] qualifie un mauvais conseil, de faute extérieure au contrat. La cour de Paris dans un arrêt du 2 février 1990[300] a estimé que « *l'obligation de conseil d'un fournisseur de matériel* informatique a une nature précontractuelle, sa méconnaissance ne peut donc justifier la résolution des contrats de fourniture ». Ainsi donc, en droit positif, le régime de l'obligation d'information n'est pas déterminé à partir de la seule distinction entre formation et exécution du contrat.

**265. - La recherche d'une typologie des obligations d'information.** Les auteurs sont très divisés sur la question. Les uns sont sceptiques quant à l'existence de distinctions parfois «si *subtiles qu'elles sont difficilement applicables*»[301]. D'autres reconnaissent plusieurs catégories d'obligations d'information, qui, au demeurant, varient d'un auteur à l'autre. Il faut reprendre ces deux opinions.

En premier lieu, certains auteurs ne s'intéressent qu'à une seule catégorie d'obligations d'information. Une partie de la doctrine n'étudie, en effet, que les obligations contractuelles d'information[302]. Quelques auteurs entendent d'ailleurs étendre le régime de la responsabilité contractuelle à toutes les réticences commises pendant la période précontractuelle, dès lors qu'un contrat a été ultérieurement conclu[303]. Mais, ainsi qu'il l'a été vu plus haut, la jurisprudence, après quelques arrêts ambigus, a finalement refusé d'entériner ces propositions. Ainsi, dans une affaire récente, les consorts V… avaient demandé la résiliation d'un contrat ainsi que des dommages-intérêts pour dol, puis avaient renoncé à la résiliation tout en maintenant leur demande de dommage-intérêt. Pour censurer les juges du fond qui avaient déclaré cette dernière action irrecevable, la première

[299] PARIS, 12 juillet 1972, Gaz. Pal. 1972, 2, p. 804.

[300] D. 1990, I.R., p. 51.

[301] V. P. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, préc. p. 348, n° 636.

[302] V. G. VINEY, Traité de droit civil, sous la direction de J. GHESTIN, t 4, la responsabilité, conditions, L.G.D.J. 1982, n° 502 et s.

[303] V. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELBECQUE, Contrats civils et commerciaux, précis Dalloz 1991, n° 214, p. 155.

Chambre de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 4 octobre 1988[304], énonce, après avoir visé l'article 1382 du Code Civil, que la renonciation par les demandeurs à leur action en résiliation de la convention n'avait pu avoir pour effet « de les priver du droit de *poursuivre leur action en responsabilité délictuelle fondée sur les manœuvres dolosives* imputées» à leur cocontractant. La Cour de Cassation décide d'ailleurs que les deux actions en nullité du contrat et en dommages-intérêts sont indépendantes l'une de l'autre. D'autres auteurs limitent au contraire leur étude aux obligations précontractuelles d'information, car elles seules présenteraient quelque intérêt[305].

**266. - Les diverses catégories d'obligation d'information proposées par la doctrine**. En second lieu, certains reconnaissent l'existence de diverses catégories d'obligations d'information, même si, en pratique, ils ne s'en préoccupent guère[306]. Plusieurs distinctions très diverses sont proposées : une distinction entre l'obligation générale d'information, d'origine jurisprudentielle, et les obligations spéciales en matière d'information, d'origine légale[307]; une distinction entre l'obligation de renseigner sur le contenu du contrat et l'obligation de renseigner sur l'opportunité du contrat [308]; une distinction entre les obligations de renseignement, de conseil et de mise en garde[309] ; ou encore une distinction entre l'obligation de renseignement, concernant les dangers inhérents à la chose, et le devoir de conseil, réservé à l'inadaptation de la chose aux besoins de l'acquéreur.

Déjà évoquée plus haut, l'analyse la plus intéressante consiste à distinguer, selon un critère chronologique, entre les obligations précontractuelles d'information, se situant avant la conclusion du contrat, et les obligations contractuelles d'information, se situant

[304] Civ. 1ère, 4/10/1988, Bull. civ. I, n° 265, p. 183.

[305] V. C. LUCAS DE LEYSSAC*, L'obligation de renseignement dans les contrats*, in L*'information en droit* privé, travaux de la conférence d'agrégation sous la direction de Y. LOUSSOUARN et P. LAGARDE, J.J.D.J. Bibliothèque de droit privé, 1978, p. 305 et s.

[306] V. Ph. LETOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », D. 1987, chron. P. 101.

[307] J. CALAIS-AULOY, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 2ème éd. 1986, n° 25 et s. p. 36 et s.

[308] V. C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'obligation de renseignement dans les contrats,* in *L'information en droit* privé, préc. p. 305 et s.

[309] Cette distinction est la plus fréquemment utilisée.

après la conclusion du contrat[310]. Une telle position implique la reconnaissance d'un régime juridique propre à chacune de ces obligations. Notamment l'obligation précontractuelle de renseignement serait sanctionnée sur le fondement des vices du consentement ou encore de la responsabilité civile délictuelle, alors que l'obligation contractuelle de renseignement suivrait le régime juridique de la responsabilité civile contractuelle, mis à part certains régimes particuliers tels que la responsabilité de l'assureur ou encore celle du notaire.

**267. - Proposition d'une distinction fonctionnelle**. Malgré les critiques qui lui ont été adressées, il paraît possible à ce sujet de suivre la proposition présentée par Mme FABRE-MAGNAN[311] qui suggère de distinguer les obligations d'information en fonction des sanctions susceptibles de frapper leur méconnaissance. Il y aurait donc lieu de faire le partage entre, d'une part, les obligations d'information dont la méconnaissance affecte le consentement au contrat, la sanction appropriée s'avérant, en l'espèce, celle de la résolution du contrat, et, d'autre part, les obligations d'information dont la méconnaissance ne peut avoir aucune incidence sur la validité du consentement, mais se traduit au niveau de l'exécution du contrat. Parmi les obligations ayant une incidence sur le consentement, elle retient les informations chronologiquement antérieures à l'échange du consentement tout en précisant que cette antériorité n'est pas suffisante pour qu'elles relèvent de cette catégorie, certaines des obligations antérieures à l'échange des consentements ne pouvant avoir d'incidence qu'au niveau de l'exécution du contrat et non du consentement au contrat. Et parmi les obligations d'information postérieures à la conclusion du contrat, elle distingue les obligations dont le manquement peut avoir une incidence sur le consentement (information postérieure à une conclusion « partielle » du contrat ; information dont l'obligation se prolonge après conclusion du contrat ; les obligations d'information dues en vertu d'un avant contrat d'information) des obligations d'information ayant une incidence non sur le consentement au contrat, mais sur une autre décision que la conclusion du contrat.

[310] V. en ce sens, J. GHESTIN, Le Contrat, Formation, préc. n° 257, p. 504.

[311] M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse PARIS I, 1991.

Cette approche fonctionnelle, comme son nom l'indique, tend à rapprocher l'analyse de la nature de l'obligation de celle des sanctions qui lui sont attachées et qui seront évoquées en seconde partie de cette étude.

# PARTIE 2

# L'IMPLOSION DU REGIME DE L'OBLIGATION

S'il a paru possible d'évoquer, en face de la prolixité législative, européenne et nationale, une véritable « explosion » de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique lorsqu'il s'est agi de faire l'inventaire des sources variées et des multiples textes nouveaux qui la réglementent, force est de constater, au moment de traiter du régime de cette obligation, le laconisme des texte qui, en dehors du volet pénal, se sont contentés de laisser agir les règles du droit commun. C'était certes, de manière assez claire, l'intention du législateur qui avait principalement pour souci d'intégrer l'ensemble de la matière, dans la plus large mesure possible, dans les concepts du droit traditionnel. Ce souci était d'ailleurs officiellement exprimé par l'article 9 de la Directive du 8 juin 2000 « relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur »[312] et il consistait à d'assurer la validité et l'efficacité juridique des contrats passés en ligne en les intégrant dans le droit contractuel des pays membres avec les mêmes sanctions que celles prévues pour les autres types de contrat.

Ce faisant, en s'en remettant au droit commun pour ce qui concerne le régime de l'obligation, certaines difficultés déjà dégagées notamment dans le droit de la consommation n'ont pas été tranchées et, par contraste avec le souci de précision des textes régissant l'obligation elle-même, il est possible de voir dans ce laconisme du législateur,

[312] Directive précitée, dite « directive sur le commerce électronique ».

devant les incertitudes qu'il laisse sans solution nouvelle, une véritable « implosion » du régime de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique.

Ce constat peut se dégager lorsqu'il s'agit de déterminer le domaine de l'obligation que nous sommes conduits à qualifier d'incertain (Titre 1). De même, il paraît s'imposer au moment de faire l'examen des sanctions de l'obligation que nous qualifierons d'imprécises (Titre 2)

# TITRE 1
# DOMAINE INCERTAIN DE L'OBLIGATION

À ce stade de l'étude, il convient de définir le champ d'application de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. L'étude permettra de constater que les règles délimitant le domaine d'application de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique sont sujettes à d'assez nombreuses incertitudes.

Deux approches sont possibles pour présenter cet examen du domaine de l'obligation.

La première consiste à s'interroger sur la question de savoir qui est tenu du respect de ces obligations. Les règles s'appliquent-elles à tous les intervenants sur le marché du commerce électronique, professionnels ou consommateurs ? Que faut-il entendre, si la question est pertinente, par professionnel ? Un consommateur se présentant comme le pollicitant sur internet serait-il tenu du respect de l'obligation ? C'est le Domaine subjectif de l'obligation (chapitre 1) qu'il convient de définir de ce point de vue en se plaçant successivement sous l'angle du débiteur de l'obligation (section 1) puis du point de vue du créancier de l'obligation (section 2).

La seconde doit s'attacher aux conditions objectives de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique. En d'autres termes, il convient de répondre aux questions suivantes : quand sommes-nous en présence d'une offre exigeant qu'elle soit conforme aux règles posées ? C'est le domaine objectif de l'obligation (chapitre 2) qui nous amènera à répondre en premier lieu à la question de l'éventuelle exigence d'une contre-prestation de l'internaute (§ 1) puis à la nécessité d'une offre véritable (§ 2) et qui porte, au surplus, sur la conclusion d'un contrat électronique (§ 3).

# CHAPITRE 1

# DOMAINE SUBJECTIF DE L'OBLIGATION

Sous cette approche subjective nous devons nous intéresser aux personnes qui se présentent sur le marché du commerce électronique en nous interrogeant sur les conditions dans lesquels ils sont soumis à l'obligation d'information.

**268. - La frontière incertaine entre le professionnel et le particulier**. Nous retrouverons au fil de cette approche la difficulté de tracer, dans le domaine du commerce électronique comme dans l'ensemble du droit de la consommation, une frontière claire entre le professionnel et le particulier, selon qu'il se présente sur le marché comme vendeur, habituel ou non, professionnel ou non, ou comme acheteur, dans le cadre d'une activité professionnelle ou pour la satisfaction de besoins purement privés. Il faudra donc s'approcher d'une définition du débiteur de l'obligation (section 1) en essayant de préciser les critères distinguant le professionnel du particulier (§ 1), en inventoriant les types d'activités juridiques susceptibles de rentrer dans les prévisions de l'obligation d'information (§ 2) puis en proposant une synthèse pratique permettant de déterminer qui est tenu de l'obligation selon la nature professionnelle ou non de l'activité exercée par le vendeur et l'acheteur (§ 3).

## Section 1

## Le débiteur de l'obligation

**269. - Le débiteur de l'obligation d'information**. Le débiteur de l'obligation d'information, c'est celui qui offre de contracter dans le cadre du commerce électronique. C'est parce que le législateur français a attaché des conséquences à la qualité de professionnel ou à l'absence de cette qualité, qu'il convient de présenter les éléments qui permettent d'effectuer la distinction rendue ainsi nécessaire.

### § 1 - Professionnel ou particulier : présentation des critères en ce qui concerne le pollicitant

Il convient de rappeler l'historique de l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui laissent place à une certaine perplexité lorsque l'on se penche sur ce qu'a pu être l'intention du législateur à l'égard du non professionnel et la manière dont elles se s'est traduite dans le texte.

**270. - Le rappel de la discussion au moment du vote de la loi LCEN**. Pour délimiter le champ, d'application des dispositions du titre II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique encadrant l'offre de contrat de commerce électronique, le législateur a joué avec la qualité de professionnel ou non des futures parties au contrat. Il a ainsi attaché, à la présence ou à l'absence de cette qualité tant chez le pollicitant que chez le destinataire de l'offre, des conséquences sur le contenu du régime juridique applicable à l'offre. En ce qui concerne l'incidence de la qualité de professionnel de l'auteur d'une offre de contrat de commerce électronique, il convient de se rappeler que le projet de loi initial pour la confiance dans l'économie numérique, présenté par le gouvernement, définissait le commerce électronique comme une activité exercée par une personne agissant à titre professionnel. Certains auteurs pensaient que les dispositions du titre II consacré au commerce électronique dans une loi destinée à régir les différentes formes de l'exercice

d'une activité de commerce électronique (publicité, conclusion de contras, etc.), celles relatives au contrats de fourniture de biens ou de prestation de services ne s'appliqueraient qu'aux cas où l'offre proposant leur conclusion est elle aussi émise à titre professionnel.

Cela n'a pas été le cas. En effet, seul le second alinéa de ce qui devait devenir l'article 1369-1 précisait qu'il s'applique aux seules offres faites à titre professionnel, tandis que le premier alinéa indiquait s'appliquer à «quiconque propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services», et que le futur article 1369-2 du Code civil restait muet sur l'éventuelle qualité du pollicitant dont l'offre était acceptée.

**271. - Les critiques adressées à l'encadrement du commerce des non professionnels**. Ce manque de logique avait été vivement critiqué lors de l'examen du projet de loi par l'Assemblée nationale[313]. Les députés qui le critiquaient avaient fait remarquer combien l'encadrement contenu de l'offre, prévu par le futur article 1369-1 du Code Civil, rappelle les exigences en matière de formalisme informatif, dont le respect est imposé par le droit de la consommation aux professionnels qui contractent avec des consommateurs. Par ailleurs, il avait été soutenu qu'il n'était pas justifié de soumettre les auteurs d'offres de contrat par voie électronique à un formalisme spécifique lorsqu'ils n'agissent pas en qualité de professionnels. Bien plus, laisser le futur article 1369-1 du Code Civil dans sa rédaction originelle « reviendrait à introduire un niveau de complexité dans la vente entre particuliers, sans que rien ne le justifie»[314]. C'est pourquoi, dans la logique de définition du commerce électronique et avec le souci de ne pas assujettir à des règles excessivement lourdes les relations contractuelles entre des non professionnels, les députés ont modifié le « futur » article 1369-1 du Code Civil et prévu que l'ensemble du texte ne joue que dans les cas où l'offre de conclure un contrat de fourniture de biens ou de prestation de services est faite à titre professionnel[315]. Ils n'ont pas pris la même précaution, s'agissant du futur

[313] Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, par M. TARABOT, le 11 février 2003.

[314] Même avis.

[315] Voir article 6 du projet tel qu'adopté par le Sénat le 25 juin 2003, JO doc. S n° 140.

article 1369-2 du Code Civil, pensant sans doute que la chose allait de soi puisque le texte est à la suite du futur article 1369-1. La modification a été approuvée et reprise par le Sénat lors de l'adoption du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique. Par la suite, lorsque les sénateurs ont supprimé la référence au caractère professionnel de l'exercice de l'activité dans la définition du commerce électronique, lors de la seconde lecture du projet de loi au Sénat, ils ne sont pas revenus sur le champ d'application du futur article 1369-1 du Code Civil.

Pourtant, l'objectif poursuivi par cette suppression avait été présenté comme étant la soumission de toute personne qui propose à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services, quel que soit le titre auquel elle agit, aux dispositions du titre II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Il semble donc qu'il se posait à nouveau un problème de cohérence entre la définition du commerce électronique et le champ d'application du futur article 1369-1 du Code Civil. S'agit-il d'un oubli ou était-il véritablement souhaité que seul le pollicitant agissant à titre professionnel soit contraint au respect de dispositions spéciales quand il propose la conclusion par voie électronique de contrats de fourniture de biens ou de prestation de services ? Il est difficile de se prononcer, car la question n'a pas été abordée lors des débats.

**272. - La nécessité d'une définition du professionnel.** La qualité de professionnel a également une influence sur le champ d'application de certaines dispositions du titre II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique lorsqu'il s'agit du destinataire de l'offre. Elle peut permettre aux futures parties au contrat d'alléger le régime juridique encadrant l'offre de contrat de commerce électronique. Il convient de préciser le critère de définition du professionnel avant d'en déduire les conséquences en ce qui concerne l'obligation d'information, objet de notre étude. La qualité de professionnel d'une personne s'apprécie essentiellement par rapport au but que cette personne poursuit en agissant. Il convient donc de distinguer selon qu'elle se trouve dans la position de l'auteur d'une offre de contrat ou dans celle du destinataire de l'offre.

La recherche des conditions auxquelles nous pouvons dire qu'une offre de contrat de commerce électronique est émise ou acceptée à titre professionnel nous amènera à présenter en parallèle la notion de consommateur, traditionnellement entendue par opposition à celle de professionnel. Le commerçant électronique est toute personne physique ou morale qui propose à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. À quelle(s) condition(s) peut-on considérer qu'il exerce son activité de commerce électronique à titre professionnel ? La loi ne définissant pas la notion de profession, la jurisprudence et la doctrine ont fait œuvre d'interprétation et élaboré des critères permettant de la caractériser. On considère ainsi traditionnellement que la profession est « une activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources de son existence »[316]. D'une manière plus générale, un professionnel est une personne physique ou morale qui exerce une activité à titre habituel et dans un but lucratif[317]. La détermination de la nature professionnelle ou non d'une activité est une question de fait que les juges du fond doivent apprécier in concreto. Néanmoins, la Cour de cassation veille d'une part à ce qu'ils indiquent les éléments d'appréciation sur lesquels ils se sont fondés[318] et d'autre part, à ce qu'ils tirent les conséquences de leurs constatations.

Appliquée à notre hypothèse, cette définition permet de poser que l'auteur d'une offre de contrat de commerce électronique émet celle-ci à titre professionnel si deux conditions sont remplies : il propose de manière habituelle la conclusion de contrats électronique (A) en considération du gain qu'il escompte en retour (B).

[316] CORNU, Vocabulaire juridique, 8ème éd. 2000, v° profession.

[317] J. SAVATIER, Contribution à une étude juridique de la profession in Mélanges Hamel, p. 3.

[318] Cass. 1ère civ., 23/03/1999, D. 2000.SC.40, obs. J.P. PIZZIO.

### A - Exigence d'un exercice habituel

**273. - La notion d'exercice habituel**. S'agissant de la condition d'habitude, elle implique une certaine répétition dans le comportement du pollicitant. S'il apparaît que l'émission par une personne d'une offre de contrat électronique est un acte isolé ou exceptionnel, l'offre ne pourra être considérée comme ayant été faite à titre professionnel. L'appréciation de cette condition ne va pas sans difficultés. L'auteur d'une offre, en effet, n'a pas toujours conscience d'agir dans des conditions faisant de lui un professionnel. Aussi, un· rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation, rendu public en mars 2004, préconise « une *action d'information plus importante à destination de* ces « particuliers professionnels» *qui relèvent, sans le savoir, d'un régime juridiquement contr*aignant »[319]. Ce rapport souligne également combien il est important de déterminer des critères permettant de fixer le moment à partir duquel « un particulier devient un professionnel ». Pour l'instant, l'appréciation est entièrement entre les mains des juges du fond à partir des faisceaux d'indices à leur disposition, selon les circonstances de fait des procédures qui leur sont soumises[320].

**274. - Le critère des moyens mis en œuvre**. Ainsi l'exercice d'une activité à titre professionnel requérant en principe une organisation, une certaine « installation » matérielle »[321], le cadre dans lequel une offre de contrat de commerce électronique est émise peut constituer une indication utile. À titre d'exemple, l'émission de telles offres par une personne via son propre site internet, spécialement créé à cette fin, témoigne de la mise en place d'une certaine organisation en vue de la recherche de cocontractants potentiels ainsi que d'une certaine permanence, signes d'une activité habituelle. Dans le cas, en revanche, où l'offre est adressée à son destinataire par le biais d'un courrier électronique et

[319] Forum des droits sur Internet, Cyber-Consommation : les nouvelles tendances, Rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation, préc.

[320] Voir CA VERSAILLES, 4/10/2002, BRDA 2003, p. 12, les difficultés d'appréciation à l'égard d'un éleveur d'animaux de compagnie, vendeur habituel mais rejeté de la sphère du professionnalisme en raison de ce que son activité relève de la passion plus que de la recherche d'un profit.

[321] RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial, Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales, tome I, vol. i, 18ème dé. Par VOGEL, GERMAIN, préc. n° 136.

où la relation contractuelle se noue exclusivement au moyen d'un échange de tels courriers, il devient beaucoup plus difficile de faire la moindre appréciation quant au caractère habituel ou non du comportement du pollicitant. Seule la formulation du courrier et surtout les éléments d'identification fournis par ce dernier peuvent aider à se prononcer. Enfin, il est pratiquement impossible de trancher lorsque le commerçant électronique recourt au service d'un intermédiaire pour émettre son offre, tels un site internet de petites annonces ou un site de courtage aux enchères[322]. L'affirmation mérite cependant être nuancée dans le cas où le commerçant électronique fournit dans le même temps des renseignements permettant de l'identifier comme agissant à titre professionnel.

L'exercice habituel par une personne d'une activité ne suffit pas à caractériser un exercice à titre professionnel. Encore faut-il qu'il ait lieu dans un but lucratif. Aussi, la personne doit chercher à réaliser un gain, un profit et l'activité exercée doit être rémunératrice.

### B - Caractère lucratif de l'activité

**275. - Le caractère nécessairement lucratif de l'activité**. Le commerce é1ectronique étant par définition une activité économique, il est pratiqué contre rémunération même si cette rémunération peut ne pas être versée par celui qui bénéficie de l'activité. L'exercice par une personne d'une activité de fourniture de biens ou de services contre rémunération permet-elle de considérer que cette personne poursuit un but lucratif ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative, notamment dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 23 mars 1999 à propos d'une activité de prestation de services (activité d'enseignement) exercée contre rémunération par une association[323]. Il semble donc que la

[322] Ou encore, le recours pour diffuser l'offre à un site de discussion.

[323] Cass. 1ère civ., 23/03/1999, préc. la nature professionnelle d'une activité exercée de manière habituelle est suffisamment caractérisée par la constatation par les juges du fond du versement d'une rémunération en contrepartie du service proposé.

réalisation effective d'un profit ne soit pas exigée et l'existence d'une rémunération apparaît ainsi comme une condition nécessaire et suffisante[324].

**276. - La présomption de professionnalité des offres présentées par les personnes morales**. L'arrêt évoqué ci-dessus de la première chambre civile de la Cour de cassation permet d'évoquer les offres de contrats de commerce électronique faites par des personnes morales. Lorsque la personne morale est une société, la situation est simple dans la mesure où « *l'activité d'une société ne peut être que professionnelle* »[325]. La société se caractérise en effet, conformément à sa définition légale, par la poursuite d'un but lucratif[326]. Les choses se compliquent par contre lorsque la personne morale est à but désintéressé. En effet, la Cour de cassation rappelle régulièrement que la constatation de ce qu'une personne morale n'a pas pour objet statutaire la poursuite d'un but lucratif, ne peut malgré tout suffire pour conclure que son activité n'est pas de nature professionnelle[327].

**277. - Les offres des associations**. Les associations donnent lieu aux mêmes observations. L'article 1er de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association définit l'association comme « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en *commun d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre* que de partager des bénéfices ». De multiples intérêts sont attachés à la question de savoir si une association peut exercer une activité professionnelle. Dans l'affirmative, une association peut être assujettie au paiement de la taxe professionnelle, se voir soumise au statut des baux professionnels s'agissant du local dans lequel elle exerce son activité, se voir imposer de respecter les dispositions du droit de la consommation lorsqu'elle propose la vente de biens ou la prestation de services à un consommateur, etc.

---

[324] En ce sens, voir PIZZIO, note obs. sous Cass. 1ère, 23/03/1999, préc.

[325] Cass. comm. 04/02/1992, D, 1992. IR. 90.

[326] Art. 1832 du Code Civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie pouvant en résulter ».

[327] Cass. 1ère civ. 23/3/1999, préc.

Avant de se demander si une association peut agir à titre professionnel, il est nécessaire de vérifier si elle est susceptible d'exercer une activité de commerce électronique au sens de l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. En d'autres termes, une association peut-elle exercer une activité économique ? La jurisprudence l'admet[328], sous réserve qu'il en soit rapporté la preuve au cas par cas. À cette fin, plusieurs indices peuvent être pris en considération. Les juges se sont ainsi basés sur des éléments aussi divers que le nombre de salariés éventuellement employés par l'association, le montant hors taxes de son chiffre d'affaires ou de ses ressources[329] ou encore la comparaison des prix pratiqués par l'association par rapport au prix du marché[330].

Sachant que l'exercice d'une activité économique n'est pas incompatible avec la forme associative, il reste encore à déterminer si une association peut se livrer à une telle activité de manière habituelle. L'article L. 442-7 du Code de Commerce nous fournit la réponse en disposant : « aucune association ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts ». En conséquence, trois hypothèses doivent être distinguées : une association exerce occasionnellement une activité de commerce électronique ou elle l'exerce de façon habituelle, conformément à ses statuts ou en l'absence de toute prévision par ceux-ci. La condition d'habitude faisant défaut dans la première hypothèse, l'offre de contrat de commerce électronique émise par l'association ne peut être considérée comme étant faite à titre professionnel[331]. Cette condition est par contre bien présente dans les deux dernières hypothèses, ce qui conduit à conclure que l'association agit dans de tels cas à titre professionnel, même si dans un des deux cas, son activité n'est pas licite.

**278. - La prépondérance du critère de l'habitude**. Au vu de ces développements, il est possible d'affirmer que l'émission à titre habituel d'offres de contrat de commerce

[328] Cette position est confortée par l'article L 442-7 du Code de Commerce en vertu duquel « aucune association ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne son pas prévues par ses statuts ».

[329] CA PARIS, 13/03/2001, D. Affaires 2001, AJ. 1796.

[330] Cass. Comm. 13/02/1996, pourvoi n° 93-21233.

[331] Cass. Comm. 13/05/1970, D. 190, Jurisp. 644.

électronique suffit à caractériser un agissement à titre professionnel de la part de leur auteur.

À partir de ces éclaircissements sur l'activité exercée à titre habituel qui permettent de cerner la notion de professionnel dans le cadre de la réglementation du commerce électronique, il convient de faire l'inventaire des types d'activité susceptible de relever de l'obligation d'information.

## § 2 - *Types d'activités exercées* par le professionnel

**279. - Les prestations susceptibles de relever du commerce électronique**. Il est important d'inventorier ce qui fera l'objet de l'obligation d'information pesant sur le vendeur professionnel. L'article 14 de la Loi LCEN vise « la fourniture de biens ou de services » et précise, pour ce qui concerne ces derniers : « 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. »

L'activité dominante du commerce électronique est bien naturellement la vente.

### A - Fourniture d'un bien

**280. - La démarche de qualification**. Il faut en premier lieu examiner ce qu'il faut entendre par le mot « fourniture ». En d'autres termes, il faut déterminer la qualification juridique de l'opération. Il apparaît aussitôt, lorsque l'on aborde cette question, que la fourniture s'entend d'une multiplicité d'opérations juridiques différentes qu'il faut envisager au travers de la classification présentée par l'article 1101 du Code Civil selon lequel il existe 3 sortes d'obligations constituant un tout complet (une summa divisio) : les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Cette démarche de qualification doit être entreprise à l'égard des différents types de biens pouvant faire l'objet d'un contrat électronique.

**281. - La nécessité de cette démarche**. Elle est importante dans la mesure où l'obligation d'information pesant sur le prestataire internet porte, ainsi qu'on le verra, non seulement sur le bien ou le service lui-même entendu au sens strict, mais sur le contrat, son processus de conclusion, son contenu, ses modalités de révision de sorte que, chaque fois, l'obligation d'information devra être adaptée à la nature précise du contrat proposé.

#### 1- *Fourniture d'un bien corporel*

**282. - La fourniture d'un bien corporel**. La prestation principale du commerçant électronique peut avoir pour objet un bien corporel, c'est-à-dire toute chose susceptible d'être appropriée : voiture, table, bijou, fleurs, crayon, vêtement, maison … C'est la situation la plus fréquemment rencontrée. Fournir un bien corporel consiste à le mettre à disposition. La mise à disposition apparaissant comme l'acte matériel par lequel une personne se dessaisit d'une chose et la rend accessible à une autre afin qu'elle puisse l'utiliser pour son propre intérêt. Elle correspond à l'obligation de délivrance visée par l'article 1604 du Code Civil qui la définit comme le transport de la chose en la possession de l'autre. Cette mise à disposition peut correspondre à l'exécution d'un contrat de vente, hypothèse visée par l'article 1604 du Code Civil, mais également à celle d'un contrat de

prêt, de location avec toutes les variantes possibles qu'elle ait la qualification de mobilière ou immobilière (simple location, location avec promesse de vente et/ou d'achat, crédit bail, etc.)

Bien naturellement, selon les cas, le devoir d'information pesant sur le prestataire portera, en ce qui concerne la nature du droit transmis, sur toutes les composantes du droit et plus particulièrement sur le détail des droits et obligations respectives des parties.

### 2- *Fourniture d'un* droit incorporel

**283. - Le contrat de commerce électronique peut porter sur la fourniture d'un bien incorporel.** Le bien objet du contrat informatique peut être un bien incorporel. La catégorie des biens incorporels est marquée par une grande diversité : droits d'auteur, brevets, marques, bases de données, droits de créance, fonds de commerce, droits d'usage, usufruits, hypothèques, parts sociales, etc. Il est impossible d'en donner une liste exhaustive. Il convient, dans cet ensemble des biens incorporels pouvant faire l'objet de contrats du commerce électronique, de faire une place à part pour ce que certains auteurs appellent les « biens informationnels »[332]. Les contrats ayant pour objet ces biens, tout à fait originaux, connaissent, en effet, un engouement sans précédent grâce au développement des réseaux de communications électroniques[333]. En outre, cette catégorie de biens est devenue un centre d'intérêt et une préoccupation majeurs de la société de l'information.

Apparue depuis une vingtaine d'années environ, l'expression « bien informationnel» fait référence à une information faisant l'objet d'un droit de propriété intellectuelle.

[332] Voir CORNU, Droit civil, introduction : les personnes, les biens, préc. N° 15, p. 319.

[333] Voir VIVANT, Les contrats du commerce électronique, préc. n° 83 et s.

### 3- *Fourniture d'un bien informationnel*

**284. - La définition du bien informationnel**. La notion d'information contenue dans le terme désigne soit une action (conception dynamique), soit un produit (conception statique). Elle est tantôt « *l'action consistant à porter à la connaissance d'un public* certains faits ou opinions », tantôt un résultat. Par ailleurs, avant de tenter de dire ce qu'est l'information, il est utile de préciser ce qu'elle n'est pas. Ainsi, elle ne doit pas être confondue avec certaines notions voisines, telles le message, l'idée ou la connaissance. Elle ne doit pas l'être non plus avec celle, très proche, de données qui désignent une information «*traitée dans le but d'être utilisée par l'informatique* ». Si de nombreux textes juridiques utilisent la notion d'information, un seul actuellement en donne une définition. Il s'agit d'un arrêté du ministre de l'Éducation nationale et du ministre de l'Industrie du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique. L'information y est présentée comme un «*élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide* de conventions pour être conservé, traité ou communiqué »[334].

La doctrine s'est attachée à donner une définition plus précise du bien informationnel. Sans entrer dans l'examen de ces efforts, il apparaît qu'une constante est dégagée entre les auteurs qui soulignent tous, plus ou moins, le caractère immatériel de l'information. En effet, l'information existe et peut être transmise en dehors de tout support ce qui comporte, comme conséquence importante et que l'on peut considérer comme partie même de la définition, le fait qu'elle peut « appartenir » à plusieurs personnes à la fois et que son transfert ne dépossède pas celui qui la communique[335].

**285. - La valeur patrimoniale du bien informationnel**. Quoi qu'il en soit, il est clair pour tous que l'information en elle-même a une valeur qui en fait un bien économique, source de richesse, qui s'achète, se transfère, se monnaye, notamment dans le cadre du commerce électronique. Le bien informationnel ainsi (vaguement) défini, peut-il être considéré

[334] Arrêté du 22 décembre 1981 relatif à l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, préc.

[335] Voir CARVAIS-ROSEMBLATT, *L'information, Aspects de droit privé*, Thèse préc. 41.

comme un bien au sens juridique susceptible de faire l'objet d'une fourniture par contrat du commerce électronique relevant de l'obligation d'information.

**286. - Les conceptions doctrinales à l'égard du bien informationnel**. Il existe en doctrine deux grandes tendances sur cette question fortement discutée. Certains auteurs considèrent que toute information est susceptible d'être un bien au sens juridique, tandis que d'autres réservent cette qualification aux seules informations pour lesquelles la loi a expressément consacré un principe d'appropriation.

S'agissant de la première conception doctrinale, ses défenseurs la justifient de manière diverse. Certains estiment que les informations peuvent faire l'objet d'un droit de propriété dans les mêmes conditions que celles existant pour les choses[336]. Dans un ordre d'idées assez proches, il est soutenu que dès l'instant où une information représente une source de richesse, elle peut faire l'objet d'un droit de propriété et doit, en conséquence, se voir reconnaître la qualification de bien juridique[337]. Poussant plus loin ce raisonnement, d'autres auteurs encore jugent que le recours à la notion d'appropriation, classique «schéma proposé pour passer de la chose au bien », est inutile : dès lors qu'une information jouit d'une valeur économique, on devrait lui reconnaître la qualification de bien juridique[338]. Cependant, la majorité des auteurs se refuse à reconnaître, de manière quasi automatique, à toute information la qualification de bien juridique, quand bien même elle aurait une valeur marchande. Seules les informations pour lesquelles le législateur a prévu qu'elles font l'objet d'un droit de propriété méritent une telle qualification. Cette conception répond à la règle ainsi posée que « serait un bien juridique, ce que le droit considère comme tel »[339]. Les informations peuvent ainsi être réparties en deux catégories :

---

[336] Voir Pierre LECLERCQ, Essai sur le statut juridique des informations, in A. MADEC (dir) Les flux transfrontaliers de données *: vers une économie de l'information* ?, Paris, La documentation française, Collection Information et société, 1982, p. 119.

[337] M. VIVANT, « À propos des biens informationnels », JCP 1984, I, 3132.

[338] Voir E. MONTERO, La responsabilité du fait des bases de données, Thèse 1996, Namur, Presses universitaires de Namur.

[339] GRZEGORCZYK, *Le concept de bien juridique, l'impossible définition*, préc.

celles pour lesquelles la loi est demeurée muette et celles pour lesquelles elle a consacré un principe d'appropriation[340].

**287. - Les biens informationnels non susceptibles d'appropriation**. La première catégorie se compose des informations communes ou à caractère public et des informations personnelles propres à un individu. Les informations communes forment un ensemble très vaste et hétéroclite, qu'il serait plus aisé de définir négativement comme regroupant toutes les informations qui ne sont, ni protégées légalement par un droit de propriété, ni intimement liées à la personne. Il s'agit notamment des données publiques au sens de la circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques[341], c'est-à-dire des informations collectées ou produites sur n'importe quel support, dans le cadre de sa mission, par un service public, sur fonds publics.

Quant aux informations propres à un individu, il s'agit des informations nominatives ainsi que de celles relatives à la vie privée d'une personne[342]. Seules les premières, considérées comme de véritables attributs de la personnalité, font l'objet d'un régime spécifique, particulièrement protecteur. Mis en place en France par la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, il a été remodelé par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, précitée, dont l'objet était la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données[343].

---

[340] LE STANC, *Les droits de l'information, les droits du créateur, in Appropriation et cir*culation de *l'information*, Brises, 1988, n° 12 (novembre), p. 57.

[341] Circulaire du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques, JO, n° 42, 19 février 1994, p. 2864.

[342] Sur cette classification : CARVAIS-ROSENBLATT, *L'information, aspects du* droit privé, Thèse préc. p. 195.

[343] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE, n° L 271, 23 novembre 1995, p. 31.

Les informations de cette première catégorie n'étant pas susceptibles d'être qualifiées de biens au sens juridique, elles ne peuvent constituer la chose objet de la prestation du commerçant électronique lorsque le contrat de commerce électronique a pour objet la fourniture d'un bien. Il en est tout autrement, par contre, des informations pour lesquelles la loi a posé un principe d'appropriation.

**288. - Les biens informationnels bénéficiant d'une protection de la loi**. La seconde catégorie d'informations regroupe les informations bénéficiant d'une protection spéciale organisée par le législateur à travers la notion de propriété intellectuelle[344]. La lecture du Code de la propriété intellectuelle révèle la grande diversité des informations susceptibles d'être ainsi protégées. Toutefois, le commerce électronique des biens informationnels étant une activité portant essentiellement sur les œuvres de l'esprit, nous n'envisagerons ci-après que les contrats relatifs à ces dernières. La loi reconnaît à l'auteur d'une œuvre de l'esprit un droit de propriété incorporelle sur celle-ci, du seul fait de sa création. Ce droit de propriété présente cependant plusieurs spécificités par rapport au droit de propriété portant sur une chose. Deux illustrations sont particulièrement utiles au regard de notre étude. Le droit de propriété de l'auteur sur son œuvre est indépendant du droit de propriété du support matériel de l'œuvre. Cette dissociation n'a pas de sens lorsque le droit de propriété a pour objet une chose. Par ailleurs, tandis que le droit de propriété sur une chose se compose exclusivement d'attributs patrimoniaux, celui sur une œuvre de l'esprit comporte des attributs d'ordre extrapatrimonial et d'attributs d'ordre patrimonial : les droits moraux et les droits d'exploitation[345]. Les droits moraux de l'auteur sur son œuvre étant en principe hors du commerce juridique, car inaliénables en vertu de l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle, les contrats de commerce électronique relatifs à un bien informationnel ne peuvent donc se rapporter qu'aux droits patrimoniaux de l'auteur sur son œuvre.

[344] CHAVANNE-BURST, Droit de la propriété industrielle, préc. n° 1.

[345] Art. L 111-1 du code de la propriété intellectuelle : Le droit de propriété incorporel de l'auteur sur son œuvre « comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial qui sont déterminés par les livres I et III du présent code ».

Il ressort de ces développements que lorsque le contrat de commerce électronique porte sur la fourniture d'un bien, la prestation principale assurée par le commerçant électronique peut avoir pour objet soit un bien corporel (immeuble par nature, meuble par nature), soit un bien incorporel (immeuble par l'objet auquel il s'applique, meuble par détermination de la loi ou propriété incorporelle). Nous avons fait choix, dans ce dernier cas, de circonscrire notre étude à la question des contrats de commerce électronique portant sur un bien informationnel et plus particulièrement sur ceux portant sur une œuvre de l'esprit protégée au titre du droit d'auteur, en raison de l'engouement dont ils font l'objet. Il est important, en effet, que la banalisation de ces contrats sur internet ne fasse pas oublier la complexité des relations juridiques qu'ils impliquent en amont de leur conclusion et/ou qu'ils font naître en aval de celle-ci.

Cette complexité, ainsi qu'on le verra par la suite, alourdit l'obligation d'information pesant à leur égard sur le prestataire lorsqu'il met à disposition de tels droits sur un site internet.

### B - Prestation d'un service

Les activités de services sont en pleine expansion : notre société est devenue « une société de services»[346]. Le constat se vérifie particulièrement sur internet où ces activités occupent une place de choix au sein des activités de commerce électronique[347]. Leur grande diversité, en raison de l'imprécision de la notion de « service » rend délicate l'identification des contrats dans lesquels elles s'inscrivent et, par conséquent, la

[346] ANTONMATEI, RAYNARD, Droit civil, Les comptes spéciaux : « ces activités de prestation de service représentent plus des 2/3 du P.I.B. de la France », Préc. n° 388.

[347] Voir par exemple les services énumérés par l'article 14, alinéa 2, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : « 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 des 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. » À propos de ces activités, voir notamment J. LARRIEU, Les contrats spéciaux des réseaux numériques, in Les travaux de l'Association Henry Capitant des amis de la culture juridique française, Le contrat électronique : journées nationales, Toulouse le 26 mai 2000, · Paris, Editions Panthéon-Assas, Collection droit privé, 2002, p. 85.

délimitation du champ d'application des règles issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

### 1- La notion de prestation de service

**289. - La présentation de la notion de service**. La notion de service est délicate à présenter. Concept économique à l'origine, elle est devenue familière du juriste par le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Aujourd'hui encore, la notion de service ne fait toutefois l'objet d'aucune définition légale et n'a pas d'acception juridique précise. Force est donc de se tourner vers la doctrine. Ses travaux ont abouti à des définitions diverses, tantôt très larges, tantôt plus restreintes.

Sans entrer dans le détail des travaux de définition des différents auteurs qui se sont intéressés au sujet[348] qui sortent du cadre de la présente étude, il faut retenir que la prestation de service est, le plus souvent, définie par opposition aux actes ayant pour objet une obligation de donner et/ou de délivrer. Elle répond de plus près à l'obligation de faire qui est à la base de la notion de service[349]. Un contrat de prestation de services est un contrat qui engendre, à titre principal, une obligation de faire (« facere ») à la charge de l'une des deux parties[350]. Il s'agit donc de déterminer ce que « faire quelque chose» signifie.

**290. - La prestation de service implique une intervention humaine.** Une obligation de faire implique une intervention de la personne de son débiteur : une prestation de service est, avant toute chose, une activité humaine. Une prestation de service peut tout d'abord

[348] Voir notamment CORNU, Vocabulaire juridique, 8ème éd. Préc. le mot « Prestation de services » ; RIPERT, ROBOT, Traité de droit commercial, Actes de commerce, Baux commerciaux, Préc. n° 627,

[349] Sur la distinction entre « les obligations de faire stricto sensu, au sens de facere, et les obligations de fourniture ou délivrance, c'est-à-dire de praestare, Voir P. PUIG, *La qualification du contrat d'*entreprise, Thèse préc. n° 14.

[350] COLLART DUTILLEUL, DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, préc. n° 625 ; ANTONMATTEI, RAYNARD, Droit civil – Les contrats spéciaux, préc. n° 388 ; HUET, Traité de droit civil – Les principaux contrats spéciaux, préc. n° 30001.

consister en l'exécution d'un travail. Ce travail peut être soit d'ordre physique (matériel) soit d'ordre intellectuel. Il peut s'agir d'une activité de cordonnerie, de transport, d'hôtellerie, de réparation, de fabrication ou encore de la mise en œuvre des moyens techniques destinés à permettre la consultation en ligne ou le téléchargement d'œuvres de l'esprit (autres que logicielles). On estime également qu'une activité de garde d'une chose correspond à l'exécution d'une obligation de « faire quelque chose », même si l'attitude du gardien soit en principe passive. En ce qui concerne les prestations de services qui résultent d'un travail intellectuel, on pense aux activités des professions libérales (avocats, médecins, experts-comptables, architectes…), aux activités d'intermédiaires du Commerce (commissionnaires, agent commerciaux, courtiers…)

**291. - La prestation de service crée une valeur appréciable**. Au-delà de cette présentation classique, certains proposent de considérer qu'il y a également prestation de service dès que l'intervention du débiteur, sans impliquer un effort physique ou intellectuel de sa part, crée une valeur appréciable en argent pour autrui[351]. Il en est ainsi lorsque le débiteur, par son action, satisfait un besoin d'une autre personne, ainsi que, par exemple, dans le contrat d'assurance. D'une manière générale, les services financiers, tels que définis par l'article 2, lettre b, précité de la directive 2002/65/CE[352], répondent certainement, pour la plupart, à cette définition particulière de la notion de service. Le fournisseur de services financiers, en offrant d'engager des fonds ou de couvrir un risque si son cocontractant lui en fait la demande, n'accomplit certes pas d'effort physique ou intellectuel, mais il satisfait à l'évidence un besoin de ce dernier. En ce sens, le contrat par lequel une personne propose la fourniture d'un service financier, au sens de la directive 2002/65/CE, est un contrat de prestation de services.

**292. - L'étendue du champ d'application de la prestation de service**. Il apparaît ainsi que la notion de service est susceptible d'avoir un champ d'application très vaste, selon que l'exigence d'un effort intellectuel ou physique de la part du débiteur de la prestation

[351] V° PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Thèse préc. n° 25 : « faire quelque chose n'implique pas forcément un effort physique ou intellectuel ».

[352] Article 2, lettre b, de la directive 2002/65/CE : « Services financiers : tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements ».

est un élément de sa définition ou non. L'enjeu est important puisqu'il en va du domaine d'application des règles encadrant l'offre de contrat de commerce électronique qui sont issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Ces dispositions ayant été adoptées en vue d'assurer un meilleur niveau de protection aux personnes qui acceptent de s'engager à distance et par voie électronique dans les liens d'un contrat, une conception large de la notion de service devrait être retenue, car elle participe à la réalisation de cet objectif.

### 2- La qualification juridique des prestations de services par internet

**293. - Les prestations de service pouvant faire l'objet d'un contrat du commerce électronique**. Il s'agit de déterminer les types de contrats répondant à la définition du contrat de prestation de services qui sont, susceptibles, en outre, d'être valablement conclus à distance et par voie électronique puisque le mode de conclusion du contrat est un élément de la définition du contrat de commerce électronique.

**294. - La référence à la qualification de vente**. Certains auteurs proposent de résoudre la question de la nature juridique des contrats de prestation de services en leur appliquant la qualification de contrat de vente. La tentation est grande de suivre cette conception qui a le mérite de la simplicité. Toutefois, elle correspond à une transposition approximative des concepts habituels du Code Civil. Partant également de l'idée que la question de la nature juridique des contrats de prestation de services peut recevoir une réponse simple, un auteur s'est efforcé de démontrer que la qualification de contrat d'entreprise est apte à englober tous les contrats de prestation de service[353]. Terminologie moderne pour qualifier les contrats de louage d'ouvrage, le contrat d'entreprise est en effet défini de manière très large par l'article 1710 du Code Civil, comme « u*n contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ».

[353] V°. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Thèse préc. , notamment, n°  et 16.

L'analyse est intéressante, car elle contribue à la mise en œuvre d'une théorie générale du contrat de services. Si elle apporte peu pour les autres contrats nommés, puisque, par hypothèse, ils font d'ores et déjà l'objet d'un régime juridique spécial, elle s'avère d'une grande utilité pour les nombreux contrats de prestation de services qui ne peuvent être rattachés à aucune de ces catégories.

### a) La qualification de « vente de services»

**295. - La notion de vente de services.** L'importance prise par les services dans notre société a amené à s'interroger sur l'attraction que la vente, la qualification la plus connue du Code Civil, semble exercer sur les contrats de prestation de services. Ces réflexions ont conduit certains auteurs à admettre l'utilité de la qualification de « vente de services »[354]. Partisans d'une analyse qu'ils qualifient eux-mêmes de pragmatique, ces auteurs ont entrepris de démontrer que cette qualification issue du domaine économique n'est pas une aberration dans le domaine juridique au regard de son utilité. Leur démonstration repose pour l'essentiel sur les potentialités que l'article 1598 du Code Civil offrirait en disposant que «*tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Or, est dans le commerce tout ce qui peut être fourni contre une certaine somme d'argent, c'est-à-dire tout ce qui a une valeur patrimoniale. Sachant qu'un service est susceptible d'être fourni contre de l'argent, il faut admettre qu'il entre dans le commerce et qu'il peut donc être vendu. La qualification de contrat de vente, telle que définie par l'article 1582 du Code Civil, interprété à.la lumière de cette potentialité de l'article 1598 du même code, pourrait donc s'appliquer à des contrats par lesquels une personne s'oblige à faire quelque chose pour une autre qui s'oblige à lui en payer le prix. On a pu donc penser que le législateur est lui-même favorable à cette analyse puisqu'il a employé à plusieurs reprises, l'expression « vente de services »[355].

[354] R. SAVATIER, « La vente de services », D. 1971. Chron. 223 ; PLANQUE, « La vente de prestations de services, préc.

[355] V° art. 20, Loi 93-122 du 29 janvier 1993 à propos de l'achat d'espaces publicitaires (JO n° 25 du 30 janvier 1993), ou encore la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours (JO n° 162 du 14 juillet 1992, n° 9457).

**296. - La qualification de vente de services couramment usitée**. Quant à la doctrine relative au commerce électronique, elle fait un très abondant usage de cette expression. On peut ainsi lire que « *le commerce, c'est la vente, et la vente c'est l'échange d'une chose, aujourd'hui aussi d'un service, contre une somme d'argent*»[356]. Nombreux sont les auteurs qui traitent sans autre réserve du contrat de vente en ligne de biens ou de services. Certains indiquent qu'ils entendent le terme de « vente » « dans son sens générique »[357] sans cependant préciser leur pensée. D'autres encore, estiment que l'on devrait pouvoir parler de « vente de services», à la condition d'adopter une conception «moins rigoureuse» de ce terme »[358] qu'est « la vente ». Le recours à la qualification de vente de services paraît correspondre à l'idée que notre droit est marqué par un mouvement de généralisation du droit des contrats spéciaux. Ce mouvement tend à gommer les différences entre ces contrats. Il se traduit par le fait qu'un certain nombre de règles spéciales (en l'occurrence les règles du contrat de vente) seraient peu à peu devenues des règles générales applicables à plusieurs catégories de contrats spéciaux[359].

**297. - La critique de cette expression**. Cependant, cette tentation de bousculer des catégories juridiques bien définies au motif qu'elles ne correspondraient plus à la réalité économique est dangereuse : il est important, en effet, que le domaine des qualifications contractuelles reste celui du juriste et non de l'économiste. De plus, si l'expression « vente de services» peut sembler utile, cette impression ne résiste pas à certains arguments difficilement contestables. Ainsi, la notion de chose, objet du contrat de vente, ne saurait couvrir une activité humaine. La chose est une source de valeur par elle même, indépendamment de toute intervention de l'homme. Elle préexiste au contrat de vente, contrairement au service, qui est inséparable de l'action de l'homme et ne vient à existence qu'avec la conclusion du contrat dont il fait l'objet[360]. Par ailleurs, le contrat de vente se caractérise par un effet translatif de propriété ce qui n'est pas le cas du contrat de prestation

[356] P . CATALA, « Exposé introductif » in Actes du colloque « Commerce électronique et avenir des circuits de distribution » Gaz. Pal. 1998, 1. Doctr. 1368.

[357] FALAISE, *Réflexions sur l'avenir du commerce électronique*, préc.

[358] VIVANT, Les contrats de commerce électronique, préc. n° 72.

[359] COLLART DUTILLEUL, DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, préc. n° 9.

[360] ANTONMATTEI RAYNARD, Droit civil, Contrats spéciaux, préc. n° 14.

de services susceptible, tout au plus, de produire un tel effet à titre secondaire, lorsque la prestation s'accompagne d'une cession[361]. Enfin, le régime juridique de la vente est, pour sa plus grande partie étranger au contrat de prestation de services. Ainsi, la vente est nécessairement un contrat à titre onéreux dans le cadre duquel le prix est un élément essentiel tandis qu'un contrat de prestation de services peut être conclu à titre gratuit. Par ailleurs, comment appliquer à ce dernier la garantie contre les vices cachés alors qu'un service, à la différence d'une chose, se consomme par sa délivrance ?

**298. - La condamnation de la notion de vente de services**. Aussi, la majorité de la doctrine considère que l'expression « vente de services » est un abus de langage dans la bouche du juriste. Quant au législateur il semble lui aussi revenu à une utilisation plus orthodoxe du terme de « vente ». En témoigne l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 précitée, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, qui a remplacé l'intitulé de la section Il du chapitre 1 du titre II du livre premier du Code de la Consommation, qui était «Ventes à· distance », par l'intitulé suivant : « Ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance »[362]. Abandonnant donc l'idée d'une qualification globale des contrats de prestation de services en contrats de vente, il faut se tourner vers les catégories nommées de contrats, spécialement prévus par la loi pour réglementer certaines prestations de services particulières.

### b) Qualifications spéciales

Il faut examiner les qualifications prévues par le droit, susceptibles de s'appliquer à un contrat de commerce électronique ayant pour objet la fourniture d'un service, qui présentent la particularité de toucher à une obligation de faire à laquelle s'ajoute, selon les cas, un caractère spécifique tel qu'une obligation de restitution, une relation de

[361] MALAURIE, AYNES, GAUTIER, Les contrats spéciaux, préc. n° 72.

[362] Voir art. 5 de l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 précité portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

subordination entre les parties ou encore un pouvoir de représentation. On songe ici au contrat de travail, au contrat de dépôt, au contrat de mandat et à leurs variantes. .

**299. - L'exclusion du contrat de travail du champ du commerce électronique**. Le contrat de travail ou contrat de louage de services est un contrat nommé qui a pour origine le Code Civil et qui fait l'objet d'une réglementation juridique particulière organisée par le Code du travail. L'article 1779 du Code Civil le présente, sans toutefois utiliser cette terminologie comme l'une des trois principales espèces de louage d'ouvrage et d'industrie[363]. Il se distingue essentiellement des autres contrats de prestation de services par l'existence d'un lien de subordination entre l'employeur et l'employé. Traditionnellement considéré comme le critère du contrat de travail, le lien de subordination a été défini par la chambre sociale de la Cour de cassation comme étant « *caractérisé par l'exécution d'un travail accompli sous l'autorité d'un employeur* qui a le pouvoir de donner *des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner* les manquements de son subordonné»[364]. Le contrat de commerce électronique ayant pour objet la fourniture d'un service peut-il être un contrat de travail ? La réponse doit être négative en raison de l'existence de ce lien de subordination entre les parties. Il faut en effet se rappeler qu'un service de la société de l'information ne peut être qu'une activité exercée à titre indépendant. La définition de la notion de commerce électronique par l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique étant destinée à transposer cette notion communautaire, il faut en déduire qu'un contrat de travail, s'il était conclu à distance et par voie électronique, ne serait pas soumis aux dispositions du titre II de la loi encadrant l'exercice des activités de commerce électronique.

**300. - L'exclusion du contrat de dépôt du champ du commerce électronique**. Quant au contrat de dépôt, contrat dans lequel le service consiste en la garde d'une chose appartenant à autrui à charge de la restituer à la demande, il est réglementé par les articles

[363] Art. 1779 du Code Civil : « Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes et des marchandises; 3° celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés ».

[364] Cass. Soc. 30/11/1996, JCP E 1997. II.91, note J. BARTHELEMY ; Dr. Social. 1067, note J.-J. DUPEYROUX.

1915 et suivants du Code Civil[365].Contrat réel, il ne se forme qu'avec la remise de la chose, outre le consentement des parties. L'article 1918 du Code Civil précisant qu'il ne peut porter que sur des choses mobilières, on en déduit qu'il ne peut avoir pour objet des biens incorporels. Un contrat de dépôt ne peut donc pas en principe être conclu de manière dématérialisée, à distance et par voie électronique. En conséquence, cette qualification doit être exclue de notre champ d'investigation.

**301. - Quid du contrat de mandat ?** Le contrat de mandat est un autre contrat de prestation de services, régi par les articles 1984 et suivants du Code Civil. Défini comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom »[366], le mandat a pour objet une prestation de services consistant en l'accomplissement d'un ou plusieurs actes juridiques au nom et pour le compte d'autrui. On dit encore qu'il produit l'effet caractéristique de conférer à l'une des parties le pouvoir de représenter son cocontractant étant précisé que le mandataire agit en toute indépendance par rapport au mandant. Le contrat de mandat est omniprésent dans la vie quotidienne qu'il s'agisse de l'exécution d'une mission ponctuelle de représentation ou d'une véritable activité professionnelle. De nombreuses professions reposent en effet sur ce contrat qui peut être conclu à titre onéreux[367]. Dans le domaine des professions commerciales, on pense aux agents d'affaires, terme générique désignant un ensemble hétéroclite de professions commerciales dont le point commun est d'exécuter une mission d'entremise. La loi, dans un souci d'encadrement de la profession, en qualifie certains de mandataires[368]. Quant aux autres, il n'est pas rare qu'ils recourent au contrat de mandat dans l'exercice de leur activité. Dans le domaine des professions libérales, les professions juridiques utilisent fréquemment le contrat de mandat dans l'exercice de leurs activités professionnelles. Ainsi, l'avocat, lorsqu'il représente un client en justice, est investi par ce dernier d'un mandat « ad litem »[369]. Il peut également avoir reçu d'un client un mandat

[365] Art. 1915 du Code Civil : « Le dépôt en général est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

[366] Art. 1984, al. 1 du Code Civil.

[367] Art. 1986 du Code Civil : « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire ».

[368] Voir, par exemple, les agences de voyage, les agents de publicité, les agents immobiliers, les agences matrimoniales, les cabinets de recrutement, etc…

[369] Voir article 411 et suivants du CPC.

spécial d'accomplir tel acte juridique, en dehors de tout procès. Le notaire peut également jouer le rôle d'un mandataire et accomplir certains actes juridiques au nom et pour le compte de son client, tel que conclure la vente d'un immeuble.

**302. - La compatibilité du mandat et du commerce électronique.** Un contrat de commerce électronique peut-il avoir la nature juridique d'un contrat de mandat ? Aucun élément de la définition du mandat ne s'y oppose, contrairement à ce que nous avons constaté pour le contrat de travail. Il reste néanmoins à vérifier que le contrat de mandat, à la différence cette fois du dépôt, est susceptible d'être valablement conclu à distance et par voie électronique. Il ressort de l'article 1984, alinéa 2, du Code Civil, que le contrat de mandat est un contrat consensuel[370]. La jurisprudence et la loi elle-même tempèrent toutefois ce principe. Ainsi, 1a Cour de cassation décide que lorsque la loi pose une exigence de forme destinée à protéger la volonté du signataire, pour la validité d'un acte, le mandat d'accomplir cet acte doit lui-même revêtir cette forme. Quant à la loi, elle impose également, dans certains cas, le respect de conditions de forme pour la validité du mandat[371]. L'article 1108-1 du Code Civil posant désormais le principe selon lequel, lorsque la loi requiert un écrit (acte sous seing privé ou acte authentique) pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous une forme électronique, rien ne s'oppose a priori à ce qu'un contrat de mandat soit conclu à distance et par voie électronique, y compris dans les cas où il est exceptionnellement un contrat solennel. En conséquence, l'offre par laquelle une personne propose à distance et par voie électronique d'accomplir un ou plusieurs actes juridiques au nom et pour le compte d'un internaute, est potentiellement soumise aux dispositions du titre II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Cette conclusion vaut assurément pour les nombreuses variantes que connaît le contrat de mandat et dont la pratique fait grand usage, en particulier dans le domaine des

[370] Art. 1984, al. 2 : « Le contrat de mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

[371] Voir à propos des actes de l'état civil, l'article 36 du Code Civil : « Dans le cas où les parties intéressées ne sont point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique ».

activités commerciales[372]. Ainsi, le contrat de commission, comme le contrat de mandat, confère un pouvoir de représentation à l'une des parties avec cette différence que la représentation du cocontractant est imparfaite. Le commissionnaire se définit en effet comme « *celui qui agit en nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un* commettant »[373]. S'il révèle par contre le nom du commettant, le contrat de commission se transforme en un contrat de mandat. Contrat consensuel, il peut également être valablement conclu à distance et par voie électronique et tomber ainsi sous le coup de la qualification de contrat de commerce électronique.

Pour conclure sur ces qualifications spéciales applicables aux contrats de prestation de services, seule celle de mandat (et ses variantes) est susceptible de répondre à la définition du contrat de commerce électronique. Or, elle est loin de rendre compte de tous les contrats de services qui sont pourtant valablement conclus en ligne, tels les contrats de fourniture d'accès à internet, les contrats d'hôtellerie, les contrats d'entretien, les contrats de prestations juridiques, etc.

Il faut donc, pour terminer cette étude du contrat de commerce électronique ayant pour objet la fourniture d'un service, se tourner vers le contrat d'entreprise. Qualification plus générale, le contrat d'entreprise est en effet capable d'accueillir en son sein tous les contrats de prestation de services qui ne peuvent entrer ni dans le moule du contrat de travail ni dans celui du contrat de dépôt, ni dans celui du contrat de mandat.

### c) Le rôle de « qualification par défaut *» du contrat d'entreprise*

**303. - Le rôle de « qualification par défaut» du contrat d'entreprise.** Le contrat d'entreprise, ou contrat de louage d'ouvrage, est défini par l'article 1710 du Code· civil comme « *un contrat par lequel l'une des parties s'engage à* faire quelque chose pour

[372] J. HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, préc. n° 31500 et s.

[373] Art. L 132-1 du Code de Commerce.

*l'autre, moyennant un prix co*nvenu entre elles »[374]. Cette définition très vaste permet certainement de couvrir tous les contrats de prestation de services pour lesquels la loi a prévu un régime plus spécial. L'article 1779 du Code Civil appuie cette conception en disposant qu'il y a trois espèces « principales » de louage d'ouvrage et d'industrie, il envisage implicitement qu'il puisse y en avoir d'autres. Les espèces de louage d'ouvrage prévus dans le Code Civil sont les contrats de transport[375], les contrats de louage de services et les devis et marchés regroupent « tous les contrats ayant pour objet la *fabrication, la transformation ou l'entretien d'une chose* »[376]. Nous avons vu que les contrats de louage de services ont acquis une autonomie complète par rapport aux autres contrats de louage d'ouvrage[377]. Il convient donc de les écarter.

**304. - Le louage d'ouvrage taxé de « catégorie fourre-tout ».** Au-delà de ces espèces, le domaine du contrat de louage d'ouvrage s'est étendu au fur et à mesure de la diversification des activités humaines. Il a été admis qu'il peut porter non seulement sur des travaux physiques, mais aussi sur des travaux d'ordre intellectuel[378]. De même, on considère que la standardisation des services n'est pas un obstacle la qualification d'un contrat d'entreprise[379]. Supposée traduire cette évolution, l'expression «contrat *d'entreprise*» est aujourd'hui utilisée comme un synonyme de la terminologie classique, tant par la doctrine que par la jurisprudence. Ce mouvement d'extension du champ du contrat de louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise, s'est accompagné d'un mouvement de spécialisation. Dans un souci d'encadrement de certaines professions et de protection des parties, le législateur a pris l'initiative de compléter le régime «de droit commun »[380] du contrat par des réglementations spéciales. Les contrats concernés, bien que plus spécifiquement réglementés et quoiqu'ils soient le plus souvent dotés d'un autre nom, n'en

[374] M. COSTES, Essai sur la na*ture juridique du contrat d'entreprise*, Thèse TOULOUSE, 1913.

[375] Art. 1779 du Code Civil vise le transport de personne comme de marchandises

[376] MALAURIE, AYNES, GAUTIER, Les contrats spéciaux, préc. n° 700.

[377] Ils ne sont plus seulement des contrats par lesquels une personne s'engage à faire quelque chose pour le compte d'autrui.

[378] Cass. 3ème civ. 28/02/1984, Bull. civ. I, n° 51.

[379] MONTERO, La responsabilité du fait des bases de données, Thèse préc. n° 185.

[380] Art. 1779 à 1799 du Code Civil.

restent pas moins des contrats d'entreprise[381]. Taxée de « catégorie fourre-tout » ou encore de « bonne à tout faire » des contrats spéciaux, la qualification de contrat d'entreprise est considérée aujourd'hui, de façon habituelle, comme applicable à tous les contrats de prestation de services qui n'entrent pas dans la catégorie des contrats spéciaux, stricto sensu.

**305. - Contrat d'entreprise et commerce électronique**. Le contrat d'entreprise remplit-il aussi cette fonction pour les contrats de prestations de service conclus à distance et par voie électronique ? La question peut paraître surprenante dans la mesure où le mode de conclusion d'un contrat n'a pas d'influence sur sa qualification. Néanmoins il convient de vérifier qu'aucun obstacle ne s'oppose à ce qu'un contrat d'entreprise soit valablement conclu « en ligne ». S'agissant d'un contrat en principe consensuel, le contrat d'entreprise se forme par le seul échange des consentements des parties[382]. Rien n'interdit donc sa conclusion à distance et par voie électronique. En outre, dans les cas où la loi impose le respect d'un certain formalisme[383], celui-ci peut, en principe, être satisfait par voie électronique[384].

**306. - La compatibilité de principe du louage d'ouvrage et du commerce électronique**. Le contrat de commerce électronique ayant pour objet la fourniture d'un service peut donc être un contrat d'entreprise et, par conséquent, dans chaque cas, selon le contrat d'entreprise en cause, les règles spéciales qui peuvent s'y appliquer, notamment en matière d'information du contractant, devront être respectées en complément de celles d'application générale applicables au contrat de commerce électronique. Aux règles régissant l'obligation d'information attachée au commerce électronique devront bien naturellement s'ajouter celles éventuellement fixées par le législateur dans le domaine

[381] Ce sont en effet toujours des contrats qui font naître à la charge d'une partie l'obligation de « faire quelque chose » pour l'autre partie.

[382] Cass. Civ. 3ème, 18/06/1970, Bull. civ. III, n° 421; D. 1970, Jurisp. 674: "… vu l'article 1710 du Code Civil, Attendu qu'aux termes de ce texte, le contrat d'entreprise est un contrat consensuel qui n'est soumis à aucune forme déterminée ».

[383] Sur les règles de forme, voir notamment HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, préc. n° 32204.

[384] Art. 1108-1 du Code Civil et l'article 26 de la loi LCEN.

d'activité couvert par le contrat d'entreprise, comme par exemple, en matière de courtage matrimonial.

**307. - Quid des services fournis gratuitement ?** Pour conclure sur la qualification de contrat d'entreprise, il reste à étudier la question de l'éventuelle contrepartie assumée par l'internaute. En d'autres termes, les multiples contrats de services gratuit rencontrés sur l'Internet peuvent-ils être couverts par la qualification de contrat d'entreprise ? La question de savoir si un contrat d'entreprise peut être conclu à titre gratuit est discutée. L'article 1710 du Code Civil faisant référence au paiement d'un prix dans la définition du contrat de louage d'ouvrage, beaucoup d'auteurs estiment qu'un contrat de services gratuit ne peut être qualifié de contrat d'entreprise[385]. D'autres avancent le contraire, essentiellement au motif qu'il est peu souhaitable de laisser ces contrats sans régime juridique, en particulier lorsqu'ils sont proposés par des personnes agissant à titre professionnel[386].

**308. - Le choix de l'application de l'obligation d'information au service gratuit**. Il faut retenir cette seconde opinion, car elle permet une meilleure protection de l'internaute, en lui garantissant que les offres de services gratuits, dont il prend connaissance en ligne, tombent sous le coup des dispositions du titre II de la loi· pour la confiance dans l'économie numérique. Un arrêt rendu sur le fondement de l'article 1710 du Code Civil par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, le 17 décembre 1997, paraît retenir cette solution en concluant que si un contrat d'entreprise n'est pas nécessairement un contrat à titre onéreux, il est néanmoins « présumé conclu à titre onéreux »[387]. Cette décision correspond à un bon compromis entre la lettre de l'article 1710 du Code Civil et la reconnaissance des contrats d'entreprise gratuits.

Aux termes de cette opération de qualification contractuelle, il apparaît qu'un grand nombre de contrats variés peuvent se dissimuler sous l'appellation « contrats de commerce

[385] COLLART-DUTILLEUL, DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, préc. n° 722. ANTONMATTEI, RAYNARD, Droit civil, contrats spéciaux, préc. n° 391.

[386] J. HUET, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, préc. n° 32113.

[387] Cass. Civ. 3ème, 17/12/1997, préc.

électronique ». Sont en effet concernés les contrats de vente, de bail, de location mobilière, de prêt d'argent lorsque le prêteur est un professionnel, les contrats de cession de droit d'usufruit, de cession de droit d'usage, de cession de droit d'habitation, de cession de droit d'auteur, d'utilisation d'un logiciel, les contrats de mandat et enfin les contrats d'entreprise.

On en conclut que le respect des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, 1369-1 et 136,9-2 du Code Civil a vocation à s'imposer à toute personne qui propose la conclusion à distance et par voie électronique de chacun de ces contrat dont les règles propres devront être respectées cumulativement, notamment lorsqu'il s'agit d'obligations d'information.

Toutefois, une délimitation exacte du champ d'application de ces dispositions ne peut être obtenue que par la combinaison du critère de la nature juridique du contrat dont la conclusion est offerte avec deux autres critères complémentaires. Certaines offres de contrat de commerce électronique échappent en effet totalement ou partiellement aux règles de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, en raison par exemple de la qualité des parties au futur contrat.

## § 3 : Synthèse pratique : les trois cas de figure

La qualité de professionnel est expressément utilisée par le législateur comme critère de délimitation du champ d'application de deux dispositions essentielles se rapportant à 1'offre de contrat de commerce électronique : les articles l369-1 et l369-2 du Code Civil. Ce critère qui a pour origine la directive sur le commerce électronique, a-t-il été employé en conformité avec l'objectif de ce texte communautaire ? Il est possible de le déterminer procédant à une appréciation du niveau de la transposition de la directive.

Trois cas de figure sont susceptibles de se produire : soit l'offre de contrat de commerce électronique n'est pas faite à titre professionnel (A), soit elle l'est et son destinataire n'a pas la qualité de professionnel (B), soit encore elle l'est et son destinataire a également la qualité de professionnel (C).

### A - Le pollicitant n'agit pas à titre professionnel

**309. - Le cas où l'offre n'est pas présentée à titre professionnel**. Ce premier cas de figure couvre lui-même deux hypothèses qui sont traitées de la même manière dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique : soit aucune des futures parties au contrat de commerce électronique n'agit à titre professionnel, soit seul le destinataire de l'offre a cette qualité.

**310. - La non application de l'article 1369-1**. Dans un tel cas, l'article 1369-1 du Code Civil, relatif au contenu de l'offre de contrat de commerce électronique ainsi qu'à sa durée de validité, ne s'applique pas[388]. Les relations entre consommateurs ou non professionnels, de même que celles entre un pollicitant consommateur et un professionnel, échappent à cette disposition.

**311. - Le problème posé pour l'article 1369-2**. S'agissant de l'article 1369-2 du Code Civil relatif au processus de conclusion du contrat de commerce électronique, il est plus difficile de déterminer si son respect s'impose à tout commerçant électronique ou seulement à ceux agissant à titre professionnel. Le texte lui-même ne contient pas de précision à ce sujet.

**312. - Les deux arguments favorables à son exclusion**. Deux arguments sont favorables à son exclusion dans le cas où le commerçant électronique n'agit pas à titre professionnel. Le premier argument est un argument de texte. Il est tiré d'une lecture attentive de l'article

[388] Article 1369-1 du Code Civil appliqué a contrario.

1369-2 du Code Civil. La disposition fait référence à « *l'offre de contrat*» et non pas à «une offre de contrat ». L'offre à laquelle il fait référence est donc certainement une autre offre que celle visée par l'article 1369-1 du Code Civil. Le second argument qui paraît plus solide. Il repose sur l'article 1369-3, alinéa 2, du Code Civil. Ce texte prévoit que les parties peuvent déroger à l'article 1369-2 du Code Civil dans les cas où le contrat de commerce électronique est conclu entre professionnels. Interprétée a contrario cette disposition oblige à considérer que lorsque les parties n'ont pas la qualité de professionnels, elles n'en ont pas la faculté de dérogation et donc que le texte doit s'appliquer.

Aussi, une lecture raisonnable de l'article 1369-2 du Code Civil conduit à l'écarter dans les hypothèses où le commerçant électronique n'agit pas à titre professionnel quelle que soit à nouveau la qualité du destinataire de l'offre de contrat de commerce électronique.

**313. - La contradiction avec la directive transposée.** Les articles 1369-1 et 1369-2 du Code Civil ont pour objet la transposition des articles 10[389] et 11[390] de la Directive sur le

[389] Article 10, paragraphes 1 à 3 de la directive sur ,le commerce électronique :

1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à, ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande :

a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;

b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non ;
c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ;

d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

2. Les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire indique les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique.

3. 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. »

[390] Article 1, paragraphes 1 et 2. de la directive sur le commerce électronique :

« 1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent :

commerce électronique. Si chacune de ces deux dispositions communautaires prévoit des hypothèses dans le cadre desquelles leur application est en tout ou partie écartée, aucune ne correspond aux situations auxquelles nous sommes confrontés. Ni l'article 10, ni l'article 11 de la directive sur le commerce électronique ne restreignent en effet leur champ d'application aux seuls cas où le prestataire de service de la société de l'information agit à titre professionnel. Certes, le prestataire de service de la société de l'information est une personne exerçant une activité économique, mais il a été montré que cette caractéristique n'implique pas qu'il soit un professionnel. Ainsi, la poursuite d'un but lucratif n'est pas un élément de la définition de l'activité économique : il suffit qu'elle puisse être exercée dans un tel but. Toutefois il est vrai que lorsque l'activité économique n'est pas exercée à titre professionnel, la Cour de Justice des Communautés européennes vérifie qu'il ne s'agit pas d'une activité purement accessoire : il doit tout de même s'agir d'une activité réelle et effective[391]. 0n peut donc se demander dans quelle mesure les champs d'application des deux dispositions nationales et des deux dispositions communautaires ne seraient pas tout de même susceptibles d'être rapprochés.

**314. - Le Juge français devra apprécier le critère de la professionnalité d'une manière souple**. En tous les cas, les juges français devront se poser sérieusement la question et lui apporter une réponse, car il faut rappeler qu'ils, sont tenus d'interpréter les dispositions nationales de manière conforme aux résultats recherchés par le texte transposé[392]. Il faudra donc voir la solution qu'ils retiendront lorsque les premiers litiges relatifs au contenu d'une offre de contrat de commerce électronique leur seront soumis. Afin de ne pas mettre la

---

- le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,

- la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils[ sont adressés peuvent y avoir accès.

2. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du Service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande ».

[391] CJCE, 05/10/1988, Steymann, Aff. 196/87, préc.

[392] CJCE, 10/04/1978, Von Colson et Kamanne c/. Land Nordrhein Westfalen, Aff. 14/83, Rec. p. 1891: « Le juge national a l'obligation de prendre en considération les dispositions de la directive afin d'interpréter, dans toute la mesure du possible, les mesures nationales afin de leur faire produire des effets conformes aux exigences de la directive ».

France en contravention avec ses obligations communautaires, ils devraient entendre en l'espèce le critère de la qualité de professionnel d'une manière suffisamment souple pour que la finalité de la directive sur le commerce électronique ne soit pas méconnue.

**315. - L'application de l'article 19 de la loi LCEN au professionnel comme au particulier**. En ce qui concerne enfin l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique relatif aux informations auxquelles le commerçant électronique doit assurer un accès facile, direct et permanent à ceux à qui il destine la fourniture de biens ou la prestation de services, il ne fait aucune référence à la qualité des parties au contrat. Il dit en effet seulement s'imposer à « *toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14* ». Or, nous avons vu que l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique définit le commerce électronique, indépendamment de la qualité de celui qui exerce l'activité. Il faut donc en déduire que l'article 19 s'applique à tout commerçant électronique, qu'il agisse à titre professionnel ou non, et quelle que soit la qualité du destinataire de son offre de contrat.

Un auteur a écrit que cette « *l'innovation est [...]* majeure »[393]. Il s'agit en effet d'une innovation si l'on se réfère aux travaux préparatoires à l'adoption de la loi[394] au cours desquels on a insisté sur la nécessité de ne pas soumettre à des obligations et à un formalisme trop lourds « les particuliers» qui concluent des contrats de commerce électronique[395]. Cette innovation est importante, car elle contribue dans une large mesure à améliorer et à faciliter l'identification toujours difficile dans les relations à distance, de toute personne exerçant une activité de commerce électronique.

[393] En ce sens, STOFFEL-MUNCK, « La réforme des contrats du commerce électronique » préc.

[394] Cf. infra, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1, pages 188 et s.

[395] Avis présenté au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, par M. TABAROT, le 11 février 2003, préc.

Enfin cette innovation est conforme à la directive sur le commerce électronique. L'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique transpose l'article 5[396] du texte communautaire qui dit qu'il s'applique à tout prestataire de service de la société de l'information. Or, l'article 2, h, du texte communautaire définit ce prestataire comme « *toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'informa*tion», indépendamment de toute référence à sa qualité.

Qu'en est-il ensuite dans le cas où le commerçant électronique agit à titre professionnel ?

[396] Article 5 de la directive sur le commerce électronique :

« 1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes :

le nom du prestataire de services ;

l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ;

les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui ;

dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre.

Dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente ;

en ce qui concerne les professions réglementées :

- tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit,

- le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé,

- une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès,

dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe l, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – Système commun de taxe sur la valeur ajoutée : assiette uniforme.

2. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent au moins à ce que, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers soient indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ».

### B - Seul le pollicitant agit à titre professionnel

**316. - L'application de l'ensemble des dispositions de la loi LCEN.** Dans cette hypothèse, le commerçant électronique émet, à titre professionnel, une offre de contrat de commerce électronique dont le (ou les) destinataire (s) est une personne qui, si il l'accepte, poursuivra un but autre que «permettre, accroître, financer, promouvoir, protéger » son activité professionnelle. Eu égard aux développements précédents, il est possible de conclure que l'ensemble des dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, encadrant l'offre, s'applique. Le commerçant électronique est contraint, dans une telle hypothèse, à se soumettre aux exigences des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, 1369-1 et 1369-2 du Code Civil. On peut également ajouter que ce dispositif a une valeur impérative : le commerçant électronique ne peut proposer à ses cocontractants potentiels d'y déroger. Cette conception s'impose en raison de l'existence d'une disposition prévoyant expressément les cas où cette faculté de dérogation existe. Elle permet de pouvoir affirmer que toute dérogation aux articles 1369-1 et 1369-2 du Code Civil, en dehors des cas spécialement réservés par le législateur, est impossible.

Par ailleurs, l'intérêt de la présentation des articles 1369-1 et 1369-2 du Code Civil est de ne jamais faire référence expressément à la notion de consommateur. Seule celle de professionnel est utilisée. La présentation formelle des articles 1369-1 et 1369-2 du Code Civil autorise donc à considérer qu'ils s'appliquent et protègent à la fois les consommateurs et les personnes morales lorsqu'elles n'agissent pas en qualité de professionnels parce qu'elles n'exercent aucune activité économique à titre habituel.

**317. - Quid si la fourniture de produit ou service est offerte à titre gratuit** ? Enfin, un dernier point doit encore être précisé : les articles l369-1 et 1369-2 du Code Civil ont-ils vocation à jouer dans les cas où la fourniture d'un service est proposée à titre gratuit, sans paiement d'un prix de la part de l'internaute[397] ? La question mérite d'être posée, car, si le

[397] Il est rappelé qu'un professionnel peut proposer, dans le cadre de son activité, la fourniture de services gratuits. Par ailleurs, l'hypothèse de la fourniture d'un bien gratuit sort du cadre de notre étude puisque nous

premier des deux textes est muet à ce sujet, le second fait référence au prix de la commande. Leur but étant la protection des destinataires d'offres de contrat de commerce électronique, il faut estimer que toutes les offres de contrat de commerce électronique faites à titre professionnel, que le contrat dont elles proposent la conclusion soit à titre onéreux ou gratuit, doivent leur être soumises.

Un dernier cas de figure doit être envisagé. Il s'agit de celui où les deux futures parties au contrat agissent à titre professionnel.

### C - Les deux intervenants agissent à titre professionnel

Lorsque les deux futures parties au contrat de commerce électronique agissent en qualité de professionnel, il devient nécessaire de s'interroger sur le degré de force obligatoire des règles, issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui ont vocation à s'appliquer à l'offre.

**318. - L'application de l'article 19 de la loi LCEN**. Tout d'abord, il convient de préciser que le respect de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique s'impose dans tous les cas. Le législateur n'a prévu aucune possibilité de dérogation, quelle que soit la qualité des futures parties au contrat.

**319. - La valeur facultative des dispositions des articles 1369-1 et 1369-2**. Les choses se compliquent lorsque l'on passe aux articles 1369-1 et 1369-2 du Code Civil. L'article 1369-3 du Code Civil dispose en effet, dans son alinéa 2, qu'il « peut être dérogé aux *dispositions de l'article 1369-2 et des 1° à 5° de l'article 1369*-1 dans les conventions conclues entre professionnels ». En d'autres termes, les dispositions de l'article 1369-2

avons montré que le contrat à la conclusion duquel il donne lieu ne peut être qualifié de contrat de commerce électronique.

dans son ensemble et une partie de celles de l'article 1369-1 du Code Civil[398] ont une valeur facultative dans les relations entre professionnels : elles ne s'appliquent que si l'initiative n'est pas prise de les écarter. La volonté des futures parties au contrat joue en l'espèce un rôle important. Cette faculté de dérogation se justifie par le fait que l'on considère habituellement qu'il n'est pas nécessaire d'imposer un niveau de protection aussi élevé à des parties lorsqu'elles contractent toutes deux en qualité de professionnel. De par cette qualité, elles sont, en effet, réputées averties et capables de renoncer valablement aux règles de protection prévues par les textes. Cette faculté de dérogation a pour origine les paragraphes 1 et 2 des articles 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique, dont les dispositions s'appliquent « sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement ».

Cette phrase (« les parties qui ne sont pas des consommateurs») désigne en principe les professionnels, à moins que l'on admette qu'une personne morale puisse n'avoir ni la qualité de consommateur, ni celle de professionnel. Dans ce cas, les relations entre professionnels, mais aussi celles entre de telles personnes morales, ou entre l'une d'entre elles et un commerçant électronique professionnel, peuvent échapper aux dispositions des paragraphes 1 et 2 des articles 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique, si les parties en conviennent. Il faut noter par ailleurs une différence entre le texte français et le texte communautaire dans la présentation de la faculté de dérogation. Tandis que l'article 1369-3 du Code Civil indique seulement qu'il «*peut être dérogé à (...)* » telles et telles dispositions, la directive sur le commerce électronique, précise que certaines de ses dispositions ne s'appliquent pas « *si les parties (...) en conviennent* autrement ».

[398] Article 1369-1, 1 ° à 5°, du Code Civil : « L'offre énonce en outre : 1 ° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

**320. - Le silence des parties ne suffit pas à exclure l'application des règles**. La formulation du texte communautaire incite à penser que l'usage de la faculté de dérogation nécessite un accord en ce sens entre le prestataire de service de la société de l'information et le destinataire du service, Le silence des parties ne devrait pas suffire[399]. Un accord tacite pourrait-il suffire ou faut-il une manifestation expresse de volonté ? Il est possible de conclure qu'un accord tacite devrait suffire dans la mesure où les deux protagonistes sont des professionnels, c'est-à-dire deux personnes réputées averties. Mais il appartiendra le plus souvent au commerçant électronique de prendre l'initiative en prévoyant, par exemple, une clause dans ses conditions générales indiquant que les dispositions de l'article 1369·2 et celles des 1° à 5° de l'article 1369-1 du Code Civil ne s'appliquent pas aux relations contractuelles nouées avec les internautes agissant à titre professionnel[400]. Si le commerçant électronique demande expressément l'acceptation de ses conditions générale préalablement à toute commande et si cette acceptation est donnée par l'internaute, on peut dire qu'il y aura un accord exprès de volontés. Il y aura sinon un simple accord tacite, sous réserve que les conditions générales du commerçant électronique soient bien opposables à son cocontractant[401]. On peut également imaginer que les deux professionnels sont en relation d'affaires habituelles et qu'ils ont convenu par avance, hors ligne ou dans un échange de courriers électroniques par exemple, d'exclure l'application de l'article 1369-1 et 1° à 5° de l'article 1369-2 du Code Civil dans le cadre de leurs relations contractuelles.

**321. - L'exigence minimum d'un accord tacite pour exclure l'application des règles**. La formulation de la loi française, en ne faisant pas référence à un accord entre les futures parties pour exclure l'application de ces dispositions, est d'une plus grande souplesse. Si l'on peut écarter que silence des parties puisse suffire dans le cadre de la directive sur le commerce électronique, on peut certainement écarter qu'un accord exprès soit nécessaire dans le cadre de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Un accord tacite

[399] Voir M. DEMOULIN, « Information et transparence sur les réseaux » in Le commerce électronique européen sur les rails ? Les cahiers du CRID, Bruxelles : Bruyland ? 2001, n° 19, p. 95

[400] L'exclusion d'une partie seulement de ces dispositions devrait être possible.

[401] Il faut pour cela que l'internaute ait été raisonnablement mis en mesure d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat.

permet l'usage de la faculté légale de dérogation[402]. Quant au silence, il devrait être tout aussi inefficace. En effet, l'article 1369·3, alinéa 2, exprime seulement le caractère supplétif des dispositions de l'article 1369-1, et 1° à 5° et de l'article 1369-2 du Code Civil lorsque les deux futures parties sont des professionnels : il n'édicte pas une présomption d'inapplication de celles-ci.

**322. - Les incertitudes attachées à la qualité du débiteur de l'obligation**. Le critère de la qualité des futures parties au contrat, retenu par le législateur pour délimiter le champ d'application des règles encadrant l'offre de contrat de commerce électronique issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, est un facteur de complication important dans la recherche du régime juridique applicable à une offre donnée. En effet, en dehors de la difficulté qu'il y a parfois à déterminer avec certitude la qualité avec laquelle le commerçant électronique et l'internaute agissent, s'ajoute le fait que certaines règles sont tantôt impératives, tantôt supplétives en fonction de cette qualité. Enfin, il ne faut pas oublier le risque d'une condamnation de la France pour n'avoir pas rempli ses obligations communautaires dans l'hypothèse où les juges français n'interpréteraient pas la notion de professionnel d'une manière suffisamment souple pour que l'objectif de la directive sur le commerce électronique soit respecté.

Ce sont ces controverses qui nous ont amené à qualifier d'incertain le domaine de l'obligation d'information, dans l'intitulé du Titre 1 de cette partie de l'étude.

Après avoir examiné le domaine de l'obligation d'après la personne du débiteur de l'obligation, il convient de se placer dans la perspective du créancier de l'obligation. Sous cet angle également se dégagera l'impression d'incertitude précédemment relevée comme caractéristique du régime de l'obligation d'information.

[402] Sur le fait que la volonté des parties d'écarter l'application d'un texte supplétif puisse résulter de leur attitude, voir par exemple Cass. 1ère Civ., 24/03/1998, Bull. civ. 1, n° 127 ; Dr. et Patrimoine 1998, p. 87, obs. P. CHAUVEL ; Defrénois 1998, 1407, obs. PH. DELEBECQUE ; RTD civ. 1999. 377, obs. J. MESTRE. Contra : GRYNBAUM, « Après la loi « économie numérique », pour un code européen des *obligations ... raisonné* », préc. pour qui il faut une stipulation expresse des futures parties au contrat pour éluder les dispositions supplétives de la loi.

## Section 2

## Le créancier de l'obligation : le consommateur

**323. - Le créancier de l'obligation.** On a vu, ci-dessus, quelles conséquences peuvent être attachées à la qualité de professionnel ou de non-professionnel en ce qui concerne l'obligation d'information. Les mêmes questions doivent être posées lorsque l'on se place du point de vue de celui à qui est due l'information. Il est certain que l'acheteur consommateur doit être considéré comme le bénéficiaire de l'obligation, mais, là encore, en l'absence de définition légale du consommateur en droit français (§ 1), il n'est pas aussi simple qu'il le paraît de faire le point de la position de la jurisprudence et de ses évolutions (§ 2).

### § 1 : Absence de définition légale

**324. - 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. La notion de consommateur n'est pas aussi claire pour les juristes. Bien que fréquemment utilisée depuis trente ans, elle ne repose, en droit français, sur aucune définition légale, ce qui n'a pu que contribuer à alimenter une longue controverse doctrinale et jurisprudentielle.

**325. - L'absence de définition juridique du consommateur**. La promulgation d'un Code de la Consommation par la loi du 26 juillet 1993 aurait pu être l'occasion, comme l'avait préconisé un éminent auteur,[403] d'élaborer une fois pour toutes une définition générale du consommateur. Mais loi de 1993 s'est contentée de compiler dans un code unique diverses

[403] J. CALAIS-AULOY, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, La Documentation Française, 1985.

dispositions législatives déjà existantes. La recherche d'une définition du concept 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.

**326. - Les divers exemples d'approche juridique du consommateur**. Ainsi, par exemple, la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 sur le démarchage, 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 p*roposer 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 n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, s'applique aux 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, n° 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 équivalente, sans pour autant la définir.

**327. - L'utilité de la recherche d'une définition uniforme**. Faut-il déduire de ces tentatives que la recherche d'une définition uniforme est inutile ? Si certains auteurs tendent à le penser[404], il faut remarquer au contraire une volonté de la jurisprudence de la Cour de cassation de parvenir à une conception unique de la notion de consommateur.

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 »[405], « la personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient une partie à un contrat de fournitures de biens ou de services »[406], « la personne physique ou morale de droit privé qui se procure ou utilise des biens et des services pour un usage non professionnel »[407]. 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 des

[404] Jacques MESTRE, Des notions de consommateur, RTD Civ. 1989, p. 67.

[405] Définition donnée par G. CORNU et GHESTIN, *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, 1973, p. 135.

[406] Définition proposée par le Professeur GHESTIN, Le Contrat, LGDJ, 1980, n° 59.

[407] CALAIS-AULOY et STEINMETZ, Droit de la Consommation, Précis DALLOZ, n° 3.

personnes à sa charge, et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession »[408].

**328. - L'élaboration jurisprudentielle de la définition du consommateur**. L'absence de définition précise a bien évidemment fait hésiter la jurisprudence de la Cour de cassation dans cette recherche. Un certain nombre d'hypothèses ne posent pas de difficulté. Ainsi un particulier qui acquiert un meuble destiné à son domicile personnel est sans nul doute un consommateur. À l'opposé, un commerçant qui achète une marchandise pour la revendre n'est pas un consommateur. Les difficultés se manifestent 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). Comment cette définition est-elle appréciée par les tribunaux lorsqu'il s'agit, selon les impératifs des textes à appliquer, de qualifier de consommateur l'une des parties au contrat. Cette définition jurisprudentielle du consommateur est l'aboutissement d'une longue histoire.

## § 2 - *La longue histoire de l'évolution jurisprudentielle* de la définition du consommateur

La jurisprudence a d'abord retenu un critère objectif, celui de la finalité de l'acte.

[408] Circ. Min. 19 juillet 1988, I, a) Code Lamy droit économique 2001.

### A - Le choix d'un critère objectif

**329. - Le choix d'un critère objectif, à savoir, l'objet du contrat**. 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 exploitation[409], 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 cabinet[410]. Cette position, qui oppose radicalement 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 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. À l'inverse, le professionnel qui agit pour satisfaire des besoins non professionnels est considéré comme un consommateur.

Pour faire la distinction, le critère qui se dégage ainsi est celui de la finalité de l'acte.

### B – Le revirement de 1978 : le critère de la sphère habituelle de compétence

**330. - L'adoption du critère de la sphère habituelle de compétence**. La première chambre civile de la Cour de cassation devait opérer 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

[409] Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1982, D. 1984, Jp 439 note PIZZIO.

[410] Cass. Civ. 1ère, 15 avril 1986, D. 1986, IR 393, obs. AUBERT.

1978 relative aux clauses abusives[411]. 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 restrictives de la garantie des vices cachés dans les contrats conclus entre professionnels et non aux professionnels « agissant en dehors de leur sphère habituelle de compétence »[412]. Elle reprend ici cette motivation en énonçant, dans une formule qu'elle devait ensuite répéter, 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[413], à un artisan plombier qui souscrit un contrat d'assurance juridique[414], ou pour l'acquisition d'un extincteur[415], 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[416].

Le critère ainsi adopté a été dénommé celui de la compétence ou de la sphère de compétence.

**331. - L'apparente recherche d'unification de la définition du consommateur**. Il est intéressant de noter que la motivation de ces décisions est identique quelle que soit la loi à laquelle le critère s'applique, alors que les champs d'application des lois de 1972 et 1978 ne sont pas rédigés en termes identiques, confortant ainsi l'idée d'une 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

[411] Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987, D. 1988, 1, Note DELEBECQUE.

[412] Cass. Comm. 8 juillet 1975, Gaz.Pal. 1976, 1, 329.

[413] Cass. Civ. 1ère, 25 mai 1992, Audijuris juin 1992, n° 21, p. 25, note VIGNEAU.

[414] Cass. Civ. 1ère, 20 octobre 1992, JCP 1993, n° 22007, note PAISANT.

[415] Cass. Civ. 1ère, 6 janvier 1993, Audijuris, avril 92, n° 30, p. 24, note VIGNEAU.

[416] CA Besançon, 10 juin 1994, Contrats, Conc, Consomm. 1995, n° 23, obs. RAYMOND.

même état d'infériorité que celui du consommateur-personne physique[417]. Une distinction intervient donc entre les contrats conclus pour les besoins de la profession 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.

**332. - Le caractère subjectif du nouveau critère**. La première chambre civile de la Cour de cassation s'écartait 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 »[418]. 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 passé entre une banque et un supermarché au motif que la convention avait été conclue entre professionnels[419].

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.

[417] Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1987.

[418] Rapport 1987 de la Cour de Cassation, p. 208.

[419] Cass . Comm. 4 février 1992, Bull. Civ. IV, n° 31.

### C – Le second revirement en 1995 : évolution progressive vers le critère du rapport direct

**333. - Les hésitations à l'occasion de l'abandon du critère de la sphère de compétence**. La Cour de cassation est revenue, d'abord, à sa jurisprudence antérieure à 1987, plus proche des souhaits émis par la Commission des clauses abusives[420] 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[421]. 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 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 notion de sphère habituelle de compétence des professionnels qui justifiait la jurisprudence précédente[422]. 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[423]. La première chambre civile de la Cour de cassation est revenue ensuite à une position intermédiaire qui semblait 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 s'est fondée non pas sur la sphère habituelle de compétence de cette dernière, mais retient que le contrat de fourniture d'électricité a un rapport direct avec son activité professionnelle[424]. Par la suite, elle écarte l'application

[420] Commission des clauses abusives, avis du 14 septembre 1993, Contrats, Conc. Consom. 1994, Comm. note LEVENEUR.

[421] Cass. Civ. 1ère, 24 novembre 1993, JCP éd. G. 1994, II, 22334.

[422] Cass. Civ. 1ère, 2 février 1994, Audijuris n° 41/42 p. 69, note VIGNEAU.

[423] Cass. Civ. 1ère, 21 février 1995, JCP 1995, II, 22502, note PAISANT.

[424] Cass. Civ. 1ère, 24 janvier 1995, D. 1995, p. 327, note PAISANT.

de ce même texte à un contrat de distribution d'eau souscrit par une société industrielle[425], 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 »[426].

**334. - L'adoption du critère du rapport direct**. 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, montrait qu'elle n'entendait 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'écartait pas 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 était conclu entre deux professionnels ou pour les besoins de sa profession, mais relevait 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, dans ce contexte, 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, indépendamment de la question de savoir si le contrat conclu entre dans la sphère de compétence du professionnel ou non. A contrario, bénéficieraient des lois consuméristes ceux dont les contrats, bien que passés pour les besoins de leur profession, n'ont pas un rapport direct avec leur activité[427].

[425] Cass. Civ. 1ère, 3 janvier 1996, D. 1997, IR, p. 47.

[426] Cass. Civ. 1ère, 30 janvier 1996, D. 1996, Jur. p. 228, note PAISANT.

[427] Cass. Civ. 1ère, 17 juillet 1996, Audijuris n° 67, p. 10, note VIGNEAU.

**335. - Les frontières mouvantes qui en découlent**. Il n'en demeure pas moins que les frontières entre la protection et le refus de protection ne sont pas faciles 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 œuvre 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, selon l'expression employée par M. J.P. PIZZIO[428].

**336. - Les exemples dans lesquels la qualité de consommateur a été retenue**. 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[429]. 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[430] ; 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[431]. Il a été jugé en revanche qu'avait un rapport direct avec son activité le

[428] D. 1995, Sommaires commentés, p. 310.

[429] CA Toulouse, 3ème ch., 9 janvier 1996, BICC 15 mai 1996, p. 50, n° 578.

[430] Cass. Civ. 1ère, 1er décembre 1998, Bull. Civ. I, n° 339, p. 235.

[431] CA Dijon 1ère ch. 23 mars 2000, BICC 1er février 2001, n° 149, p. 46.

contrat conclu par un commerçant pour lui permettre d'exercer une activité commerciale complémentaire[432].

**337. - L'incertitude de la qualification dans le cadre de cette jurisprudence**. Cela étant, certains auteurs se sont demandé si cette 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 distinction plus sûrs que ceux fondés sur le concept de rapport direct entre le contrat souscrit et l'activité professionnelle. Dans les trois cas soumis à la Cour de Cassation les 24 janvier 1995, 3 et 30 janvier 1996, les contrats présentaient sans difficulté particulière d'appréciation un rapport direct avec l'activé 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 nouveau critère 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.

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 remises 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-

[432] Cass. Civ. 1ère, 9 mai 1996, Cont. Conc. Conso. 1996, n° 117, note RAYMOND.

ci n'interdisant pas aux États 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.

**338. - L'impossible exigence de sécurité juridique**. Mais même si elle paraît 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 des 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 mouvant 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 qu'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[433]. À 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 contrôle et par conséquent, son rôle unificateur.

Cela étant, on peut s'interroger sur le point de savoir si, par un arrêt du 27 mai 2003, la 1ère chambre civile de la Cour de cassation n'a pas remis en question une nouvelle fois ce critère en considérant que la destination professionnelle d'un crédit ne pouvait résulter que d'une stipulation expresse[434]. En 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.

[433] Cass. Civ. 1ère, 1er décembre 1998, préc.

[434] Cass. Civ. 1ère, 27 mai 2003, JCP 2004 II 10050, note D. BONNET.

Le droit de la consommation 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, 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.

### D – La dernière évolution : l'arrêt du 2 avril 2009

**339. - L'arrêt du 2 avril 2009**[435] **: la qualité de consommateur ne concerne que les personnes physiques**. Une dernière évolution est intervenue à l'occasion d'un arrêt du 2 avril 2009. Les faits concernent un Comité d'entreprise qui souhaitait, grâce aux dispositions de l'article L 136-1 du Code de la Consommation, se libérer des effets d'une clause de tacite reconduction inscrite dans un contrat d'abonnement. Le litige était soumis à ce dernier article dans sa rédaction antérieure à celle résultant de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 sur le développement de la concurrence au service des consommateurs. Dans cette dernière rédaction, la protection profite aussi bien au consommateur qu'aux non-professionnels, ce qui n'était pas le cas de la rédaction applicable au contrat litigieux qui ne faisait état que des consommateurs. La question posée par cette affaire était donc la question bien connue : une personne morale telle qu'un comité d'entreprise, dotée de la personnalité morale par le code du travail, peut-elle revendiquer la qualité de consommateur au sens du texte alors applicable. La réponse apportée par cette décision est négative puisqu'elle casse le jugement d'un Juge de Proximité qui avait donné gain de

[435] Cass. Civ. 1ère, 2 avril 2009, n° 08-11-321, JurisData n° 2009-047838, La Semaine Juridique du Droit Civil et Procédure civile, n° 38 du 14 septembre 2009, note PAISANT, p. 21.

cause au Comité d'entreprise. Elle a décidé ainsi que la qualité de consommateur exclusivement mentionnée par le texte applicable ne concerne que les personnes physiques.

Certes d'autres décisions évoquées plus haut avaient déjà énoncé cette règle, mais dans le domaine précis des clauses abusives (art. L 132-1 du Code de la Consommation) dont on sait qu'elles relèvent d'une directive communautaire qui réserve la qualité de consommateur aux personnes physiques et les décisions correspondantes, notamment l'arrêt du 15 mars 2005, avaient expressément limité l'application de la règle à ce domaine particulier puisqu'elle trouve son fondement dans la supériorité du droit communautaire.

**340. - La portée unificatrice de cet arrêt**. La portée de cet arrêt doit être analysée de la manière suivante : en rendant cet arrêt, la Cour de cassation qui, par différence avec le domaine des clauses abusives, était libre de son interprétation, a marqué sa volonté d'unifier le concept de consommateur pour le réserver exclusivement aux personnes physiques. Ainsi donc, est considéré comme agissant à titre de simple consommateur le professionnel-personne physique contractant en dehors de tout lien direct avec sa profession.

Cependant, au fil de cette approche, une nouvelle fois, on a pu constater les nombreuses incertitudes résultant des problèmes de qualification.

Ainsi définis les acteurs débiteurs ou créanciers de l'obligation d'information, il convient de s'attacher aux conditions objectives dont la mise en jeu de l'obligation est assortie.

# CHAPITRE 2

# DOMAINE OBJECTIF DE L'OBLIGATION

**341. - Les conditions objectives de mise en jeux de l'obligation**. Pour que s'applique l'obligation d'information, il faut se trouver dans les conditions objectives d'application de l'obligation telles qu'elles résultent des textes applicables. Une première question mérite d'être posée : la gratuité de la fourniture ou de la prestation fait-elle ou non échapper à l'obligation ? En d'autres termes, l'existence d'un contre-prestation de l'internaute est-elle une condition de mise en jeu de l'obligation ? (§1) En revanche, il ne fait pas de doute qu'une offre soit nécessaire (§ 2) et qu'elle doit porter, à titre de condition cumulative, sur la conclusion d'un contrat électronique (§ 3).

## Section 1

## Exigence d'une « contreprestation » de l'internaute

**342. - Le silence des textes sur l'exigence d'une contreprestation**. Il faut rappeler que la définition légale du commerce électronique, silencieuse en ce qui concerne une éventuelle contre-prestation à la charge de l'internaute, ne fournit que l'indication suivante : une activité de commerce électronique peut être rémunérée ou non par la personne à laquelle elle est destinée. Quant à l'article 1369-2 du Code Civil, il suggère que l'internaute assume l'obligation de payer le prix du bien ou du service fourni. Par ailleurs, la notion de rémunération, interprétée à la lumière de la directive sur le commerce électronique, s'entend de toute contrepartie en argent ou en nature. Aussi, trois situations paraissent devoir être distinguées : le commerçant électronique peut proposer la fourniture d'un bien

ou d'un service soit contre le paiement d'un prix, soit gratuitement, soit encore contre la fourniture d'un autre bien ou service.

**343. - Le cas où un prix est fixé**. Le contrat de commerce électronique peut tout d'abord mettre à la charge de l'internaute une obligation de payer un prix. C'est la situation la plus classique qu'il faut envisager. L'obligation de payer un prix est une obligation de donner portant sur une somme d'argent. Dans une telle hypothèse, l'opération de qualification du contrat de commerce électronique s'effectue à partir d'un critère principal la prestation caractéristique assumée par le commerçant électronique – et d'un critère complémentaire – la prestation monétaire assumée par l'internaute.

**344. - Le cas où la prestation est offerte gratuitement** ; Le commerçant électronique peut aussi proposer la fourniture gratuite de biens ou de services[436]. La gratuité n'est pas incompatible avec l'exercice d'une activité de commerce électronique, comme le précise l'alinéa 2 de l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[437]. Encore faut-il savoir ce qu'il faut comprendre par « gratuité ». Le concept de gratuité est délicat à cerner. On dit ainsi que « la gratuité est le caractère de ce qui est fait ou donné sans se faire payer »[438], qu'elle « répond à un désir conscient ou inconscient d*'offrir ou d'obtenir*

[436] On pourrait se demander s'il y a réellement contrat entre le commerçant électronique et l'internaute dans une telle hypothèse. La directive sur le commerce électronique sème le doute à ce sujet en distinguant d'une part les services donnant lieu à la conclusion de contrat et d'autre part, ceux qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent (voir le considérant n° 18). Néanmoins, la gratuité n'est pas un argument suffisant pour exclure l'existence d'un lien contractuel. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Thèse préc. N° 247. En outre, le fait que la fourniture gratuite d'un bien ou d'un service s'inscrive dans le cadre d'une activité économique devrait permettre d'écarter toute idée de complaisance. Sur la distinction entre la bienfaisance et la complaisance : A. VIANDIER, « Les actes de complaisance », JCP 1980. 1. 2987. C'est pourquoi nous considérons qu'un contrat lie bel et bien ici le commerçant électronique à l'internaute. À rapprocher de MONTERO, La responsabilité du fait des bases de données, Thèse préc. No 26, qui cite l'exemple de la proposition sur un site internet d'un accès gratuit à une base de données et conclut qu'elle doit s'analyser en une offre de contrat.

[437] La gratuité dans le cadre d'un contrat de commerce électronique ne peut être qu'une « gratuité fallacieuse» car, le commerce électronique étant par définition une activité exercée contre rémunération, il n'y a véritablement gratuité que pour l'internaute qui bénéficie du bien ou du service – le commerçant électronique se rémunérant autrement (par les revenus de la publicité par exemple). Sur la « gratuité fallacieuse » : J. DUPICHOT, « La gratuité et le droit. Rapport de synthèse », in Deuxième journée H. Souleau. Institut de *Recherches en Droit des affaires de l'Université de Paris* 13,24 octobre 1996, Gaz. Pal. 1999. 1. Doctr. 930.

[438] DUPICHOT, « La gratuité et le droit. Rapport de synthèse », préc.

d*es biens ou des services sans devoir s'acquitter d'une contrepartie* »[439]. Par ailleurs, l'article 1105 du Code Civil définit le contrat à titre gratuit comme « celui dans lequel *l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit».* On distingue traditionnellement les libéralités des services gratuits, selon que le contrat opère ou non un déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre. Le constat de l'absence de contrepartie ne suffit toutefois pas à conclure qu'un contrat est à titre gratuit. Un élément psychologique doit également être présent : celui qui procure à autrui un avantage purement gratuit doit être animé par une intention libérale (« l'animus donandi »). Néanmoins, l'intention libérale n'exclut pas l'existence d'un mobile intéressé chez celui qui donne. Ainsi, le commerçant qui annonce la distribution de cadeaux aux cent premières personnes qui franchiront la porte de son nouveau magasin, est animé par une intention libérale non dénuée d'arrière-pensée. Il espère qu'en pénétrant dans son magasin, les bénéficiaires deviendront ses clients.

**345. - L'usage fréquent de la gratuité sur internet**. La gratuité sur internet trouve un terrain de prédilection dans le commerce des services en ligne : services d'accès au réseau, services d'hébergement d'informations, services de réservation de places de cinéma, services d'informations, etc. Elle est également présente dans le commerce des œuvres de l'esprit. Certains auteurs, désireux d'assurer à leurs œuvres une large diffusion décident, en effet, parfois, de renoncer à percevoir la rémunération à laquelle ils ont droit. Un auteur peut ainsi céder, à titre gratuit, à un commerçant électronique les droits nécessaires à l'exploitation en ligne de son œuvre et prévoir dans l'acte de cession que le cessionnaire mettra, lui aussi, sa création gratuitement, à la disposition du public, pour consultation ou téléchargement. Enfin, la gratuité se retrouve encore dans les multiples offres de cadeaux publicitaires présentes sur le réseau et elle s'inscrit alors dans une stratégie de promotion commerciale. Dans ces hypothèses, l'internaute n'est le débiteur d'aucune contre-prestation envers le commerçant électronique[440]. La qualification de contrat de commerce

[439] J. du PEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratui*t, Thèse, Paris : LGDJ, 1955.

[440] Certains auteurs font tout de même remarquer que « *la gratuité sur Internet n'est souvent qu'un mythe*» Ainsi CANEVET, « Gratuité et nouvelles technologies de l'information et de la communication », préc. à propos par exemple des offres de fourniture d'accès gratuit à internet : l'internaute doit malgré tout s'acquitter, auprès de l'opérateur de télécommunication, du prix des communications résultant des connexions au réseau, prix dont une partie est reversée par l'opérateur au fournisseur d'accès.

électronique dépend alors exclusivement de la prestation caractéristique assumée par ce dernier.

**346. - Le cas où la prestation est offerte contre la fourniture d'un autre bien ou service**. Enfin, la troisième situation est celle où un commerçant électronique propose la fourniture d'un bien ou d'un service contre la fourniture par l'internaute d'un autre bien ou d'un autre service. Dans ce cas, l'activité de commerce électronique est rémunérée en nature par celui qui en est le destinataire.

**347. - Le troc en ligne répond à la définition du commerce électronique**. Lors de la seconde lecture du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique par l'Assemblée Nationale, un député avait demandé si le troc entrerait dans les prévisions de la définition du commerce électronique. Il lui avait été répondu « *d'une part, que le* commerce en ligne au sens de la définition proposée correspondait à une activité réalisée *à titre professionnel, et d'autre part, que le paiement faisant partie de la définition n'était* pas nécessairement un paiement monétaire »[441]. La réponse serait aujourd'hui en partie différente dans la mesure, notamment, où l'exercice à titre professionnel de l'activité n'est plus un élément de la définition. Par contre, il est toujours exact que la rémunération du commerçant électronique ne correspond pas nécessairement au paiement d'une somme d'argent. En fait, le troc en ligne répond lui aussi à la définition légale du commerce électronique donnée par l'article 14 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

**348. - Les problèmes de qualification qui en résultent**. D'une manière plus générale et pour en revenir à la question de la nature juridique de l'opération contractuelle, lorsqu'un contrat fait naître deux prestations non monétaires, symétriques, il n'est plus possible de procéder à une qualification unique représentant l'ensemble de l'opération. La qualification d'un tel contrat est parfois spécialement fixée par la loi. Ainsi, l'article 1702 du Code Civil le qualifie de contrat d'échange lorsqu'il a pour objet la fourniture d'un bien

[441] Réponse du rapporteur de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire. Voir le compte-rendu de la séance en commission, du 10 décembre 2003, disponible sur le site de l'Assemblée nationale : http://www.assemblee-nat.fr.

contre un autre bien. En dehors de ces hypothèses, les juges recourent, le plus souvent, à la qualification de contrat « sui generis ». Cette qualification, ou plutôt « ce refus de qualification», est une solution à laquelle les juges se résolvent lorsqu'il est impossible de faire entrer le contrat dans une catégorie préexistante.

Il n'est pas nécessaire d'approfondir davantage le problème de la nature juridique de ces contrats très particuliers. Le point le plus important à retenir est qu'ils entrent dans les prévisions des dispositions du titre II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. L'offre par laquelle une personne propose, à distance et par voie électronique, la fourniture d'un bien ou d'un service contre un autre bien ou un autre service doit recevoir la qualification d'offre de contrat de commerce électronique. En tant que telle, elle est soumise aux règles issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Mais l'offre elle-même est une condition de mise en jeu de l'obligation d'information.

## Section 2

## Exigence d'une offre

**349. - La proposition de fourniture est au centre de la définition du commerce électronique.** Comme il l'a été indiqué plus haut, le commerce électronique est défini par la Loi LCEN comme « *l'activité é*conomique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ». Cette définition s'inscrit dans le contexte volontariste d'assurer, pour le bénéfice de l'économie, la confiance des opérateurs dans le commerce électronique. C'est une définition d'économiste, mais non de juriste civiliste comme celle donnée, par exemple, par le Code de Commerce du commerçant, comme celui qui accomplit des actes de commerce[442]. Quoi qu'il en soit, elle a le mérite d'appeler immédiatement l'attention des opérateurs sur l'importance de la « proposition » de fourniture qui, à elle seule, justifie l'application de la Loi. Offrir une fourniture (biens ou services) « à distance et par voie électronique » exige de l'auteur de la proposition, la prise en compte des dispositions impératives de la Loi en vue de protéger le destinataire de la proposition.

**350. - L'offre, condition nécessaire du contrat de commerce électronique**. En d'autres termes, la proposition ou, en langage de juriste, l'offre, est la condition nécessaire à la mise en jeu desdites dispositions. Sans offre « à distance et par voie électronique », pas de protection. Malheureusement, la LCEN et le Code de la Consommation ne donnent pas de définition de l'offre à distance, ce qui implique alors le retour à la notion d'offre en droit commun[443].

[442] Article L 121-1 du Code de Commerce.

[443] M. DURIN, *L'offre de contrat de commerce électronique*, thèse Strasbourg Ill, 2004.

## § 1 - *L'offre génératrice de l'obligation*

**351. - La référence à la définition du droit commun**. La doctrine définit l'offre comme « la proposition ferme de conclure un contrat déterminé à des conditions également déterminées » [444]. Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'une proposition soit qualifiée d'offre : d'une part, être suffisamment précise et non équivoque dans son contenu et, d'autre part, être ferme quant à l'intention de son auteur d'être lié, si son destinataire l'accepte. En l'absence de l'un de ces deux critères, la proposition ne sera pas qualifiée d'offre, mais de simple proposition à entrer en pourparlers.

**352. - Les deux conditions de l'offre : fermeté et précision**. Il en résulte donc que la qualification d'offre à distance dépend uniquement de la fermeté et de la précision de la proposition, peu importe ensuite qu'elle soit destinée à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public, conformément au principe posé par la Cour de cassation selon lequel *«l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre à une personne déterminée »*[445]. Le support utilisé pour véhiculer l'offre – que ce soit une lettre, une annonce dans un journal ou dans un catalogue papier ou virtuel... etc. – importe également peu.

**353. - L'absence d'incidence du support matériel de l'offre**. En d'autres termes, pour qu'une proposition émise à distance soit qualifiée d'offre, elle doit comporter tous les éléments nécessaires à l'accord de volontés des parties, mais rien n'empêche que ces derniers figurent dans un catalogue papier ou sur l'écran d'un ordinateur puisque dans les deux cas, c'est du pareil au même. Cependant, lorsque des produits et services sont présentés en ligne, sur un site web par exemple, on peut s'interroger sur la portée du message émis. Faut-il alors qualifier ce message d'offre de vente ou de prestation de

[444] J. FLOUR, J-L. AUBERT et E. SAVAUX, Droit civil, Les obligation*s, L'acte juridique*, 9ème éd. 2000, n° 132.

[445] Cass. 3ème civ., 28 nov. 1968 : Bull. civ., III, n° 507.

service ou simplement de proposition à négocier ? Son auteur a-t-il exprimé une volonté ferme de conclure le contrat si le destinataire l'accepte ?

En réalité, le doute persiste puisque le pollicitant peut présenter ce message non pas comme une offre ferme, mais uniquement comme une invitation à entrer en pourparlers afin d'entamer une négociation. Le doute ne peut être levé qu'au regard des circonstances de fait et de l'intention qu'elle révèle.

Quels sont donc les critères à prendre en compte pour retenir ou non la qualification d'offre.

### A - Les caractères juridiques de l'offre

**354. - Les conditions de précision et fermeté**. Le Code Civil ne définit pas l'offre de contrat. La jurisprudence a dégagé les caractères nécessaires à son existence, ainsi résumés par la doctrine : l'offre doit être non seulement précise et complète, c'est-à-dire contenir les éléments essentiels du contrat[446], mais également ferme et dénuée d'équivoque, de telle sorte que son acceptation suffise à former le contrat. La doctrine et la jurisprudence françaises s'accordent donc sur les exigences de précision et de fermeté de l'offre. Ce double impératif ne devrait à priori poser aucun problème dans le contexte de l'Internet, car l'offre en ligne peut, comme toute autre offre, si elle remplit les exigences de précision et de fermeté, être acceptée en l'état pour aboutir à la conclusion du contrat.

[446] Les éléments essentiels du contrat sont définis comme « ceux à défaut desquels il resterait impossible de savoir quelle sorte de convention est envisagée. Il ne s'agit pas seulement de la détermination du type de contrat – vente, louage, donation, mandat, etc. _ .mais aussi des conditions économiques auxquelles l'offrant souhaite conclure. »,J. FLOUR et J.-L AUBERT; sont ainsi considérés comme essentiels dans une vente la chose et le prix (article 1583 du Code Civil), mais également les modalités du contrat tenues pour essentielles par les parties dans telle ou telle espèce. J. M. MOUSSERON. Technique contractuelle, 2ème éd, 1999. n° 242.

Dans la pratique, la qualification d'offre par rapport à une simple proposition d'entrer en pourparlers n'est pas toujours aussi évidente. Ainsi, l'exposition d'une marchandise avec indication de prix dans une vitrine virtuelle constitue-t-elle une offre ferme et précise ou simplement une proposition à négocier ?

### B - Offre ou simple information en ligne

**355. - À partir de quel degré de fermeté et de précision une simple information en ligne devient-elle une offre** ? L'architecture des sites internet, commerçants ou non, sur les réseaux ouverts tels que l'Internet dans son ensemble, repose sur l'absence de toute hiérarchie des informations en ligne. Cette absence de hiérarchie autorise une navigation parfaitement fantaisiste pour l'internaute qui n'est même pas obligé de passer par une page d'accueil d'un site pour accéder directement à toute page qu'il contient. À cet égard les liens hypertextes[447] et hypermédias[448] autorisent des parcours de navigation désordonnés, selon l'imagination de l'instant, de page en page ou de site en site. Si donc aucune lecture linéaire et hiérarchisée ne s'impose à l'internaute, il peut tout aussi bien satisfaire sa curiosité en prenant connaissance directement de l'information, souvent sinon exhaustive tout au moins très détaillée, concernant les biens ou services présentés par tel cybermarchand et en rester là, ou au contraire vouloir aller plus loin afin d'acquérir tel bien ou utiliser tel ou tel service dont la présentation, évidemment avantageuse, a emporté sa décision.

Mais alors la seule information qui contient par exemple la description d'un produit et son prix, peut-elle être qualifiée d'offre, dont l'acceptation liera son auteur ? En d'autres termes, une information précise sur un bien ou service donné suffit elle à engager celui qui la donne dans le cadre d'une offre au sens juridique du terme ?

[447] Lien hypertexte : lien établi automatiquement entre un document-texte et un autre de même nature.

[448] Lien hypermédia : lien automatique établi entre documents électroniques se présentant sous forme d'images.

**356. - L'indication d'une chose et de son prix suffit à caractériser une offre**. La logique impose une réponse positive à cette question. Le critère retenu est d'ailleurs très simple d'application : il est, en effet, habituellement admis que «le professionnel qui annonce un *prix pour un produit ou un service déterminé, se met ainsi, en position d'offrant* »[449]. De même que dans le commerce classique, l'exposition de marchandises dans la vitrine d'un magasin et l'envoi de catalogues portant description de produits ou services, dans la mesure où ils en indiquent les prix, constituent une offre[450], une telle description portant mention des prix sur une page-écran d'un site marchand, vaut pollicitation. Le vocabulaire du cyberespace traduit fidèlement d'ailleurs parfaitement cette similitude ici entre le monde matériel et celui des réseaux, par les termes de « vitrines virtuelles», de «magasins virtuels» et de «catalogues en ligne », communément usités dans le commerce électronique. Peu importe que le cybermarchand ait ou non manifesté explicitement, à un endroit donné de son site, la volonté d'être contractuellement lié à la suite de la diffusion de ces informations, par l'affichage en ligne par exemple d'un bon de commande et/ou d'éventuelles conditions générales de vente. Et peu importe également que l'expression de cette manifestation de volonté sous cette forme ait été effectivement ou non portée à la connaissance de l'internaute.

**357. - Les réserves accompagnant l'indication de la chose et de son prix**. Cependant la question se complique lorsque le professionnel précise, quelque part sur son site, qu'il n'entend pas être contractuellement lié par les informations qu'il présente. C'est le problème des réserves, implicites ou expresses formulées par le cyber-pollicitant.

[449] JC CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ. Droit de la consommation. Pans. Ed. Dalloz, coll. Précis Dalloz Droit privé, 5ème éd., 2000. N° 316.

[450] De tous temps, les juridictions françaises décident en effet que « l'exposition de marchandises dans sa vitrine avec mention de leur prix, constitue une offre véritable, qui engage à ce titre le commerçant par l'acceptation du premier venu : Trib. Com. Seine, 5 janv. 1869, D.P. 1869.

### C - Les réserves implicites

**358. - La réserve d'intuitu personae.** La jurisprudence attribue une importance particulière aux réserves dès lors que le contrat projeté est marqué d' « intuitu personae » [451]. Il ressort clairement de cette interprétation jurisprudentielle que l'offre adressée au public comporte des réserves implicites concernant la ou les qualité(s) personnelle(s) du cocontractant (compétences professionnelles dans les contrats de travail, l'ancienneté du conducteur dans les contrats d'assurance) qui doit ou doivent être prise(s) en considération[452]. Il pourrait être imaginé d'élargir la portée de cette réserve implicite admise par la jurisprudence à la situation de la personne comme par exemple sa solvabilité [453].

Il est vrai que de telles réserves implicites sont d'un intérêt peu pratique dans le commerce électronique, dans la mesure où, en pratique, les situations d'intuitu personae sont rares et où la solvabilité est le plus souvent garantie par une procédure de paiement immédiat avant livraison.

**359. - La réserve dite d'épuisement des stocks**. D'un intérêt plus concret, dans le commerce électronique, la réserve implicite et fréquente dite « *d'épuisement d*es stocks » mérite une plus grande attention. En fait, cette réserve est exprimée expressément sur les pages de très nombreux sites. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence la considère comme une réserve implicite même si l'auteur de l'offre ne l'a pas expressément mentionnée. Et cette attitude est approuvée par la majorité de la doctrine[454] pour la bonne raison que l'intention de l'auteur de l'offre ne doit pas aller au-delà des stocks disponibles en vertu de l'adage selon lequel nul ne peut l'engager à l'impossible. De plus, l'épuisement des stocks ne

[451] V. par ex., CA Toulouse, 21 février 1984 : RTD civ. 1984, p. 706, obs. J. MESTRE ; G. KOSTIG, *L'intuitu personae dans le contrat de droit privé*, thèse Paris 1997 ; Contamine M. Raynaud, *L'intuitu* personae dans les contrats, thèse Paris II, 1974.

[452] P. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, Cujas, 10e éd., 1999-2000, n° 383.

[453] *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* 2003, n° 2927, p. 1645.

[454] V. J.-L. AUBERT, *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat,* thèse Paris, éd. LGDJ, 1970.

dépend pas de la volonté de son auteur, mais plutôt de circonstances extérieures et la réserve n'a donc rien de potestatif. Cette réserve est donc parfaitement objective et permet le contrôle du juge.

**360. - Les limites à la réserve d'épuisement des stocks**. Dans ces divers cas, le juge peut toujours sanctionner, notamment au plan pénal, les refus de contracter qui marqueraient un abus dans la mise en jeu de telles réserves, soit au travers du délit de refus de vente pour ce qui concerne la réserve dite d'épuisement des stocks, soit encore sous couvert du délit de publicité mensongère s'il était constaté qu'une offre particulièrement alléchante ne porte que sur des stocks dérisoires et n'a pour but que d'attirer artificiellement l'acheteur sur les pages du site, ceci très exactement de la même manière que dans le commerce exercé de façon traditionnelle.

### D - Les réserves expresses

**361. - La déclaration formelle de ce que le commerçant n'entend pas être lié**. Les professionnels ajoutent parfois aux informations diffusées sur leur site internet sur les biens et services qu'ils proposent, la mention: « Ne constitue pas un document contractuel», ou encore la mention : « informations non contractuelles susceptibles de modification sans préavis ». Ces clauses marquent la volonté du prestataire de ne pas être lié et la question se pose de savoir si elles suffisent à disqualifier l'offre et donc à faire échapper le professionnel aux règles protectrices.

**362. - La validité relative de telles réserves**. Une réponse positive n'est semble-t-il pas acquise avec certitude dans tous les cas de figure. Une distinction s'impose selon que l'on se situe dans le cadre du commerce interentreprises ou du commerce à destination des consommateurs.

**363. - La réserve expresse en droit de la consommation**. Concernant les offres de contrat de consommation tout d'abord. Le professeur MOUSSERON, un des rares auteurs qui se prononce en faveur de l'efficacité d'une telle mention[455], ne manque pas de nuancer son propos en rappelant la position de la Commission des Clauses Abusives en faveur de l'élimination de ce type de clauses : «ayant pour objet ou pour effet de rendre inopposable au professionnel ses propres documents », lorsque «la consultation de ces documents constitue l'*un des éléments déterminants du consentement du consommateur au contrat qui* lui est proposé»[456]. Certes cette recommandation de la Commission des Clauses Abusives concerne un type de contrat particulier, celui des contrats de construction de maisons individuelles. Mais de l'avis même du B.V.P., elle crée un précédent que les professionnels ne peuvent ignorer[457]. Avec plus de prudence encore. Les professeurs VIVANT et LE STANC, quant à eux, suggèrent l'adjonction d'un petit texte explicatif permettant d'assurer plus d'efficacité au mécanisme, au cas où celui-ci serait discuté devant une juridiction, qui pourrait alors faire percevoir le sens de la démarche du professionnel, dictée par la seule et légitime gestion juridique de la situation[458].

**364. - Les raisons qui militent contre leur validité**. Cependant, une partie de la doctrine se montre clairement défavorable à l'idée d'accorder de la valeur à une telle réserve. En premier lieu pour une raison de simple logique puisque le contenu et le but du document est précisément de déterminer le consentement du cocontractant, ce qui devrait conduire à interdire le prestataire le bénéfice d'une telle réserve. En second lieu parce qu'il ne faut pas oublier le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond qui s'attachent avant tout à déterminer ce que les destinataires de l'offre étaient censés comprendre.

---

[455] J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle, déjà cité, 2° éd., 1999, n° 247.

[456] Commission des clauses abusives, «Recommandation n° 81-02 concernant les contrats de construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur », B.O.S.P. du 16 janvier 1981 ; texte accessible sur le site de la Commission des clauses abusives, à l'adresse : htm://www.c1auses-abusives.fr/recom/81r02htm.

[457] BUREAU DE VERIFICATION DE LA PUBLICITE (B.V.P.), «Documents non contractuels ». B.V.P. Échos. Paris. Janvier 1987. p. 2.

[458] M. VIVANT. C. LE STANC , *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, préc.. Ed. 2000, n° 2610.

Il convient, semble-t-il, par conséquent, de rester très réservé sur l'efficacité d'une telle mention en termes de sécurité juridique, pour les raisons ci-dessus, mais également pour d'autres raisons qui tiennent à l'architecture même des sites internet. Dans le cyberespace, en effet, rien n'assure que l'internaute aura eu la patience de passer au crible les différentes pages du site visité pour y trouver la mention susceptible de disqualifier l'offre, à l'endroit où elle a été insérée, voire dissimulée.

**365. - Les réserves expresses formées entre professionnels**. En revanche, il est certain que dans le cadre du commerce interentreprises la valeur d'une telle mention, pourra être appréciée différemment, depuis que la Cour de cassation a affirmé dans une espèce, où l'offre était justement assortie d'une réserve, «*qu'entre commerçants, une proposition de* contracter ne constitue une offre que si elle manifeste la volonté de son a*uteur d'être lié en cas d'acceptation* »[459], reprenant ainsi la formule de l'article 14-1 de la Convention de Vienne· « Sur les contrats de vente internationale de marchandises ». Dans de telles conditions, lorsqu'une proposition entre commerçants porte une telle réserve, il sera difficile de soutenir que le professionnel entendait présenter une offre au sens plein du terme, et qu'il est par conséquent obligé par l'acceptation du cocontractant. Sa volonté de ne pas être lié étant manifeste et claire, entraînera une disqualification de l'offre en simple invitation à entrer en pourparlers pour, éventuellement, en cas d'accord, contracter.

### E - Les clauses d'agrément

**366. - La définition d'une clause d'agrément.** On rencontre très fréquemment, sur les sites de ventes de biens ou de fourniture de prestations de services des clauses par lesquelles le prestataire subordonne la passation de commande, dans le processus de celle-ci, à l'obtention de renseignements sur l'identité du client. Ces clauses dites d'agrément sont rédigées de manière variable et tendent, soit simplement à renseigner le prestataire de façon aussi précise que possible sur la composition de sa clientèle de telle sorte qu'il puisse

[459] Cass. Com. 6 mars 1990. N° 88·12.477, Bull. Civ. IV, N° 74, p 51 ; D. 1991. Sommaires commentés, p. 317, obs. J.-L AUBERT.

affiner sa communication commerciale et ses résultats, soit à lui permettre de la sélectionner en réservant ses offres à divers critères de son choix.

**367. - La clause d'agrément n'exclut pas, le plus souvent, l'existence d'une offre**. Dans la plupart des cas, ces clauses ne disqualifient pas l'offre présentée par le prestataire. Il en est ainsi, bien naturellement, lorsque l'objectif poursuivi par le prestataire vise simplement à le renseigner et que, une fois renseigné, il accorde systématiquement son agrément, sans autre condition. Il en est ainsi également chaque fois que l'offre est conditionnée à des critères objectifs prédéterminés, ne laissant place à aucun arbitraire. Par exemple, la clause rencontrée sur le site américain bien connu, Amazon, qui indique : « *Pour s'inscrire au* programme « adventage » de Amazon.com, vous devez avoir une messagerie électronique *et l'accès à internet, vous devez être installé en Amérique du Nord, et vous devez détenir* les droits de distribution pour le monde entier des publications que vous voulez inscrire au programme. »

**368. - L'exception des clauses d'agrément fondé sur l'intuitu personae**. En revanche, doivent être considérées comme disqualifiant l'offre en simple invitation à pourparlers, les clauses qui en réservent le bénéfice à une appréciation au plan de l'intuitu personae donnant au prestataire une faculté discrétionnaire de contracter ou non, telle, par exemple, que l'avertissement accompagnant les propositions du site de la société APEN (accès à une place de marché électronique) : « Pour devenir membre, vous devez remplir une demande *d'adhésion.* Celle-*ci sera présentée pour validation au Comité d'adhésion, préservant* ainsi la qualité et le professionnalisme des membres, conditions sine qua non pour nous *afin de maintenir l'efficacité et la pérennité du système*. » Dans un tel cas, à défaut d'être une offre ferme, la démarche du cybercommerçant sera considérée comme une simple invitation à entrer en pourparlers.

Les moyens à disposition du cyber-commerçant pour présenter une offre peuvent avoir une influence sur sa qualification et sa portée.

## § 2 : *Les moyens d'expression de l'offre*

**369. - La variété des outils techniques de présentation d'une offre**. Plusieurs outils sont à la disposition du pollicitant. Il peut choisir entre des moyens de communication à caractère public (Web, forums de discussions) ou privé (courrier électronique, IRC, Ica). 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 bénéficiaires[460]. La distinction entre les caractères privés et publics peut revêtir une certaine importance juridique. En effet, la Cour de cassation à 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* »[461]. Or, 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 automatiquement sur le Web par des logiciels « fureteurs ». Considérée comme 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 le pollicitant qu'à l'égard du premier acceptant[462].

Dans le prolongement de cette discussion, il est possible d'analyser l'offre et sa portée au regard de son ou ses destinataires.

[460] V.A. VIALARD, « L'offre publique de contrat » Rev. Trim. Dr. Civ. 1971, p. 753.

[461] Cass. Civ. 3ème, 28 novembre 1968, Bull. Civ. III, n° 507, p. 389.

[462] L. THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », Juriscom.net, 15 mai 1999, http://www.juriscom.net.

## § 3 : *Destinataire de l'offre*

**370. - La distinction entre l'offre à personnes déterminées ou au public**. On distingue, classiquement, l'offre à une ou plusieurs personnes déterminées, connue de celui qui offre, de celle adressée au public, à toute personne intéressée, que l'on qualifie souvent d'offre « indéterminée » ou d'offre « collective ». La distinction n'est pas sans intérêt. On sait que la jurisprudence française admet comme un principe que « *l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre fai*te à personne déterminée »[463] et que, par conséquent, aux yeux de celle-ci, la distinction entre l'offre au public et l'offre à personne déterminée est de peu d'intérêt. Mais c'est dans le cadre de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise que la distinction prend tout son intérêt.

**371. - L'intérêt de la distinction dans le cadre de la Convention de Vienne**. La Convention, en effet, précise, en son article 14-2, contrairement à la jurisprudence française, « une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée *seulement comme une invitation à l'offre à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire.* »[464]. Ce texte, ratifié par de nombreux pays dont la France où il est entré en vigueur le 1er janvier 1988, a, par son large domaine d'application, vocation à régir de nombreuses offres de contrats conclus par voie électronique dans le cadre du commerce interentreprises. L'enjeu consiste alors à définir, dans le cas des ventes internationales de marchandises, si ces propositions sont faites à personne(s) déterminée(s) ou indéterminée(s), afin de savoir si nous sommes en présence d'une offre ou d'une simple invitation à entrer en pourparlers dans l'hypothèse où, lorsque la Convention de Vienne est applicable, le professionnel n'a pas clairement indiqué dans sa proposition sa volonté d'être lié par elle. La pratique offre différents cas de figure qu'il convient d'examiner. Le cas le plus simple est celui du professionnel répondant à une offre

[463] Cass. Civ. 3ème, 28 novembre 1968, n° 67-10.935, Bull. civ., III, n° 507, p. 389.

[464] Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandise, faite à Vienne le 11 avril 1980 », dite « Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, accessible sur le site de l'ONU à l'adresse : http://www.un.org/Depts/Treaty.

manifestement destinée « au public », mais dans le champ d'application de la Convention de Vienne, soit dans le cadre d'une vente internationale de marchandises, qui par application des dispositions de cette dernière, devra se considérer, non comme répondant à une offre, mais comme se présentant lui-même en qualité d'offrant.

**372. - Les difficultés pratiques de la distinction**. Dans de nombreux cas, en revanche, il sera difficile de qualifier l'offre au regard de la distinction entre l'offre présentée à personnes déterminées mais en très grand nombre, et l'offre destinée au public. Un auteur, A. VIALARD, a proposé un critère de distinction basé sur le procédé utilisé pour présenter l'offre. Si l'offre est individualisée, même pour un très grand nombre de personnes, elle doit être considérée comme faite à personne déterminée[465]. Mais à l'époque de sa formulation, cette proposition ignorait sans doute les procédés informatiques permettant d'individualiser nominativement les destinataires d'une offre à partir de fichiers constitués au moyen d'outils informatiques et de diffuser ainsi, en masse, des offres devant manifestement être qualifiées d'offres au public. Sans doute, à cet égard, le critère proposé par M. JL AUBERT doit être considéré efficace pour rendre plus précise la qualification, celui consistant à définir la personne déterminée comme « *bien connue de l'offrant* »[466].

On voit que, dans ces hypothèses, selon l'analyse finalement retenue, que l'obligation d'information ne sera due que si la communication émise par le vendeur peut mériter la qualification juridique d'offre de contracter.

La même prudence conduira à faire la distinction entre offre et publicité, la première entrant dans le domaine objectif de l'obligation à l'exclusion de la seconde.

[465] A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », Rev. Trim. De Dr. Civ. LXIX, 1971, p 750-791, n° 2.

[466] M. J.-L AUBERT.

## § 4 : Offre et publicité

**373. - L'omniprésence de la publicité sur internet**. La publicité est omniprésente sur internet et les sites Internet sont admis comme pouvant constituer un support publicitaire. Un arrêt de la Cour d'appel de RENNES adopte à cet égard la motivation suivante [467]: « ... Un site internet est susceptible de constituer un support publicitaire : il permet la *communication au public de textes et d'images,* destinés 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'usager 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 lim*itation 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 es*t délivrée. »

**374. - Les diverses formes de la publicité**. La publicité y prend des formes diversifiées. Elle se présente souvent sous la forme de courriers électroniques, désirés ou non par le destinataire (les spams). Elle est aussi, parfois, insérée en encart ou en bandeau sur les pages des sites et il suffit de « cliquer », si on le souhaite, pour rejoindre le site de son auteur. Elle investit en d'autres cas toute la page du site, sous forme « d'interstitiel »[468] et l'évolution rapide des techniques multipliera encore, à n'en pas douter, les méthodes utilisées par les publicitaires.

[467] CA RENNES, 1ère ch. B, 31 mars 2000, Légipresse, juin 2000, III, p. 97.

[468] Un interstitiel est « un message publicitaire d'une durée de 5 à 10 secondes s'intercalant entre deux pages de présentation d'un site. Il occupe généralement tout l'écran ou toute la fenêtre. Cet écran publicitaire est souvent animé ou sonore. » N. VARILLE, «La publicité sur Internet », *Cahiers Lamy droit de l'informatique* et des réseaux – Supplément au Bulletin, Paris. N° 114-B. mai 1999. p. 6.

La question qui se pose à ce stade est de distinguer simple publicité et offre de contracter.

**375. - L'absence de définition juridique précise de la publicité**. La difficulté de qualification tient notamment au fait que la loi ne donne de la publicité aucune définition précise. Ainsi la loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité et aux enseignes et préenseignes indique, article 3 : « *constitue une publicité ... toute inscripti*on, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention.. ». De manière un peu plus claire l'article 2 § 1 de la directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative qualifie la publicité comme « *Toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale,* industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations. ». La directive « Commerce Electronique » du 8 juin 2000 énonce dans son article 2 que constitue une communication commerciale, autre dénomination de la publicité « 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 ». Le Conseil d'État retient, quant à lui, trois critères essentiels concernant l'identification du message publicitaire : une communication publique, une finalité promotionnelle, une contrepartie financière ou similaire qu'il dégage à partir de différents textes[469]. C'est également la méthode suivie par un auteur qui présente ainsi les critères à prendre en compte : « *La diffusion publique d'un message, sa finalité et la prise en considération de l'existence ou non d'une contrepartie pour la diffusion de celui*-ci »[470].

**376. - Les caractères particuliers de la publicité sur internet qui compliquent la qualification**. À partir de ces définitions, les caractères particuliers de la publicité sur Internet accentuent la difficulté de qualification. La publicité sur Internet est, en effet,

[469] Rapport du Conseil d'Etat « Internet et les réseaux numériques, texte accessible sur le site du Conseil d'Etat à l'adresse : http://www. Internet.gouv.fr/français/textesref/rapce98/rap2htm.

[470] N. VARILLE, « La publicité sur Internet », déjà cité, p. 28.

ciblée et interactive. Ciblée puisque l'informatique permet au publicitaire de diriger le message vers un internaute identifié par avance comme susceptible d'y être particulièrement sensible. Elle utilise pour cela des témoins de connexion[471] qui détectent les prospects (les clients potentiels) en fonction des visites qu'ils effectuent sur le réseau. Elle est, par ailleurs, interactive dans la mesure où, destinataire d'une publicité ainsi savamment orientée, d'un simple clic, il est possible au prospect de commander, c'est-à-dire de passer de la simple communication commerciale, la publicité, à l'offre de contracter. Du fait de ces deux caractères particuliers de la publicité sur Internet, il est certain que les limites entre publicité et offre sont parfois très difficiles à appréhender.

Ce double caractère ciblé et interactif de la publicité sur internet la fait approcher de très près l'exemple connu du commerce classique, celui du prospectus publicitaire accompagné d'un bon de commande ou « coupon-réponse » qui, ipso facto, fait qualifier le prospectus publicitaire d'offre au sens juridique du terme[472]. Il est donc certain qu'en transposant cette jurisprudence dans le commerce électronique, il est possible pour une publicité de se voir doublement qualifiée, de publicité d'une part, et d'offre d'autre part.

**377. - L'interprétation des termes de la DCE « encourager, favoriser, soutenir ».** Toute la différence entre « communication commerciale » et « offre de contrat » réside dans l'interprétation restrictive du verbe « promouvoir » tel qu'utilisé par la directive DCE, c'est-à-dire, selon le Petit Robert, « encourager, favoriser, soutenir ». C'est finalement par différence que se définit le champ d'application de l'obligation d'information à la charge du prestataire qui offre la vente ou le service. S'il y a offre d'un bien ou d'un service précis, accompagné d'un prix, l'obligation précontractuelle d'information est certaine et doit s'accompagner des informations requises. Dans le cas contraire, simple

[471] Ou «mouchards », parfois encore désignés par l'expression «fichiers locaux de personnalisation », et plus couramment encore par le terme anglo-saxon « cookies ». Ils participent de ce que les professionnels de la vente en ligne appellent les techniques de « one to one » qui permettent d'exploiter le profil des internautes déterminé par l'accumulation d'informations les concernant, relatives notamment aux pages des sites internet qu'ils ont visités dans le but de leur adresser des offres les plus ciblées possible ; voir P. REBOUL et D. XARDEL, Ibid.

[472] F. LABARTHE, cet auteur cite à l'appui quelques décisions de jurisprudence française telles que : CA. Paris, 1ère, 3 décembre 1959, D. 1960, p. 231 ; Cass. Comm. 23 juin 1965, n° 64-10.171, Bull. civ. III, n° 395, p. 363.

encouragement, recommandation, sans possibilité pour le destinataire de la communication de passer commande à partir de la communication elle-même, l'obligation précontractuelle d'information n'est pas due.

Bien naturellement, pour revenir à l'objet précis de notre étude, il faut rappeler que l'obligation précontractuelle dont nous parlons est celle attachée à la conclusion d'un contrat du commerce électronique. Il faut donc non seulement une offre au sens juridique du terme, mais qu'elle porte sur la conclusion d'un contrat du commerce électronique.

## Section 3

## Exigence d'une offre de contrat électronique

Pour être assujetti à l'obligation d'information objet de notre étude, le cyber-commerçant doit être l'émetteur d'une offre de contrat électronique.

### § 1 : Le contrat électronique

**378. - Le rappel de la définition du commerce électronique**. On a vu plus haut la définition donnée par la loi LCEN de l'offre de contrat de commerce électronique. Le commerce électronique y est défini comme «*l'activ*ité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services » (alinéa 1er), «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 outil*s de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'i*ls ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent» (alinéa 2). En application de ce texte qui place au centre de la définition du domaine objectif de l'obligation d'information la « proposition » faite par le cyber-commerçant, toute offre présentée « par voie électronique » et donc « à distance » portant sur la « fourniture de biens ou de services » est assujettie aux dispositions protectrices du texte.

C'est par différence que peut être circonscrit le moyen technique de la « voie électronique » au regard des deux exclusions prévues par la loi.

## § 2 : Exception des offres par courrier électronique

**379. - L'obligation d'information ne s'applique pas aux offres présentées par courrier électronique**. L'article 1369-3, alinéa 1, du Code Civil dispose qu'il « est fait exception *aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369*-1 et aux deux premiers alinéas de *l'article 13*69-2 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques »[473]. Il se fonde sur la nature juridique des messages de données dont l'échange réalise la conclusion du contrat de commerce électronique.

**380. - La définition du courrier électronique**. La compréhension de ce texte nécessite un détour par le chapitre 1 consacré à la liberté de communication au public en ligne du titre 1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, relatif à la liberté de communication en ligne. Ce chapitre est en effet riche en définitions. Les unes concernent des catégories de communications électroniques[474], les autres des catégories de service de communications électroniques[475] et une autre encore une catégorie de messages de

[473] Les deux premiers alinéas de l'article 1369-2 du Code Civil décrivent le processus de conclusion du contrat de commerce électronique, le dernier n'apportant qu'une précision quant à leur mise en œuvre :

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

[474] Article 2, alinéa l, de la loi no 86-1067 relative à la liberté de communication, modifiée par l'article l, II de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (définition reprise par l'article L. 32, 1°, précité du Code des postes et communications électroniques) : « On entend par communications électroniques les *émissions, transmission ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie* électroniques. » Sur la base de cette définition, la loi pour la confiance dans l'économie numérique définit la communication au public par voie électronique, la communication au public en ligne et la communication audiovisuelle (article 1).

[475] Il faut entendre la notion de service de communications électroniques au sens de prestation consistant en la fourniture de communications électroniques (définition inspirée de celle donnée par l'article L 32, 6° du Code des postes et communications électroniques, qui est plus restrictive puisqu'elle indique ne pas viser les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communications au public par voie électronique). La loi pour la confiance dans l'économie numérique définit les services de télévision, les services de radio et les services audiovisuels (article 1).

données : les courriers électroniques[476]. La complexité de l'ensemble des dispositions a été soulignée par les premiers commentateurs de la loi LCEN[477]. Il ne saurait être question ici de l'envisager d'une manière approfondie, mais il est important de fournir quelques précisions d'ordre terminologique afin d'éviter toute confusion. Ainsi, un message de données est transmis à son destinataire au moyen d'une communication électronique. Cette transmission s'inscrit dans le cadre d'un service de communications électroniques auquel l'émetteur du message a recours. Le message peut être de toute nature (signes, signaux, écrits, images ou sons). Il peut avoir le caractère d'une correspondance privée[478] et dans ce cas, sa transmission au moyen d'une communication au public par voie électronique est exclue, conformément à la définition de cette dernière[479]. Enfin, le message peut avoir la nature juridique d'un courrier électronique[480] s'il répond à la définition fournie par l'article 1, IV, alinéa 5, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : « tout message *sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de*

[476] Le projet de loi initial pour la confiance dans l'économie numérique ne contenait pas de définition de la notion de courrier électronique. Celle-ci a été ajoutée lors de la première lecture du projet par l'Assemblée nationale afin d'assurer que l'envoi de messages courts (SMS) et de messages multimédias (MMS) non sollicités via des téléphones portables entre dans le champ des dispositions légales réglementant la prospection directe par courrier électronique (article 22 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique). À ce propos, voir le rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, par J. DIONIS DU SEJOUR, le 12 février 2003, JO doc. AN n° 612, préc.

[477] Voir notamment VERCKEN, « Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services dans la LCEN », préc.

[478] La notion de correspondance privée n'a pas été définie par le législateur. Néanmoins, une circulaire du 17 février 1988 des ministres de la culture et de la communication, de la justice et de l'industrie prise en application de l'article 43 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, concernant le régime applicable à certains services de communication audiovisuelle (JO, 9 mars 1988), en a donné la définition suivante : il y a correspondance privée « lorsque· le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personne, physique ou morale, déterminée et individualisée ».

[479] On rappelle que la catégorie de la communication au public par voie électronique se compose de la communication au public en ligne et de la communication audiovisuelle, et qu'elle concerne la mise à disposition « de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée» (article l, IV, alinéa 3, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique). Voir à ce sujet : VERCKEN, « Aperçu rapide des nouvelles définitions de la communication et des services dans la LEN », préc.

[480] Il faut préciser que la nature juridique de courrier électronique ne préjuge en rien de l'éventuel caractère de correspondance privée du message. Ce point très important a été rappelé par le gouvernement lors des travaux préparatoires à l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, l'article l, IV, alinéa 5, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique donnant la définition du courrier électronique a été validée par ce dernier au motif que « la disposition se borne à définir un procédé technique *; qu'elle ne saurait affecter le régime juridique de la correspondance* privée *; qu'en cas de contestation sur le caractère privé d'un courrier électronique, il appartiendra à l'autorité juridictionnelle compétente de se prononcer sur sa qualificatio*n .. » (Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-496 DC, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 10 juin 2004, JO, no 143, 22 juin 2004, p. 11182).

*communication, stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du d*estinataire *jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».*

L'exception prévue par l'article 1369-3 du Code Civil impose de rechercher les cas dans lesquels les messages de données utilisés pour la conclusion d'un contrat de commerce électronique répondent à cette définition (a). Il sera alors possible de porter une appréciation sur cette exception (b).

### A - La notion de courrier électronique

**381. - L'approche textuelle de la notion de courrier électronique**. Si l'exception prévue par l'article 1369-3, alinéa 1 du Code Civil a pour origine les paragraphes 4[481] et 3[482] des articles 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique, la définition de la notion de courrier électronique, consacrée par l'article l, IV, alinéa 5, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, a pour origine la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques»)[483].

**382. - Les deux conditions d'un courrier électronique**. L'article 1, IV, alinéa 5, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique pose deux conditions pour qu'un message de données puisse être qualifié de courrier électronique. La première a trait au réseau par le

[481] Article 10, paragraphe 4 de la directive sur le commerce électronique : « Les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes ».

[482] Article 11, paragraphe 3 de la directive sur le commerce électronique : « Le paragraphe 1, premier tiret, et le paragraphe 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes ».

[483] Voir l'article 2, lettre h, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques»), JOCE, n° L 201, 31 juillet 2002, p. 37 : « Courrier électronique» : tout message sous forme de texte, de voix, de son *ou d'image envoyé par un réseau public de communication qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ».

biais duquel le message est envoyé. Il doit s'agir d'un réseau public de communication, c'est-à-dire d'un « réseau de communications électroniques établi ou utilisé pour la fourniture au public de services de communications électroniques ou de services de communication au public par voie électronique », au sens de l'article L 32, 3° du Code des postes et communications électroniques[484]. Internet en est un exemple. La deuxième condition tient au fait que le message doit être stocké soit sur un serveur du réseau, soit dans l'équipement terminal de son destinataire (ordinateur, téléphone portable, etc.) jusqu'à ce que ce dernier le récupère. Certains se sont interrogés sur cette condition destinée à définir le courrier électronique et permettre de le différencier des autres messages électroniques[485]. Elle paraît en effet pouvoir être comprise de façon extrêmement large puisqu'il n'est pas précisé si le stockage visé est nécessairement un stockage durable ou s'il peut s'agir d'un stockage temporaire, ni si le destinataire du message doit être identifié. Dans ces conditions, la définition du courrier électronique devrait permettre d'englober notamment les « pop-up », ces petits messages contenus dans des fenêtres qui apparaissent à l'écran sans que l'internaute n'ait a priori demandé à les recevoir[486]. Ce sont bien en effet des messages envoyés à leur destinataire par un réseau public de communication et stockés dans le réseau avant que ce dernier ne les récupère (bien involontairement) en se rendant sur 1a page d'un site[487].

**383. - L'exclusion des « pop-up » de la catégorie des courriers électroniques.** Pourtant, la Commission européenne, qui avait été interrogée sur les « pop-up », avait répondu qu'un tel message ne peut être considéré comme un courrier électronique au sens de la directive

[484] Cette définition est celle de la notion de « réseau ouvert au public» donnée par l'article L. 32, 3°, du Code des postes et communications électroniques. Les deux expressions « réseau public de communication» et «réseau ouvert au public» doivent en effet être entendues de la même manière.

[485] En ce sens, voir G. TEISSONNIERE, « La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs », *Bulletin d'actualité Lamy Droit de l'informatique et des* réseaux 2004, n° 168 (avril), p. 1.

[486] Le phénomène des « POP-UP » s'explique par la technique des hyperliens invisibles et implicites. Un hyperlien est un mot, ou groupe de mots, intégré dans la page d'un site et mis en évidence par un soulignement et une couleur spéciale, sur lequel il suffit que l'internaute clique (active) pour qu'il soit transporté vers la page web à laquelle le mot est lié. On parle d'hyperliens implicites et invisibles pour désigner un type spécial d'hyperliens dont la particularité est d'être activés automatiquement lors de l'ouverture des pages web dans laquelle ils s'incorporent. Sur l'ensemble, voir DINANT, « Les traitements invisibles », préc.

[487] En ce sens, voir TEISSONNIERE, « La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs », préc.

«vie privée et communications électroniques »[488]. La motivation de sa réponse repose pour l'essentiel sur deux caractéristiques des « pop-up », considérées comme incompatibles avec la définition du courrier électronique : l'envoi de tels messages dépend de la présence de leur destinataire sur le réseau et ils disparaissent lorsque ce n'est plus le cas. L'exactitude de la dernière caractéristique peut être contestée dans la mesure où le « pop-up » est nécessairement stocké sur un serveur, prêt à être envoyé à la demande d'un internaute qui se rend sur la page web à laquelle il est attaché. En outre, la disparition du «pop-up » de l'écran de l'internaute n'est pas liée en principe à sa déconnexion du réseau : la fenêtre le contenant ne disparaît en effet qu'à partir du moment où l'internaute la referme.

L'argument le plus convaincant est tiré de la première caractéristique des « pop up » dont l'envoi dépend de la présence de leur destinataire sur le réseau. Cet argument éclaire la définition du courrier électronique sur un point fondamental. Tout message de données n'est-il pas, en effet, d'une certaine manière, stocké sur le réseau ou dans l'équipement terminal de son destinataire jusqu'à ce que celui-ci le récupère ? Présentée ainsi, la question repose sur une méconnaissance de la chronologie des événements. Or, la chronologie est un élément fondamental dans la définition du courrier électronique. Si on reprend la lecture de cette définition, il apparaît qu'un courrier électronique est un message de données qui est tout d'abord envoyé à son destinataire, puis stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que celui-ci, enfin, le récupère. Il doit y avoir, dans cet ordre, envoi, stockage puis récupération du message, même si toutes ces étapes peuvent avoir lieu en quelques fractions de seconde. En d'autres termes, un message de données ne peut être qualifié de courrier électronique que si son envoi est indépendant de la présence de son destinataire sur le réseau public de communication. Lorsque l'envoi du message dépend de la présence de son destinataire sur le réseau, ce qui est le cas à chaque fois que la communication électronique véhiculant le

[488] Question écrite E-3392/02 adressée à la Commission européenne. Pour un commentaire de la réponse qui lui a été apportée, voir E. KEULEERS, « Should pop-up windows be considered as electronic mails ? The EU Commission says no », Droit et Nouvelles technologie en ligne, 111 août 2003, [réf. du 16 septembre 2004]. Disponible sur : http://www.droit-technologie.org.

message se fait à la demande individuelle du destinataire[489], la qualification de courrier électronique doit être écartée. Ainsi éclairée, la définition du courrier électronique n'apparaît plus aussi « préoccupante »[490] ou, tout au moins, elle n'a plus rien d'une définition « attrape-tout »[491].

**384. - La synthèse**. Il ressort de ces développements que l'exception prévue par l'article 1369-3, alinéa l, du Code Civil ne joue que dans les cas où le contrat de commerce électronique est exclusivement conclu au moyen d'un échange de messages de données dont l'envoi à leur destinataire est indépendant de sa présence sur le réseau.

**385. - La liste non limitative des communications constituant des courriers électroniques**. Enfin, l'avis 5/2004, adopté le 27 février 2004, par le groupe 29 de travail sur la protection des données donne quelques indications supplémentaires en établissant une liste non exhaustive des différents « services actuellement compris dans la définition du courrier électronique »[492]. La liste fournie concerne des services de communications électroniques permettant la transmission de messages répondant à la définition du courrier électronique. Le groupe 29 cite ainsi les services de courrier électronique « classique », les communications dites «net send» adressées directement à une adresse IP, les services de messages courts (les SMS) et les services de messages multimédias (les MMS)[493]. Les deux premiers services appellent cependant quelques commentaires.

---

[489] Les messages de données transmis dans le cadre d'une communication au public en ligne ne peuvent donc pas se voir reconnaître la nature juridique de courrier électronique.

[490] En ce sens, voir TEISSONNIERE, « La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs », préc.

[491] Ibid.

[492] Avis 5/2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la directive 2002/58/CE, adopté le 27 février 2004 par le groupe 29 de travail sur la protection des données. Disponible sur : http://www.europa.eu.int/comm/privacy.

[493] Ces deux derniers services concernent l'utilisation d'équipements terminaux de radiocommunication mobile tels un téléphone mobile. Par ailleurs, le groupe 29 vise également les services de messagerie vocale et les messages laissés sur répondeur. Nous faisons le choix de les écarter car elles apparaissent peu pertinentes eu égard à notre problématique qui est la conclusion à distance et par voie électronique d'un contrat.

**386. - Le courrier électronique le plus courant, le courriel**. Le courrier électronique «classique », encore appelé « courriel »[494], a été défini par la Commission Générale de Terminologie et de Néologie, dans un avis publié au journal officiel en juin 2003, comme un « *document qu'un utilisateur saisit, envoie ou consulte en différé par l'intermédiaire d'un réseau*. »[495]. Il est le type même du courrier électronique défini par la loi pour la confiance dans l'économie numérique[496]. Il repose sur un service de messagerie en différé. La fourniture de ce service s'inscrit en principe dans le cadre d'un contrat de services de communications électroniques[497]. Ce contrat prévoit au minimum la création, à l'usage de l'internaute, d'un espace disque sur le serveur de messagerie du fournisseur de services ainsi que l'attribution d'une adresse électronique[498]. L'espace disque joue le rôle de boîte aux lettres électronique. L'ensemble des courriels envoyé à un l'internaute ou émis par lui est stocké sur cet espace, dans des conditions et pour une durée plus ou moins longue selon les termes du contrat de services de communications électroniques. Chaque adresse électronique est unique en raison d'exigences techniques. Elle définit une sorte « d'identité informatique»[499], dans le sens où elle «permet de reconnaître un individu et de le distinguer des autres»[500].

**387. - Les messages « net send** ». Les communications dites « net send» adressées directement à une adresse IP sont des messages sous forme de texte, court, qui apparaissent de manière spontanée dans une fenêtre à l'écran d'un ordinateur connecté au réseau. Elles reposent sur l'utilisation d'un service (Windows Messenger Service), inclus dans toutes les versions de Windows, et qui permet d'envoyer et de recevoir des messages directement à

---

[494] Nous utiliserons ce dernier terme afin de bien marquer la différence avec ra notion de courrier électronique définie par la loi.

[495] Commission générale de terminologie et de néologie, Avis relatif au vocabulaire de l'internet (liste de termes, expressions et définitions adoptées), JO n° 286, 8 décembre 2002, p. 20331.

[496] Voir notamment C. MANARA, « Aspects juridiques de l'e-mail », D. Affaires 1999.278.

[497] Ce contrat est réglementé aux articles L. 121-83 à L. 121-85 du Code de la Consommation lorsqu'il est conclu entre un consommateur et un fournisseur de services de communications électroniques.

[498] Avis de la Commission générale de terminologie et de néologie, Vocabulaire de l'internet (liste de termes, expressions et définitions adoptées), JO n° 141,20 juin 2003, p. 10403 : l'adresse de courrier électronique ou adresse électronique se définit comme le « *libellé permettant l'identification d'un utilisateur de messagerie électronique et l'acheminem*ent des messages qui lui sont destinés ».

[499] T corr. Paris, 02/11/2000, Légicom 2000/3, n° 23, p. 149.

[500] Voir J.-F. RENUCCI, « L'identité du cocontractant », RTD com. 1993.441.

une adresse IP. Essentiellement destiné à faciliter l'administration de réseaux de type intranet (tels un réseau fermé réservé à l'usage d'une entreprise) et à la réception des messages d'alerte adressés par Microsoft aux utilisateurs de ses systèmes d'exploitation, cet outil est parfois détourné de ses finalités d'origine pour devenir le moyen d'envoyer des messages non sollicités à caractère commercial, politique, pornographique, etc.[501]. il est étonnant que le groupe 29 qualifie les communications « net send» de courriers électroniques, sans plus de précision. En effet, le message ne peut être en principe envoyé il son destinataire que si celui-ci est connecté au réseau. Dans le cas contraire, un message d'avertissement s'affiche à l'écran de l'émetteur l'informant de l'impossibilité de l'envoi, sauf à ce que le logiciel utilisé pour effectuer la communication, organise le stockage du message sur un serveur du réseau, qui se «chargera» ensuite d'achever sa transmission dès que l'ordinateur associé à l'adresse IP de destination sera à nouveau connecté au réseau. Il faut regretter que cette subtilité technique ait été négligée puisqu'elle donne une impression de manque de rigueur dans la définition du courrier électronique et, par conséquent, du champ d'application de l'exception prévue par l'article 1369-3.

Le critère de délimitation du champ d'application d'une partie des dispositions issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, applicable à l'offre de contrat de commerce électronique, retenu par l'article 1369.3, alinéa 1, du Code Civil, n'est donc pas à l'abri de toute critique de la doctrine. Il est permis en effet, à la lumière des développements qui précèdent, de douter de sa clarté selon les techniques employées.

### B - Appréciation difficile du critère au plan technique

**388. - La justification de l'exception des courriers électroniques.** L'exception prévue par l'article 1369-3, alinéa 1, du Code Civil est généralement justifiée par le fait que les contrats conclus au moyen d'un échange de courriers électroniques le présentent pas plus de particularité que ceux conclus au moyen d'un échange de courriers par la voie postale

[501] Windows Messenger Service est en effet activé par défaut. Il faut donc que l'utilisateur prenne lui-même l'initiative de le désactiver pour ne plus recevoir de communications « net send ».

classique[502]. La remarque est dans une large mesure compréhensible. Toutefois, il ne faut pas oublier le fait qu'un échange de courriers électroniques peut avoir lieu en quelques minutes, ce qui n'est pas le cas d'un échange de courriers postaux «classique ». La comparaison présente donc des limites. Par ailleurs, certains avancent le fait que les parties à un contrat conclu au moyen d'un échange de courriers se connaissent souvent déjà, mais l'argument n'est pas très convaincant, car ce n'est pas toujours le cas.

**389. - La possibilité de fraude à l'obligation d'information**. Qualifiée de « curiosité» par un auteur[503], l'exception laisse en effet perplexe si on l'examine en se souvenant du considérant n° 39 de la directive sur le commerce électronique. Ce dernier prévoit en effet que « les exceptions prévues par la directive à ses dispositions, lorsque le contrat a été exclusivement conclu par un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes, ne doivent pas permettre au prestataire de contourner les obligations mises à sa charge, notamment en ce qui concerne les informations à fournir ». Sous cet angle, le courrier électronique peut apparaître comme une échappatoire possible permettant au cyber-commerçant de ne pas avoir à assumer son obligation d'information en dirigeant les internautes qui visitent son site vers une simple relation par courriers électroniques.

**390. - L'exception est contraire au principe de neutralité technologique**. Mais surtout, une telle exception n'est pas « neutre sur le plan technologique ». Son application dépend du procédé de communication électronique utilisé par les parties et de la question de savoir s'il permet l'envoi d'un message de données par un réseau public de communication, indépendamment de la présence du destinataire sur le réseau. C'est pourquoi certains auteurs considèrent qu'une telle exception n'aurait en fait pas dû être prévue par la directive sur le commerce électronique[504]. Ils considèrent en effet qu'il n'est pas bon de

[502] À rapprocher également de CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.

[503] GRYNBAUM, « Après la loi « économie numérique », pour un code européen des obligations raisonné », préc.

[504] On notera qu'elle n'était pas prévue dans la proposition initiale de directive du 18 novembre 1998. Pour un commentaire de l'évolution du texte de la proposition de directive à ce sujet, voir R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO, A. SALAÜN, La proposition de directive européenne sur le commerce électronique :

prévoir une exception aux dispositions protectrices des destinataires de services de la société de l'information, qui est liée à la nature des messages de données échangés en vue de la conclusion d'un contrat de commerce électronique. Le principe dit « de neutralité technologique », auquel les législateurs communautaire et français sont attachés, aurait dû les conduire, selon ces auteurs, à rejeter l'adoption d'une disposition aussi directement liée à un procédé technique[505] ce qui est contraire au principe de neutralité technologique adopté par ailleurs par la législation.

Quoi qu'il en soit de cette critique quelque peu formaliste, le critère lié à la nature juridique des messages utilisés pour la conclusion du contrat de commerce électronique a au moins le mérite d'une certaine précision grâce à la précaution prise par le législateur de définir la notion de courrier électronique.

Il est une autre exception d'ampleur moins grande, tout au moins en l'état de l'évolution technologique, celle prévue pour ce que l'on appelle le M – commerce.

## § 3 : Cas particulier du M-commerce

**391. - Le contrat du commerce électronique et le téléphone portable**. L'obligation précontractuelle d'information s'impose quelque soit la technique utilisée dès l'instant où elle repose sur l'électronique. 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. Les perfectionnements techniques enregistrés sur ces appareils les rapprochent

questions choisies, in Le commerce électronique : le temps des incertitudes. Les Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant, 2000, n° 17, p. l. En tous les cas, le législateur français aurait certainement eu la faculté d'étendre le champ de la protection accordée par les articles 10 et 11 de la directive aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

[505] À rapprocher de la décision précitée du Conseil constitutionnel relativement à l'article l, IV, alinéa 5, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui qualifie la notion de courrier électronique de « procédé technique ».

considérablement des ordinateurs même si leurs possibilités d'affichage demeurent encore limitées.

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, à ce jour, malgré les progrès constants, 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 de la loi sont satisfaites sur les équipements terminaux de radiocommunication mobile selon des modalités précisées par un décret d'application non paru à ce jour.

**392. - Les « smart phones ».** La mise sur le marché de portables dits « smart phones » capables de « surfer » sur l'Internet comme le font les ordinateurs, de plus en plus performants et dotés de capacité d'affichage de plus en plus précises, amènera sans doute le législateur, dans les années à venir, à vérifier le bien fondé de la dérogation dont le M-Commerce bénéficie encore.

Le domaine de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique vient d'être ainsi précisé, avec les marges d'imprécision qu'il comporte, il paraît possible de conclure cet examen par une approche des règles de preuve.

**393. - La preuve de l'obligation**. La preuve de l'exécution ou de l'inexécution de son obligation d'information par le pollicitant dans le cadre du commerce électronique se heurte aux mêmes difficultés que celle du contrat lui-même, s'agissant de la preuve d'un évènement par essence immatériel et dépersonnalisé, transitant par des systèmes informatiques constitués de matériels et logiciels susceptibles de dysfonctionnements. Il convient cependant de distinguer en la preuve du contrat lui-même et celle, distincte, de

l'accomplissement par le pollicitant, avant conclusion du contrat du commerce électronique, de ses obligations d'information.

**394. - La preuve de l'existence de l'obligation et celle de son exécution**. L'article 1315 du Code Civil, qui traite de la preuve des obligations envisagée d'une façon générale, dissocie clairement en chacun de ses alinéas deux aspects fondamentaux : la preuve de l'existence de l'obligation et celle de l'exécution de cette obligation.

**395. - La charge de la preuve de l'existence de l'obligation**. S'agissant de la preuve de l'existence des obligations d'information, l'article 1315, alinéa 1, du Code Civil prévoit qu'il revient à celui qui se prévaut de l'existence d'une obligation, d'en rapporter la preuve. Autrement dit, il appartient à la partie créancière de l'obligation d'information de prouver son existence. Ce point ne fait cependant pas de difficulté lorsque les obligations d'information considérées ont été consacrées par la loi. Il suffit en effet au demandeur à la preuve de se prévaloir du texte les prévoyant et de ce qu'il est applicable aux faits de la cause. La loi, en leur donnant une existence légale, dispense en principe la partie de toute autre démarche.

**396. - La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation**. Aussi, le litige portera le plus souvent, dans notre hypothèse, sur l'exécution effective par le commerçant électronique de ses obligations d'information et non pas sur l'existence de celles-ci. Revient-il au commerçant électronique de prouver que les informations requises par la loi ont bien été fournies à l'internaute ou à l'internaute de prouver le défaut de communication par le premier de l'une ou l'autre d'entre elles ? Faire peser la charge de la preuve sur le créancier de l'obligation d'information reviendrait à placer l'internaute dans une situation dont il n'a pas la maîtrise. En effet l'environnement dans lequel le contrat de commerce électronique se conclut, ne lui facilite pas une telle tâche. Ainsi, le caractère éphémère des informations figurant sur une page web est un important facteur de complication. Il se peut en effet qu'au moment où l'internaute contracte, l'offre du commerçant électronique soit incomplète, mais qu'ensuite ce dernier l'ait corrigée. Faire peser la charge de la preuve sur le créancier de l'obligation d'information équivaudrait à exiger qu'il démontre un fait

négatif, preuve presque impossible à rapporter. Il nous semble en outre qu'elle méconnaît l'article 1315, alinéa 2, du Code Civil. Par application de ce texte, il appartient en effet à celui qui se prétend libéré de justifier le paiement ou le fait qui a éteint son obligation. Il devrait donc revenir au débiteur d'une obligation d'information précontractuelle de démontrer qu'il l'a bel et bien exécutée[506].

**397. - Le silence des textes sur la charge de la preuve**. Ni l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001[507], ni la loi pour la confiance dans l'économie numérique ne règlent de manière spéciale cette question. Pourtant, la directive 97/7/CE suggérait aux États membres de faire peser la charge de la preuve de l'existence d'une information préalable sur le fournisseur[508]. Le considérant n° 22 du texte communautaire justifiait cette solution d'équité en avançant le fait que le consommateur n'a pas la maîtrise de la technique lorsque de nouvelles technologies sont utilisées par le professionnel pour la conclusion du contrat[509]. La Belgique et le Luxembourg, notamment, ont choisi cette solution dans le cadre des contrats électroniques conclus entre un prestataire de services professionnel et un destinataire de services consommateur.

---

[506] En ce sens, voir M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats,* thèse préc., n° 543.

[507] Voir néanmoins le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation préc. qui fournit l'indice suivant « *s'agissant de la preuve des informations* fournies, le droit commun qui fait peser la charge de la preuve sur la personne qui est légalement tenue de *l'information s'appliquera* » et qui montre que l'intention du législateur était certaine.

[508] Article 11, paragraphe 3, lettre a, de la directive 97/7/CE : « Les États membres peuvent établir que la production de la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou du respect des délais et du consentement du consommateur peut être à la charge du fournisseur. » Par la suite, la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs a repris l'idée et est allée plus loin. Son article 15, relatif à la charge de la preuve, ajoute en effet dans son alinéa 2 que toute clause contractuelle faisant peser la charge de la preuve du respect de ces obligations est une clause abusive au sens de la directive 93/13/CE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

[509] Considérant n° 22 de la directive 97/7/CE : « Considérant que, dans l'utilisation des nouvelles technologies, le consommateur n'a pas la maîtrise de la technique ; qu'il est donc nécessaire de prévoir que la charge de la preuve peut incomber au fournisseur ».

**398. - La jurisprudence**. Jusqu'au revirement opéré par la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 février 1997[510], la tendance au sein de la jurisprudence française était de considérer qu'il appartient au créancier de l'obligation d'information de rapporter la preuve de son inexécution[511]. Depuis cette importante décision, il revient au contraire à «*celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'u*ne *obligation particulière d'information* [de] *rapporter la preuve de l'exécution de cette* obligation»[512].

**399. - La charge de la preuve appartient au débiteur de l'obligation**. Il faut donc considérer qu'il revient au commerçant électronique, tenu par la loi de fournir différentes informations à l'internaute, de rapporter la preuve qu'il a effectivement exécuté son obligation de renseignement. La solution vaut en outre quelle que soit la qualité des parties au contrat[513].

**400. - Les précautions pratiques qui en découlent pour le débiteur**. Aussi, nombreux sont ceux qui conseillent au commerçant électronique de se pré constituer une preuve de ce

[510] Cass. 1ère Civ., 25/02/1997, RTD civ. 1997.434, obs. JOURDAIN et 1997. 924, obs. J. MESTRE ; Contrats, conc., consom. 1997, comm. 76, p. 7 ; Defrénois 1997.751, obs. AUBERT. Cet arrêt, qui a été rendu dans le domaine médical, a eu une suite législative puisque l'article L. 1111-2 al. 7 du Code de la santé publique, issu de la loi no 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO, no 54. 5 mars 2002, p. 4118) fait application de ce principe : « En cas de litige, il appartient au *professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé* dans les conditions du présent article. La preuve peut en être rapportée par tout moyen ».

[511] Cass. Civ. 04/03/1947, D. 1948. 298, note SAVATIER; Cass. Civ. 29/05/1951, Sirey 1953. 1. 41, note NERSON.

[512] Dans le même sens, voir Cass. 1ère Civ., 09/04/1997, JCP 1997. II. 22948, note R. MARTIN ; Cass. 1ère Civ., 09/12/1997, Bull. civ. L, n° 356 ; RTD civ. 1999.83 ; Cass. 1ère Civ., 13/04/1999, Bull. civ. L, n° 139. La Cour de cassation a même étendu cette solution au cas où l'une des parties est tenue à une obligation générale d'information. Ainsi, voir Cass. 1 ère Civ., 15/05/2002, Contrats, conc., consom. 2002, comm. 135, p. 4, rendu au visa de l'article 1315 du Code Civil. Dans le même sens, voir Cass. 1ère Civ., 08/04/2004, D. 2004. IR. 1350. L'ensemble de l'évolution de la jurisprudence ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine. Ainsi, voir CHABAS, « L'obligation médicale en danger », JCP 2001. 1. 212 ; R.O. DALCQ, « Réflexions au sujet de la charge de la preuve (à propos des arrêts de la Cour de cassation de France du 25 février 1997 et du 29 avril 1997 et de l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 5 janvier 1995) », in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruxelles ; Bruylant, 2000, p. 53 ; S. CHILLON, « Oscillations de la charge de la preuve, ajustements des rapports de forces ? », Revue européenne de droit de la consommation 2002. 189 ; TCHENDJOU, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », préc.

[513] À ce sujet, voir LARROUMET, Droit civil- Les obligations – Le contrat, Tome III, prée. n° 376 bis.

qu'il a exécuté ses obligations d'information conformément aux exigences légales[514]. Le commerçant électronique peut par exemple prévoir un système d'accusé de réception après la transmission de toutes les mentions dont la loi lui impose l'indication dans ses offres. Concomitamment à l'envoi de ces informations, il demande à l'internaute de lui renvoyer un accusé de réception. Cette solution peut être mise en place aussi bien lorsque les informations sont fournies sur une page web que lorsqu'elles le sont dans un courrier électronique. Par ailleurs, si les mentions obligatoires de l'offre figurent sur son site internet, le commerçant électronique doit être capable de prouver leur présence ainsi que le fait que l'internaute s'est rendu sur cette page avant la conclusion du contrat. Il est donc conseillé au commerçant électronique de prévoir l'aménagement d'un dispositif sauvegardant toutes les pages de son site ainsi qu'une trace circonstanciée (date et données de connexion) du passage de chaque internaute. Si l'offre, en revanche, a été transmise à son destinataire par le biais d'un courrier électronique, le commerçant électronique doit se ménager une preuve de la transmission de son courrier et de son contenu.

**401. - L'obligation de préconstituer les preuves**. La tâche de l'auteur d'une offre de contrat de commerce électronique, en termes de préconstitution d'éléments de preuve, se révèle très lourde puisqu'elle implique la mise en place de solutions d'archivage adaptées. Il n'est pas certain que tous les commerçants électroniques prennent la peine de s'y soumettre, en particulier s'ils n'exercent pas leur activité à titre professionnel. Dans le cas où le commerçant électronique échoue dans sa tâche probatoire, il doit supporter le risque de la preuve. Le juge rendra donc une décision en sa défaveur. Cette dernière peut notamment consister en le prononcé de la nullité du contrat de commerce électronique si un tel contrat a bel et bien été conclu entre le commerçant électronique et un internaute.

[514] A. HOLLANDE, «Conditions de vente aux consommateurs dans le commerce électronique », Communication Commerce électronique .2000, n° 3, p. 8 (fiche pratique) ; voir également S. JACOPIN, « Les mentions contractuelles coutumières : un droit imaginaire ? », préc.

# TITRE 2
# SANCTIONS IMPRECISES DE L'OBLIGATION

La confiance dans l'économie numérique, recherchée par le législateur, l'a conduit à mettre en œuvre des instruments de surveillance, de contrôle et de répression dont les comptes rendus d'activité permettre de vérifier l'efficacité des mesures prises et le degré de confiance obtenu. Tout en édictant une législation moralisatrice (section 2) les pouvoirs publics ont doté les services de constatation des infractions, de moyens nouveaux (section 1).

**402. - La création du Centre de Surveillance du Commerce Electronique**. Depuis octobre 2000, la DGCCRF[515] a mis en place un Centre de Surveillance du Commerce Electronique (« CSCE ») aujourd'hui dénommé, depuis 2005, Réseau de Surveillance Internet ou « RSI », situé à Morlaix. L'organisation du réseau animé par le CSCE permet une action à la fois ciblée et réactive. Afin d'assurer une surveillance efficace des sites marchands. Le CSCE affiche trois grands objectifs. Veiller au respect des obligations permettant l'identification des offreurs ; permettre aux consommateurs de bénéficier d'une information loyale ; rechercher des produits dangereux ou contrefaits. Son rôle se situe donc directement dans le contexte de notre étude. Le Réseau de Surveillance Internet fonctionne, du fait même de son activité, en étroite collaboration avec les unités départementales de la DGCCRF. Il exerce des fonctions de coordination, d'animation et de formation afin que toutes les unités puissent mener à bien, à terme, des contrôles sur les sites marchands.

**403. - La baisse régulière du « taux infractionnel ».** Le dernier rapport publié du CSCE sur le respect des codes de la consommation et du commerce, par les sites de commerce électronique français a été déposé en avril 2008.[516]. Dans un marché marqué par une croissance à deux chiffres (évaluée à 30% en 2007 par rapport à 2006), les agents du

[515] Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

[516] V° le site http://www.men.minelli.gouv.fr/webmen/informations/pdf/csce.pdf.

ministère des Finances ont constaté, comme dans leur rapport précédent de mars 2003, une baisse régulière du « taux infractionnel» (nombre d'infractions présumées rapporté au nombre de contrôles effectués) lié au commerce électronique. Le rapport fait état, cependant, de l'extension des contrôles liés à l'arrivée sur le marché de nouveaux consommateurs se rapprochant du profil « grand public » ainsi qu'à l'émergence d'un commerce électronique organisé par de petits commerces peu informé des règles applicables.

**404. - L'augmentation du nombre de contrôles**. Le nombre de contrôles en 2007 a connu une augmentation de 30 % par rapport a 2006 (une hausse des contrôles de 95 % avait été enregistrée en 2006.) Ils se sont traduits par 887 rappels de réglementation[517], 1369 notifications d'information réglementaire[518] et, provisoirement, par 112 procès-verbaux d'infraction transmis aux Procureurs de la république compétents aux fins de poursuite, sous réserve d'appréciation d'opportunité (d'autres procédures sont en cours d'examen). Il a été constaté que le « niveau infractionnel » est de 37,23 %, (contre 35,65 %, en 2006) L'augmentation des anomalies s'explique diversement depuis la loi du 21 Juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, le champ d'investigation du RSI ne se limite plus aux sites marchands, mais englobe les sites fournissant de simples informations commerciales ; d'autre part, le nombre de sites de vente en ligne a augmenté de plus de 80% en 2007. Les investigations ont de ce fait été menées auprès d'opérateurs qui, en règle générale, ignorent tout ou partie des obligations légales dans ce domaine. Du fait de l'arrivée sur le marché de nombreux petits commerçants, des opérateurs dont la visibilité sur les pages web est moins grande que les opérateurs habituellement référencés par les annuaires ont été identifiés et contrôlés, de même que des nouveaux sites de commerce électronique qui n'affichent pas toujours toutes les informations légalement imposées (adresse géographique adresse électronique, téléphone, etc.)

[517] Rappel de réglementation : avertissement adressé par l'administration concernée à une entreprise en cas d'infraction peu grave, suivi d'un second contrôle.

[518] Notification d'information réglementaire : information communiquée par une administration à une entreprise sur la réglementation applicable en cas d'infraction mineure.

**405. - La répression mesurée et pédagogique**. Le plus souvent, les anomalies relevées ont fait l'objet de simples rappels de réglementation ou de notifications d'information réglementaire, s'agissant d'infractions peu graves relevant du domaine contraventionnel. La mise en conformité de ces sites, effectivement contrôlés, peut être obtenue sans qu'il soit nécessaire d'engager des poursuites contentieuses. Le volume des manquements aux règles d'identification de la vente à distance et à la loi pour la confiance dans l'économie numérique (1550 en 2007 contre 1094 en 2006) maintient le pourcentage d'infractions à un niveau élevé. Au-delà des chiffres bruts et contrairement aux apparences le web se révèle de moins en moins délictueux puisque le pourcentage de délits au sens strict (publicité mensongère, soldes illicites contrefaçons, tromperie ) par rapport au total des infractions, a diminué : 12,5 % en 2007 (contre 16 % en 2006 et 20 % en 2005).

Par ailleurs, à l'exception notable des annonces de réduction de prix lors des périodes de promotions, l'information générale sur les prix est satisfaisante. Les infractions en ce domaine passent de 11,7 % en 2006 à 9,1 % en 2007. Le secteur web « voyages, transports, hôtels » a été le plus contrôlé au cours de l'année 2007. Le secteur « santé, hygiène beauté» a fait l'objet d'investigations poussées (contrôle des mentions nutritionnelles et des publicités pour les ventes de lunettes) Les anomalies les plus fréquentes sont des infractions aux textes réglementant les informations obligatoires sur les supports publicitaires et aux dispositions relatives aux règles de publicité (publicité sur les de prix ou publicité trompeuse).

Globalement, il est intéressant de relever que, même si elles paraissent jugées comme « peu graves » par les services de répression en raison de leur nature contraventionnelle, les infractions à l'obligation d'information correspondent à 64,90 % des infractions relevées si l'on fait abstraction de celles portant sur les prix (9,1 %) qui sont poursuivies sur la base d'autres textes que ceux relatifs au commerce électronique.

**406. - Les domaines les plus exposés**. 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%).

Comme pour les années précédentes, la DGCCRF a privilégié une approche pédagogique pour permettre aux sites concernés de régulariser, s'il y a lieu, leur situation. Si l'envoi d'avertissements, sous forme de rappels de réglementation, a ainsi été privilégié pour les infractions les moins graves, 112 procès-verbaux ont cependant été transmis au parquet, contre seulement 18 en 2002. 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 livré.

Cette présentation préalable des instruments de surveillance et de contrôle de l'économie numérique nous amène aux sanctions qui s'appliquent en cas de non-respect de l'obligation d'information. Une démarche naturelle lorsque l'on cherche à déterminer les conséquences de l'inobservation d'une règle juridique est de se tourner vers celle-ci et de voir ce qu'elle prévoit. Toutefois, compte tenu du fait que les règles à examiner sont en l'espèce le résultat de la transposition de dispositions communautaires, il convient de commencer par observer la manière dont ces dernières ont elles-mêmes réglé la question.

**407. - Le silence des textes européens en ce qui concerne les sanctions**. Les articles 5 et 10 de la directive sur le commerce électronique, à l'origine des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et 1369-1 du Code Civil, sont restés muets sur ce point. Par ailleurs, l'article 20 du texte communautaire dispose d'une façon générale qu'il appartient aux États membres de fixer le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales qui auront été adoptées en application de la directive[519]. Il

[519] Article 20 de la directive sur le commerce électronique : « Les États membres déterminent le régime des sanctions applicable aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente

ajoute que les États membres devront prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre du texte communautaire et ajoute que les sanctions retenues devront être « effectives, proportionnées et dissuasives ». Enfin, le considérant n° 54 précise un point très important en indiquant que les États membres n'ont pas l'obligation d'assortir de sanctions pénales la violation des dispositions nationales adoptées en application de la directive.

Par ailleurs l'article 4 de la directive 97/7/CE, qui a inspiré l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, est, de la même manière silencieux sur le sujet des sanctions. En fait, l'article 11 du texte communautaire, intitulé « Recours judiciaire ou administratif », renvoie lui aussi aux États membres la tâche de prendre les mesures adéquates pour assurer le respect des dispositions de la directive[520].

**408. - Le renvoi par les textes européens aux législateurs nationaux pour fixer les sanctions**. Le législateur communautaire a donc confié aux législateurs nationaux la tâche de prévoir eux-mêmes les sanctions applicables en cas d'inexécution par un prestataire des obligations d'information précontractuelles qui lui incombent, en vertu des mesures qu'ils ont adoptées pour la transposition de ces deux directives.

**409. - Le problème de méthodologie**. À ce stade de l'étude, il est possible de se demander s'il faut traiter ensemble les questions des sanctions applicables en cas de violation des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, 1369-1 du Code Civil et l'article L 121-18 du Code de la Consommation. En effet, d'un côté le problème posé est identique : il s'agit dans les deux cas de rechercher comment sanctionner l'inexécution d'une obligation de faire figurer une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique. On pourrait donc être tenté de dire « à problème identique, solution identique ». D'un autre côté, les mentions obligatoires de l'offre de contrat de

directive et prennent toutes mesures nécessaires pour assurer leur mise en œuvre. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ».

[520] Article 11, paragraphe 1, de la directive 97/7/CE : « Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs ».

commerce électronique ont pour origine des dispositions issues de sources très différentes. Cette différence d'origine ne doit-elle pas être prise en compte d'une façon ou d'une autre au niveau de la sanction ?

**410. - Le choix de présenter une analyse globale des sanctions**. Il semble possible de préférer une analyse globale de la question des sanctions applicables tout en prévoyant une étude particulière dans les cas où l'un ou l'autre de ces textes prévoit une sanction spécifique. En effet le problème juridique posé est identique quel que soit le texte de même que le but qu'ils poursuivent. Il s'agit de protéger l'internaute en entourant de garanties les conditions dans lesquelles il donne son consentement au contrat de commerce électronique.

Un rapide tour d'horizon des règles juridiques consacrant des obligations d'information spéciales montre que le législateur assortit habituellement leur inexécution de sanctions civiles et/ou pénales[521]. Qu'en est-il des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, 1369-1 du Code Civil et L. 121-18 du Code de la Consommation ? On relève que des sanctions pénales ont été prévues en cas de violation des premiers et troisième de ces textes, tandis que le silence le plus complet entoure celle du deuxième. Deux points importants doivent être soulignés.

**411. - L'absence de sanction spécifique n'exclut pas les sanctions de droit commun**. Tout d'abord, l'absence de sanctions spéciales, en cas de non-respect de l'article 1369-1 du Code Civil, ne signifie pas que le commerçant électronique n'encourt aucune sanction s'il le méconnaît. Dans une telle situation, il convient de se replier sur le droit commun des contrats.

**412. - La stipulation de sanctions pénales n'exclut pas les sanctions civiles**. Ensuite, il est légitime de se demander si l'existence de sanctions pénales exclut l'application de toute

[521] Ainsi l'article L. 121-23 du Code de la Consommation prévoit la nullité du contrat conclu dans le cadre d'un démarchage à domicile, dans l'hypothèse où l'exemplaire du contrat remis par le professionnel au consommateur ne contient pas toutes les mentions requises.

sanction civile. La réponse est bien naturellement négative[522]. La jurisprudence a en effet toujours admis qu'une sanction civile peut également être prononcée cumulativement, cette sanction devant alors être recherchée sur le fondement du droit commun des contrats[523]. Il ne fait aucun doute qu'une telle jurisprudence s'applique également dans le contexte d'un contrat de commerce électronique.

L'inobservation par le commerçant électronique des obligations particulières d'information mises à sa charge par le législateur peut prendre deux formes : soit le prestataire a purement et simplement omis l'une ou l'autre des mentions obligatoires dans son offre de contrat de commerce électronique, soit il a indiqué une mention erronée. Il y aura lieu d'examiner les sanctions civiles envisageables du chef de la méconnaissance de l'obligation d'information (Chapitre 1), ainsi que, ensuite, les sanctions pénales (Chapitre 2).

Sur le plan des sanctions de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, ainsi qu'il l'a été constaté dans l'examen du domaine de l'obligation, de nombreuses incertitudes existent qui nous ont conduit, en présentant cette partie de l'étude, à qualifier d'imprécises les sanctions de l'obligation.

[522] En ce sens, voir M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une* théorie, Thèse préc. n° 587.

[523] Cass. com., 10/02/1991, Bull. Civ. IV, n° 71 ; RTD civ. 1998, p. 365, obs. J. MESTRE ; Contrats, conc., consom. 1998, n° 55, obs. L. LEVENEUR ; Defrénois 1998, art. 36815, n° 64, p. 732, obs. P. DELEBECQUE ; Revue Lamy Droit dés Affaires 1998, n° 4, n° 212, obs. P. STORRER.

# CHAPITRE 1

# SANCTIONS CIVILES

Dans le silence de loi, il revient traditionnellement au juge la difficile tâche de déterminer la ou les sanctions adéquates. Quels sont les différents types de litiges susceptibles d'être présentés aux juges.

**413. - Le cas d'absence d'une mention portant sur un élément essentiel du contrat**. Une première hypothèse peut être rapidement évoquée. Il s'agit du cas où la mention obligatoire qui fait défaut coïncide avec un élément essentiel du contrat de commerce électronique. On pense par exemple à l'indication du bien ou du service proposé. Dans un tel cas, l'offre ne répond pas à l'exigence de précision telle qu'elle est traditionnellement définie. La conséquence est alors bien connue : elle doit être disqualifiée en une invitation à entrer en pourparlers et toute acceptation de celle-ci est insusceptible de former le contrat. La sanction appropriée est donc, dans un tel cas, la disqualification de l'offre.

Le véritable problème est en fait de déterminer la sanction de l'absence de l'une des nombreuses autres mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique, c'est-à-dire, celles qui ne portent pas sur un élément essentiel du contrat, qu'il soit ou non un contrat du commerce électronique.

**414. - Le large éventail des sanctions envisageables dans les autres cas**. Si l'on se penche sur les solutions qui ont été adoptées jusque-là par la jurisprudence, en dehors du cadre particulier du commerce électronique, lorsque la loi impose la présence de mentions obligatoires dans une offre sans prévoir les sanctions correspondantes, on peut observer que les juges recourent à un éventail assez large de sanctions : inopposabilité de la mention oubliée, annulation du contrat conclu, allocation de dommages et intérêts à la partie créancière de l'obligation d'information sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle, etc. Il faut voir que, dans chaque cas, le juge se coule dans un procès dont les

données ont été tracées par les parties et qui fixent pour lui un cadre de contrainte dans lequel l'éventail de sanctions possibles est adapté au cas par cas, selon les positions prises par les parties.

Certaines de ces sanctions recouvrent des hypothèses exceptionnelles.

**415. - L'omission d'une information génératrice d'un vice caché**. Ainsi la violation d'une obligation précontractuelle d'information peut être à l'origine d'un vice caché ou d'une éviction. Elle est alors sanctionnée sur le fondement de la garantie des vices cachés[524] ou sur celui de la garantie d'éviction. Un important jugement du tribunal de grande instance de Nanterre, du 2 septembre 2003[525], fournit une illustration particulière de l'application de la notion de vice caché[526]. En l'espèce, la demanderesse avait intenté une action rédhibitoire en garantie des vices cachés contre une maison de disque qui avait produit le compact disque protégé techniquement contre la copie, en soutenant que le dispositif anticopie contenu dans le compact disque l'empêchant de le lire sur son autoradio, il était affecté d'un vice, le rendant inapte à un usage normal. Le tribunal a tout d'abord qualifié l'anomalie dont le compact disque souffrait de vice au sens de l'article 1641 du Code Civil. Puis, après avoir constaté que la demanderesse n'avait pu connaître l'existence de cette anomalie puisque les seules informations qui lui avaient été communiquées sur la pochette du compact disque se rapportaient à l'existence du dispositif anticopie et nullement aux éventuelles conséquences de cette protection sur la lecture du compact disque, il a estimé que la demanderesse ne pouvait avoir connaissance du vice qui était donc bien caché. En conséquence, il a condamné la maison de disque à lui restituer le prix du compact disque, car, en tant que professionnel, elle aurait dû connaître les conséquences potentiellement attachées à l'utilisation d'un dispositif technique anticopie.

[524] Art. 1641 du C. civ.

[525] TGI Nanterre, 02/09/2003, Gaz. Pal. 2004, du 21 au 22 janvier, Jurisprudence – Sommaires, p. 49, note B. MISSE, C. AVIGNON.

[526] Article 1641 du Code Civil : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendre impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait qu'un moindre prix, s'il les avait connu ».

**416. - L'application de la réglementation des clauses abusives**. Par ailleurs, l'absence d'une mention imposée par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation dans une offre de contrat de commerce électronique a fait indirectement l'objet d'une sanction originale dans un jugement précité du tribunal de grande instance de Paris, rendu le 4 février 2003[527]. Il s'agissait en l'espèce d'apprécier le caractère éventuellement abusif de plusieurs clauses figurant dans les conditions générales établies par un commerçant électronique. Parmi celles-ci se trouvait une clause relative à l'exécution par le commerçant électronique de son obligation précontractuelle d'information concernant les modes et conseils d'utilisation des biens proposés dans son catalogue électronique. Cette clause lui permettait de communiquer ces informations au plus tard lors de la livraison du bien (sauf cas particuliers). Le tribunal a considéré que le commerçant électronique, en s'autorisant à transmettre ces informations après la conclusion du contrat, a voulu se dispenser de l'obligation d'information précontractuelle mise à sa charge par l'article L. 111-1 du Code de la Consommation relativement aux caractéristiques essentielles des biens proposés à la vente. En conséquence, il a déclaré la clause abusive et ordonné sa suppression des conditions générales.

**417. - L'inopposabilité de la mention omise**. Une autre sanction encore consiste en l'inopposabilité au cocontractant de la mention omise. Elle n'est toutefois efficace que dans le cas où le commerçant électronique entend se prévaloir de la mention à l'égard de l'internaute. Dans tous les autres cas, elle n'apporte rien à ce dernier, et n'est pas non plus source d'une quelconque conséquence pour l'offrant.

**418. - La nullité du contrat**. Dès l'instant où le législateur édicte des règles impératives portant obligation d'information, la nullité du contrat de commerce électronique devrait être la sanction naturelle d'une offre présentée accompagnée d'informations incomplètes ou fausses (section 1) , les autres sanctions, applicables alternativement ou cumulativement, seront regroupées ensuite pour montrer tout l'éventail des autres manières

[527] TGI Paris, 04/02/2003, préc. Cette décision mérite d'autant plus de retenir l'attention puisqu'il constitue l'une des assez rares décisions rendues spécifiquement dans le domaine du commerce électronique.

de réagir aux manquements d'un prestataire informatique ne remplissant pas son obligation d'information (section 2)

## Section 1

## La nullité du contrat de commerce électronique

**419. - Le caractère facultatif de la nullité du contrat**. La nullité est la sanction de l'inobservation de l'une des conditions de formation d'un contrat. L'article 1108 du Code Civil énumère les conditions de fond qui régissent la formation de tout contrat : le consentement des parties, leur capacité de contracter, un objet certain formant la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation. Ces conditions de fond sont parfois complétées par des conditions de forme[528]. Cependant la loi n'assortit pas nécessairement expressément le non-respect d'une condition de forme de la nullité du contrat[529]. On constate dans ces hypothèses que la nullité du contrat est une sanction qui peut être malgré tout prononcée par les juges, parfois de façon autonome, mais le plus souvent sur le fondement des vices du consentement.

Qu'en est-il de l'application de cette jurisprudence dans l'hypothèse d'une offre de contrat de commerce électronique incomplète (§ 1°-) ? La question mérite également d'être posée dans celle d'une offre contenant une mention erronée. Nous l'étudierons dans le cas particulier où la mention fausse est celle relative au prix du bien ou du service proposé (§ 2°-).

[528] Ainsi, l'article 2127 du Code Civil exige que le contrat constituant une hypothèque soit passé sous la forme d'un acte authentique.

[529] Sur les sanctions du non-respect du formalisme, voir notamment G COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », Defrénois 2000, p. 885 ; LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », JCP 1999. I. 170 ; P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats – Approches de droit comparé », in M. FONTAINE (dir.), Le processus de formation du contrat – *Contributions comparatives interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Paris : LGDJ, Bruxelles : Bruylant, Bibliothèque de la Faculté catholique de l'Université de Louvain, Centre de droit des obligations, 2002, p. 604 et plus particulièrement no 52 et suivants.

## § 1 - *L'offre de contrat de commerce électronique est incomplète*

L'absence d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique suffit-elle à entraîner la nullité du contrat conclu (A) ou l'internaute doit-il démontrer avoir été victime d'un vice du consentement (B) ? Ou bien existe-t-il encore «une troisième voie» (C) ?

### A – Nullité nécessaire

**420. - La nullité est la conséquence obligatoire**. La première conception attache à l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre la nullité nécessaire du contrat. Certains auteurs suggèrent de sanctionner l'offre de commerce électronique incomplète par la nullité pour inobservation d'une condition de forme[530]. Ils estiment en effet que la validité de l'offre de contrat de commerce électronique est subordonnée à la communication à l'internaute des informations préalables prévues par l'article 10 de la directive sur le commerce électronique, ainsi que par l'article 4 de la directive 97/7 CEE, lorsque le commerçant électronique agit à titre professionnel et que l'internaute justifie de la qualité de consommateur[531]. Le non-respect de ces dispositions doit donc suffire à lui seul à entraîner par ricochet la nullité du contrat de commerce électronique dans son ensemble[532].

**421. - L'ordre public, fondement de cette conception**. Une telle position s'inscrit dans un courant doctrinal qui considère que les lois spéciales imposant l'insertion de mentions obligatoires ayant pour finalité la protection du consentement de l'une des parties dans les

[530] À rapprocher de COUTGRIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », préc. Selon cet auteur, il suffit que le formalisme protecteur n'ait pas été respecté pour que le juge puisse prononcer la nullité du contrat.

[531] LAMBERTERIE, VIVANT, « Commerce électronique : de nouvelles pratiques contractuelles ? », préc.

[532] Rien de tel n'est soutenu pour la mention obligatoire de l'offre issue de l'application de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique car cette mention très particulière n'a aucune valeur informative directe pour l'internaute.

offres de contrat ou les contrats eux-mêmes présentent un caractère d'ordre public. Leur violation doit donc être sanctionnée par la nullité du contrat conclu.

**422. - Un exemple jurisprudentiel de cette approche**. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1998[533] illustre ce courant. Il était question en l'espèce d'un démarchage à domicile irrégulier au regard de l'article L. 121-26 du Code de la Consommation, qui interdit au démarcheur de recevoir un paiement anticipé sous quelque forme que ce soit avant l'expiration d'un délai de réflexion suivant l'opération de démarchage. La loi prévoit une sanction pénale en cas de non-respect de ce délai de réflexion, mais ne prévoit rien sur une éventuelle sanction civile. La Cour de cassation, en visant des articles L. 121-26 du Code de la Consommation et 6 du Code Civil a considéré que « *la méconnaissance de cette disposition d'ordre public est sanctionnée non seulement* pénalement, mais aussi par la nullité du contrat. »

**423. - La transposition de cet exemple dans le contrat du commerce électronique**. Or, les dispositions de l'article 1369-1 du Code Civil, ainsi que celles de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, répondent à ce but de protection particulière de l'un des cocontractants. De plus, l'article L. 121-20-7 du Code de la Consommation dispose expressément que l'ensemble des dispositions de la section du Code de la Consommation relative à la vente de biens et la prestation de services à distance sont d'ordre public. Quant à l'article 1369-1 du Code Civil, il est possible d'affirmer qu'il a valeur impérative du fait qu'il n'est possible d'y déroger que dans les cas prévus par l'article 1369-3. Les articles L. 121-18 du Code de la Consommation et 1369-1 du Code Civil devraient donc être considérés comme deux textes d'ordre public et les juges devraient pouvoir sanctionner leur violation par la nullité du contrat de commerce électronique, sur le fondement de l'article 6 du Code Civil. Si l'on prend le parti de considérer que l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique doit être sanctionnée de façon autonome par la nullité du contrat, encore faut-il s'interroger sur le régime de cette nullité. S'agit-il d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ?

[533] Cass. 1ère Civ. 7/1O/1998, Bull. civ. I, n° 290 ; D. Affaires 1998, p. 1850 ; RTD civ. 1999.384, obs. J. MESTRE, JCP 1999.II. 10039, note S. GERVAIS ; RTD corn. 1999.485, obs. B. BOULOC.

**424. - La nature de la nullité pouvant être encourue sur ce fondement**. Deux thèses s'opposent, de manière générale, à propos de la nature de la nullité prononcée pour violation d'une règle de forme. Si on considère que la forme incarne véritablement l'acte juridique (entendu au sens de « negotium ») qui ne peut exister sans elle, alors l'inobservation de la forme doit entraîner la nullité absolue de l'acte. Si, par contre, on estime qu'une règle de forme a nécessairement pour finalité la protection d'intérêts particuliers, il faut rechercher pour chaque espèce si l'intérêt protégé est celui des parties, celui des tiers ou encore l'intérêt général, pour en déduire si une nullité relative ou absolue doit être prononcée.

**425. - La nullité relative retenue par les tribunaux**. En faveur de la seconde thèse, on rappelle que, lorsque la loi sanctionne expressément l'inobservation de ce formalisme informatif particulier par la nullité totale ou partielle du contrat, la jurisprudence tend à considérer qu'il doit s'agir d'une nullité relative. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 21 janvier 1992, s'est prononcée en faveur de la nullité relative de la clause stipulant des intérêts conventionnels au motif que les dispositions de l'article 4 de la loi du 28 décembre 1966 imposant l'indication du taux effectif global dans l'écrit constatant le contrat de crédit à la consommation ont été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur[534]. Aussi, si nullité il y a en cas d'inobservation du formalisme informatif mis en place pour encadrer l'offre de contrat de commerce électronique, il devrait s'agir d'une nullité relative, dont le prononcé ne peut être demandé que par l'internaute. Toutefois, la décision précédemment examinée de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 7 octobre 1998, présente semble-t-il un caractère relativement isolé.

Certains auteurs citent un autre arrêt rendu par cette même juridiction, le 20 juillet1994, dans un sens tout à fait similaire. Il s'agissait en l'espèce de trois offres de

[534] CA Paris, 16/05/1986 ; D. 1986. Jurisp. 465 ; Cass 1ère Civ., 21/01/1991, Bull. civ. I, n° 22 (1er arrêt). Dans le même sens, voir Cass. 1ère Civ., 10/07/2002, Bull. civ. I, n° 195. Pour un commentaire, voir X. LAGARDE, « Actualité jurisprudentielle du crédit aux particuliers », Petites Affiches 2003, n° 207, p. 5. Voir également Cass. 1ère Civ., 16/03/2004, D. Affaires 2004. AJ. 947, note V. AVENA-ROBARDET.

contrat de prêt immobilier à la consommation, incomplètes au regard de l'article 5 de la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 (devenu l'article 312-8 du Code de la Consommation). La Cour de cassation, en visant les articles 5 et 36 de la loi du 13 juillet 1979 (devenus les articles 312-8 et L. 312-33 du Code de la Consommation), avait alors clairement affirmé que « le non-*respect de ces dispositions d'ordre public est sanctionné, non seulement par* la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, mais encore par la nullité du contrat de prêt ».

Cependant, il faut rappeler le revirement de jurisprudence intervenu ultérieurement[535]. Aujourd'hui, l'inobservation du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de prêt immobilier à la consommation n'est plus sanctionné sur le plan civil que par la seule déchéance du prêteur du droit aux intérêts en totalité ou dans la proportion fixée par le juge ainsi que le prévoit l'article L. 312-33 (dernier alinéa) du Code de la Consommation.

En fait, une partie importante de la doctrine estime qu'en l'absence de disposition légale spéciale, la violation d'une obligation d'information n'est susceptible d'entraîner la nullité du contrat conclu que si le défaut d'information a été à l'origine d'un vice du consentement du créancier de celle-ci[536].

[535] Cass. 1ère Civ., 09/03/1999, Bull. civ. I, n° 86 ; D. Affaires 1999.628 ; D. 1999.lR. 95 : « Vu l'article 312-33 du Code de la Consommation, attendu qu'il résulte de ce texte que la seule sanction civile du défaut de communication du tableau d'amortissement est la perte, en, totalité ou en partie, du droit aux intérêts dans la proportion fixée par le juge. ». Dans le même sens : Cass. 1ère Civ., 23/03/1999, Bull. civ. I, n° 108 ; D. Affaires 1999. 754 ; D. 2000. 50, obs. J.-P. PIZZIO. À rapprocher également de Cass. 1ère Civ., 27/11/2002, *Bulletin d'actualité du Lamy droit économique* 2003, n° 158( janvier), p. 11l.

[536] SERIAUX, Droit des obligations, préc. n° 22 ; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil : les obligations, préc. n° 252 et 254. L'avantage principal de cette dernière proposition est qu'elle est conforme à la finalité poursuivie par le législateur lorsqu'il a imposé des obligations d'information et qui est assurer une meilleure protection du consentement de l'une des parties au contrat.

### B – Nullité conditionnée à un vice du consentement

**426. - La nullité conditionnée par un vice du consentement**. La deuxième conception retient que l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre n'entraîne la nullité du contrat que si elle est à l'origine d'un vice du consentement. Le formalisme informatif ayant pour finalité la protection du consentement de l'une des parties à un contrat, son inobservation ne devrait être sanctionnée par la nullité du contrat que si elle a eu pour effet de vicier le consentement qui devait être protégé. Cette position est défendue par de nombreux auteurs[537].

**427. - Les nombreuses décisions qui se réfèrent à cette approche**. On constate en outre un nombre d'arrêts croissant rendus en ce sens par la Cour de cassation[538]. On peut ainsi citer un arrêt de la chambre commerciale, rendu le 10 février 1998, qui a reproché à une cour d'appel d'avoir annulé six contrats de location gérance soumis à l'article 1er de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite « loi Doubin » sans avoir recherché « si le défaut *d'information avait eu pour effet de vicier le consentement des locataires gérants* »[539]. L'article 1er de la loi Doubin, devenu l'article L. 330-3 du Code de Commerce, impose une

[537] COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme». Préc. ; LARROUMET, Droit civil – Les obligations – Le contrat, Tome III, préc. n° 378 ; J. CI. Concurrence Consommation, Information du consommateur, fasc. 845, 1997, par G. RAYMOND, n° 18.

[538] On relève en effet quelques décisions de juges du fond qui s'inscrivent en faux et se sont prononcés faveur d'une nullité automatique du contrat dès l'instant où l'inexécution d'une obligation d'information précontractuelle d'origine légale était constatée. Voir notamment CA Paris, 18/06/1997, 09/09/1997, JCP E. 1998.605, obs. P. N. L. ; CA Montpellier, 04/12/1997, JCP E. 1998. 605, obs. P. N. L.

[539] Cass. Corn., 10/02/1998, Bull. civ. IV, n° 71; RTD civ. 1998, p. 365, obs. J. MESTRE. Cet arrêt a été rendu dans le contexte d'une controverse jurisprudentielle à propos de la sanction civile de la méconnaissance de l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du Code de Commerce. Plusieurs arrêts de cours d'appel avaient en effet prononcé la nullité automatique de contrats soumis aux dispositions de la loi Doubin pour violation de l'obligation d'information préalable, sans procéder à d'autres recherches, au motif que ces dispositions étant pénalement sanctionnées, elles doivent être considérées comme présentant un caractère d'ordre public et donc que leur violation suffit à entraîner l'annulation des contrats en vertu de l'article 6 du Code Civil. Voir notamment CA Montpellier, 04/12/1997, JCP E 1998. I. 1606, obs. PH. NEAU-LEDUC ; 21/03/2000, D. 2001. SC. 296, obs. D. FERRIER ; JCP E 1998, *Cahier de droit de l'entreprise* n° 4, p. 18, obs J.L. RESPAUD. Contra : CA Rennes, 15/1 2/1999, JCP E 1998, *Cahier de droit de l'entreprise* n° 4, p. 18, obs .-L. RESPAUD. Sur les discussions menées sur la question voir notamment J. MESTRE, PH. NEAU-LEDUC, « La théorie générale des contrats à l'épreuve de la loi Doubin », JCP E 1998, *Cahier de droit de l'entreprise* n° 2, p. 27 ; J.-F. KAMOEM, « De la sanction de l'obligation d'information préalable posée par la loi Doubin », D. Affaires 1998. 988 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD, « Comment renforcer l'efficacité de la Loi Doubin » (art. L. 330-3 du Code de Commerce) ? », Contrats, conc., consom. 2003, chrono n° 4, p. 5.

obligation d'information précontractuelle, pénalement sanctionnée[540] au professionnel qui met à disposition d'un autre professionnel un nom commercial, une marque ou une enseigne en contrepartie d'une exclusivité ou d'une quasi-exclusivité. La question qui était posée aux juges était alors celle de savoir si, en l'absence de sanction civile particulière, la nullité du contrat comportant une clause d'exclusivité pouvait être prononcée au seul motif de la violation de l'article L. 330-3 du Code de Commerce. La cour d'appel avait répondu par l'affirmative. La chambre commerciale de la Cour de cassation a censuré cette décision au motif que la nullité du contrat n'aurait pu être prononcée que si le défaut d'information précontractuelle avait été à l'origine d'un vice du consentement[541]. Elle a depuis rappelé plusieurs fois déjà que la démonstration d'un vice du consentement par le créancier de l'information préalable prévue par l'article L. 330-3 du Code de Commerce est nécessaire au prononcé de la nullité du contrat.

Des décisions similaires ont été adoptées par la Cour de cassation dans d'autres matières. Il se dégage ainsi une nette tendance au niveau de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire pour affirmer que la violation d'une obligation spéciale d'information, non accompagnée d'une sanction civile spécifique, ne saurait entraîner de manière automatique, par elle-même, la nullité du contrat. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 15 décembre 1998, à propos de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation précité, que le texte ne prévoyant aucune sanction civile, le consommateur ne peut demander la nullité du contrat conclu en violation de ce texte sur ce seul fondement[542].

**428. - La théorie des vices du consentement est applicable au contrat du commerce électronique**. Il ne fait aucun doute que la théorie des vices du consentement s'applique au

[540] Voir l'article 2 du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social (JO, 6 avril 1991) qui punit des peines d'amende prévues pour les contraventions de cinquième classe la violation des articles L. 330-3 du Code de Commerce.

[541] Dans le même sens, voir Paris 14/11/1997, JCP E 1998. 605, obs. P. N. L.

[542] Cass. 1ère Civ., 15/12/1998, Bull. civ. I, n° 366 ; RTD civ. 1999. 386, obs. J. MESTRE. Ceci ne signifie toutefois pas que le prestataire est à l'abri de toute sanction civile. Il peut notamment faire l'objet d'une action en réparation du préjudice que son fait a pu causer ou encore s'exposer à une action en cessation de ses agissements illicites de la part d'une association agréée de défense des consommateurs.

contrat de commerce électronique. En effet, « les contrats spéciaux, régis par des dispositions particulières, demeurent régis par le droit commun des contrats p*ourvu qu'il n y ait pas d'incompatibilité entre les dispositions générales et les dispositions* particulières », a rappelé la Cour d'appel de Versailles dans un arrêt du 8 juillet 1994[543]. Il se peut donc que l'omission d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique soit reconnue comme étant à l'origine d'un vice du consentement de l'internaute et donc cause de nullité du contrat.

L'article 1109 du Code Civil prévoit trois vices susceptibles d'affecter le consentement d'une partie et d'entraîner la nullité du contrat : le dol, l'erreur et la violence[544]. La violence étant une pression exercée sur l'une des parties pour l'amener à conclure le contrat, elle ne nous est d'aucune utilité dans notre hypothèse. En fait, il apparaît que l'omission d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique peut être à l'origine soit d'un dol (a), soit d'une erreur (b).

### 1- *L'omission constitutive d'un dol*

**429. - L'éventualité où l'omission d'information peut constituer un dol**. L'inexécution par le débiteur de son obligation d'information peut tout d'abord être constitutive d'un dol au sens de l'article 1116 du Code Civil[545]. Le dol se définit comme une ou des manœuvres ayant eu un effet déterminant sur le consentement d'une partie à un contrat et émanant du cocontractant. Trois conditions devront donc être satisfaites pour que « l'oubli» du commerçant électronique soit qualifié de dol.

[543] CA Versailles, 08/07/1994, RTD civ. 1995. 97, obs. J. MESTRE.

[544] Article 1109 du Code Civil : « Il n y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

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

**430. - L'exigence d'agissements qualifiables de manœuvres**. L'omission d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique doit tout d'abord relever d'une manœuvre du commerçant électronique. En d'autres termes, il doit y avoir une réticence dolosive de la part du commerçant électronique, c'est-à-dire un silence gardé volontairement sur une information dont il sait qu'elle est déterminante du consentement de l'internaute afin d'amener celui-ci à contracter sur une base erronée[546].

Il faut insister sur le fait que le dol, cause de nullité d'un contrat, suppose une faute intentionnelle : il faut une intention de tromper de la part de la partie qui s'est tue[547]. En conséquence, il ne peut être question de rechercher la nullité du contrat de commerce électronique sur le fondement de la réticence dolosive lorsque le défaut d'information n'est que le résultat d'une négligence du commerçant électronique. L'inobservation du formalisme informatif régissant l'offre de contrat de commerce électronique ne présente pas en lui-même un caractère dolosif[548]. Il appartient donc à l'internaute de prouver que son cocontractant connaissait l'importance pour lui de l'information cachée et qu'il a en volontairement omis de la communiquer afin de provoquer une erreur qui a vicié son consentement[549]. Il s'agit en fait de démontrer que l'omission de telle mention dans l'offre

[546] Pour des exemples, voir Cass. 1ère Civ., 12/11/1987, Bull. civ. L, n° 158 ; D. 1987. IR. 236 ; Cass. 1ère Civ., 17/01/1997, Bull. civ. L, n° 1 ; JCP E 1998.604, obs. P. M. ; Cass. Corn., 03/07/2001, Bull. civ. IV, n° 128 ; Petites Affiches 2001, n° 241, p. 7. Par ailleurs, il importe peu que l'erreur provoquée par la manœuvre du commerçant électronique soit inexcusable. La jurisprudence considère en effet que la malhonnêteté de la partie à l'origine du dol doit toujours être sanctionnée, même si l'erreur provoquée dans l'esprit de la victime du dol est inexcusable eu égard par exemple au caractère professionnel de l'opération réalisée par la conclusion du contrat. Ainsi, voir Cass. 3ème Civ., 21/02/2001, D. 2001. IR. 906 ; RTD civ. 2001. 353, obs. MESTRE, FAGES ; Defrénois 2001. 703, obs. LIBCHABER ; JCP 2001. I. n° 330, obs. A. CONSTANTIN ; D. 2001. Jurisp. 2702, note D. MAZEAUD ; JCP 2002. II. 10027, note C. JAMIN ; D. 2002. Sc. 927, obs. C. CARON, TOURNAFOND. Voir également J. MOULY, « Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable (l'opinion dissidente d'un travailliste J. MOULY, D. 2003, Chron. 2023.

[547] À titre d'illustration, voir Cass. 1ère Civ. 12/11/1987, Bull. civ. I, n° 293, RTD civ. 1998, obs. J. MESTRE. En l'espèce, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond qui avaient retenu la réticence dolosive de l'une des parties sans avoir recherché « si le défaut de communication des factures de réparation *et d'indication de réparation restant à effectuer avait été faite intentionnellement pour tromper le* contractant et le déterminer à conclure la vente ».

[548] À rapprocher de CA Paris, 14/11/1997, préc. En l'espèce la cour d'appel rappelle que l'inexécution de l'obligation d'information de l'article 1er de la loi Doubin devenu l'article L. 330-3 du Code de Commerce ne présente pas en elle-même un caractère dolosif au sens de l'article 1116 du Code Civil.

[549] Dans le même sens, voir l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 1996 dans lequel les juges du fond ont vu leur décision cassée pour violation de l'article 1116 du Code Civil parce qu'ils avaient annulé un cautionnement sur le fondement de la réticence dolosive sans avoir recherché si le défaut d'information dont la caution se prévalait avait eu pour but de la tromper tout en la poussant à

de contrat avait pour objet de tromper le destinataire de cette offre en l'amenant à contracter sur une base fausse. Autant dire qu'une telle preuve est extrêmement difficile à rapporter, même si elle peut être apportée par tous moyens s'agissant de la preuve d'un fait juridique.

Le dol n'est ensuite une cause de nullité du contrat de commerce électronique que si la manœuvre provient du commerçant électronique cocontractant de l'internaute.

**431. - Le dol doit avoir été déterminant du consentement**. Enfin, le dol doit présenter un caractère de gravité suffisant. On dit qu'il doit avoir été déterminant du consentement de la victime de la manœuvre. Il faut donc distinguer selon l'information qui n'a pas été transmise à l'internaute, car toutes les mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique n'ont pas la même incidence sur le consentement de l'internaute. Cette question est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. S'ils estiment qu'il n'y a eu qu'un dol incident – c'est-à-dire un dol portant sur des aspects secondaires du contrat - ils ne prononcent pas la nullité de celui-ci, mais peuvent éventuellement condamner le commerçant électronique au paiement de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle[550].

**432. - La proposition d'aménagement du droit commun dans les contrats du commerce électronique**. À côté de ces règles issues du droit commun des contrats, certains auteurs ont proposé de créer un nouveau dol par réticence dans le cas de l'omission d'une information prévue par la directive sur le commerce électronique Il s'agirait d'admettre que le seul fait pour un commerçant électronique d'avoir manqué à ses obligations d'information suffit à constituer un dol dont l'internaute pourrait demander la

---

s'engager. Voir Cass. 1ère Civ., 13/02/1996, Bull. civ. I, n° 78 ; JCP 1996. IV. 798;p 1996. SC. 265, obs. L. AYNES ; RTD civ. 1996. 430, obs. B. BANDRAC.

[550] MALAURIE, AYN ES, Droit civil- tome VI- Les obligations, 9ème édition, par L. AYNES, prée. n° 417. Le dol constitue dans tous les cas une faute de nature délictuelle, au sens de l'article 1382 du Code Civil, qui peut servir de base à une action en responsabilité civile délictuelle contre le commerçant électronique. La chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé, dans un arrêt du 15 janvier 2002, qu'un cumul est même possible entre une action en annulation du contrat pour dol et une action en responsabilité civile délictue1le. Ainsi, voir Cass. Corn., 15/01/2002, RTD civ. 2002.290, obs. J. MESTRE, B. FARGES.

sanction en justice. L'adoption d'une telle solution remettrait cependant en cause le principe selon lequel le dol ne se présume pas : il appartient toujours à la partie qui s'en estime victime de prouver que la rétention d'information par son cocontractant avait pour finalité de l'amener à contracter sur une base incomplète ou fausse[551]. En fait, une telle proposition, si elle était retenue, reviendrait à rendre automatique la nullité du contrat de commerce électronique indépendamment de toute incidence de l'omission sur le consentement.

Au vu de ces éléments, une action en nullité du contrat de commerce électronique, sur le fondement de la réticence dolosive, a probablement peu de chance de prospérer, en raison de la difficulté pour l'internaute à démontrer que le silence a été volontairement conservé par commerçant électronique malgré son obligation d'informer et ceci dans le but de le tromper[552].

Un terrain plus favorable semble pouvoir être trouvé par l'internaute sur le plan de l'erreur, vice du consentement.

### ***2 - L'omission constitutive d'une erreur***

**433. - Les divers types d'erreur possibles**. L'erreur peut se définir comme une représentation erronée d'un élément du contrat. Toutes ne sont cependant pas une cause de nullité de la convention. Ainsi, l'article 1110 du Code Civil consacre deux cas d'erreur : l'erreur sur la personne du cocontractant et l'erreur sur la substance de la chose objet du

[551] Article 1116 du Code Civil : « Il [le dol] ne se présume pas. Il doit être prouvé. »

[552] Toutefois, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 13 mai 2003, paraît ouvrir quelques perspectives d'assouplissement de la jurisprudence dans l'appréciation de cet élément intentionnel (Cass. 1ère Civ., 13/05/2003, Bull. civ. I, n° 114 ; JCP 2003. II. 10144, note R. DESGORCES ; JCP E 2003.1. 170, obs. G. LOISEAU). Les juges ont en effet considéré que le fait pour une banque de savoir la situation de son débiteur irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée et d'omettre de porter cette information à la connaissance de la future caution, constitue un manquement à son obligation de contracter de bonne foi et par conséquent un dol par réticence. Il n'était donc pas nécessaire à la cour d'appel de rechercher si l'omission de cette information avait eu pour objet de tromper la caution.

contrat. La jurisprudence admet en outre un troisième cas assez particulier : l'erreur-obstacle[553].

**434. - L'improbabilité d'une erreur sur la personne**. L'erreur sur la personne du cocontractant peut être une erreur sur l'identité physique ou civile de celui-ci ou une erreur sur ses qualités essentielles[554]. Ce cas d'erreur ne s'applique que dans les hypothèses de contrats conclus en considération de la personne du cocontractant (contrats intuitu personae). L'omission d'une mention obligatoire relative à l'identité du commerçant électronique prévue par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ou l'omission du lien prévu par l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique pourrait a priori être à l'origine d'une telle erreur dans le cas où le contrat de commerce électronique est un contrat intuitu personae. Toutefois, il est difficile de voir les applications possibles de ce cas d'erreur dans un tel contexte. En effet, le contrat de commerce électronique peut certes être un contrat conclu intuitu personae, tel un contrat de location immobilière ou un contrat de prêt. Cependant, la personne en considération de laquelle il est conclu n'est pas celle du commerçant électronique, mais celle de l'internaute tantôt locataire ou emprunteur potentiel. Aussi, l'omission par le commerçant électronique d'une information permettant de l'identifier paraît difficilement pouvoir être la cause d'une erreur sur la personne du cocontractant.

**435. - L'erreur obstacle**. Quant à l'erreur-obstacle, elle recouvre essentiellement deux hypothèses où il n'y a pas eu rencontre des volontés contractuelles soit sur la nature du contrat, soit sur l'objet de celui-ci[555]. Il y a erreur sur la nature du contrat lorsque, par exemple, l'une des parties pense conclure un contrat de vente et l'autre une donation.

[553] V. J. GAUDEFROY, *L'erreur*-obstacle, Thèse Paris, 1924.

[554] Il peut s'agir par exemple de ses compétences professionnelles.

[555] Une troisième hypothèse d'erreur-obstacle consistant en l'erreur sur la cause du contrat est parfois également citée mais elle est controversée. Certains estiment ainsi que ce cas d'erreur est déjà pris en compte par le droit sous une autre dénomination. En ce sens, MALINVAUD, Droit des obligations, préc. n° 78 : «*L'erreur sur la cause* – prise au sens de la contrepartie attendue – doit être traitée comme une erreur sur la *substance, quant à l'erreur sur la cause* – au sens du motif qui a inspiré les cocontractants – *c'est une erreur* sur les motifs qui est le plus souvent considérée comme une erreur indifférente ». Quoi qu'il en soit, elle ne correspond pas à notre hypothèse.

L'erreur sur l'objet est une erreur sur la chose qui forme l'objet du contrat[556]. L'absence d'une mention obligatoire de l'offre de contrat de commerce électronique pourrait mener à de telles situations, et plus particulièrement à des erreurs-obstacles sur l'objet du contrat dans le cas où mention omise se rapporte au bien ou au service proposé.

**436. - L'erreur sur la substance de la chose ou du service, hypothèse la plus probable**. Enfin, l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique peut être, d'une manière certainement plus fréquente, à l'origine chez l'internaute d'une erreur sur la substance de la chose objet du contrat[557]. Entendue de manière objective, la substance désigne la matière dont la chose se compose. La jurisprudence admet également une conception subjective de la substance qui désigne alors les qualités substantielles de la chose, objet du contrat[558]. On se rend immédiatement compte que seule l'absence d'un nombre réduit de mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique est susceptible d'avoir une telle conséquence[559]. En fait, seules les mentions relatives au bien ou au service proposé par le commerçant électronique sont concernées.

**437. - L'erreur doit être déterminante du consentement apprécié in concreto**. Par ailleurs, l'erreur commise par l'internaute doit avoir été déterminante de son consentement. L'appréciation du caractère déterminant d'une erreur se fait in concreto en fonction de la personne de l'internaute. Le juge doit vérifier au cas par cas si l'internaute aurait conclu ou non le contrat en l'absence d'erreur.

---

[556] Elle peut porter sur le bien ou le service proposé dans l'hypothèse d'un contrat de commerce électronique.

[557] Sur ce cas d'erreur, voir notamment PH. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », D. 1972. Chrono 215.

[558] Article 1110 du Code Civil : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. » Sur l'erreur sur les qualités substantielles de la chose objet du contrat, voir notamment MALAURIE, AYNES, Droit civil – tome VI – Les obligations, 9ème édition, par L. A YNES, préc. n° 405 et 406 ; MALINVAUD, Droit des obligations, préc. n° 80 à 84.

[559] À ce propos, voir D. RONDEAU, « L'impact de « l'erreur» dans les contrats de vente passés sur internet», Gaz. Pal. 2003, du 20 au 24 avril, p. 23.

**438. - L'erreur doit être excusable**. Enfin, l'erreur commise par l'internaute doit être une erreur excusable. Ce caractère est lui aussi apprécié in concreto par le juge. Une erreur inexcusable peut se définir comme une erreur grossière. On considère généralement l'erreur commise par une partie comme inexcusable lorsqu'elle aurait pu facilement obtenir les renseignements qui lui ont fait défaut. On peut penser que ce n'est pas le cas dans le contexte de la conclusion d'un contrat, puisque, précisément, le législateur est intervenu pour remédier à un possible déficit d'informations pour l'internaute. Le commerce électronique n'incite pas à penser que l'internaute dispose aisément des moyens nécessaires pour obtenir les informations à partir desquelles il se déterminera à accepter ou non l'offre qui lui a été faite. Au contraire, c'est précisément en raison de la difficulté qu'il y a pour les internautes d'accéder aux informations importantes en vue de la conclusion d'un contrat de commerce électronique que le législateur a pris le parti d'imposer aux commerçants électroniques d'aussi lourdes obligations d'information précontractuelles. On peut faire, à l'appui de cette remarque, un parallèle avec un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 14 novembre 1997[560] dans lequel les juges ont rejeté le caractère inexcusable de l'erreur commise par une partie au motif que «les obligations légales de renseigner qui *n'ont pas été respectées visaient précisément à éviter un*e erreur sur la qualité substantielle de son engagement ». S'il est légitime que l'existence d'un vice du consentement entraîne la nullité du contrat de commerce électronique à la demande de l'internaute victime, l'est-il tout autant de subordonner systématiquement le prononcé de la nullité à une telle démonstration lorsque le commerçant électronique a omis une mention dans son offre ? Il est délicat de prendre parti.

**439. - La tentation d'invoquer rechercher la nullité automatique du contrat**. En effet, est-il souhaitable de retenir de manière automatique la nullité du contrat de commerce électronique dès que l'absence d'une mention obligatoire de l'offre est constatée ? On peut en douter, car toutes les mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique n'ont pas la même incidence sur le consentement de l'internaute. Qui peut prétendre par exemple que le fait de connaître les règles professionnelles auxquelles le commerçant électronique est soumis a une incidence aussi grande sur le consentement à un

[560] CA Paris, 14/11/1997, JCP E 1998.605, obs. P. N. L.

contrat que la connaissance des caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé ? La nullité apparaît parfois une sanction disproportionnée par rapport à l'irrégularité commise par le commerçant électronique.

**440. - La critique de l'exigence absolue d'un vice du consentement**. À l'inverse, la solution consistant à exiger dans tous les cas l'existence d'un vice du consentement pour que la nullité du contrat de commerce électronique puisse être prononcée paraît peu protectrice. Elle n'apporte rien par rapport au droit commun des contrats qui, de toute façon, s'applique au contrat de commerce électronique[561]. Elle réduit à bien peu l'apport de l'ordonnance n° 2001·741 du 23 août 2001 et de l'article 1369·1 du Code Civil. Or, la multiplication de procédures spéciales d'information préalablement à la conclusion du contrat est en grande partie due au constat du peu d'efficacité du droit commun des contrats à protéger le consentement de l'une des parties. Ne peut-on dès lors plutôt concevoir une « troisième voie» ?

### C - Proposition d'une « troisième voie»

Deux solutions intermédiaires ont été proposées comme alternatives aux deux conceptions évoquées ci-dessus.

**441. - L'assouplissement possible dans l'appréciation du caractère déterminant de l'erreur**. On pourrait tout d'abord penser à une solution consistant à demander au juge d'apprécier dans chaque espèce, au cas par cas, l'incidence de la mention omise sur le consentement de l'internaute, sans toutefois aller jusqu'à rechercher s'il y a eu vice du consentement au sens de l'article 1109 du Code Civil. Il s'agirait de considérer que l'inobservation du formalisme informatif des articles 1369-1 du Code Civil ainsi que celle de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation constituent des cas de nullité relative

[561] Contrat : LEVENEUR , obs. sous Cass. Corn., 10/02/1998 préc. L'auteur estime à propos de l'article L. 330-3 du Code de Commerce qu'il facilite la preuve de la réticence dolosive ou de l'erreur.

facultative pour le juge[562] dont la liberté d'appréciation pourrait jouer le rôle d' « une auxiliaire intelligente et vigilante du formalisme légal »[563]. Une démarche similaire a été consacrée par le législateur dans le cadre des contrats de cession amiable de fonds de commerce. L'article L. 141-1 du Code de Commerce, qui impose au cessionnaire d'indiquer différentes mentions obligatoires dans l'acte de cession, prévoit en effet que le juge peut, sur demande de l'acquéreur formée dans l'année de la cession, prononcer la nullité de l'acte en cas d'omission de l'une d'entre elles. Néanmoins, la jurisprudence interprète ce texte d'une manière qui en ruine une partie de l'originalité puisqu'elle ne laisse au juge que le pouvoir d'apprécier si l'absence d'une mention obligatoire dans le contrat a trompé ou vicié le consentement du demandeur à l'action[564].

**442. - La proposition d'une présomption simple d'atteinte au consentement**. Par ailleurs, une autre « troisième voie» est suggérée par certains auteurs dans le cadre particulier de la question, précédemment évoquée, de la sanction civile de la méconnaissance de l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330·3 du Code de Commerce[565]. Elle consiste à considérer que l'inobservation du formalisme informatif imposé par l'article L. 330-3 du Code de Commerce fait présumer l'existence d'un vice du consentement chez le créancier de l'information préalable.

Aussi, en cas d'omission d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique, il appartiendrait au commerçant électronique, débiteur de l'obligation d'information précontractuelle, de renverser cette présomption. En cas d'échec, le juge n'aurait alors d'autre choix que de prononcer la nullité demandée par

[562] Sur l'intérêt du caractère facultatif du prononcé de la sanction du formalisme informatif, voir V. MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif», JCP 2004. I. 106.

[563] J. MESTRE, « L'approche par le juge du formalisme légal », RTD civ. 1988.329. Sur l'intérêt du caractère facultatif du prononcé de la sanction du formalisme informatif, voir MAGNIER, « Les sanctions du formalisme informatif », préc.

[564] Voir notamment Cass. Corn, 05/01/1971, Bull. civ. IV, n° 6 ; Cass. Corn., 27/06/2000, JCP E 2000. Pan. 1450 ; D. Affaires 2000. AJ. 357, obs. MONEGER-DUPUIS ; RTD corn. 2000. 849, obs. DERUPPE ; Cass. Corn., 19/11/2002, pourvoi n° 00-16478, [en ligne]. Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr.

[565] MAINGUY, RESPAUD, « Comment renforcer l'efficacité de la «, loi Doubin» (art. L. 330-3 du Code de Commerce) ? », préc. Dans le même sens et pour une application généralisée, voir MAGNJER, « Les sanctions du formalisme informatif », préc.

l'internaute. La mise en œuvre d'une telle solution nécessiterait toutefois une intervention spéciale du législateur en vue de créer une nouvelle présomption légale, car il appartient en principe à la partie qui prétend avoir été victime d'un vice du consentement d'en rapporter la preuve. Il convient à présent d'envisager l'hypothèse particulière où l'offre de contrat de commerce électronique est certes complète, mais comporte un prix erroné.

## § 2 - *L'offre contient une mention fausse*

**443. - Les sanctions envisageables en cas d'information fausse**. Quelles sanctions peuvent être envisagées dans le cas où le contrat de commerce électronique a été conclu sur la base d'une information fausse ? Il convient d'examiner ce cas de figure au travers du cas particulier de l'affichage d'un prix erroné. L'hypothèse d'une offre de contrat de commerce électronique contenant une mention erronée n'est pas une hypothèse d'école. Le risque d'un décalage entre ce que le commerçant électronique souhaite exprimer et ce qui apparaît effectivement à l'écran de l'internaute existe réellement, sans même envisager une volonté de tromper le cocontractant. On pense le plus souvent au cas où la communication d'une mention erronée est préjudiciable à l'internaute. Celui-ci alors dispose de différents moyens juridiques pour agir contre le commerçant électronique, telle une action en nullité du contrat de commerce électronique conclu pour dol ou erreur ou une action en responsabilité civile.

**444. - L'information volontairement erronée**. Plusieurs remarques doivent être présentées au sujet de l'éventuel dol dont l'internaute peut être victime dans une telle situation. La transmission d'une information erronée peut constituer un mensonge et donc être qualifiée de dol. Mais il est bon de ne pas oublier que la jurisprudence applique la distinction entre le « bon dol » et le « mauvais dol» - seul le dernier étant susceptible d'entraîner la nullité d'un contrat. Ce point fait l'objet d'une appréciation in concreto par les juges qui confrontent notamment la qualité de la partie qui se prétend victime du dol avec l'objet du contrat conclu. Ainsi, dans une espèce jugée le 11 octobre 2000 par le tribunal de commerce de Paris, un hébergeur de sites internet qui demandait l'annulation

pour dol du contrat de fourniture d'accès à internet qu'il avait conclu, a vu sa prétention rejetée au motif qu'en sa qualité de commerçant électronique de services internet, il est un professionnel avisé des techniques liées à internet qui ne pouvait soutenir avoir été trompé par une communication publicitaire peut-être un peu excessive[566].

**445. - L'information erronée au préjudice du débiteur de l'information**. Il arrive également que la transmission d'une fausse information se fasse au préjudice de celui qui l'a communiquée, c'est-à-dire du commerçant électronique lui-même. Une telle situation se rencontre notamment quand l'information erronée a trait au prix auquel le commerçant électronique propose ses biens ou ses services.

**446. - L'exemple du procès concernant le site Amazon.com aux USA**. Ainsi aux États-Unis, en août 2002, le site Amazon.com a été confronté à un tel problème[567]. À la suite d'une erreur d'affichage dans le prix de presque 900 dollars, un internaute avait accepté une offre devenue particulièrement intéressante figurant sur le site du célèbre cybermarchand. Amazon.com informa cependant ce client quelques jours plus tard, par courrier électronique, qu'il refusait d'honorer la commande passée dans ces conditions, car une erreur s'était glissée dans le prix de vente. L'internaute, dépité, avait alors assigné le commerçant électronique en justice. La « King County District Court » de l'état de Washington l'a débouté aux motifs que sa commande n'était en réalité qu'un pré-ordre d'achat pour un bien qui n'était pas encore mis en vente et que son compte n'avait pas été débité du montant du prix. Il faut toutefois préciser que l'espèce présentait une certaine particularité dans la mesure où les conditions générales de vente du site spécifiaient très clairement que le commerçant électronique dispose de la faculté de notifier à l'internaute l'annulation de sa commande dans le cas où le prix de vente réel d'un bien est supérieur à celui proposé.

---

[566] T. corn. Paris, 11/10/2000, Communication commerce électronique 2000, comm. 129, p. 21, note J.-C. GALLOUX.

[567] À ce propos, voir Actualité du Forum des droits sur l'internet, «L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique». Forum des droits sur internet [en ligne]. 25 mars 2003, [réf. du 16 septembre 2004]. Disponible sur : http://www.foruminternet.org .

**447. - L'exemple du procès concernant le site Amazon.com en Grande Bretagne.** La filiale britannique d'Amazon.com a connu les mêmes soucis concernant la vente d'ordinateurs[568]. De même, elle a rapidement informé les très nombreux internautes qui avaient passé commande, de l'annulation de celles-ci en raison d'une erreur dans l'affichage du prix. Cependant, les conditions générales de vente du site britannique stipulaient que les propositions de contracter émises par le commerçant électronique sont des invitations à faire une offre et que le contrat n'est donc conclu que lorsqu'il a accepté l'offre qu'un client lui a faite[569]. On comprend donc sans difficulté que le site britannique ait pu refuser d'honorer les nombreuses commandes passées sur la base d'une proposition erronée de sa part. Que se serait-il toutefois passé si les propositions d'Amazon avaient été de véritables offres de contrat ?

**448. - Un exemple français**. En France, le tribunal d'instance de Strasbourg a rendu un jugement très intéressant, le 24 juillet 2002[570], à propos de la conclusion d'un contrat de vente portant sur un rétroprojecteur pour un prix affiché égal au dixième du prix habituellement proposé. En l'espèce, un internaute avait passé, sur le site d'un commerçant électronique, commande d'un rétroprojecteur au prix de 5.290 Frs (à l'époque des faits, l'Euro n'avait pas été adopté comme monnaie unique de l'Union Européenne). Le même jour, ce dernier lui avait envoyé un accusé de réception confirmant la commande et l'acceptant. Cependant, le vendeur avait par la suite, refusé d'exécuter le contrat au motif que celui-ci était nul pour défaut de prix réel et sérieux, car le prix affiché sur son site, à la suite d'une erreur matérielle, n'était égal qu'au dixième de celui habituellement pratiqué par lui-même et ses concurrents pour le même produit. L'internaute, ne l'entendant pas ainsi, avait introduit une requête en injonction de faire auprès du tribunal d'instance de

[568] À ce propos voir A. C. BROCK, « Amazon and Pricing ». Juriscom.net [en ligne], 1 er juillet 2003, [réf. du 16 septembre 2004]. Disponible sur : http://www.juriscom.net. Voir également pour une erreur dans l'affichage des prix à l'avantage cette fois du prestataire, X. BlSEUL, « Eurocafouillage électronique chez Amazon». Olnet [en ligne]. 17 janvier 2002, [réf. dû 16 septembre 2004]. Disponible sur : http://www.Olnet.com.

[569] L'offre adressée au public n'est pas une véritable offre de contrat en droit anglais, mais une simple invitation à faire une offre. À ce propos, voir notamment S. MONTANNIER, Le contrat en droit anglais, Presses Universitaires de Grenoble, Collection Le Droit en Plus, 1999, n° 25.

[570] Tl Strasbourg, 24/07/2002, D. 2003. AJ. 2434, obs. C. MANARA.

Strasbourg afin d'obtenir l'exécution forcée du contrat de vente[571]. Le tribunal d'instance a annulé le contrat de vente au motif que le consentement du commerçant électronique faisait défaut. Le prix affiché n'avait pas exprimé son consentement étant donné qu'il résultait d'une erreur purement matérielle d'étiquetage informatique démontrée par l'examen des prix habituellement pratiqués par ses concurrents.

**449. - Les erreurs d'étiquetage**. Enfin, plusieurs décisions ont été rendues dans des espèces similaires, qui se sont déroulées en dehors du réseau, desquelles il est possible de tirer des enseignements. Le risque qu'une erreur se glisse au moment de la mise en ligne de l'offre sur le site du commerçant électronique ou au moment de son expression dans un courrier électronique n'est en effet pas un risque nouveau. Les erreurs d'étiquetage sont courantes et ont donné lieu à de difficiles contentieux entre des clients qui, se prévalant d'un prix particulièrement attractif, demandent au juge de contraindre leur cocontractant à exécuter le contrat conclu et des offrants qui soutiennent au contraire que le contrat est nul.

Les origines de l'affichage d'un prix erroné peuvent être diverses dans le domaine du commerce électronique. Il peut s'agir d'une erreur humaine, d'un incident technique[572] ou encore d'une « attaque» mal intentionnée dirigée contre le site du commerçant électronique[573].

[571] Sur la procédure particulière de l'injonction de faire, voir les articles 1425-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile.

[572] Sur la question particulière des conséquences pour le prestataire de l'affichage d'un prix erroné à la suite de l'utilisation d'un système d'intelligence artificielle, voir entre autres Y. POULLET, « Contrats électroniques et théorie générale des contrats », in Liber Amicorum Lucien Simont, Bruxelles : Bruylant, 2002, p. 467 et plus particulièrement pp. 471 et 472.

[573] Dans ce dernier cas, l'erreur d'affichage est provoquée par des pirates informatiques, communément appelés « hackers », qui s'introduisent de manière non autorisée dans le système informatique qui gère le site et modifient des données commandant l'affichage des informations sur le site. Ces comportements l'objet d'incriminations pénales spécifiques et sont lourdement réprimés. Voir à ce propos les articles 323-1 et suivant du nouveau Code Pénal relatifs aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données.

Il est néanmoins souvent difficile de déterminer l'origine de l'erreur[574]. En outre, la question qui nous préoccupe ici n'est pas tant celle de la recherche et de la répartition des différentes responsabilités qu'une telle situation engendre, que celle de savoir si le commerçant électronique est lié par l'offre qu'il a émise sur des bases erronées. L'internaute, qui a saisi l'occasion de faire « une bonne affaire », peut-il exiger avec succès d'un juge qu'il condamne son cocontractant à exécuter le contrat conclu sur la base de cette pollicitation ?

**450. - Les deux approches possibles de cette difficulté**. Il est possible de prendre deux positions pour répondre à cette question. La première est de dire que la spécificité de l'environnement dans lequel l'offre de contrat de commerce électronique est émise doit donner lieu à l'adoption de solutions elles-mêmes particulières. La seconde est au contraire de penser que l'erreur d'affichage du prix ne diffère pas fondamentalement de l'erreur d'étiquetage du prix dans le commerce hors ligne. Les solutions adoptées jusqu'à présent par la jurisprudence dans le cas d'une erreur d'étiquetage doivent donc pouvoir être transposées au cas d'une erreur d'affichage.

**451. - La transposition possible du droit dégagé à propos des erreurs d'étiquetage hors ligne.** Il semble possible de partager le second parti dans la mesure où la seule différence entre les deux erreurs se résume finalement au support utilisé. L'observation d'un principe de neutralité technologique doit conduire à raisonner indépendamment de toutes considérations liées au support. C'est pourquoi il convient d'essayer d'apporter une réponse à la question des conséquences de l'acceptation d'une offre de contrat de commerce électronique mentionnant un prix erroné, en prenant appui sur la jurisprudence qui s'est développée à propos d'affaires se déroulant en dehors du cadre des échanges électroniques[575].

[574] La charge de la preuve de l'origine de l'erreur pèse sur la partie qui se prévaut de l'existence de cette erreur, à savoir en l'espèce, le prestataire. Cette solution transparaît notamment dans le jugement du tribunal d'instance de Strasbourg précité du 24 juillet 2002 dans lequel le juge a relevé que le prestataire était à l'origine de l'erreur « *dont il n'est pas prouvé qu'elle provient d'une manipulation informatique* ».

[575] Le législateur ne s'est pas penché sur cette question. Ni le Code Civil, ni le Code de la Consommation n'apportent en effet de réponse à ce type de situation. Un même silence est à noter dans la directive sur le commerce électronique ainsi que dans la directive 9717/CE.

Le commerçant électronique peut-il utilement se prévaloir de l'affichage d'un prix erroné pour échapper au contrat a priori conclu par l'acceptation de son offre par un internaute ? Cette question touche le cœur de la théorie générale du contrat, car elle revient à trancher le différend opposant deux parties, à la suite d'un désaccord entre la volonté réelle et celle exprimée par l'une d'entre elles[576]. Deux systèmes opposés ont été imaginés par la doctrine pour répondre à ce problème.

**452. - Le système de la « volonté interne ».** Dans le premier système, celui dit « de la volonté interne », on estime que le consentement peut seul fonder une obligation contractuelle et donc que la volonté réelle, interne, doit l'emporter, car elle seule est créatrice de droits. En conséquence, toute erreur dans la communication de la volonté réelle empêche la formation du contrat. Elle est une cause de nullité de celui-ci dans tous les cas. Cette première conception pose une difficulté essentielle : comment découvrir une volonté lorsque, par hypothèse, elle n'a pas été extériorisée ? Le problème de preuve qui en résulte est pratiquement insoluble. En outre, ce système amène à s'interroger sur la sécurité juridique des transactions. S'il faut s'en tenir à la volonté interne, c'est certes protéger la liberté de celui qui a mal exprimé sa pensée, mais c'est aussi tromper la confiance légitime de celui qui s'est fié à la manifestation extérieure de cette volonté.

**453. - Le système de la « déclaration de volonté ».** À l'opposé, avec le second système, celui dit « de la déclaration de volonté », le contrat est davantage vu comme un fait social que comme la manifestation d'une volonté de s'obliger. Aussi, la volonté interne ne peut avoir d'effet juridique que si elle est extériorisée. Les conséquences sont alors inverses par rapport à la conception précédente : la volonté déclarée l'emporte et son auteur est obligé

[576] À ce propos, voir notamment M. ZOlA, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (1ère partie) », Gaz. Pal. 2001 juillet – août, Doctr., p. 1130.

par celle-ci. La partie, qui se prévaut d'une erreur au moment où elle a exprimé sa volonté contractuelle, doit supporter « un risque contractuel»[577].

**454. - Le choix incertain de notre droit pour la volonté interne**. Notre droit repose traditionnellement sur la première conception[578]. Néanmoins, il ne s'applique pas dans toutes ses conséquences et la volonté déclarée l'emporte parfois[579]. Il en est ainsi notamment lorsque la preuve de la différence entre la volonté réelle et la volonté déclarée ne peut être rapportée par le vendeur. Bien plus, selon certains auteurs, il n'est pas certain que les juges privilégient la volonté réelle, quand bien même cette preuve serait rapportée. Ces auteurs considèrent en effet que toutes les erreurs qui résultent du décalage entre la volonté exprimée par une partie et sa volonté réelle n'entraînent pas nécessairement la nullité du contrat : il faut encore qu'elles correspondent à un vice du consentement. En outre, la Cour de cassation semble interdire au juge de rechercher la volonté réelle d'une partie lorsque la clause sur laquelle porte le litige est c1aire[580]. Or, dans l'hypothèse considérée, la mention de l'offre relative au prix est tout à fait claire.

Le seul fait pour le commerçant électronique de se prévaloir d'une différence entre sa volonté exprimée et sa volonté réelle est le plus souvent insuffisant pour entraîner la nullité du contrat de commerce électronique. Il apparaît en effet à la lecture de la jurisprudence qu'une différence entre la volonté déclarée par une partie et sa volonté

---

[577] Voir notamment R. SALEILLES, *La déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique* dans le Code Civil allemand, Paris, 1901 ; RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil* français et allemand, Thèse prée. Cette seconde conception a été essentiellement soutenue en Allemagne.

[578] Ainsi, l'article 1156 du Code Civil recommande au juge de « rechercher quelle a été la Commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ».

[579] La portée pratique de la distinction entre le système de la volonté réelle et celui de la volonté déclarée doit en effet être relativisée. En ce sens, voir notamment, RAYNAUD, MARTY, Droit civil : les obligations – tome 1 : les sources, préc. n° 104.

[580] Cass. Civ. 20/02/1923, D. 1926. Chrono 43 ; Cass. Civ., 16/12/1940, DA 1941. 1. 130 (2e espèce) : Cass. 3ème Civ., 31/03/1998, pourvoi n° 96. Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr. En l'espèce, la cour d'appel s'était autorisée à interpréter un contrat de bail au motif qu'une convention rédigée en des termes clairs ne peut donner lieu à interprétation qu'à la condition qu'elle corresponde à la volonté réelle des parties. La Cour de cassation, au visa de l'article 1134 du Code Civil, a cassé cette décision au motif que : « la cour d'appel, qui a dénaturé les termes clairs et précis de l'acte [.. .] a violé le texte susvisé. » Voir également MAZEAUD, CHABAS, Leçons de Droit Civil, Tome II, 1er volume : Obligations – théorie générale, préc., n° 123.

interne, lorsque la volonté exprimée est claire, ne peut être une cause de nullité du contrat que sur la base de deux fondements particuliers : l'erreur sur le prix (A) ou l'absence de cause dans le contrat (B).

### A - La nullité du contrat pour erreur sur le prix

La différence entre la volonté exprimée par le commerçant électronique et sa volonté réelle a pour conséquence une erreur sur le prix figurant dans son offre[581].

**455. - L'erreur sur le prix comme erreur sur la valeur réelle**. L'erreur dans l'indication du prix peut tout d'abord cacher une erreur sur la valeur du bien ou du service proposé par le commerçant électronique. L'erreur sur la valeur est une erreur d'appréciation économique. Il s'agit d'une erreur d'évaluation : celui qui a communiqué le prix a fait une appréciation inexacte de la réalité économique[582]. Une telle erreur est en principe indifférente et doit être supportée par celui qui l'a commise[583]. Cette hypothèse ne sera pas envisagée plus avant, car l'hypothèse qui intéresse l'étude est celle de l'affichage d'un prix erroné résultant d'une simple erreur matérielle (incident technique, mauvaise manipulation, etc.) et non le résultat d'une erreur intellectuelle comme une erreur d'appréciation économique[584].

---

[581] Sur l'ensemble de la question, voir RONDEAU, « L'impact de « l'erreur» dans les contrats de vente passés sur internet », préc.

[582] CA Versailles, 07/07/1987, D. 1987. Jurisp. 485, note AUBERT ; JCP 1988. Il. 21121, note GHESTIN : «L'erreur sur la valeur procède d'une appréciation économique erronée effectuée à partir de données exactes ».

[583] Voir notamment Cass. Corn., 26/03/1974, Bull. civ. IV, n° 108 ; Cass. 1ère Civ. 03/07/1996, D. 1997. Jurisp. 531, note N. DESCAMPS-DUBAELE. Il en est autrement par contre si l'erreur sur la valeur est le résultat d'une erreur sur une qualité substantielle de la chose objet du contrat. En ce sens, voir Cass. 1ère Civ., 27/10/1964, Bull. civ. I, n° 477. Voir également LARROUMET, Droit Civil – Les obligations – Le contrat, Tome Ill, préc. n° 352 ; MALAURIE, AYNES, Droit civil – tome VI – Les obligations, 9ème édition, par L. AYNES, préc. n° 410.

[584] Voir TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil : les obligations, préc. n° 204 : l'erreur dans l'affichage du prix présente un caractère objectif, tandis que l'erreur sur la valeur présente un caractère subjectif. Voir également A. LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », Contrats, conc., consom. 2002, chrono 19, p. 8.

**456. - L'erreur sur le prix comme erreur de calcul**. L'erreur dans l'indication du prix peut être, ensuite, le simple résultat d'une erreur de calcul. Dans ce cas, l'erreur commise n'affecte en rien la validité du contrat si les éléments du calcul ont été connus par les parties[585]. Une telle erreur peut être corrigée par son auteur[586]. Il devra pour cela apporter la preuve de ce que son cocontractant a eu connaissance des éléments du calcul et donc de l'erreur commise[587]. La solution semble cependant avoir une limite : lorsque la vérification du calcul constitue une charge qui peut paraître excessive, en raison de sa complexité, pour la partie qui n'en est pas à l'origine et que l'erreur dans le prix n'est pas grossière, alors la rectification de l'erreur devrait être exclue[588]. Dans cette mesure, si la mention erronée du prix dans l'offre de contrat de commerce électronique n'est que le résultat d'une erreur de calcul du compte et si tous les éléments du calcul du prix ont été fournis à l'internaute avant qu'il n'accepte l'offre du commerçant électronique[589], alors le commerçant électronique a le droit de corriger son erreur même postérieurement à la conclusion du contrat.

---

[585] À rapprocher de CARBONNIER, Droit civil – Tome 4 : les obligations, préc. n° 41 ; MALAURIE, AYNES, Droit civil - tome VI – Les obligations, 9ème édition, par L. AYNES, préc. n° 412 ; TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil : les obligations, préc. Il, 204. Pour des applications de ce principe général, voir les articles 1269 et 2058 du nouveau Code de procédure civile qui disposent respectivement que les erreurs arithmétiques commises pour les redditions de compte et pour les transactions doivent être rectifiées.

[586] Cass 1ère Civ., 18/1 1/1986, Bull. civ. I, n° 265 (solution implicite).

[587] Le fondement d'une telle solution tient à l'idée de mauvaise foi dans l'exécution de la convention de la part de la partie qui a eu connaissance de ces éléments et a malgré tout exécuté celle-ci ou a demandé son exécution. Ainsi Cass. 1ère Civ., 02/06/1987, Bull. civ. I, n° 182 ; JCP 1987. IV. 276. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a considéré que : « *le transporteur aérien qui, par la suite d'une erreur dont il est responsable,* délivre un billet à un prix inférieu*r au tarif [homologué par l'administration], ne peut, après la réalisation du voyage, réclamer à son client un complément de prix que s'il démontre que ce dernier avait eu connaissance de l'erreur commise avant le voyage et n'avait donc pas été de bonne foi dans l'exécution de /a* convention ».

[588] C'est en tous les cas ainsi que l'on peut interpréter les deux décisions suivantes : Cass. 1ère Civ., 21/02/1995, RD bancaire et bourse 1995, n° 50, p. 144, obs. F.-J. CREDOT, Y. GERARD ; Defrénois 1996. 362, obs. D. MAZEAUD. Voir également, CA Paris, 18/02/1993, D. 1993. Doctr. 3725, M. FABRE-MAGNAN ; Petites Affiches 1993, n° 15, p. 10, note D.-R. MARTIN. Dans ces espèces, une banque demandait la rectification de l'erreur qu'elle avait commise dans le calcul du montant des échéances mensuelles de remboursement d'un contrat de prêt. Elle fut déboutée dans les deux cas. Or notera qu'à chaque fois, le calcul de la mensualité était complexe et que l'erreur commise n'était pas grossière de telle sorte à ce que l'on ne pouvait mettre en doute la bonne foi de l'emprunteur qui s'était engagé sur la base de ces éléments.

[589] Il en est ainsi par exemple lorsque le prix total indiqué sur la page web récapitulant la commande passée par l'internaute ne correspond pas au résultat de l'addition des prix préalablement communiqués de chacun des articles commandés.

**457. - Les autres types d'erreur sur le prix**. Dans les autres cas, l'erreur sur le prix sera tantôt qualifiée d'erreur-obstacle sur l'objet du contrat (a), tantôt d'erreur sur la substance de la prestation promise par l'internaute (b)[590].

### 1 - *L'erreur sur le prix est une erreur obstacle*

**458. - Le rappel de la définition de l'erreur-obstacle**. L'erreur-obstacle est un cas particulier d'erreur consacré par la jurisprudence. Elle consiste en une erreur si grave qu'elle empêche la rencontre des volontés[591]. Une controverse existe quant à son statut : doit-elle être considérée comme un troisième cas d'erreur vice du consentement au sens de l'article 1110 du Code Civil ou doit-elle jouir d'une place autonome dans les causes de nullité d'un contrat au motif qu'elle s'apparente davantage à un cas d'absence de consentement[592] ? Cette discussion n'est pas théorique, mais présente un double intérêt. Le premier intérêt de cette discussion porte sur le régime juridique applicable à l'action en nullité fondée sur une telle erreur, S'agit-il d'un cas de nullité relative du contrat ou de nullité absolue[593] ? La jurisprudence semble pencher en faveur de la nullité absolue[594]. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 26 juin 1979, a

[590] Nous n'envisagerons pas le cas où le contrat de commerce électronique serait vicié par la lésion. En effet, en vertu de l'article 1118 du Code Civil, « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à *l'égard de certaines personnes* ». Aussi le rôle de la lésion en matière de contrat de commerce électronique ne saurait être que tout à fait résiduel. .MALINVAUD, Droit des obligations, préc. n° l7 : la lésion se définit comme « déséquilibre existant entre les prestations réciproques au moment de la conclusion du contrat ».

[591] À propos de l'erreur-obstacle, voir V. J. GAUDEFROY, *L'erreur obstacle*, Thèse Paris, 1924.

[592] Certains auteurs tracent une frontière entre l'erreur-obstacle et l'erreur vice du consentement. Ainsi MALINVAUD, Droit des obligations, préc. n° 77 à 79 ; VOIRIN, GOUBEAUX, Droit civil – Personnes, famille, incapacités, biens, obligations, suretés, Tome l, préc. n° 734. D'autres par contre considèrent que L'erreur obstacle est un cas d'erreur vice du consentement. En ce sens, voir notamment DELEBECQUE, PANSIER, Droit des obligations – Responsabilité civile – Contrats, préc. p. 42 ; CARBONNIER, Droit civil – Tome 4 : les obligations, préc., n° 41 ; LARROUMET, Droit civil - Les obligations – Le contrat, Tome III, préc., n° 321.

[593] À ce sujet ; voir notamment TERRE, SIMLER, LEQUEITE, Droit civil : les obligations, préc. n° 218. Une partie de la doctrine considère qu'il devrait s'agir d'un cas de nullité relative car l'erreur-obstacle vise à protéger les intérêts particuliers des parties et non l'intérêt général. En ce sens, voir M. PLANIOL, G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français, tome IV, Obligations, 1ère partie, 2ème édition, par P. ESMEIN, Paris ; LGDJ, 1952, n° 276 ; GHESTlN, Traité de droit civil – La formation du contrat – Principes et caractères essentiels – Ordre public Consentement, objet, cause, préc. n° 495.

[594] TGI Caen, 14/11/1984, Gaz. Pal. 1985.2.244. À rapprocher de TGI Pau, 07/01/1982, JCP 1983. II. 19999, note N. COIRET : « Attendu qu'en l'absence d'accord réel sur le prix, manque en l'espèce une des conditions essentielles de formation du contrat ; que l'absence de consentement d'une des parties entraîne la nullité absolue du contrat ».

considéré que l'erreur qui portait sur la désignation d'un objet par l'acheteur a été la cause non pas d'un vice du consentement, mais d'une absence totale de consentement entraînant la nullité absolue du contrat. Toutefois, quelle que soit la solution retenue, il faut faire remarquer que chaque partie au contrat est titulaire de l'action en nullité puisque chacune a été victime de l'erreur résultant de l'affichage d'un prix erroné. Le second intérêt concerne l'exigence d'un caractère excusable ou non de l'erreur. L'erreur, vice du consentement, doit en effet nécessairement présenter un caractère excusable pour entraîner la nullité du contrat. Cela ne semble pas être le cas de l'erreur-obstacle[595]. Cet élément est très important, car on peut se demander dans quelle mesure un commerçant électronique professionnel parviendrait à convaincre le juge du caractère excusable de son erreur, étant donné sa qualité et la présomption de compétence qu'y attache le juge[596].

**459. - L'intérêt de la notion d'erreur-obstacle en cas d'erreur sur le prix**. Cette discussion n'est pas l'objet de l'étude. Mais il reste que la qualification d'erreur-obstacle présente l'intérêt de rendre compte de la situation en cas d'erreur sur le prix révélant une différence entre la volonté réelle d'une partie et sa volonté exprimée. En effet, l'erreur obstacle est une erreur qui empêche la formation du contrat en raison d'un défaut d'accord des parties sur la nature du contrat, soit sur son objet, soit sur sa cause. Or, l'erreur sur le prix est une erreur sur l'objet du contrat. Il y a dans cette hypothèse absence de rencontre des volontés contractuelles des parties sur l'objet de l'obligation de l'une d'entre elles (le prix à payer par l'une d'entre elles) ce qui constitue une erreur-obstacle.

---

[595] À propos d'une erreur sur l'objet du contrat, CA Paris, 26/06/1979. Préc. : lorsque l'erreur dans la désignation de l'objet du contrat a été la cause non pas d'un vice du consentement mais d'une absence totale de consentement, le caractère inexcusable de l'erreur importe peu : le contrat est nul de nullité absolue.

Dans le même sens à propos cette fois d'une erreur-obstacle sur la cause, voir Cass. 1ère Civ., 10/05/1995, Bull. civ. I, n° 194 ; JCP 1996. I. 3914, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Defrénois 1995. 36145, n° 101, note PH. DELEBECQUE ; RTD civ. 1995. 880, obs. J. MESTRE : « *l'erreur sur la cause, fut*-elle inexcusable, *justifie l'annulation du contrat pour défaut de cause* ». Contra : FABRE-MAGNAN, obs. sous Cass. 1ère Civ., 04/07/1995, préc. : « *le caractère inexcusable de l'erreur devrait empêcher le prononcé de la nullité du contrat même en cas d'erreur matérielle* ».

[596] En ce sens, voir LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », préc. Pour une décision retenant le caractère inexcusable de l'erreur commise par un commerçant entre anciens et nouveaux francs, voir Cass. 1ère Civ., 27/10/1970, JCP 1971. Il. 16710 ; RTD civ. 19771. 625, obs. Y. LOUSSOUARN.

**460. - La rareté des décisions se référant expressément à l'erreur-obstacle**. Malgré tout, rares sont les décisions qui retiennent expressément la qualification d'erreur-obstacle, en cas d'erreur commise sur le prix affiché. Les juges semblent en effet réticents à motiver le prononcé de la nullité d'un contrat par la constatation qu'ils ont faite de l'existence d'une erreur-obstacle sur l'objet de celui-ci. Il faut tout de même noter l'arrêt rendu par la cour d'appel de Nancy, le 22 janvier 1986[597], dans lequel les juges ont déclaré que « *l'accord des parties n'a pas pu se former, cette erreur ayant constitué un obstacle* ».

**461. - Les décisions qui s'y réfèrent implicitement**. En revanche, de nombreuses décisions se réfèrent plus ou moins directement à cette qualification sans pour autant le dire clairement[598]. Ainsi le tribunal de grande instance de Caen, dans un jugement rendu le 14 novembre 1984[599], a considéré qu'un contrat de vente n'avait pu être conclu en l'absence de consentement du vendeur sur cet élément essentiel du contrat qu'est le prix et a en conséquence prononcé la nullité du contrat. Dans le même sens, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 novembre 1973[600], a censuré la décision d'une cour d'appel qui avait condamné l'acheteur de 60 000 ouvre-bouteilles sans avoir recherché, comme le lui demandait le défendeur à l'action, si le contrat de vente n'était pas nul en raison d'un « malentendu fondamental » intervenu entre les parties sur le prix de vente. Plus directement dans le domaine de notre étude, le tribunal d'instance de Strasbourg, dans un jugement du 24 juillet 2002, fournit une illustration de l'application de la théorie de l'erreur-obstacle en considérant que le contrat de vente litigieux n'avait pu se former entre un commerçant électronique de service de commerce électronique et un

[597] CA Nancy, 22/01/1986, Juris-Data n° 1986-041582.

[598] Voir notamment Cass. 3ème Civ., 23/01/1970, Gaz. Pal. 1970, I, 210 : rejet du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait déduit, par une appréciation souveraine des éléments de preuve, que « *l'erreur dactylographiée ayant consisté à substituer le* chiffre de 25 000 F au prix réel de 75 000 F constituait une erreur grossière et substantielle exclusive de toute possibilité de consentement valable sur la chose et le prix. » Voir également CA Paris, 07/03/1989, RTD civ. 1989. 742, obs. J. MESTRE ; D. 1989. IR. 128. La référence à la notion d'erreur altérant la substance de la convention ne doit pas prêtée à confusion avec la notion d'erreur sur la substance au sens de l'article 1110 du Code Civil. C'est bien en effet la notion d'erreur-obstacle qui était visée en l'espèce. En ce sens, voir les observations de monsieur Mestre à propos de cet arrêt. Voir aussi CA Paris, 15/09/1995, D. 1995. IR. 219 ; RTD civ. 1996.148, obs. J. MESTRE.

[599] TGI Caen, 14/11/1984, Gaz. Pal. 1985.2.244.

[600] Cass. 1ère Civ., 28/11/1973, D. 1975. Jurisp. 21, note R. RODIERE ; RTD civ. 1974.628, obs. G. CORNU ; RTD civ. 1975.702, obs. Y. LOUSSOUAR ; Gaz. Pal. 1974, I, 351.

internaute, car le prix affiché, résultant d'une erreur purement matérielle d'étiquetage informatique, n'a pu exprimer le consentement du commerçant électronique[601].

La théorie de l'erreur-obstacle n'est toutefois pas le seul fondement juridique susceptible de permettre le prononcé de la nullité d'un contrat qui a été conclu sur la base d'une erreur sur le prix. La jurisprudence utilise aussi parfois celui de l'erreur sur la substance de la prestation du débiteur de l'obligation de payer le prix. La justesse de cet autre fondement ne fait cependant pas l'unanimité.

### ***2 - L'erreur sur le prix est une erreur sur la substance de la prestation***

**462. - Le recours possible de l'auteur l'information erronée au vice du consentement**. Le commerçant électronique peut tenter d'obtenir l'annulation du contrat de commerce électronique en se basant sur la théorie des vices du consentement. L'article 1110 du Code Civil s'applique à deux cas d'erreur susceptibles de vicier le consentement d'une partie : l'erreur sur la personne du cocontractant et l'erreur sur la substance même de la chose, objet du contrat sans qu'il soit exclu qu'elle puisse être prise en compte lorsque que celui qui l'invoque est l'auteur de l'information erronée. Le premier cas n'est pas intéressant dans notre hypothèse, car l'erreur commise par le commerçant électronique ne porte pas sur la personne de l'internaute qui accepté son offre de contrat, mais sur le prix qui figure dans sa proposition de contracter. Peut-on par contre faire utilement appel au second cas d'erreur ?

L'erreur sur la substance même de la chose qui est l'objet du contrat vise l'erreur commise sur la substance de la chose qui forme l'objet de l'obligation de l'une ou de l'autre partie. Ainsi, en se plaçant du point de vue de l'acheteur, la partie qui a conclu un contrat de vente en pensant acquérir un collier en or et qui se rend compte par la suite qu'il

[601] Pour une telle interprétation du jugement du tribunal d'instance de Strasbourg rendu le 24 juillet 2002 préc., voir C. MANARA, obs. sous TI Strasbourg, 24/07/2003, D. 2003. AJ. 2434. L'auteur estime d'ailleurs que la notion d'erreur-obstacle est appelée à un nouvel essor avec le développement du commerce électronique, car l'utilisation constante de l'outil informatique a comme corollaire des risques d'erreur purement technique accrus.

ne s'agit que d'un collier en plaqué or, a commis une erreur sur la substance (or ou plaqué or) de la chose (le collier) objet de l'obligation de délivrance du vendeur.

**463. - La définition large de la notion d'erreur sur la substance**. La notion de substance peut être interprétée de deux manières. Selon une conception objective, elle désigne exclusivement la matière composant la chose objet de la convention. Selon une conception subjective, elle désigne plus largement l'ensemble des qualités substantielles de cette chose, ce qui inclut bien entendu la matière dont elle est faite. La jurisprudence a opté pour la seconde conception, permettant ainsi son application à un nombre d'erreurs les plus variées[602]. Néanmoins, cette solution pose le problème de la connaissance par la partie de ce que telle qualité présente un caractère substantiel pour son cocontractant. Aussi les juges ne prennent en considération que les qualités qui sont entrées dans le champ contractuel. Il faut donc que chaque partie ait connu le caractère substantiel pour l'autre de telle ou telle qualité pour qu'une erreur commise sur cette qualité puisse entraîner la nullité du contrat. Tout le problème est alors d'apprécier cette connaissance. Pour ce faire, la solution suivante a été dégagée : s'il résulte de l'économie de la convention ou du contexte de sa conclusion que telle qualité est considérée comme substantielle par au moins l'une des parties, alors le cocontractant ne peut prétendre l'avoir ignorée. Dans tous les autres cas, par contre, la qualité ne peut être considérée comme étant entrée dans le champ contractuel.

Enfin, si l'objet de l'erreur est entendu de manière souple par la jurisprudence[603], cette souplesse connaît néanmoins une limite : l'erreur sur la substance de la chose objet du contrat doit pouvoir être rattachée à l'une ou l'autre des prestations prévues au contrat.

**464. - L'erreur sur le prix admise comme erreur sur la substance au profit de l'acheteur.** Après avoir ainsi fait le point des règles générales, est-ce qu'une erreur sur le

[602] Ainsi l'erreur sur l'authenticité d'une œuvre d'art, sur l'origine de diamants, sur l'année de sortie d'une automobile, etc.

[603] Ainsi Cass. 1ère Civ., O1/10/1971, D. 1992. Jurisp. 190, note VIRASSAMY. L'hypothèse était celle d'un contrat de vente de parts sociales et l'erreur portait ici une qualité substantielle de l'actif de la société concernée.

prix est susceptible de se voir qualifiée d'erreur sur la substance de la chose objet du contrat ?

La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 14 janvier 1969, a répondu par l'affirmative, à propos d'une erreur sur le prix commise par la partie débitrice de l'obligation de payer le prix dans un contrat publicitaire[604]. Le prix affiché dans l'offre était en l'espèce exact. Seulement le destinataire de l'offre l'avait acceptée en pensant s'engager pour un prix formulé en anciens francs. La Cour de cassation, suivant le raisonnement des juges du fond, a rejeté le pourvoi en cassation dont elle était saisie : «Mais attendu que [...*] le tribunal retient [.. .] que l'erreur de fait ainsi commise a été la cause déterminante de l'acquiescement donné par ladite blanchisserie aux sollicitations de l'age*nce, que cette erreur portant sur la substance même de la prestation promise par la *blanchisserie à sa cocontractante, à savoir l'unité monétaire employée pour mesurer le* prix, le tribunal a pu considérer que le consentement (de ladite blanchisserie) a été vicié à sa base par une erreur fondamentale et, en conséquence, annuler la convention.. »[605].

Cet arrêt a beaucoup fait parler de lui, car si l'erreur sur la substance de la prestation d'une partie au contrat avait été jusqu'à présent admise pour des prestations autres que monétaires, c'était la première fois qu'elle était appliquée à une prestation consistant dans le paiement d'une somme d'argent. Plus précisément, l'erreur portait sur l'unité monétaire utilisée pour mesurer le prix[606]. Il est possible de douter de la justesse de la théorie de l'erreur sur la substance dans cette dernière hypothèse. En effet, que l'on entende la notion de substance de manière objective ou subjective, dire qu'une partie a commis une erreur sur celle-ci n'a pas de sens. Le principe du nominalisme monétaire ainsi que la règle du cours légal s'y opposent. C'est pourquoi certains commentateurs se sont

[604] Cass. Corn., 14/0111969, Bull. civ. I, n° 13 ; RTD civ. 1969.556, obs. Y. LOUSSOUARN ; Defrénois 1971. Art. 29787, p. 114, obs. J.-L. AUBERT ; D. 1969. Jurisp. 458, note M. PEDAMON.

[605] On admettra toutefois que la référence à la notion «d'erreur fondamentale» puisse plaider pour une interprétation de cette décision comme retenant le fondement de l'erreur-obstacle. En réalité, force est de reconnaître que la motivation de l'arrêt n'est pas dépourvue d'ambiguïté. À ce propos, voir LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix», préc.

[606] Le destinataire de l'offre avait en effet confondu anciens et nouveaux francs.

demandé si la Cour de cassation n'avait pas ici réintroduit indirectement l'erreur sur la valeur en principe indifférente.

**465. - L'erreur sur la substance commise par l'auteur de l'information erronée**. Notre hypothèse se démarque toutefois par de nombreux aspects de l'espèce qui a été jugée en 1969. Tandis qu'en 1969, l'affaire présentait la particularité que l'erreur avait été commise par le débiteur lui-même de l'obligation de payer le prix, l'erreur est commise par le créancier de cette obligation, dans notre hypothèse. De plus, dans l'espèce jugée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, aucune erreur n'avait été commise à l'occasion de l'indication du prix. Il n'était pas question d'une erreur d'affichage du prix, mais d'une confusion entre anciens et nouveaux francs dans l'esprit du débiteur de l'obligation de le payer. On peut donc comprendre que la suspicion ait été grande en doctrine sur le point de savoir si ce n'était pas finalement une erreur sur la valeur qui avait été sanctionnée par la nullité du contrat au contraire des règles normalement appliquées dans un tel cas.

En fait, il semble que le fondement le plus juste reste celui de l'erreur-obstacle et non celui de l'erreur vice du consentement, car, dans le cas qui nous occupe, à savoir l'indication d'un prix erroné par le débiteur de l'obligation d'information dans le commerce électronique, le consentement du commerçant électronique n'est pas vicié, il est radicalement absent. En effet, lorsqu'il y a vice du consentement, la volonté exprimée et la volonté réelle de la partie victime du vice ne font qu'une. La notion d'erreur vice du consentement ne peut correspondre à l'hypothèse d'une différence entre volonté réelle et volonté déclarée. Dans cette dernière hypothèse, c'est une absence de consentement qui doit être constatée.

**466. - L'erreur commise le débiteur de l'obligation d'information serait-elle excusable** ? Par ailleurs, même si l'erreur commise par le commerçant électronique sur le prix était qualifiée d'erreur sur la substance de la prestation de l'internaute, elle ne pourrait entraîner la nullité du contrat de commerce électronique que si elle remplissait deux conditions : elle devrait avoir été déterminante du consentement et elle devrait présenter un

caractère excusable[607]. Si le caractère déterminant de cette erreur fait peu de doute dans notre hypothèse, il n'en va pas de même de son caractère excusable.

**467. - L'erreur inexcusable du commerçant lui-même**. L'erreur inexcusable est une erreur grossière. On dit qu'elle est une erreur commise par une partie à la suite d'une faute de sa part[608]. La notion est appréciée souverainement par les juges du fond qui tendent à se montrer d'autant plus sévères dans leur appréciation que la partie qui se prévaut de l'erreur est un professionnel[609]. Le critère de la compétence apparaît comme un critère d'appréciation important : il est, d'une manière générale, moins pardonné à celui qui contracte dans son domaine d'activité qu'au profane. Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 7 janvier 2000[610], a jugé, en application de l'article 1110 du Code Civil que « *l'erreur commise par un contractant n'entraîne la nullité que si elle p*orte sur une qualité substantielle déterminante de son consentement et à condition que cette erreur, eu égard à ses compétences propres, appréciées in concreto, soit excusable ».

**468. - L'erreur excusable imputable à la technique**. Toutefois lorsque l'erreur n'est pas directement le fait du commerçant électronique lui-même, mais résulte d'un

[607] Ces deux exigences sont soumises à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il revient à la partie qui se prétend victime d'une erreur de rapporter la preuve qu'elle présente ces deux caractères. Pour une illustration, voir Cass. 3ème Civ., 13/11/2003, n° de pourvoi 02-13974, [en ligne]. Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr. En l'espèce, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la cour d'appel a correctement statué en rejetant l'action en nullité pour erreur ou dol des demandeurs au motif qu'ils n'avaient pas démontré que l'élément à propos duquel ils estimaient qu'il y avait erreur voire dol avait été un élément déterminant de leur consentement. Sur le caractère déterminant de l'erreur, LARROUMET, Droit civil – Les obligations – Le contrat, Tome III, préc. n° 354 ; BENABENT, Droit civil : les obligations, préc. n° 82.

[608] Sur l'erreur inexcusable et la faute du demandeur à l'action en nullité relative, voir C. GUELFUCCI-THIBIERGE, Nullité, restitutions et responsabilité, Thèse Paris l, Paris : LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 1992, n° 52 à 55. Voir également D. MAZEAUD, note sous Cass. 3ème Civ. 21/02/2001, D. 2001. Jurisp. 2702.

[609] Traditionnellement, les juges recherchent si la partie qui se prévaut de l'erreur vice du consentement, avait une obligation de se renseigner ou si c'était à son cocontractant de fournir l'information. Voir notamment Cass. Corn., 04/l2/1979, D. 1980. IR. 264. Voir également Cass. 3ème Civ., 20/03/1996, Bull. civ. III, n° 84. Dans cet arrêt rendu au visa de l'article 1602 du Code Civil en vertu duquel le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige, la Cour de cassation casse la décision d'une cour d'appel qui avait considéré que l'acheteur avait commis une erreur inexcusable en ne s'informant pas du régime auquel la propriété vendue se trouvait soumise vis-à-vis de l'exercice du droit de chasse d'une propriété.

[610] CA Paris, 07/01/2000, B*ulletin d'actualité du Lamy droit de l'informatique et des réseaux* 2000, n° 127 juillet), p. 10.

dysfonctionnement du système informatique gérant le site, ne devrait-on pas admettre dans tous les cas le caractère excusable de son erreur[611] ? Certains considèrent en effet que le commerçant électronique devrait pouvoir obtenir l'annulation du contrat conclu en invoquant l'erreur qui a résulté d'un défaut de fonctionnement de la machine, à condition qu'il parvienne à prouver la défaillance de celle-ci. Il devrait certainement en être de même lorsque l'erreur est la conséquence directe « *d'une attaque*» dirigée par un tiers contre le site du commerçant électronique. Néanmoins, le processus de formation du contrat de commerce électronique présente une spécificité qui pourrait jouer en défaveur de cette thèse. L'article 1369-2 du Code Civil prévoit en effet que le contrat n'est valablement conclu que si « *le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail* de sa commande et son prix total, ainsi que de *corriger d'éventuelles erreurs, confirme* celle-ci pour exprimer son acceptation ». Bien que ce schéma ait été conçu pour protéger l'internaute, il présente également un grand intérêt pour le commerçant électronique. Il lui donne en effet la possibilité de se rendre compte d'une éventuelle erreur dans l'affichage de son offre et notamment dans le prix communiqué avant que le contrat de commerce électronique ne soit conclu. Le commerçant électronique pourrait donc prévoir un système de vérification de l'exactitude des prix qu'il communique, ce système entrant en action dès qu'une commande est reçue. L'efficacité d'un tel système n'est bien entendu pas absolue. Une nouvelle erreur peut se glisser à ce moment. Il constitue toutefois une protection minimale à laquelle les commerçants électroniques avisés ne devraient pas renoncer. En outre, le commerçant électronique qui a pris une telle précaution se trouvera certainement dans une meilleure position pour convaincre le juge du caractère excusable de l'erreur éventuellement commise malgré les précautions prises.

**469. - La doctrine partiellement opposée au constat d'une erreur excusable du commerçant**. Néanmoins, une partie de la doctrine tend à refuser, dans tous les cas, au commerçant électronique professionnel le droit de se prévaloir d'une erreur dans l'indication du prix figurant dans son offre. Pour certains, en effet, le commerçant

[611] Certains auteurs ont avancé l'idée que la machine qui gère le site pourrait être qualifiée de mandataire du prestataire. Si l'on suit ce raisonnement, le mandant étant en principe responsable des actes effectués par son mandataire dans le cadre de l'exécution du contrat de mandat, le prestataire devrait assumer la responsabilité des erreurs d'affichage résultant d'un mauvais fonctionnement du système. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue en droit positif pour l'instant.

électronique professionnel étant légalement tenu de faire figurer dans ses offres de contrat le prix du bien ou du service proposé, le système de la déclaration de volonté devrait lui être appliqué, à titre de sanction en quelque sorte[612]. Pour d'autres, il appartient au commerçant électronique de s'assurer de l'exactitude de son offre ainsi que du contenu de son site, car il en va de sa responsabilité[613]. Il ne devrait donc pas pouvoir invoquer à son profit une quelconque erreur d'affichage.

**470. - La possibilité de se protéger contractuellement contre risque d'erreur**. Enfin, on peut se demander si un commerçant électronique pourrait efficacement se prémunir contre le risque de l'affichage d'un prix erroné en insérant dans ses conditions contractuelles une clause réglant par avance ce problème. Une réponse positive doit certainement s'imposer sous toutefois deux limites. La première tient au fait que la clause soit entrée dans le champ contractuel. Elle doit être opposable à l'internaute. La seconde limite a trait au fait que la clause en question ne doit pas être une clause abusive au sens de l'article L 132-1 du Code de la Consommation, dans le cas où le commerçant électronique est un professionnel qui contracte avec un consommateur ou un non-professionnel.

**471. - L'exemple d'un site français**. À titre d'exemple, le site français de la société « Amazon.com » prévoit dans ses conditions contractuelles une clause relative aux prix et à la disponibilité des biens dont l'acquisition est proposée aux internautes. Cette clause stipule que, dans le cas où une erreur de prix figure sur le site, le commerçant électronique s'engage à procéder à la vérification du prix au cours de la procédure d'envoi du bien commandé. Si le prix corrigé est inférieur au prix affiché sur le site, alors le prix le plus bas

[612] Cette solution a été proposée dans le cadre de la protection des consommateurs. À ce sujet, voir LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », préc. À rapprocher de la proposition faite par madame Fabre-Magnan quant à la sanction concevable en cas de transmission au futur cocontractant d'une information fausse. L'auteur propose de donner force obligatoire à l'information erronée si elle a eu une incidence sur son consentement et si elle est à l'avantage du cocontractant. L'application de cette théorie de l'effet obligatoire de l'information inexacte a pour effet de créer « *au profit du cocontractant des droits qu'il n'a pu acquérir* par le jeu normal des règles juridiques » . Voir FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les* contrats – *Essai d'une théorie*, Thèse préc. n° 639 et suivants, ainsi que n° 685.

[613] D. MAlNGUY, « L'échange électronique des consentements », in *Ecole du droit de l'entreprise de la* faculté de dr*oit de l'université de Montpellier, Département des sciences juridiques de l'EDHEC (Ecole Des* Hautes Etudes Commerciales), Fédération Nationale pour le droit de l'entreprise, « Les premières journées internationales du droit du commerce électronique », Paris, Litec, Collection Actualités de droit de l'entreprise, 2002, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, p. 211.

sera appliqué. Par contre, si le prix corrigé est supérieur au prix affiché sur le site, alors l'internaute qui a passé commande en est informé et sa commande est annulée, sauf s'il accepte de payer le prix corrigé.

Il est par ailleurs un dernier moyen juridique à la disposition du commerçant électronique qui souhaite voir prononcer la nullité du contrat conclu par un internaute sur la base d'un prix affiché erroné. Il s'agit de l'action en nullité du contrat pour absence de cause.

### B - Nullité du contrat pour absence de cause

**472. - Le recours à la nullité pour absence de cause**. Le commerçant électronique peut enfin essayer d'échapper au contrat de commerce électronique conclu sur la base d'un prix erroné en invoquant la nullité de celui-ci pour absence de cause. En effet, en vertu de l'article 1108 du Code Civil, l'existence d'une cause (licite) est une condition de validité de tout contrat. De plus, l'article 1131 du Code Civil dispose que «*l'obligation sans cause* ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet». Aussi, si le commerçant électronique parvient à démontrer qu'au moment de la conclusion du contrat de commerce électronique, son obligation était sans cause, le juge sera contraint de prononcer la nullité absolue du contrat pour absence de cause sur le fondement de l'article 1131 du Code Civil[614].

**473. - La notion de cause**. Il faut préciser, au sujet de l'absence de cause, que la notion de cause doit s'entendre de la cause objective, abstraite et non des motifs impulsifs et déterminants qui ont poussé chaque partie à contracter. Dans les contrats synallagmatiques, la cause (objective) de l'obligation d'une partie n'est rien d'autre que l'objet de l'obligation du cocontractant. C'est pourquoi, lorsque le commerçant électronique intente

[614] L'existence ou le défaut de cause s'apprécie au moment de la conclusion du contrat. La disparition ultérieure de la cause est sans effet sur la validité de la convention. En ce sens, voir notamment Cass. 3ème Civ., 17/07/1996, Bull. civ. III, n° 193 ; JCP 1996. IV. 2167 ; Defrénois 1996, 1357, Obs. DELEBECQUE.

une action en nullité du contrat de commerce électronique pour absence de cause, il doit en réalité établir que l'objet de l'obligation de l'internaute, autrement dit le prix, n'existe pas.

**474. - Les difficultés d'une telle action**. Le succès d'une telle action est toutefois plus incertain que celui d'une action fondée sur l'erreur-obstacle sur l'objet du contrat. En effet, la preuve du fait que le prix stipulé équivaut en fait à une absence de prix est délicate à rapporter comme le montre un célèbre arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 juillet 1995[615].

**475. - Le « prix dérisoire », condition de l'absence de cause**. Il était question dans cette affaire d'un contrat de vente portant sur un bijou conclu entre la société Cartier et un acheteur, pour un prix affiché de 101.556 francs. Peu après la conclusion du contrat, le vendeur avait assigné l'acheteur en nullité de la vente pour absence de consentement et défaut de prix sérieux, soutenant qu'il y avait eu une erreur d'étiquetage dans le prix qui était en réalité de 460.419 francs. Débouté en appel aux motifs que la différence entre le prix stipulé et le juste prix est sans effet sur la validité de la vente et que le prix n'était pas dérisoire, la société Cartier forma un pourvoi en cassation fondé sur le moyen tiré de la violation par la cour d'appel des articles 1110 et 1131 du Code Civil[616]. La Cour de cassation le rejeta cependant au motif que la cour d'appel ayant souverainement considéré que le prix affiché n'était pas dérisoire, elle en avait justement déduit que, bien que la valeur réelle de la bague était supérieure à ce prix, le contrat de vente n'était pas nul pour absence de cause.

**476. - L'appréciation du caractère dérisoire du prix**. Interprété par déduction a contrario, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation révèle que la nullité d'un contrat pour absence de cause exige que le prix stipulé soit dérisoire : un simple décalage entre le prix affiché et la valeur réelle du bien ne suffit pas. Toute la difficulté est

[615] Cass. 1ère Civ., 04/07/1995, Bull. civ. I, n° 303; D. 1996. SC. Il, obs. G. PAISANT ; D. 1997. Jurisp. 206, note A.-M. LUCIANI ; Contrats, conc., consom. 1995, comm. 181, obs. L. LEVENEUR ; RTD civ. 1995.881, obs. J. MESTRE.

[616] La cour d'appel avait également fondé sa décision sur la considération intéressante que le vendeur devait supporter le risque de l'étiquetage.

en fait de définir la notion de prix dérisoire. À partir de quel écart entre le prix réel et le prix exprimé peut-on estimer que le prix affiché est dérisoire ? La loi ne définit pas la notion de prix dérisoire qui est une création de la jurisprudence[617]. Le prix dérisoire est un prix non sérieux[618]. Il n'est pas simplement un « bas prix ». L'existence d'un simple déséquilibre entre les prestations des parties ne peut suffire. En fait, le prix doit être tellement bas qu'il doit équivaloir à une absence de prix. Le critère traditionnellement appliqué est un critère quantitatif[619].

**477. - L'interprétation malaisée des notions voisines**. Dans la pratique, les choses sont rendues malaisées en raison d'une terminologie judiciaire pas toujours très claire[620]. On rencontre en effet tout aussi bien les notions de vil prix que de prix lésionnaire et de prix dérisoire. Ainsi, les juges assimilent parfois le vil prix au prix dérisoire. Par ailleurs, l'expression «vil prix », employée dans le cadre de l'article 1658 du Code Civil relatif à la vente, désigne nécessairement le prix lésionnaire[621]. Or, le prix dérisoire n'est pas un prix lésionnaire. Il est un prix plus que lésionnaire dans la mesure où il équivaut à une absence de prix alors que le prix lésionnaire n'est qu'un prix insuffisant.

---

[617] La question de savoir si un prix est dérisoire est souverainement appréciée par les juges du fond. Il s'agit là d'une question de fait dans laquelle la Cour de cassation ne s'immisce pas. Ainsi, voir la motivation de l'arrêt de la première chambre civile du 4 juillet 1995 précité : « *Mais attendu que la cour d'appel relève, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que te prix de 101 556 francs n'apparaît nullement dérisoire* ».

[618] À rapprocher de Cass. 1ère Civ. 20/10/1981, Bull. civ. I, n° 301 ; D. 1983. Jurisp. 73, note C. LARROUMET ; RTD civ. 1983.171, note PATARIN. La plus haute juridiction de l'ordre judiciaire a considéré que le prix stipulé n'étant pas sérieux, l'acte juridique litigieux était inexistant.

[619] Voir C. CASTETS, note sous Cass. 3ème Civ., 18/07/2001, D. 2002. Jurisp. 680. Ce critère qui était utilisé par l'auteur pour distinguer le vil prix du prix lésionnaire peut être transposé sans difficulté à notre hypothèse dans la mesure où le prix lésionnaire est un prix bas qui ne correspond toutefois pas à une absence de cause dans le contrat.

[620] La première chambre civile de la Cour de cassation avait déjà fait état de « certaines confusions de terminologie» dans un arrêt rendu le 15 novembre 1961 à propos du prononcé par une cour d'appel de la nullité d'un contrat sur le fondement de la vileté du prix alors qu'il y avait en réalité pour la Cour de cassation défaut de prix ou prix dérisoire. Voir Cass. 1ère Civ., 15/11/1961, Bull. Civ. I, n° 354.

[621] Voir notamment Cass. 3ème Civ., 29/04/1998, Bull. civ. III, n° 88 ; JCP 1998. IV. 2350 ; D. 1999. SC. 14, obs. G. PAISANT ; D. 2000. Jurisp. 504, note M.-C. CAUCHY-PSAUME. L'arrêt est rendu au visa de l'article 1658 du Code Civil en vertu duquel, « indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être *résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix* ».

**478. - La nullité pour absence de cause n'exige pas le constat d'une faute excusable**. Le grand intérêt pour le commerçant électronique de recourir à la théorie de la cause est que le prononcé de la nullité du contrat n'est jamais subordonné au caractère excusable de l'erreur qu'il a commise sur l'existence d'une cause au contrat. La solution a été énoncée par la première chambre civile de la cour de cassation, dans un arrêt du 10 mai 1995, sur le fondement de l'article 1131 du Code Civil[622].

**479. - Le caractère facultatif de la nullité si la remise en état est impossible**. Toutefois, il convient de souligner que lorsque la remise en l'état qu'entraîne le prononcé de la nullité d'un contrat pour prix dérisoire est impossible, les juges considèrent que la partie qui s'est prévalue du défaut de prix est en droit d'obtenir le paiement de la valeur réelle du bien objet du contrat[623]. Ainsi, on peut penser que dans l'hypothèse où le contrat de commerce électronique qui portait sur un service ou sur un bien informationnel, a été exécuté antérieurement au prononcé de sa nullité, une restitution de la part de l'internaute n'ayant pas de sens, les juges exigeront de ce dernier qu'il paie au commerçant électronique la valeur réelle du service ou du bien informationnel.

En conclusion sur les conséquences de l'indication dans l'offre de contrat de commerce électronique d'un prix erroné, il est possible de retenir qu'une action en nullité du contrat pour erreur obstacle sur l'objet de celui-ci paraît être le moyen le plus sûr pour un commerçant électronique d'échapper à l'exécution d'un contrat bien peu avantageux pour lui.

[622] Cass. 1ère Civ., 10/05/1995, Bull. civ. I, n° 194; JCP 1996. I. 3914, obs. M. FABRE-MAGNAN ; Defrénois 1995.36145, n° 101, note PH. DELEBECQUE ; RTD civ. 1995.880, obs. J. MESTRE. L'espèce ne se rapportait pas à une erreur d'étiquetage mais le principe posé par la Cour de cassation a vocation à s'appliquer à tous les cas de nullité du contrat pour absence de cause, y compris lorsque celle-ci s'est traduite par l'affichage d'un prix dérisoire.

[623] Cass. 1ère Civ., 16/03/1999, Bull. civ. I, n° 95.

## § 3 – Eventuel caractère d'*ordre public de la nullité*

**480. - La réponse d'abord négative de la Cour de cassation**. La réponse de la Cour de cassation sur l'éventuel caractère d'ordre public de la nullité encourue pour méconnaissance de l'obligation d'information a longtemps été négative. Ainsi, pendant plusieurs années, malgré la résistance des Juges du fond, la Cour de cassation a refusé au Juge le pouvoir de relever d'office l'irrégularité d'un contrat de crédit à la consommation ne satisfaisant pas aux conditions de validité lorsque les dispositions violées tendaient à la protection d'un intérêt particulier[624].

**481. - Le revirement récent**. Revenant sur cette jurisprudence contraire, un arrêt récent donne au Juge du fond le pouvoir de relever d'office l'irrégularité d'un contrat de crédit à la consommation ne satisfaisant pas aux conditions de validité[625]. Ce revirement a paru d'autant plus significatif qu'un arrêt de l'Assemblée Plénière[626] avait affirmé peu avant : « *Si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du n*ouveau Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes. »

**482. - L'incidence du nouveau texte permettant au Juge de soulever d'office les règles du droit de la consommation.** Et depuis, le législateur, à l'occasion de la Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, est venu assortir le Code de la Consommation d'un nouveau texte, l'article L. 141-4, disposant que le Juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application. L'arrêt précité du 22 janvier 2009 est intervenu sur second pourvoi, mais sans saisine de l'Assemblée Plénière du fait de cette dernière modification

[624] Cass. 1ère civ. , 15 févr. 2000 : JurisData 2000-000518 ; JCP G 2001, II, 10477.

[625] Cass. 1re civ., 22 janv. 2009, n° 05-20.176, JurisData n° 2009-046627.

[626] Cass. Ass. Plénière, 21 décembre 2007, JurisData n° 2007-042069.

de la Loi sur le fondement de laquelle il a été rendu en la forme d'un rejet du pourvoi. Certains auteurs ont jugé regrettable que le nouveau texte n'ait édicté qu'une simple faculté au profit du Juge et non une obligation, ce qui laisse le consommateur à la merci de l'esprit d'initiative de ce dernier. Cette nouvelle règle prise en compte, pour cette dernière affaire, dans le cadre du crédit à la consommation, est bien naturellement applicable dans le domaine du commerce électronique en tant que relevant du droit de la consommation.

Il apparaît ainsi que l'ordre public pris en compte est un ordre public absolu puisque, dans le silence des parties, le juge peut soulever d'office la règle qui en relève, mais atténué en ce qu'il n'est pas obligé de le faire.

D'autres actions, en dehors de celle portant sur la nullité du contrat, peuvent être recherchées par la victime d'une méconnaissance de l'obligation d'information.

## Section 2

## Autres sanctions civiles

Les autres possibilités d'action portent, d'une part, sur la réparation du préjudice causé par la faute que constitue la méconnaissance, qu'il s'agisse d'un personnel ou collectif (§ 1) et, d'autre part, sur la possibilité de rechercher, pour l'avenir, la cessation de l'anomalie (§ 2).

### § 1 - Action en dommages et intérêts

**483. - La faute qui fonde l'action**. Le commerçant électronique qui ne satisfait pas aux articles l369-1 du Code Civil, L. 121-18 du Code de la Consommation et 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, est susceptible d'engager sa responsabilité civile à raison du préjudice qu'il a pu causer par sa faute. S'agissant d'une faute commise avant contrat, il s'agir de la faute délictuelle de l'article 1382 du Code Civil. « Tout fait *quelconque de 1 'homme qui cause à autrui un* dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer »[627]. Ce principe fondamental a vocation à s'appliquer, au premier chef, à la relation naissante qui peut s'établir entre un commerçant électronique et un internaute à l'occasion de l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique. Il sera vu cependant, plus loin, que les Juges préfèrent souvent retenir le fondement de la responsabilité contractuelle.

**484. - Les conditions de la responsabilité attachée à la faute**. Le commerçant électronique n'engagera cependant sa responsabilité civile délictuelle que si le demandeur à l'action démontre la réunion des trois conditions suivantes : une faute commise par celui dont la responsabilité est recherchée, à savoir, le commerçant électronique, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et ce préjudice.

[627] Art. 1382 du Code Civil.

**485. - La méconnaissance de l'obligation d'information comme faute**. S'agissant de la faute reprochée au commerçant électronique, on peut d'ores et déjà préciser qu'elle consiste en la violation par le commerçant électronique d'une obligation légale d'information, quelle que soit la qualité du demandeur à l'action (association de défense des consommateurs agréée ou « simple» internaute). En se référant aux règles du droit commun, la faute génératrice de responsabilité et donc susceptible de réparation n'est pas nécessairement une faute d'une certaine gravité : même la faute légère suffit à engager la responsabilité de son auteur ainsi que l'admet la jurisprudence de longue date[628].

En réalité, toute la particularité de l'action en responsabilité civile délictuelle intentée contre le commerçant électronique repose sur le préjudice dont il est demandé réparation – ce préjudice pouvant être individuel (A) ou collectif (B).

## A - La réparation du préjudice individuel subi par l'internaute

**486. - Le principe de responsabilité pour méconnaissance de l'obligation d'information.** L'internaute, qui a pris connaissance d'une offre irrégulière de contrat de commerce électronique du fait de la méconnaissance d'une obligation d'information et qui peut démontrer que le commerçant électronique a commis une faute en relation de causalité directe avec un préjudice qu'il a subi de ce fait, peut obtenir la condamnation en justice du commerçant électronique à lui verser des dommages et intérêts à titre de réparation[629]. Cette solution s'inscrit dans une jurisprudence bien établie en cas

[628] Voir Cass. 1ère civ. 7 février 1979, Bull. civ. I, n° 50 où il est énoncé : « Méconnait l'article 1147 du c. civ. Le tribunal d'instance qui, après avoir relevé à la charge du vendeur d'un appareil un manquement à son obligation de conseil et de renseignements, refuse d'ordonner, au profit de l'acquéreur, la réparation du préjudice en résultant, au motif que cette faute devrait être considérée comme légère ».

[629] En ce sens, voir GRYNBAUM, « La directive sur le commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », préc., qui propose de considérer l'inexécution par le prestataire de ses obligations d'information comme constitutive d'une violation de son obligation précontractuelle d'information susceptible d'engager sa responsabilité civile délictuelle.

d'inexécution d'obligations d'information[630]. Notre droit distingue la responsabilité civile délictuelle ou extra-contractuelle, d'une part et la responsabilité civile contractuelle d'autre part. Le fait reproché au commerçant électronique étant relatif à l'offre de contrat de commerce électronique, il se situe dans le temps précédant la conclusion du contrat de commerce électronique. Aussi, il ne peut être question ici en principe que de l'engagement par le commerçant électronique de sa responsabilité civile délictuelle.

**487. - La préférence marquée de la jurisprudence pour retenir la responsabilité contractuelle**. Ainsi qu'il l'a été vu plus haut, cette analyse classique doit néanmoins être relativisée quand l'offre irrégulière a donné lieu à la conclusion d'un contrat de commerce électronique. En effet, certaines décisions condamnent la partie qui a méconnu son obligation précontractuelle d'information ou de conseil, sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle pour inexécution de la prestation promise dans cette information[631]. On peut ainsi citer un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 17 juin 1997[632], dans lequel le fournisseur d'une machine à libeller les chèques a été condamné, sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle, à réparer le préjudice subi par l'un de ses acheteurs, victime de chèques falsifiés. Les juges ont motivé leur décision par le fait que le fournisseur ayant garanti dans ses documents publicitaires le caractère infalsifiable des chèques libellés au moyen de sa machine, il avait manqué à son engagement vis-à-vis de ce client. Il est vrai que la garantie ainsi donnée en dehors du champ contractuel dans le cadre de la publicité du vendeur, pouvait être considérée, en l'espèce, comme revêtant un caractère contractuel.

---

[630] Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un, arrêt rendu le 19 juin 1996 au visa des articles 1382 et 1383 du· Code Civil, que le fait de donner une information inexacte est constitutif d'une faute délictuelle. Voir Cass. 2ème Civ., 19/06/1996, Bull. civ. Il, n° 161 ; RTD CIV. 1997. 144 ; Defrénois 1996.1373.

[631] Voir par exemple Cass. Corn., 25/06/1980, Bull. civ. I, n° 276 ; RTD civ. 1981. 157 : la chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé qu'une cour d'appel a jugé à bon droit que le devoir de conseil qui incombait au fabricant-vendeur de peinture constitue une obligation contractuelle même lorsque le conseil à l'origine du dommage subi par l'acheteur a lui été donné avant la conclusion du contrat de vente de peinture. En conséquence, le fabricant-vendeur devait bel et bien être condamné à réparer ce dommage sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle et non sur celui de la responsabilité civile délictuelle comme le prétendait l'auteur du pourvoi en cassation.

[632] Cass. Corn., 17/06/1997, Bull. civ. IV, n°, 195 ; JCP E 1997. 1042, note F. LABARTHE.

**488. - Les raisons de cette préférence**. Ce mouvement de contractualisation de l'obligation précontractuelle d'information trouve une explication dans le fait que les informations relatives au contenu du contrat qui sont transmises par une partie avant la conclusion de celui-ci entrent dans le champ contractuel dès l'instant où le contrat est conclu. Le principal intérêt du choix entre une action en responsabilité civile délictuelle ou contractuelle réside en effet dans le régime juridique applicable. Le succès d'une action en responsabilité civile qu'elle soit inscrite dans la responsabilité délictuelle ou contractuelle est subordonné à la réunion de trois conditions : une faute du commerçant électronique, un préjudice subi par l'internaute et un lien de causalité entre les deux.

**489. - L'identité de régime en ce qui concerne le constat de la faute et du préjudice**. Une faute doit tout d'abord pouvoir être imputée au commerçant électronique. La démonstration de son existence ne fait pas de difficulté en l'espèce, L'inobservation d'une disposition légale imposant une obligation d'information constitue, en effet, en elle-même une faute susceptible d'ouvrir un droit à réparation au créancier de l'obligation méconnue. Aussi, le commerçant électronique, en ne respectant ses obligations légales d'information, commet une faute de nature à engager sa responsabilité. L'internaute doit ensuite rapporter la preuve que le défaut d'information lui a causé un préjudice dont il demande réparation. La détermination des dommages réparables ne présente pas de particularité ici. Il s'agira le plus souvent d'un préjudice matériel.

**490. - L'appréciation difficile du lien de causalité**. Cependant, sur le plan des faits, la tâche consistant à démontrer l'existence d'un tel préjudice sera par contre particulièrement délicate. On voit difficilement comment l'omission d'une information dans l'offre peut être à l'origine d'un préjudice chez l'internaute, surtout s'il n'a conclu aucun contrat avec le commerçant électronique sur la base de l'offre irrégulière. Il est vrai que le fait de n'avoir pas contracté peut être analysé comme la perte d'une chance d'avoir contracté, mais en l'occurrence on ne voit pas en quoi il pourrait y avoir préjudice à n'avoir pas contracté sur

la base d'une information incomplète ou erronée. Le juge devra véritablement procéder à une appréciation au cas par cas[633].

**491. - L'appréciation difficile du quantum du préjudice**. La démonstration par l'internaute qu'il a subi un préjudice en relation de causalité avec la faute du commerçant électronique n'aplanit cependant pas toutes les difficultés. Un autre point pose problème : l'évaluation du montant des dommages et intérêts à verser en réparation. À cet effet, certains ont suggéré d'évaluer le dommage causé par le défaut d'information proportionnellement à l'influence de l'information manquante sur le consentement de l'internaute[634]. Il semble possible de se rallier à cette proposition en considérant que le montant des dommages et intérêts doit varier en fonction de la mention obligatoire omise ou mal transmise. S'agissant d'une question de fait, elle relèvera du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

**492. - Un exemple dans le domaine de la téléphonie mobile**. À titre d'illustration, on citera un jugement du Tribunal de grande instance de Nanterre, du 15 octobre 2001[635], opposant deux abonnés à un opérateur de téléphonie mobile. Les demandeurs avaient conclu un contrat d'abonnement avec l'opérateur pour un prix particulièrement attractif. Bien qu'aucun des documents qu'ils avaient reçus de l'opérateur relativement au contrat ne contenait de clause ayant trait à la faculté de l'opérateur de modifier unilatéralement le prix de l'abonnement, l'opérateur avait procédé à une telle modification sans leur accord. Les juges ont considéré que l'opérateur n'avait pas respecté les engagements pris dans son offre d'abonnement et l'ont donc condamné à réparer le préjudice subi par les deux abonnés de ce fait. Ils ont alors estimé ce préjudice comme correspondant au montant des sommes indûment perçues par l'opérateur à partir du moment où il a augmenté son tarif.

---

[633] L'existence de ce préjudice est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour un exemple, voir Cass. 1ère Civ., 13/11/2002, D. 2002. IR. 3188.

[634] Cf. GHESTIN, Traité de droit civil - La formation du contrat – Principes et caractères essentiels – Ordre public, Consentement, objet, cause, préc. n° 634.

[635] TGI Nanterre, 15/10/2001, D. Affaires 2001. AJ. 3347.

Par ailleurs, dans le cas où l'irrégularité de l'offre de contrat de commerce électronique a des répercussions dépassant le simple cadre de la relation individuelle liant commerçant électronique et internaute, les associations agréées de défense des consommateurs peuvent agir pour demander la réparation du préjudice collectif éprouvé par les consommateurs.

### B - La réparation du préjudice collectif des consommateurs

**493. - La possibilité d'indemnisation du préjudice collectif des associations de consommateurs**. L'action en responsabilité civile - nécessairement délictuelle en dehors de tout lien de droit - intentée par une association agréée de défense des consommateurs, à l'encontre d'un commerçant électronique professionnel qui n'a pas respecté les obligations légales d'information mises à sa charge, à raison du préjudice qu'il a ainsi pu causer à l'intérêt collectif des consommateurs, peut avoir plusieurs fondements (A). Par ailleurs, la condition tenant à l'existence de ce préjudice ayant déjà été examinée, nous n'envisagerons que certains aspects particuliers tenant à sa preuve et à son évaluation (B).

#### 1 - *Fondements de l'action*

**494. - Les trois textes applicables**. Trois textes sont susceptibles d'être invoqués pour fonder l'action en réparation des associations de consommateurs : les articles L. 421-1, L. 421-6 et L. 421-7 du Code de la Consommation.

**495. - L'exigence d'une faute pénalement sanctionnée.** L'article L. 421-1 du Code de la Consommation, tout d'abord, est le seul à leur reconnaître expressément ce droit[636]. Les conditions de mise en œuvre de ce texte sont cependant si strictes qu'elles en réduisent la portée, en particulier dans notre hypothèse. En effet, les associations de défense de consommateurs ne peuvent agir en réparation du préjudice collectif à l'intérêt des

[636] Article L. 421-1 du Code d~ la consommation, préc.

consommateurs qu'à la condition que le fait reproché au professionnel soit constitutif d'une infraction pénale. Elles exercent alors les droits reconnus à la partie civile[637]. Or, seule la violation des l'article L. 121-18 du Code de la Consommation et 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique fait l'objet d'une incrimination pénale spéciale. Celle de l'article 1369-1 du Code Civil ne peut éventuellement l'être que si elle tombe sous le coup d'une incrimination pénale plus générale.

Il est nécessaire, selon certains auteurs, pour une défense efficace des intérêts collectifs des consommateurs, qu'un droit d'agir en réparation plus étendu soit reconnu aux associations de défense des consommateurs. Aussi, deux autres textes du Code de la Consommation ont été interprétés en ce sens bien qu'ils ne prévoient rien expressément à ce sujet.

**496. - La demande de réparation du préjudice collectif à l'occasion de l'action en nullité des clauses abusives.** L'ancien article L. 421-6 du Code de la Consommation[638] prévoyait la possibilité pour les associations de défense des consommateurs de saisir le juge afin qu'il ordonne la suppression des clauses abusives éventuellement contenues dans les modèles de conventions habituellement proposés par des professionnels aux consommateurs. Sous l'empire de ce texte, la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis, dans un arrêt du 5 octobre 1999[639], que les associations de défense des consommateurs puissent demander, outre la suppression de la clause considérée comme abusive, la réparation de tout préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs des consommateurs. Elle avait en effet considéré comme non pertinent l'argument selon lequel le texte ne prévoit pas expressément ce droit à réparation.

---

[637] Sur l'action civile des associations de défense des consommateurs, voir CALAIS-AULOY, STEINMETZ, Droit de la consommation, préc. n° 556.

[638] Article L. 421-6 du Code de la Consommation (ancien) : « Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression de clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par des professionnels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par des organisations professionnelles à leurs membres ».

[639] Cass. 1ère Civ., 05/10/199.9., Bull. civ. I, n° 260 ; D. 2000. Jurisp. 110, note G. PAISANT.

**497. - Le maintien de ce droit dans le cadre de la nouvelle rédaction de l'article L 421-6**. L'article L. 421-6 du Code de la Consommation, dans sa rédaction actuelle, qui prévoit toujours la possibilité d'une suppression par le juge d'une clause abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur, mais l'inscrit dans le cadre plus vaste de l'action en cessation des agissements illicites, permet-il encore aux associations de défense des consommateurs de demander des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs par l'agissement illicite du professionnel ? La réponse est positive, comme en témoigne notamment un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 21 octobre 2003[640]. Une cour d'appel avait rejeté une demande de dommages et intérêts formée par une association de défense des consommateurs, sur le fondement unique de l'article L. 421-6 du Code de la Consommation, au motif que cette disposition ne concerne que la possibilité d'obtenir la suppression de clauses abusives. La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel, jugeant qu'une association agréée de défense des consommateurs est en droit de demander réparation par des dommages et intérêts de tout préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs devant les juridictions civiles.

**498. - La possibilité de présenter une telle demande par voie d'intervention dans une instance civile**. Enfin, l'article L. 421-7 du Code de la Consommation, qui consacre pour les associations de consommateurs le droit d'agir par voie d'intervention à une instance civile « notamment » pour demander au juge qu'il ordonne au professionnel de cesser tout agissement illicite, peut également se révéler utile en l'espèce[641]. La présence de l'adverbe « notamment » ouvre en effet un certain nombre de possibilités d'autres demandes de la part des associations. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Paris, du 4 octobre 1996[642], qui a

[640] Casso 1ère Civ., 21/10/2003, pourvoi n° 01-13239, Disponible sur http://www.legifrance.gouv.fr.

[641] Sur les conditions de mise en œuvre de l'action prévue par l'article L. 421-7 du Code de la Consommation, voir Lamy droit économique, n° 4537 et 4538.

[642] CA Paris, 04/10/1996, J. Affaires 1996. 1284. Voir également CA Nancy, 06/09/2001, D. 2002. AJ. 484. La cour d'appel de Nancy a estimé dans cette espèce que les juges du premier degré ont fait, au vu des éléments objectifs et vérifiables résultant du dossier, une évaluation juste et équitable du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs.

admis qu'une association de défense des consommateurs demande, par voie d'intervention, des dommages et intérêts en réparation de ce préjudice collectif.

En fait, chaque action des associations de défense des consommateurs spécialement mise en place par le Code de la Consommation recèle en elle-même, expressément ou non, le droit pour celles-ci de demander la réparation du préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs que le fait d'un professionnel a pu causer. Le choix de faire appel à tel ou tel fondement textuel dépendra essentiellement des circonstances de la cause.

La condition sine qua non au succès de l'action en réparation, quel que soit le fondement choisi, consiste ensuite en l'établissement par l'association demanderesse d'un préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs à l'origine duquel se trouve la violation par le commerçant électronique professionnel des obligations légales d'information mises à sa charge.

### ***2 - Particularités de l'action collective***

**499. - Le préjudice indirect peut être réparé** Il est important tout d'abord de souligner qu'un préjudice indirect suffit à ouvrir droit à indemnisation, contrairement au droit commun de la responsabilité civile délictuelle qui exige traditionnellement un préjudice direct. Toutefois, bien que cette particularité facilite indubitablement l'établissement du dommage, il demeure difficile non seulement de le prouver, mais encore de l'évaluer.

**500. - La difficile distinction de l'intérêt collectif et du préjudice personnel des consommateurs**. La preuve du préjudice collectif subi par les consommateurs pose problème, ne serait-ce qu'en raison de la difficulté de saisir la notion d'intérêt collectif des consommateurs. S'agissant de la preuve d'un fait juridique, la preuve est libre. Le jugement précité du tribunal de grande instance de Paris rendu le 4 février 2003 dans le cadre d'une action intentée par une association de défense des consommateurs en suppression de clauses abusives dans les conditions générales de vente d'un site marchand

fournit une illustration des éléments de preuve qui peuvent être utilisés[643]. La demanderesse avait demandé, en plus de ces suppressions, la réparation du préjudice collectif subi par les consommateurs du fait de l'insertion de ces clauses abusives dans les conditions générales de vente du site. Le tribunal de grande instance de Paris a estimé que l'association avait rapporté la preuve du préjudice collectif subi par les consommateurs en lui soumettant plusieurs coupures de presse attestant de ce que les consommateurs ont effectivement subi les agissements illicites du commerçant électronique. À cette motivation, il peut cependant être fait observer que le préjudice des consommateurs eux-mêmes ne prouve pas celui de l'association qui agit, non pour ces derniers, nul ne pouvant agir par procureur, mais pour elle-même.

**501. - L'appréciation difficile de l'indemnisation juste**. Quant à l'évaluation de l'indemnité à allouer en réparation du préjudice collectif subi par l'ensemble des consommateurs, elle se révèle plus délicate encore que celle visant à réparer un préjudice individuel. Il est à craindre alors que le montant de la réparation ne se limite, le plus souvent, à l'euro symbolique. Cependant, il appartient aux juges du fond de procéder en tout état de cause à une évaluation du préjudice dès l'instant où il est établi. Les éléments pris en compte pour cette évaluation sont divers. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 octobre 1996[644] a procédé à une appréciation de l'ensemble des éléments de fait soulevés par la demanderesse avant de finalement évaluer le préjudice collectif subi par l'ensemble des passagers de la SNCF du fait des retards répétés des trains à 10 000 francs. Il est également un intéressant jugement du tribunal de grande instance de Nanterre, rendu le 15 octobre 2001[645], dans lequel les juges ont déterminé, selon des critères très précis, le montant de préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs du fait de la modification unilatérale par un opérateur de téléphonie mobile du prix de l'abonnement à son service sans l'accord des abonnés. Ils ont pris en considération le nombre d'abonnés ayant souscrit le contrat d'abonnement dont le prix a été modifié par l'opérateur. Puis ils ont calculé le montant des sommes indûment prélevées par ce dernier, auquel ils ont enfin ajouté les frais engagés par l'association de défense des consommateurs demanderesse

[643] TGl Paris, 04/02/2003, préc.

[644] CA Paris, 04/10/1996, préc.

[645] TGl Nanterre, 15/10/2001, préc.

pour assurer sa mission d'information et de protection des consommateurs. Le montant des dommages et intérêts alloués par les juges se révèle parfois élevé comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Versailles, du 14 mars 2001[646], qui a condamné un fournisseur d'accès à verser la somme particulièrement importante de 15 244,90 euros à une association de défense des consommateurs en réparation du préjudice collectif subi par les internautes consommateurs du fait d'une publicité mensongère concernant ses offres de fourniture d'accès à internet.

**502. - L'intérêt de l'action collective**. Il faut souligner, pour conclure, le rôle essentiel que les associations de défense des consommateurs peuvent jouer et jouent en particulier dans le domaine des relations contractuelles qui se nouent par voie électronique. Leur rapidité de réaction, face à des situations mettant en danger les intérêts économiques des consommateurs, s'accorde parfaitement avec l'exigence de rapidité des échanges qui caractérise le commerce électronique. En outre, le fait de leur avoir reconnu un droit d'action à titre principal présente l'intérêt de permettre de déclencher des actions qui ne le seraient sans doute pas sans elles à l'échelle d'un internaute envisagé isolément et de l'intérêt souvent modeste du litige.

L'examen des conséquences, sur le plan civil, de l'inobservation par un commerçant électronique des exigences particulières de précision issues de la loi pour la confiance dans l'économie numérique et du Code de la Consommation, a ainsi fait apparaître un vaste panel de moyens juridiques permettant d'assurer la défense d'intérêts tantôt particuliers tantôt collectifs.

[646] CA Versailles, 14/03/2001, Communication Commerce électronique 2001, comm. 48, p. 28, note C. LE STANC. Le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles a été rejeté par la Cour de cassation. Voir cass. 1ère Civ., 09/03/2004, D. 2004. Jurisp. 1727, note C. RIEFA.

## § 2 *: Actions en cessation de l'article* L421-6 du Code de la consommation

**503. - La définition de l'action en cessation**. L'action en cessation des agissements illicites est une action très particulière qui permet d'obtenir du juge qu'il ordonne au vendeur de biens ou au prestataire de service qu'il se conforme aux dispositions légales qui s'imposent à lui à l'occasion de son activité. Son champ d'application est toutefois limité quant aux personnes contre lesquelles une telle procédure peut être mise en œuvre. Elle ne peut en effet être exercée que contre une personne agissant à titre professionnel et s'adressant potentiellement à des clients ayant la qualité de consommateur[647].

**504. - L'action en cessation de l'article L 421-6**. Le Code de la Consommation prévoit trois hypothèses dans le cadre desquelles une action en cessation des agissements illicites peut être intentée. Seulement celle prévue par l'article L 421-6 du Code de la Consommation retient notre attention, car il apparaît rapidement qu'elle est la plus efficace dans l'espèce qui nous intéresse ici. Sa force repose en effet, notamment, dans le fait que son exercice n'est subordonné ni à l'existence d'une infraction pénale, ni à l'exercice à titre initial d'une action en réparation par un consommateur.

L'article L 421-6 du Code de la Consommation actuel est le résultat d'une modification opérée par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 afin de transposer dans notre droit interne la directive 98/27 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs[648]. Ce texte communautaire a pour origine le constat selon lequel les mécanismes traditionnels visant à sanctionner la violation des dispositions communautaires

[647] La Cour de cassation rappelle régulièrement cette exigence. Ainsi la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 4 mai 1999, a jugé qu'une cour d'appel avait à bon droit déclaré irrecevable l'action d'associations de consommateurs en suppression des clauses abusives dans un compromis de vente conclu entre deux parties non-professionnelles. Voir Cass. 1ère Civ., 04/05/1999, Bull. civ. I, n° 147.

[648] Directive 98/27CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, JOCE n° L 166, 11 juin 1998, p. 51.

protégeant les consommateurs ne sont pas toujours en mesure de faire cesser en temps utile les pratiques illicites de certains professionnels portant préjudice aux intérêts collectifs des consommateurs[649]. Aussi, la directive a demandé aux États membres d'établir une liste d'entités qualifiées pour agir en justice et demander au juge d'ordonner au professionnel de cesser immédiatement, au besoin sous astreinte, ses agissements illicites.

L'action en cessation des agissements illicites est donc une action originale en raison de ses titulaires (A) et de ses conditions de mise en œuvre (B).

### A - Les titulaires de l'action en cessation

**505. - Le droit ne peut appartenir qu'à une entité « qualifiée »**. La directive 98/27/CE prévoit que seule une entité dite « qualifiée» doit avoir le droit d'agir en cessation. L'article 3 du texte communautaire définit la notion d'entité qualifiée comme « tout *organisme ou organisation dûment constitué conformément au droit d'un* État membre, qui a un intérêt particulier à faire respecter le*s dispositions visées à l'article 1*[er] »[650]. Il précise qu'il peut s'agir soit d'organismes publics indépendants spécialement chargés de protection des intérêts collectifs des consommateurs, soit d'organisations dont le but est la protection de ces intérêts. Une liste actualisée des entités qualifiées par les États membres pour agir est par ailleurs publiée tous les six mois dans le journal officiel des communautés européennes[651].

[649] Considérant n° 2 de la directive 98/27/CE préc. : « Considérant que les mécanismes existant actuellement, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer le respect de ces directives, ne permettent pas toujours de mettre un terme en temps utile aux infractions préjudiciables aux intérêts collectifs des consommateurs [ . .] ».

[650] Article 3 de la directive 98/27CE : « Aux fins de la présente directive, on entend par « entité qualifiée» tout organisme ou organisation dûment constitué conformément au droit d'un Etat membre, qui a un intérêt particulier à faire respecter les dispositions visées à l'article 1[er] [c'est-à-dire les directives énumérées en annexes] et, en particulier : a) un ou plusieurs organismes publics indépendants spécifiquement chargés de la protection des intérêts visés à l'article 1[er], dans les Etats membres ou de tels organismes existent et/ou b) les organisations dont le but est de protéger les intérêts visés à l'article 1[er] , conformément aux critères fixés par la législation nationale ».

[651] Cf. article 4, paragraphe 3, de la directive 98/27/CE, préc.

**506. - En droit interne, le droit appartient aux associations de défense des consommateurs**. L'article L. 421-6 du Code de la Consommation confère le droit d'agir en cessation aux associations de défense des consommateurs[652] ainsi qu'aux organismes justifiants de leur inscription sur la liste publiée au journal officiel des communautés européennes, conformément à l'article 4 de la directive 98/27/CE du parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs[653].

**507. - Les conditions exigées des associations**. Toutefois, toutes les associations se réclamant de la défense des consommateurs n'ont pas qualité pour agir. Seulement celles mentionnées à l'article L. 421-1 du Code de la Consommation peuvent s'en prévaloir. S'agissant de l'action en cessation des agissements illicites qui nous intéresse ici, l'article L. 421-6 du Code de la Consommation le rappelle très clairement : « Les associations *mentionnées à l'article 1. 421-1 [...] peuvent agir devant la juridiction civile pour faire* cesser ou interdire tout agissement illicite [.. .] ». Quelles sont-elles ?

L'article L. 421-1 du Code de la Consommation prévoit que seules les associations ayant pour objet statutaire la défense des intérêts des consommateurs et ayant obtenu un agrément à cette fin ont le droit d'agir en justice[654]. Les conditions de l'obtention de cet

[652] Les associations de consommateurs jouent un rôle considérable dans le contrôle de la bonne application par les professionnels des dispositions légales protectrices des intérêts des consommateurs. Sans refaire ici l'histoire de leurs prérogatives progressivement acquises en particulier s'agissant du recours aux voies judiciaires, on citera la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « Loi Royer», et en particulier son article 46 (abrogé par la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988) qui est à l'origine de l'article L. 421-1 du Code de la Consommation actuel, par lequel le législateur leur a reconnu le droit d'agir en justice pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs. Ce droit est aujourd'hui encadré dans des limites fixées par les articles L. 421-1 à L. 421-9 du Code de la Consommation. Sur l'ensemble, voir L. BORE, La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, Thèse, Paris : LODJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 1997.

[653] Article L. 421-6 du Code de la Consommation : « Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au journal officiel des communautés européennes en applications de l'article 4 de la directive 98/27/CE du parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs peuvent agir devant les juridictions civiles pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée ».

[654] Article L. 421-1 du Code de la Consommation : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette

agrément sont définies aux articles R. 411-1 à R. 411-6 du Code de la Consommation auxquels l'article L. 411-1 du Code de la Consommation renvoie[655]. Les associations doivent notamment satisfaire à un certain nombre de conditions relatives à leur activité, à leur nombre d'adhérents, etc. L'avis du ministère public est en outre requis. Il est donné par le procureur général près de la cour d'appel dans le ressort de laquelle l'association a son siège. Chaque association doit adresser une demande d'agrément à la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Enfin, l'autorité compétente pour délivrer l'agrément varie si c'est une association nationale ou locale qui le demande[656].

L'action en cessation intentée par une association de défense des consommateurs sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la Consommation présente en outre certaines spécificités quant à sa mise en œuvre.

### B - Les conditions de mise en œuvre de l'action en cessation

**508. - L'efficacité de l'action en tant que fondée sur l'article L 421-6.** Le Code de la Consommation consacre trois cas d'action en cessation d'agissements illicites, respectivement prévus aux articles L. 421-2, L. 421-6 et L. 421-7. Celui envisagé par l'article L. 421-6 du Code de la Consommation présente toutefois d'importantes particularités par rapport aux autres. En ne soumettant pas la recevabilité de l'action à des conditions aussi strictes, il garantit une véritable efficacité aux démarches des associations de défense des consommateurs.

---

fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

[655] Article L. 411-1 du Code de la Consommation : « Les conditions dans lesquelles les associations de consommateurs peuvent être agréées, après avis du ministère public, compte tenu de leur représentativité sur le plan national ou local, ainsi que les conditions de retrait de cet agrément sont fixées par décret ».

[656] L'agrément est accordé par arrêté ministériel pour ·les associations nationales et par arrêté préfectoral pour les associations locales, départementales ou régionales (article R. 411-2 du Code de la Consommation).

**509. - Le droit d'action à titre principal**. L'action en cessation d'agissements illicites prévue par l'article L. 421-6 du Code de la Consommation peut être introduite indépendamment de tout recours individuel formé par un consommateur lésé, soit, en termes de procédure civile, à titre principal. Le fait qu'aucun consommateur n'ait agi en réparation d'un préjudice qu'il aurait subi à raison de l'omission par le commerçant électronique de telle ou telle mention obligatoire dans ses offres de contrat de commerce électronique est sans incidence sur la recevabilité d'une action en cessation[657]. L'article L. 421-6 du Code de la Consommation reconnaît en effet aux associations de défense des consommateurs un droit d'action à titre principal[658], contrairement aux articles L. 421-2 et L. 421-7 du Code de la Consommation qui ne leur accordent qu'un droit d'action à titre accessoire[659], c'est-à-dire en complément de l'action principale nécessaire d'un consommateur.

**510. - Le droit d'agir même en l'absence d'infraction pénale**. Par ailleurs, l'article L. 421-6 du Code de la Consommation leur reconnaît le droit d'agir, que l'agissement illicite reproché au professionnel soit constitutif ou non d'une infraction pénale, contrairement à l'article L. 421-2 qui exige que le fait reproché au commerçant électronique tombe sous le coup de la loi pénale. Quant à la juridiction compétente pour connaître de l'action, il s'agit du juge civil, exclusivement, ainsi que cela ressort sans équivoque de la formulation de l'article L. 421· 6 du Code de la Consommation. Il faut en déduire a contrario que même lorsque le manquement du commerçant électronique professionnel porte sur ses obligations légales d'information, les associations de défense des consommateurs ne peuvent saisir que la juridiction civile.

---

[657] À rapprocher de Cass. Crim., 31/01/1983, Bull. crim. p. 77. L'arrêt a été rendu à propos de faits constitutifs d'une infraction pénale.

[658] La jurisprudence admet également la recevabilité de leurs actions sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la Consommation lorsqu'elles sont intentées par voie d'intervention. Voir notamment Cass. Corn., 06/01/1994, Bull. civ. IV, n° 8; D. 1994. SC. 209, obs. DELEBECQUE.

[659] Voir l'article L. 421-2 du Code de la Consommation dans l'hypothèse où le fait reproché au professionnel est constitutif d'une infraction pénale et l'article L. 421-7 du Code de la Consommation lorsqu'il ne l'est pas. Dans le cadre de ces deux textes, les associations ne peuvent qu'intervenir à une instance déjà en cours. Pour une illustration, voir TGI Nanterre, 02/09/2003, Gaz. Pal. 2004, du 21 au 22 janvier, Jurisprudence – Sommaires, p. 49, note B. MISSE, C. A VIGNON. Les juges ont déclaré irrecevable l'action intentée par voie principale par l'association de défense des consommateurs sur le fondement de l'article L. 421-7 du Code de la Consommation au côté de celle intentée par madame M. au motif que ce texte ne lui permet d'agir que par voie d'intervention.

Le succès de l'action en cessation des agissements illicites est subordonné essentiellement au respect de deux conditions. La première tient à la constatation d'un agissement illicite de la part du professionnel (1°-), la seconde à la démonstration par le demandeur de ce que cet agissement a causé un préjudice aux intérêts collectifs des consommateurs (2°-).

### 1 - *La notion d'agissement*s illicites

**511. - La première condition : l'existence d'un agissement illicite par référence aux directives**. L'article L. 421-6 du Code de la Consommation précise que l'illicéité de l'agissement du professionnel doit s'apprécier par rapport aux dispositions transposant les directives communautaires mentionnées à l'article 1er de la directive 98/27/CE. Un agissement illicite doit donc s'entendre de toute violation d'une disposition nationale transposant l'une ou l'autre des directives énumérées par la directive 98/27CE[660]. Quelles sont ces directives auxquelles il est fait référence ? La directive 98/27/CE indique, dans son considérant n° 1, qu'il s'agit de textes posant des règles en matière de protection des intérêts des consommateurs. Elle en dresse en annexe une liste qui doit être considérée comme exhaustive. En l'espèce, il faut vérifier si la directive 97/7 /CE et la directive sur le commerce électronique, à l'origine des articles L. 121-18 du Code de la Consommation et 1369-1 du Code Civil et 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, sont présentes sur cette liste. La directive 9717/CE l'est depuis l'adoption de la directive 98/27/CE. Quant à la directive sur le commerce électronique, son adoption étant postérieure, le législateur communautaire a prévu une modification de l'annexe de la directive 98/27/CE afin de l'y intégrer[661]. On en déduit donc que le commerçant

[660] La directive 98/27/CE, à laquelle il est renvoyé en donne une définition similaire : est une « pratique illicite », toute méconnaissance d'une disposition nationale transposant les règles fixées par les directives qu'elle cite en annexe, y compris lorsqu'elle va au-delà du niveau de protection requis par ces directives (article 1, paragraphe 2). Ces pratiques sont considérées comme constituant une violation du droit communautaire (considérant n° 5). Précisons que le terme d'infraction ne doit pas être entendu ici au sens pénal.

[661] Article 18, paragraphe 2, de la directive sur le commerce électronique : « L'annexe de la directive 98/27CE est complété par le texte suivant : « 11. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects des services de la société de l'information, et notamment du

électronique professionnel qui méconnaît les dispositions nationales de transposition de la directive 97/7/CE et la directive sur le commerce électronique s'expose à une action en cessation des agissements illicites.

La condition de l'existence d'un agissement illicite de la part du commerçant électronique professionnel ne suffit cependant pas à assurer le succès de la prétention de l'association de défense des consommateurs qui agit sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la Consommation. Il faut encore qu'elle parvienne à démontrer que le fait reproché au commerçant électronique a causé un préjudice aux intérêts collectifs des consommateurs.

### ***2 - Exigence d'un lien avec le préjudice collectif***

**512. - Seconde condition : l'exigence d'un lien de causalité**. L'article L. 421-6 du Code de la Consommation s'inscrit dans le livre quatrième du Code de la Consommation relatif aux associations de consommateurs et plus particulièrement dans un chapitre consacré aux actions exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs. Le succès de chacune des actions envisagées dans ce chapitre est subordonné à la démonstration que le fait reproché au professionnel a porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. La jurisprudence est constante sur ce point. II en va de la recevabilité même de l'action[662]. La question s'est posée de savoir si cette exigence vaut également pour le nouvel article L. 421-6 du Code de la Consommation. En effet, le texte lui-même est muet sur ce point. Une réponse positive s'impose cependant, d'abord en raison de la nécessaire cohérence avec les dispositions du chapitre dans lequel il s'inscrit. Une autre raison plus solide milite en ce sens qui est tirée directement de la directive 98/27/CE, à la lumière de laquelle l'article L. 421-6 du Code de la Consommation doit être interprété. L'article 1, paragraphe 2, du texte communautaire définit la notion de « pratiques illicites» - qu'elle désigne en l'espèce sous l'appellation « *d'infraction* » – comme « tout acte qui est

commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique ») (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1) ».

[662] Voir notamment Cass. Crim., 10/10/1996, JCP E 1997. Pan. 35 dans une affaire de revente à perte.

*contraire aux directives énumérées en annexe telles que transposées dans l'ordre juridique* interne des États membres et qui porte atteinte aux intérêts collectifs visés au paragraphe 1 ». Les intérêts collectifs visés par l'article l, paragraphe 1, sont les intérêts collectifs des consommateurs, tels qu'ils sont défendus dans les directives mentionnées en annexe du texte communautaire.

**513. - L'appréciation de la réalité du lien de causalité**. Aussi, il convient d'examiner en quoi la méconnaissance par un commerçant électronique professionnel de l'article 1369-1 du Code Civil, de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ou de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique est susceptible d'être à l'origine d'un préjudice aux intérêts collectifs des consommateurs.

**514. - La délicate notion de l'intérêt collectif des consommateurs**. La notion d'intérêt collectif des consommateurs se laisse difficilement appréhender. La directive 98/27/CE fournit une indication en précisant qu'il s'agit d'intérêts « qui ne sont pas une simple *accumulation d'intérêts de particuliers auxquels il a été porté atteinte par une infraction* »[663]. En outre, ils ne correspondent pas non plus à la somme des intérêts de tous les consommateurs, ni encore à l'intérêt social dont le ministère public est le seul gardien. Certains auteurs ont proposé de les définir comme « [l'intérêt] commun à un ensemble de consommateurs lésés par un acte de large diffusion »[664]. Si on applique cette définition à notre hypothèse, il fait peu de doute que l'omission d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique émise sur un site internet ou envoyée à un grand nombre de destinataires par courrier électronique porte atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs.

**515. - Par facilité, la proposition d'une présomption d'atteinte**. Par ailleurs, la conception selon laquelle l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs devrait être présumée chaque fois que le fait reproché au commerçant électronique constitue une

[663] Considérant n° 2 de la directive 98/27/CE. Le terme d'infraction est à entendre au sens de l'article 2, paragraphe l, préc. soit au sens d'infraction civile.

[664] CALAIS-AULOY, STEINMETZ, Droit de la consommation, préc. n° 556.

infraction prévue par le Code de la Consommation, est parfois défendue[665]. La violation de l'article L.121-18 du Code de la Consommation étant spécialement incriminée par l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation, de même que celle de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique[666], on devrait pouvoir considérer par application de cette théorie qu'il y a, dans tous les cas, préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs. Cependant, il n'est pas certain qu'une telle position soit juste dans la mesure où la Cour de cassation exige que les juges du fond caractérisent véritablement ce préjudice[667]. Néanmoins, ces derniers apprécient de manière relativement souple cette condition de recevabilité de l'action des associations de consommateurs, ce qui facilite leur tâche[668].

**516. - La reconnaissance d'un intérêt de principe suffisant au niveau de la recevabilité de l'action**. Dans notre hypothèse, les dispositions méconnues ont pour objet de garantir aux consommateurs dans leur ensemble un haut niveau d'information. Leur méconnaissance devrait donc être considérée comme portant nécessairement préjudice à l'intérêt collectif de ces derniers. Il y va de l'efficacité de l'article L. 421-6 du Code de la Consommation. Si le juge fait droit à la demande de l'association de défense des consommateurs, il ordonnera au commerçant électronique professionnel de mettre ses offres en conformité avec les dispositions légales qui s'appliquent à lui. L'ensemble des consommateurs, destinataires potentiels des offres du commerçant électronique, tirera ainsi profit de l'action de l'association.

**517. - Les conséquences de l'action à l'égard des consommateurs tiers au procès**. Un autre intérêt de l'action en cessation des agissements illicites réside dans le fait qu'elle permet de prévenir les litiges individuels. Parallèlement, on peut se demander l'effet

[665] Ibid.

[666] Le troisième alinéa de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique prévoit que la violation du formalisme informatif imposé par le premier alinéa du même article constitue une infraction.

[667] Voir notamment Cass. Crim., 20/05/1985, Bull. crim. p. 485.

[668] En ce sens, voir Cass. Crim., 10/10/1996, préc. : « La revente à perte, incompatible avec une concurrence saine et loyale, *est contraire à l'intérêt général du consommateur* ». La jurisprudence lie parfois l'intérêt collectif des consommateurs à l'idée d'une concurrence saine et loyale.

qu'une telle action peut avoir sur des contrats déjà conclus. La question fait l'objet de solutions divergentes au sein des juridictions du fond. Ainsi la cour d'appel de Toulouse, dans un arrêt du 6 décembre 1995[669], a considéré que les associations de consommateurs peuvent agir en suppression de clauses abusives non seulement dans des contrats futurs, mais aussi dans des contrats en cours. À l'opposé, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 23 mai 2003[670], a jugé à propos d'une action en suppression de clauses abusives dans un contrat de consommation que l'article L. 421-6 du Code de la Consommation, qui ne permet pas à une association de défense des consommateurs d'agir à des fins préventives, ne lui permet pas non plus de demander l'annulation des clauses de contrats déjà conclus.

Le résultat de l'action en cessation d'agissements illicites, s'il est très utile pour l'ensemble des consommateurs, est finalement « indolore » pour le commerçant électronique dans le sens où elle est sans incidence pécuniaire pour lui.

En revanche, bien naturellement, les sanctions pénales auxquelles s'expose le commerçant électronique en méconnaissant les obligations d'information à sa charge ne sauraient être qualifiées d'indolores.

[669] CA Toulouse, 08/11/1995, D. 1996. IR. 87 ; D. Affaires 1996.386.

[670] CA Paris, 23/05/2003, préc.

# CHAPITRE 2

# SANCTIONS PENALES

Il a été constaté ci-dessus qu'aucune sanction civile automatique applicable de plein droit n'a été envisagée par le législateur pour sanctionner les manquements éventuels d'un commerçant électronique à son obligation d'information et que, pour les prononcer selon les cas d'espèce, il s'en est remis aux juges avec la mission de mettre en œuvre, à partir de l'obligation d'information spécifiquement prévue dans le cadre de l'offre de contrat de commerce électronique, les concepts du droit commun, en particulier les vices du consentement, la responsabilité contractuelle ou délictuelle, les sanctions appropriées.

En matière pénale, cependant, le législateur s'est voulu plus précis et les textes ont été édictés assortis de sanctions pénales contraventionnelles dans le cadre de ce que l'on a appelé une « technique législative de moralisation ».

**518. - La pénalisation des obligations**. Il est acquis aujourd'hui que la «moralisation» des activités de commerce électronique doit passer par la pénalisation de certains comportements lorsqu'ils contreviennent à des règles considérées comme contraires à la loyauté des transactions électroniques. D'une manière générale, la technique législative visant à assortir de sanctions pénales les obligations d'information mises à la charge du professionnel au profit du consommateur est devenue d'une utilisation courante dans le domaine du droit de la consommation. L'idée qui sous-tend ce mouvement législatif est que l'information, en particulier, celle du cocontractant, est considérée comme essentielle dans la vie des affaires entendues au sens large. Elle est un gage de loyauté dans les relations contractuelles. Aussi, l'émergence d'une véritable «protection pénale en matière *d'obligation d'information*» visant à assurer le respect de cette loyauté et à « protéger le faible contre le fort» ne doit pas étonner[671].

[671] C. KRIEF-VERBAERE, «Les obligations d'information dans le droit pénal des affaires – L'information, vecteur d'égalité et principe actif de fraternité », RTD corn. 1999.583.

**519. - L'application de la technique de pénalisation au commerce électronique**. Cette technique législative de pénalisation a été appliquée par le législateur dans l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 précitée portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, qui a notamment transposé la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. Le nouvel article L. 121-20-10, introduit par cette ordonnance dans le Code de la Consommation, dispose que la violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation constitue une infraction constatée et poursuivie dans les conditions fixées par les premier et troisième 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[672]. Un décret n° 2003-137 du 18 février 2003 instituant des sanctions pour la violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance et modifiant le Code de la Consommation[673] est venu préciser, dans un nouvel article R. 121-1 du Code de la Consommation[674], la sanction pénale encourue par les professionnels en cas de méconnaissance de l'article L. 121-18 (§ 1°).

**520. - La pénalisation attachée au respect de l'article 19 de la LCEN**. Plus étonnante, peut-être, est l'application de cette technique législative pour sanctionner la violation de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. En effet, ce texte s'impose à tous commerçants électroniques (professionnels ou non) et vise à protéger tous les destinataires potentiels (consommateurs ou non). Ainsi, le troisième alinéa de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique reprend une disposition similaire à celle figurant à l'article L. 120-20-10 du Code de la Consommation, en prévoyant que « les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées dans les

[672] Article L. 121-20-10 du Code de la Consommation : « Les infractions aux dispositions des articles L. 121-18, L. 12l-l9 et L. 12l-20-5, ainsi que le refus du vendeur de rembourser un produit retourné par l'acheteur dans les conditions fixées à l'article L. 121-20-1, sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les premier et troisième 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 ».

[673] Décret n° 2003-137 du 18 février 2003 instituant des sanctions pour la violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance et modifiant le Code de la Consommation, JO n°43, 20 février 2003, p. 3106.

[674] Article R. 121·1 du Code de la Consommation : « Est punie d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe la violation des dispositions de l'article L. 121-18 ».

conditions f*ixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450*-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce »[675].

**521. - La pénalisation attachée à l'article L 121-18 du Code de la Consommation**. Par ailleurs, la création d'une infraction spécifique visant à réprimer la violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, pose deux questions auxquelles il convient de répondre.

Signifie-t-elle que la seule sanction pénale applicable en cas de méconnaissance de ce texte du Code de la Consommation est celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation ? Cette première question pose en fait le problème des autres qualifications pénales susceptibles de s'appliquer en cas de méconnaissance par le commerçant électronique du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique en général.

Comment cette qualification pénale s'articule-t-elle ensuite avec les autres qualifications pénales prévues en cas de violations des textes (tels l'article L. 113-3 du Code Civil) auxquels l'article L. 121-18 du Code de la Consommation fait référence ? Cette seconde question amènera à aborder le problème plus vaste du concours de qualifications pénales.

**522. - La responsabilité pénale des personnes morales**. Toutefois, avant d'examiner en détail les différentes questions suscitées par les conséquences pénales de l'inobservation du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique, il est important de signaler la modification législative du nouveau Code Pénal touchant au

[675] L'article 19, alinéa 3, de la loi pour la confiance dans l'économie numérique vise le quatrième alinéa de l'article L. 450-1 du Code de Commerce relatif à la compétence territoriale des fonctionnaires habilités à enquêter, à la différence avec l'article L. 120-20-10 du Code de la Consommation. Nous verrons toutefois que cette divergence ne porte pas-à-conséquence. Au contraire, il apparaît que l'absence de cette référence à l'article L. 120-20-10 du Code de la Consommation s'apparente très certainement à un oubli de la part du législateur.

champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales[676]. Jusqu'à cette réforme, la matière était régie par un principe de spécialité posé par l'article 121-2, alinéa l, du nouveau Code Pénal: la responsabilité pénale d'une personne morale ne pouvait être engagée que si un texte légal ou réglementaire le prévoyait de manière spéciale. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a supprimé ce principe qui restreignait considérablement les cas où une personne morale était susceptible de voir engager sa responsabilité pénale[677]. L'article 54 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a en effet généralisé la responsabilité pénale des personnes morales à l'ensemble des infractions.

Aussi, les développements ci-après sont susceptibles d'intéresser d'une manière générale le commerçant électronique, qu'il soit une personne physique ou une personne morale. Néanmoins, la modification de l'article 121-2, alinéa l, du nouveau Code Pénal étant assez récente et la loi pénale nouvelle n'étant pas d'application rétroactive, il paraît encore utile d'envisager les différentes situations qui seront présentées dans le cas où elles seraient régies par la loi ancienne.

Il convient d'abord d'examiner la qualification pénale d'inobservation du formalisme informatif spécialement mise en œuvre pour régir l'obligation d'information afférente à l'offre de contrat de commerce électronique (section 1) puis les autres qualifications pénales du droit de la consommation pouvant être mises en œuvre en cas de méconnaissance de l'obligation d'information (section 2).

---

[676] Voir l'article 121-2, alinéa l, du nouveau Code Pénal dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (JO no 59, 10 mars 2004, p. 4567) : « *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions* des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou représentants. » Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale des personnes morales à proprement parler n'ont par contre pas été modifiées par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, préc. Elles sont toujours au nombre de deux : l'infraction doit avoir été commise par un organe ou un représentant de la personne morale et pour le compte de celle-ci. Il ne s'agit pas ici de les étudier. Aussi, sur ce sujet, voir J. CI. Pénal, Responsabilité pénale des personnes morales, Art. 121-2, 2001, par F. DESPORTES, et en particulier n° 105 et suivants.

[677] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO n° 59, 10 mars 2004, p. 4567. À ce propos, voir J.-C. PLANQUE, « Plaidoyer pour une suppression réfléchie de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales », Petites Affiches 2004, n° 5, p. 3.

## Section 1

## L'infraction d'inobservation du formalisme informatif du commerce électronique

**523. - La contravention prévue à l'article L 121-18**. La violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation fait l'objet d'une qualification pénale spécifique. Le législateur a créé une nouvelle infraction en la forme d'une contravention dont il convient d'envisager les éléments constitutifs (§ 1) et la peine qui lui est applicable (§ 2). Nous dirons enfin quelques mots sur la procédure particulière qui peut mener au prononcé de cette dernière (§ 3).

### § 1 - Eléments constitutifs

Toute infraction se compose de trois éléments constitutifs : un élément matériel, un élément moral et un élément légal. Il s'agit de les examiner successivement dans le cadre particulier de celle réprimant la violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation.

**524. - L'élément légal de l'infraction au formalisme informatif**. L'élément légal de l'infraction est constitué par le texte qui définit l'infraction. On aurait pu penser en l'espèce que le texte en question est l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation car il traite des « *infractions aux dispositions de l'article L. 121*-18 du Code de la Consommation». Il n'en est rien, car ce texte ne décrit ni les éléments constitutifs de l'infraction, ni la peine encourue, mais énonce en fait une règle de procédure. S'agissant d'une contravention, l'élément légal est à rechercher dans le règlement. Le texte d'incrimination est en réalité l'article R. 121-1 du Code de la Consommation. Il prévoit que la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation « est *punie d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe* ».

**525. - L'élément matériel de l'infraction**. Quant à l'élément matériel de l'infraction, il est constitué par un comportement, matériellement commis par l'auteur de l'infraction, et décrit par le texte. Il ressort de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation que l'élément matériel de l'infraction consiste en « *la violation des dispositions de l'art*icle L. 121-18 du Code de la Consommation ». Une telle présentation ne peut cependant être satisfaisante. Il est nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par cette expression.

Il ne fait tout d'abord aucun doute qu'elle vise le cas où le commerçant électronique a omis d'indiquer une mention imposée par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation. Mais qu'en est-il de l'hypothèse où le commerçant électronique méconnaît l'exigence d'une communication claire et compréhensible des mentions obligatoires de l'offre de contrat, également imposée par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation dans son alinéa 2 ? De même, le commerçant électronique encourt-il la peine prévue à l'article R. 121-1 du Code de la Consommation, si le caractère commercial des informations communiquées au consommateur n'apparaît pas sans équivoque ou s'il ne les lui transmet pas par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, mais les lui fait parvenir par la voie postale classique, par exemple ? Il y a enfin le cas où toutes les mentions obligatoires prévues par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation figurent dans l'offre de contrat de commerce électronique, mais où l'une d'entre elles est fausse. L'infraction de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation serait-elle constituée dans un tel cas ?

**526. - La définition « peu précise » de l'élément matériel de l'infraction**. Toutes ces questions font apparaître à quel point la définition de l'élément matériel de l'infraction est peu précis. Or, il est un principe très important en droit pénal : celui de l'interprétation stricte de la loi pénale par le juge. Ce principe signifie que le juge ne doit pas étendre l'application de la loi pénale à des situations qu'elle ne vise pas expressément[678]. Le juge ne pouvant cependant refuser de juger au motif que la loi pénale est obscure ou de portée

[678] Ce principe est énoncé par l'article 111-4 du Code Pénal : « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

douteuse, on considère habituellement dans une telle hypothèse qu' il doit tenter d'en déterminer le sens exact par tous les moyens, comme en procédant à une analyse rationnelle du texte ou en consultant les travaux préparatoires qui ont mené à son adoption.

En l'espèce, le rapport au Président relatif à l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 précitée apporte une indication utile à l'interprétation à donner à l'article R. 121-1 du Code de la Consommation qui fut ultérieurement incorporé dans le Code de la Consommation.

**527. - L'intention du législateur : c'est l'absence de mention d'une information qui est visée.**.. On y apprend en effet que le but poursuivi par l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation est de conférer à l'article L. 121-18 « un caractère suffisamment contraignant pour que le consommateur ne soit pas privé des mesures protectrices qui lui sont accordées ». Il semble donc que la sanction pénale annoncée par l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation vise à dissuader les commerçants électroniques de ne pas fournir à leurs futurs cocontractants consommateurs toutes les informations jugées nécessaires par le législateur pour qu'ils donnent un consentement éclairé aux contrats dont la conclusion leur est proposée. C'est pourquoi, l'article R. 121-1 du Code de la Consommation doit sans doute être compris comme incriminant exclusivement l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat à distance. Il aurait néanmoins certainement été judicieux que le législateur soit plus précis dans la description de l'élément matériel de l'infraction en le réduisant à la seule omission d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat.

**528. - L'élément moral de l'infraction : il s'agit d'une infraction matérielle**. En ce qui concerne l'élément moral de l'infraction, il peut être présenté comme « *l'état d'esprit de la* personne qui a matériellement commis les faits incriminés »[679]. Il varie selon l'infraction considérée. L'article 121-3 du nouveau Code Pénal pose le principe selon lequel il n'y a point de crime ou de délit sans l'intention de le commettre. Comme il est muet s'agissant

[679] Cf. J. Cl. Pénal, « Elément moral de l'infraction », Art. 121-3, fasc. 20.

des contraventions, on en a déduit qu'en l'absence de prévision spéciale dans le règlement qui édicte la contravention, une intention n'est pas exigée. Les contraventions sont donc – sauf texte contraire – des infractions dites «matérielles» ou encore « non intentionnelles »[680]. L'élément moral est en la matière réduit à sa plus simple expression : il consiste en la simple volonté du prévenu d'avoir agi comme il l'a fait. On considère en fait que l'élément moral de l'infraction est constitué dès l'instant où l'élément matériel est établi. Aussi, la démonstration par le prévenu de sa bonne foi ou de son absence de négligence ou encore de son absence d'intention de commettre l'infraction ne peut lui permettre d'échapper à sa responsabilité pénale[681]. L'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation étant une contravention il suffit que le ministère public prouve que le commerçant électronique a émis une offre de contrat de commerce électronique incomplète au regard de l'article 1. 121-18 du Code de la Consommation pour que l'élément moral de l'infraction prévue à l'article R. 121-1 du Code de la Consommation soit nécessairement considéré comme constitué.

## § 2 - Peine applicable

**529. - La peine prévue : une amende de 5e classe**. L'article R. 121-1 du Code de la Consommation dispose que la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation est punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Il s'agit, pour les commerçants électroniques personnes physiques, d'une peine d'amende d'un montant maximal de 1 500 euros[682]. Lorsque le commerçant électronique est une personne morale par contre, le montant maximal de la peine est porté à 7 500 €[683].

[680] Ibid, n° 144 à 149.

[681] J. CI. Pénal, « Elément moral de l'infraction », Art. 121-3 : fasc. 20, 2002, par F. LE GUNEHEC, n° 147 à 149. Seules l'aliénation mentale et la force majeure sont des causes d'irresponsabilité pénale en matière de contraventions.

[682] Art. 131-13 du Code Pénal.

[683] L'article R. 121-2, II du Code de la Consommation prévoit en effet que les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues à l'article 121-2 du nouveau Code Pénal, de l'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation. Il précise également qu'elles encourent la peine d'amende selon les modalités prévues à l'article 131-41 du nouveau Code Pénal, c'est-à-

**530. - La question du nombre d'infraction à retenir**. La question doit être posée de savoir si la peine prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est encourue pour chaque offre de contrat de commerce électronique émise par le commerçant électronique qui méconnaît les dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ou si elle n'est encourue qu'une seule fois, sans considération pour le nombre d'offres irrégulières émises. Y a-t-il en l'espèce pluralité d'infractions ou bien une seule et même infraction ? En d'autres termes, le juge se retrouve-t-il en présence d'un concours réel d'infractions[684] ?

L'enjeu d'une telle question ne doit pas être négligé, car la réponse qui lui sera apportée conditionnera certainement une grande partie de l'efficacité de la sanction pénale spécialement mise en place par le législateur. En cas de concours réel d'infractions, lorsque les faits sont jugés au cours d'une procédure unique[685], le juge retient toutes les déclarations de culpabilité et peut prononcer chacune des peines encourues[686]. Toutefois, le nouveau Code Pénal pose un principe de non-cumul des peines de même nature : une seule peine de chaque nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé, peut être

---

dire une amende dont le montant est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par le règlement qui réprime l'infraction. On notera que pour les infractions commises après l'entrée en vigueur de l'article 16 quater de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité précitée, l'article R. 121-1, Il du Code de la Consommation ne présente plus de véritable intérêt qu'au niveau de la peine applicable au prestataire personne morale.

[684] L'article 132-2 du nouveau Code Pénal définit le concours réel d'infractions comme la situation dans laquelle « une infraction est commise par une personne avant qu'elle n'ait définitivement été condamnée pour une autre infraction ». Sur concours réel d'infractions, voir J. Cl. Pénal, Concours d'infractions – Concours réel d'infractions, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 30, 2002, par PH. SAL VAGE.

[685] Sur le règlement de la situation en cas d'unité de poursuite, voir notamment J. Cl. Pénal, Concours d'infractions – Concours réel d'infractions, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 30, 2002, par PH. SALVAGE, n° 12 à 21. En cas de poursuites séparées, l'article 132-4 du nouveau Code Pénal prévoit que « les peines prononcées *s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois la confusion totale ou* partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le Code Pénal ». À ce sujet voir J. CI. Pénal, Concours d'infractions – Concours réel d'infractions, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 30, 2002, par PH. SALVAGE, n° 22 à 62.

[686] Article 132-3 du nouveau Code Pénal : « Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. Chaque peine en concours est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légale applicable à chacune d'entre elles ».

prononcée. Une exception, présentant un intérêt tout particulier dans notre hypothèse, est cependant réservée à ce principe par l'article 132-7 du nouveau Code Pénal : les peines d'amende de nature contraventionnelle se cumulent entre elles, ainsi qu'avec celles prononcées ou encourues pour des crimes ou des délits[687]. Or, s'il est une chose pour un commerçant électronique que d'être condamné une fois au paiement d'une amende de 1 500 euros (ou 7 500 euros), il en est une autre que de l'être trois mille fois parce qu'il a adressé par exemple trois mille courriers électroniques contenant des offres de contrat incomplètes.

**531. - Le cumul de condamnation ne peut reposer que sur des fautes distinctes**. Cependant, il ne peut y avoir cumul des condamnations et donc des peines contraventionnelles que s'il existe véritablement des fautes distinctes, punissables séparément[688]. Qu'en est-il dans notre hypothèse ? Il convient de distinguer selon la technique utilisée par le commerçant électronique pour porter son offre de contrat à la connaissance de ses destinataires.

Lorsque l'offre de contrat de commerce électronique est portée à la connaissance des consommateurs par la voie de courriers électroniques, il n'y a, d'un point de vue intellectuel, qu'une seule offre contrevenant aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation. Par contre, d'un point de vue matériel, il y a autant de violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation que de messages envoyés contenant l'offre litigieuse. Quelle analyse retiendra-t-on ? La seconde, très certainement. À l'appui de cette réponse, on citera l'exemple du gérant d'une société proposant à la vente des vêtements qui a été condamné au paiement de deux cent quarante-neuf amendes pour avoir contrevenu deux cent quarante-neuf fois à l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977

[687] Article 132-7 du nouveau Code Pénal : « Par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre el/es et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou des délits en concours ».

[688] La chambre criminelle de la Cour de cassation veille à le rappeler en exigeant des juges du fond qu'ils les caractérisent. Ainsi, dans un arrêt du 21 février 1994, à propos de la violation par une personne de l'article 13 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'affichage des prix en matière de prestations de services, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui ne s'était pas expliquée sur le nombre de fautes distinctes et avait malgré tout prononcé 33 condamnations à l'encontre du prévenu : Cass. Crim., 21/02/1994, BID 1995, n° 10, p. 22.

réglementant la publicité en matière de réduction de prix[689]. Il avait en effet été constaté que les dispositions de cet arrêté n'avaient été respectées concernant deux cent quarante-neuf articles.

**532. - La mention omise ou erronée, dans le cadre du commerce électronique, ne devrait constituer qu'une seule faute**. Dans le cas par contre où l'offre de contrat de commerce électronique, illicite au regard de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, figure sur le site du commerçant électronique, une seule infraction devrait être considérée comme constatée. Il n'est en effet pas concevable de dire que l'offre pouvant être consultée un nombre illimité de fois, par un nombre illimité de personnes, le commerçant électronique a commis un nombre illimité d'infractions qu'il serait, d'ailleurs, impossible de chiffrer. Pourrait-on néanmoins songer à considérer, dans le cas où l'offre figure sur plusieurs pages du site, qu'il y a autant d'infractions constituées que de fois où l'offre illicite apparaît sur le site du commerçant électronique ? Il nous semble que oui, car la situation du commerçant électronique ne diffère alors plus vraiment de celle du gérant de la société de vente de vêtements exposée ci-dessus.

Enfin, le prononcé de la peine prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation peut être l'aboutissement d'une procédure qui présente certaines particularités.

## § 3 - Particularités de la procédure de constatation *et de poursuite de l'infraction*

**533. - Les particularités de la constatation et de la poursuite des infractions**. L'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation dispose que les infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation sont constatées et poursuivie dans les conditions fixées par les premier et troisième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L.

[689] Cass. Crim., 06/02/2001, pourvoi n° 00-83283, Disponible sur Légifrance, http://www.legifrance.gouv.fr. .

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[690]. Le renvoi opéré par le Code de la Consommation au Code de Commerce peut paraître surprenante. On est fondé à se demander également si la procédure particulière à laquelle l'article L. 121·20·10 du Code de la Consommation fait référence est une procédure nouvelle, spécialement mise en place pour constater et sanctionner la violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation. La réponse à ces deux questions paraît liée.

Tout d'abord, la procédure spéciale à laquelle l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation renvoie ne constitue pas une innovation de l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 précitée. Le Code de la Consommation faisait déjà appel à cette procédure pour la constatation et la poursuite des infractions aux dispositions des articles L. 113-3 précité, L. 121-35 (relatif aux ventes ou prestations avec primes) et L. 122-1 (relatif au refus et subordination de vente ou de prestation de services) du Code de la Consommation.

L'article L. 141-1 du Code de la Consommation portant dispositions particulières relatives aux pouvoirs des agents et aux actions juridictionnelles prévoit en effet que les règles énoncées aux articles 45 à 48, 51, 52, 54 et 56 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux articles L. 113-3, L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la Consommation[691]. Or ces huit textes ne sont rien d'autre que les articles L. 450-1, L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L.

[690] Malgré la formulation de l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation, les infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation peuvent également être constatées dans les conditions de droit commun de la procédure pénale. À titre de comparaison, on évoquera le problème similaire d'interprétation que l'article L. 450-1 du Code de Commerce a lui-même posé s'agissant de la compétence des officiers de police judiciaire pour la recherche et la poursuite des infractions aux dispositions du livre IV du Code de Commerce. Or, la doctrine semble penser que les officiers de police judiciaire ayant compétence, sur le fondement du droit commun, pour enquêter sur l'ensemble des infractions pénales, ils le sont nécessairement pour opérer sur celles commises aux dispositions du livre IV. En ce sens, voir notamment J.-M. MOUSSERON, V. SELINSKY, Le droit français nouveau de la concurrence, Paris : Litec, 1987, n° 195.

[691] Article L. 141-1 du Code de la Consommation : « Sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les articles 45, 1er et 3ème alinéas, 46, 47 et 52 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix de la concurrence, reproduits au paragraphe IV ci-après, les infractions aux dispositions prévues au présent code par : 1°- Les articles L. 121-70, L.121-71, L. 121-72, L.122-6 et L.122-7 ; 2°- Les articles L. 132-1 à L. 132-5, L. 133-1 et L. 134-1. »

470-1 et L. 470-5 actuels du Code de Commerce, après sa recodification par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

**534. - Les raisons de l'extension de la procédure spéciale sous couvert de l'article L 121-20-10**. Dans ces circonstances, il est possible de s'interroger sur la question de savoir pourquoi le législateur a introduit un article L. 121-20-10 dans le Code de la Consommation, au lieu de simplement ajouter l'article 1. 121-18 du Code de la Consommation aux trois articles énumérés par l'article L. 141-1 de ce même code. Deux raisons principalement sont susceptibles d'expliquer ce choix. On peut tout d'abord penser l'article L. 141-1 du Code de la Consommation n'ayant pas été mis à jour de la nouvelle codification du Code de Commerce, l'incorporation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation n'aurait pas été très judicieuse. Si cette première raison, purement formelle, n'est sans doute pas étrangère à la création de l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation, elle est insuffisante à la justifier. En effet, le législateur aurait pu saisir l'occasion de l'ordonnance n° 2001-743 du 23 août 2001 pour mettre l'article L. 141-1 du Code de la Consommation à jour. En réalité, le parti pris par le législateur traduit à quel point le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont liés. Il est en effet clair qu'en l'espèce, l'inobservation du formalisme informatif applicable à l'offre de contrat de commerce électronique porte atteinte, non seulement aux intérêts particuliers de chaque internaute consommateur pris individuellement, mais aussi aux intérêts des concurrents et au fonctionnement du marché en général. Aussi le renvoi par le Code de la Consommation à des textes du Code de Commerce peut se comprendre et être interprété comme manifestant la volonté du législateur de prendre en considération ce lien de nature économique.

**535. - Les particularités de la procédure spéciale**. Au sujet de la procédure elle-même de constatation et de poursuite des infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, les articles L. 450 et suivants du Code de Commerce, auxquels l'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation renvoie, font partie d'un titre V intitulé « *des pouvoirs d'enquête* », lui-même intégré dans le livre IV du Code commerce. L'objet de ce titre V est de décrire les enquêtes nécessaires à l'application du livre IV du

Code de Commerce qui traite des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence.

**536. - Les personnes compétentes**. L'article L. 450-1 du Code de la Consommation détermine les personnes compétentes pour rechercher et constater les infractions aux dispositions du livre IV du Code de Commerce. L'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation ne citant que les alinéas 1 et 3 de l'article L. 450-1 du Code de Commerce, seules les personnes visées par ces deux alinéas sont compétentes en matière d'infractions aux dispositions de l'article L. 121-18[692]. Il s'agit de fonctionnaires spécialisés, placés sous l'autorité du directeur de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes[693].

L'article L. 450-1, alinéa 3, du Code de Commerce prévoit également la possibilité d'une coopération entre les fonctionnaires spécialisés de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et les autorités judiciaires, les premiers pouvant recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires[694]. À ce propos, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 5 mai 1999[695], a précisé que ce texte ne peut être utilisé que lorsqu'il s'agit d'enquêter sur des infractions prévues par ce qui était alors l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et qui a été intégrée dans le livre IV du Code de

[692] Article L. 450-1, alinéa l, du Code de Commerce : « Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l' économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre. » Voir également l'alinéa 3 de l'article 450-1 du Code de Commerce.

[693] La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est notamment investie d'une mission de contrôle de la bonne application des réglementations dans les domaines de la concurrence, de la qualité des produits et services, de la loyauté des transactions ainsi que de la protection des intérêts des consommateurs. C'est au titre de celle-ci que le législateur a fait appel aux services de ses agents pour veiller à la bonne application des textes du Code de la Consommation relatifs à la vente de biens et à la fourniture de services à distance, et en particulier de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation.

[694] Article L. 450-1, alinéa 3, du Code de Commerce : « Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du ministre chargé de l'économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires ».

[695] Cass. Crim., 05/05/1999, Bull. crim. No 88 ; D. 1999. IR. 217; Dr. Pénal 1999, n° 142, obs. J.H. ROBERT.

Commerce à l'occasion de la recodification du Code de Commerce. On en déduit qu'une coopération entre juges d'instruction et fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est impossible si l'infraction poursuivie est le délit de tromperie ou encore celui d'escroquerie. Cet arrêt permet d'ores et déjà de poser la règle de l'incompétence des fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes si le commerçant électronique devait être mis en examen pour tromperie ou escroquerie à l'occasion de l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique incomplète au regard de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation.

Enfin, pour clore la question de la compétence relative à la constatation des infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, il est nécessaire de citer l'article L. 450-1, alinéa 4, du Code de Commerce, issu de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques[696]. L'article L. 121-20-10 du Code de la Consommation ne fait pas référence à ce texte, mais il est évident, que venant préciser l'étendue territoriale des compétences des fonctionnaires habilités à enquêter en vertu de l'article L. 450·1 du Code de Commerce, il est également applicable à cette hypothèse[697].

**537. - Les compétences territoriales**. En vertu de l'article L. 450-1, alinéa 4, du Code de Commerce, les fonctionnaires habilités à agir par l'article L. 450-1 du Code de Commerce se voient reconnaître une compétence territoriale s'étendant à l'ensemble du territoire national, alors qu'en principe les fonctionnaires de la direc1ion générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont une compétence limitée soit au département dans lequel ils exercent leurs fonctions, soit au ressort territorial du service auquel ils sont affectés.

[696] Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, JO, n° 113, 16 mai 2001, p. 7776.

[697] Article L. 450-1, alinéa 4, du Code de Commerce : « Les fonctionnaires habilités mentionnés au présent article peuvent exercer les, pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent du présent article et des articles suivant sur l'ensemble du territoire national ».

La mise en œuvre pratique de ce nouvel alinéa a été réalisée par le biais d'un décret n° 2001-1180 du 12 décembre 2001 relatif à la direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes qui a créé « un service de compétence nationale, dénommé « Direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes », rattaché au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes[698]. Cette nouvelle direction nationale se voit ainsi attribuer compétence sur l'ensemble du territoire national pour mener les enquêtes tendant à la recherche et à la constatation des pratiques anticoncurrentielles ou restrictives de concurrence ainsi qu'à la recherche et la constatation des infractions aux règlements communautaires, à la législation à la réglementation concernant la qualité et la sécurité des produits et services, la loyauté des transactions la protection des intérêts des consommateurs[699]. Il est important toutefois de préciser que les fonctionnaires jusqu'à présent compétents en la matière, tels ceux des directions départementales de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, demeurent compétents dans le ressort duquel ils exercent leur fonction.

**538. - Les pouvoirs d'enquête et les procès-verbaux**. Une fois saisis, les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, habilités dans le cadre de l'article L. 450-1, alinéas 1, 3 et 4 du Code de Commerce disposent d'importants pouvoirs d'enquête qui sont décrits aux articles L. 450-2 et suivants du Code de Commerce[700]. Dans le cadre de leurs enquêtes, ils sont tenus d'établir des procès-verbaux qui ont valeur probante jusqu'à preuve contraire[701]. Ces procès verbaux sont ensuite transmis à l'autorité compétente, en l'espèce, le procureur de

[698] Décret n° 2001-1180 du 12 décembre 2001 relatif à la Direction nationale des enquêtes de concurrence, de consommation et de répression des fraudes, JO, 13 décembre 2001, p. 19785. Voir en particulier l'article 1 de ce décret.

[699] Article 2 du décret n° 2001-1180 du 12 décembre 2001 préc.

[700] Les modes de saisine des fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont au nombre de cinq : ils peuvent être saisis soit par le ministre de l'économie, soit par le conseil de la concurrence, soit sur plainte de tout intéressé, soit sur commission rogatoire d'un juge d'instruction (article L. 450-1, alinéa 3, du Code de Commerce), soit enfin de leur propre initiative.

[701] L'article L. 450-2 du Code de Commerce dispose que « Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire ». Une partie de la doctrine estime qu'un procès-verbal pour chaque acte de J'enquête doit être dressé. Voir notamment J. Cl. Concurrence Consommation, n° spécial 1 bis, 1987, par A. DECOQ, M. PEDAMON, n° 98.

la République. Enfin un double de chaque procès verbal doit être remis aux parties intéressées, soit en l'occurrence, le commerçant électronique ou l'internaute s'il a été à l'origine de la saisine des fonctionnaires qui ont procédé à l'enquête. Par contre, la rédaction de rapports d'enquête est facultative[702]. De tels rapports n'ont en outre aucune valeur probante[703].

**539. - Les prérogatives**. L'article L. 450-3 du Code de Commerce, quant à lui, donne en quelque sorte les moyens aux fonctionnaires habilités de procéder à leurs enquêtes[704]. Il leur reconnaît d'importants pouvoirs d'enquête, tel le droit d'enquêter sur site, celui de demander la communication de documents professionnels et d'en faire une copie, le droit d'auditionner ou encore celui de demander la désignation d'un expert[705]. Il faut mentionner en particulier que la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a tenu compte des évolutions technologiques en introduisant à l'article L. 450-3 du Code de Commerce la possibilité pour les enquêteurs de prendre ou d'obtenir copie sur tous supports et par tous moyens des documents qu'ils auront consultés, ainsi qu'à l'article L 450-4 du Code de Commerce, celle de saisir tout support d'information.

**540. - La procédure d'enquête dite « lourde ».** Par ailleurs, l'article L. 450-4 du Code de Commerce met en place une procédure d'enquête dite «lourde» qui confère des pouvoirs plus étendus encore aux enquêteurs. Cette procédure ne peut cependant être déclenchée que sur autorisation judiciaire, car elle est plus attentatoire aux libertés individuelles que celle prévue par l'article L. 450-3 du Code de Commerce. Elle permet, par exemple, aux

[702] Cass. Corn., 10/10/2000, Bull. civ. IV, n° 149.

[703] Les rapports d'enquête ont tout au plus une valeur explicative des procès verbaux.

[704] La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes joue un rôle fondamental au niveau de l'administration de la preuve, l'établissement des faits etc. Elle facilite considérablement la tâche probatoire de l'accusation.

[705] Article L. 450-3 du Code de Commerce : « Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures ou tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications. Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire ».

enquêteurs de se rendre en tous lieux et de saisir tout document et tout support d'information, indépendamment cette fois de leur caractère professionnel ou non.

**541. - Le droit de communication auprès de l'État et des collectivités territoriales**. L'article L. 450-7 du Code de Commerce permet ensuite aux enquêteurs d'obtenir la communication de tout document en possession cette fois des services et établissements de l'État ou des autres collectivités publiques sans qu'ils ne puissent leur opposer le secret professionnel[706]. Ce texte peut se révéler très utile, car l'administration détient parfois des documents permettant d'établir des faits relevant du champ d'application du livre IV du Code de Commerce.

Enfin, l'article L. 450-8 du Code de Commerce tend à assurer un déroulement efficace et sans heurt des procédures visant à constater les manquements aux dispositions du livre IV du Code de Commerce[707]. Il punit en effet d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 7500 euros toute entrave aux fonctions des enquêteurs. Quant aux articles L. 470-1 et L. 470-5 du Code de Commerce, ils se rapportent non plus au déroulement de l'enquête, mais à la procédure judiciaire qui peut lui faire suite.

**542. - L'absence de pouvoir de sanction**. Le législateur n'ayant pas doté la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes d'un pouvoir de sanction, son rôle s'arrête en effet à la recherche et la constatation des infractions pour lesquelles une telle compétence lui a été spécialement attribuée. Ses agents, à l'issue de leur enquête, soit informent la personne à l'origine de leur saisine qu'ils ont conclu au caractère non délictueux des faits qu'elle avait portés à leur attention, soit dressent un procès-verbal d'incrimination qu'ils transmettent au ministère public, s'ils

[706] Article L. 450-7 du Code de Commerce : « Les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou tout élément d'information détenu par les services et établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques ».

[707] Article L. 450-8 du Code de Commerce : « Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 euros le fait de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre ».

estiment que les faits sur lesquels ils ont enquêté sont constitutifs d'une infraction. Le ministère public apprécie ensuite l'opportunité de poursuivre ou non le commerçant électronique dont le comportement lui a été rapporté.

**543. - Les juridictions compétentes.** Enfin, la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître des infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation qui sont constatées par les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes mérite quelques explications. La direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, d'une manière générale, peut saisir de ses constatations soit la juridiction judiciaire, soit le conseil de la concurrence selon le type d'infraction relevé. Dans le cadre des pouvoirs qui lui sont reconnus par le titre V du livre IV du Code de Commerce, elle peut, en effet, constater des infractions qui sont constitutives soit d'une pratique anticoncurrentielle, soit d'une pratique restrictive de concurrence. Il ressort des articles L. 462- 1 à L. 462-3 du Code de Commerce consacrés aux attributions du conseil de la concurrence qu'il n'est compétent que pour connaître des pratiques anticoncurrentielles. Il est par ailleurs admis que les juridictions de l'ordre judiciaire ont une compétence exclusive pour connaître des infractions aux dispositions du titre IV du livre IV du Code de Commerce relatives aux pratiques restrictives de concurrence dans leur ensemble. Sur ce thème de la réglementation de la concurrence, nous nous trouvons au-delà des limites de notre étude.

Mais l'article L. 121-18 du Code de la Consommation visant à instaurer une plus grande transparence et loyauté dans les transactions à distance, si le législateur avait pris l'initiative de le rappeler dans le Code de Commerce comme il l'a fait pour l'article L. 113-3 du Code de la Consommation précité, il l'aurait sans aucun doute intégré dans le titre IV du livre IV du Code, consacré à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et autres pratiques prohibées. Les infractions aux dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation doivent donc être analysées comme constituant des pratiques restrictives de concurrence au sens du titre IV du titre IV du Code de Commerce. Aussi, la juridiction matériellement compétente pour connaître des infractions aux

dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ne peut être que la juridiction judiciaire, et plus précisément le tribunal de police puisqu'il s'agit de contraventions.

**544. - L'efficacité incomplète de la sanction de l'infraction au formalisme informatif**. En conclusion sur cette première conséquence pénale possible en cas d'omission d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique, on peut dire que la création d'une incrimination spéciale en cas de violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation constitue une réponse efficace quoiqu'incomplète, selon certains auteurs. Il faut en effet évoquer le cas où la mention qui fait défaut a pour origine l'article 1369-1 du Code Civil. Certains s'interrogent sur le point suivant : est-il souhaitable que la méconnaissance du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique soit systématiquement et nécessairement source de responsabilité pénale pour le commerçant électronique ? Tout doit être une question de mesure. Ainsi, la portée de l'omission d'une information sur la possibilité pour l'internaute de conclure le contrat de commerce électronique dans telle ou telle langue n'est pas la même que celle de l'omission d'une information sur les caractéristiques essentielles du bien proposé à la vente. En outre, il ne faut pas oublier que la méconnaissance par le commerçant électronique du formalisme informatif encadrant ses offres de contrat est également susceptible de tomber sous le coup d'autres qualifications pénales qui n'ont pas été, cette fois, spécialement édictées à cet effet.

## Section 2

## Les autres incriminations du droit de la consommation

**545. - Les autres textes susceptibles d'application**. La prévision légale d'une sanction pénale spéciale, en cas d'omission de l'une des mentions obligatoires imposées par l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, ne doit pas cacher le fait que d'autres qualifications pénales sont également susceptibles de s'appliquer à l'absence d'une mention obligatoire ou à la présence d'une mention inexacte dans l'offre de contrat de commerce électronique. Il faut se souvenir en effet que l'article L. 121-18 du Code de la Consommation a consacré deux des mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique en citant deux textes prévoyant ces informations, à savoir les articles L.111-1 et L.113-3 du Code de la Consommation. Si l'article L. 111-1 du Code de la Consommation n'est assorti d'aucune sanction particulière, il n'en est pas de même pour l'article L. 113-3 dont la violation fait, elle aussi, dans certaines conditions, l'objet d'une sanction pénale spéciale (§ 1). Il y a par ailleurs à examiner au regard de l'obligation d'information, deux qualifications pénales spécifiques du droit de la consommation : le délit de publicité mensongère (§ 2) et le délit de tromperie (§ 3). Enfin, il faut également envisager le délit susceptible d'être constitué au titre de la loi « Toubon » sur l'utilisation obligatoire de la langue française (§ 4)

**546. - L'exclusion de l'escroquerie.** En revanche une dernière qualification pénale paraît devoir en être écartée. Il s'agit de la qualification d'escroquerie, définie à l'article 313-1 du nouveau Code Pénal comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse* qua*lité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses* de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou *au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque*, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».

**547. - Les raisons de cette exclusion**. Cette qualification semble a priori difficilement susceptible d'être constituée dans notre hypothèse pour deux raisons essentiellement. Tout

d'abord, le délit d'escroquerie requiert un acte positif. Il ne peut être constitué par une simple abstention. Aussi, le seul fait pour le commerçant électronique d'avoir omis d'indiquer une mention obligatoire dans son offre de contrat et d'avoir donc conservé le silence sur une information, ne peut recevoir la qualification pénale d'escroquerie. Ensuite, le simple mensonge ne peut suffire à le caractériser. En conséquence, le seul fait qu'une offre de contrat de commerce électronique contienne une mention fausse ou omette une mention nécessaire ne peut permettre en principe de conclure à l'existence d'un délit d'escroquerie commis par le commerçant électronique. Il faudrait que ce mensonge soit accompagné d'un fait extérieur, d'un acte matériel, d'une mise en scène ou de l'intervention d'un tiers ayant pour finalité de lui donner crédit pour que le délit puisse être constitué.

## § 1 – *Sanction de l'article L. 113*-3 du Code de la Consommation

**548. - La violation de l'article L 113-3**. La violation de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation, incorporé par référence à l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, ne fait pas directement l'objet d'une incrimination pénale. Seule est en effet incriminée, par l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation, la violation des arrêtés du ministre chargé de l'économie pris en application de l'article L.113-3 du Code de la Consommation. L'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation dispose ainsi que les infractions aux arrêtés prévus à l'article L. 113-3 du Code de la Consommation constituent une contravention de la cinquième classe. Quels en sont les éléments constitutifs (a) et la peine qui lui est applicable (b) ?

### A - Eléments constitutifs

**549. - L'infraction est purement matérielle.** S'agissant de l'élément moral de l'infraction réprimée par l'article R. 113-1, alinéa lu Code de la Consommation, il faut simplement rappeler les propos précédemment tenus. En matière de contravention, l'élément moral de

l'infraction consiste en la simple volonté du prévenu d'avoir agi comme il l'a fait, cette volonté étant présumée dès que la preuve de l'élément matériel est établie.

**550. - L'élément matériel.** Quant à l'élément matériel de l'infraction, il peut être multiple dans la mesure où l'article L. 113-3 du Code de la Consommation a fait l'objet de très nombreux arrêtés d'application.

**551. - Exemples d'arrêtés ministériels visés par le texte**. Il peut s'agir par exemple de la violation des dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur. Ainsi, le défaut d'indication d'un prix « toutes taxes comprises » ou l'absence de précisions relatives aux frais de livraison constituent (entre autres) autant d'éléments matériels tombant sous le coup de l'incrimination prévue par l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation.

Il peut également s'agir de la violation de l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 réglementant la publicité en matière de réduction de prix, également pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation. Le tribunal de police de Boissy-Saint-Léger, dans un jugement rendu le 3 février 2004[708], en a fait une application dans le cadre d'une activité de commerce électronique.

### B - Peine applicable

**552. - La sanction** : amende de 5e classe. Le commerçant électronique personne physique qui commet l'infraction prévue à l'article R.113, alinéa 2, du Code de la Consommation, encourt la peine prévue pour les contraventions de la cinquième classe, c'est-à-dire une amende d'un montant maximal de 1 500 euros. Il faut signaler que le commerçant électronique personne morale peut désormais être déclaré pénalement responsable pour

[708] T. Police Boissy Saint Léger, 03/02/2004, Forum des droits sur l'internet. Disponible sur : http://www.forum internet.org.

toute infraction à l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de a consommation commises postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Il encourt alors la peine d'amende majorée à raison de la qualité de personne morale de l'auteur de l'infraction prévue par l'article 131-41 du nouveau Code Pénal, soit 7 500 €.

**553. - L'éventualité d'un concours réel d'infractions.** La question d'un éventuel concours réel d'infractions doit également être envisagée. Le nombre de destinataires possibles d'une offre de contrat électronique donne à cette discussion un intérêt tout particulier puisque, selon l'analyse développée en cas de concours d'infractions, la sanction peut s'avérer extrêmement lourde ou, au contraire, très légère.

**554. - L'offre par courriers électroniques.** Le commerçant électronique, qui adresse à des consommateurs, par la voie de courriers électroniques, une offre de contrat de commerce électronique qui ne respecte pas les dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 commet-il une infraction unique ou plusieurs infractions ? De même, qu'en est-il quand il expose cette offre sur ou plusieurs pages de son site ? Le débat tenu précédemment dans le cadre de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation ainsi que les solutions proposées peuvent être repris en l'espèce, car il apparaît que le problème se pose dans les mêmes termes.

On se trouve dans l'hypothèse d'un cumul réel d'infractions lorsque le commerçant électronique a envoyé l'offre irrégulière de contrat à plusieurs consommateurs par la voie du courrier électronique. Le juge prononcera autant de déclarations de culpabilité que de courriers électroniques et pourra condamner le commerçant électronique à payer une amende d'un montant égal au nombre d'infractions constatées multiplié par le montant de l'amende encourue pour une d'entre elles.

**555. - L'offre sur une page-écran du site du commerçant**. Il faut penser qu'il en sera de même lorsque l'offre apparaît sur plusieurs pages du site du commerçant électronique tandis qu'il convient certainement de conclure à l'existence d'une infraction

unique lorsqu'elle n'est présente que sur une seule d'entre elles. Le tribunal de police de Boissy-Saint-Léger, dans le jugement précité du 3 février 2004, nuance cependant cette conclusion. Après avoir constaté qu'un commerçant électronique n'avait pas respecté l'arrêté no 77-105/P du 2 septembre 1977 précité pour dix-sept articles exposés à la vente sur son site internet, il ne l'a condamné à payer que dix-sept fois l'amende prévue par l'article R, 113-2, alinéa 2, du Code de la Consommation. Néanmoins, la relation des faits de l'espèce dans le jugement ne permet pas de savoir si les articles étaient exposés sur une seule page du site ou sur plusieurs d'entre elles.

## § 2 - Publicité mensongère

On a vu que la loi LCEN distingue les règles applicables à la vente de celles qui régissent la publicité, la vente étant assorties d'obligations d'information rigoureuses.

Il est bien évident qu'une publicité diffusée par internet peut tomber sous le coup du délit de publicité mensongère et cette question est sans véritable intérêt dans le cadre de l'étude.

**556. - L'offre de commerce électronique peut-elle être sanctionnée en tant que publicité mensongère ?** En revanche il est possible de s'interroger sur la question de savoir si une offre diffusée par internet peut tomber sous le coup de cette même sanction. En d'autres termes, une offre d'acquisition d'un bien ou d'un service présentée par la voie électronique peut-elle être jugée comme constituant par ailleurs une publicité et, le cas échéant, en cas d'information volontairement erronée ou omise, ouvrir la voie à des poursuites pénales pour publicité mensongère ?

**557. - La réponse positive illustrée**. La réponse est bien naturellement positive. L'offre de contracter diffusée sur internet apparaît en effet comme une publicité comportant, au surplus, tous les éléments d'une offre. C'est très logique qu'elle doive pouvoir être

sanctionnée en cas de « mensonge » et ceci, a fortiori, par rapport à une simple publicité, puisque, à la différence de cette dernière, elle débouche directement, d'un simple « clic » sur la vente elle-même.

Les exemples sont très nombreux, désormais, de poursuites pour publicité mensongère. Par exemple : Cass. Crim. 11 décembre 2007[709]. L'arrêt rejette le pourvoi à l'encontre d'un arrêt de condamnation pour publicité mensongère à l'égard des délais de livraison promis par un site de vente sur internet dans les pages permettant de donner une suite favorable à une offre et qui ne pouvait pas être effectivement tenue. Outre l'incrimination spécifique de l'article R. 113-1, alinéa 2, du Code de la Consommation, la violation du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique est donc susceptible de tomber sous le coup du délit de publicité mensongère.

**558. - L'exemple d'un fournisseur d'accès**. Si l'exigence de bonne foi dans la conclusion d'un contrat, s'analyse en grande partie comme une obligation réciproque d'information, elle s'entend également de celle de ne pas mal informer son futur cocontractant. Un célèbre fournisseur d'accès à internet a été sanctionné sur ce plan à l'occasion de la diffusion, notamment en ligne, d'une offre particulièrement séduisante de contrat concernant un accès illimité au réseau, 7 jours sur 7 et 24 heures sur 24, pour un prix, accès et téléphone compris, très intéressant. Devant le succès de sa proposition, il n'avait pu tenir la promesse faite dans son offre et avait mis en place un système de déconnexion automatique des internautes après une durée de connexion de 30 minutes. Le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre, saisi par une association agréée de défense des consommateurs, a considéré que la publicité faite par le fournisseur d'accès de son offre d'accès à internet était mensongère et donc illicite[710]. Il lui a donc ordonné, sous astreinte, de supprimer le système de déconnexion automatique et l'a condamné au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice que sa publicité a causé à l'intérêt collectif des consommateurs[711]. La cour d'appel de Versailles, statuant sur l'appel interjeté par le

[709] Cass. Crim. 11 décembre 2007, pourvoi n° 07-82903, Légifrance.

[710] TGI Nanterre, Ord. 20/02/2001, Legalis.net.

[711] La publication de la décision a été ordonnée par le juge des référés.

fournisseur d'accès, a confirmé l'ordonnance de référé, estimant elle aussi que la publicité litigieuse était mensongère[712]. La première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 9 mars 2004[713], rejeté le pourvoi en cassation formé par le condamné au motif que la cour d'appel avait « parfaitement ca*ractérisé l'aspect trompeur de la* publicité». Cette affaire illustre les conséquences en matière civile d'une publicité jugée mensongère.

**559. - Autre exemple dans le domaine de la vente de voyages**. Un jugement, rendu le 19 mai 2004[714], par le tribunal de grande instance de Pontoise, fournit une autre illustration de cette question. En l'espèce, un commerçant électronique a été reconnu coupable du délit de publicité mensongère pour avoir proposé de nombreux vols et séjours qui, en réalité, n'étaient pas disponibles alors qu'il indiquait expressément sur son site internet que ses offres de voyages étaient actualisées tous les jours. Le tribunal l'a en conséquence condamné à une peine d'amende de 5 000 euros.

**560. - Le caractère général de l'incrimination.** L'incrimination de publicité fausse ou de nature à induire en erreur a été créée par un législateur soucieux de garantir la loyauté dans la phase précontractuelle. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation dispose : « 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 des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de *fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou 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 services, portée des *engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des* revendeurs, des promoteurs ou des commerçants électroniques».

[712] CA Versailles, 14/03/2001, Communication, Commerce électronique, 2001, comm. 48, p. 28.

[713]Cass. 1ère civ. 9/03/2004, D. 2004, Jurisp. 1727.

[714] TGI Pontoise, 19/05/2004, Forum des droits sur internet [en ligne] sur http://foruminternet.org.

**561. - Le principe de neutralité technologique**. Il faut parallèlement souligner le principe de « neutralité technologique » édicté par l'article L. 121-1 du Code de la Consommation, dont la formulation est suffisamment large pour que tous les types de supports publicitaires soient couverts. La publicité écrite sur support papier, la publicité verbale télévisée, radiodiffusée, véhiculée par le cinéma, etc., toutes entrent dans le champ d'application de la loi. Aussi l'application de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation aux messages présents ou échangés sur le réseau internet est un point aujourd'hui acquis, comme en témoignent les décisions de justice qui sont été rendues dans le cadre de l'environnement électronique[715]. Le principe de cette application a en outre été consacré par la loi pour la confiance dans l'économie numérique[716].

Par ailleurs, la vocation de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à couvrir un grand nombre de situations est confortée par le fait que le texte ne précise rien sur la qualité des destinataires de la publicité, mais se contente de viser « toute publicité ». Aussi, la jurisprudence en a déduit que la qualité de consommateurs des destinataires potentiels du message publicitaire n'est pas une condition de l'infraction[717].

Applicable de manière certaine à l'offre de commerce électronique, le délit de publicité mensongère dans ce domaine particulier doit être précisé dans ses éléments constitutifs (§ 1) et dans les modalités de sa répression (§ 2).

[715] Sur l'application de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à internet, voir notamment A. LEROYER, « L'épreuve d'internet », in D. FENOUILLET, F. LABARTHE (dir.).

[716] Les articles 19, alinéa 3, et 20 (relatif à la publicité par voie électronique) de la loi pour la confiance dans l'économie numérique indiquent s'appliquer « sans préjudice des dispositions réprimant la publicité *trompeuse prévues à l'article L. 121*-1 du Code de la Consommation ».

[717] En d'autres termes, le message publicitaire adressé à des professionnels est également couvert par l'interdiction mise en place par l'article L. 121-1 du Code de la Consommation Voir Cass. Crim., 02/10/1980, D. 1981. IR. 292 ; Cass. Crim., 26/01/1988, D. 1990. SC. 359.

## A - Eléments constitutifs

Les éléments constitutifs du délit de publicité mensongère doivent être analysés successivement sous l'angle de son élément matériel (a) et de son élément moral (b) afin d'apprécier si l'inobservation par le commerçant électronique des exigences informatives qui régissent les offres de contrat de commerce électronique peut constituer une telle infraction.

### 1 - Élément matériel

L'élément matériel de la publicité mensongère peut être présenté comme toute publicité contenant une allégation, une indication ou une présentation fausse ou de nature à induire en erreur. Rapportée à notre hypothèse, cette définition pose deux questions. Une offre de contrat peut-elle être qualifiée de publicité (a) ? L'omission par le commerçant électronique d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique ou l'indication d'une mention erronée est-elle susceptible de constituer une allégation, une indication ou une présentation fausse ou de nature à induire en erreur (a) ?

#### a) Offre de contrat de commerce électronique et publicité

**562. - La recherche d'une définition juridique de la publicité**. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation exige que l'on soit en présence d'une publicité sans dire ce qu'il faut entendre par là. En réalité, il n'existe pas de définition légale générale de la notion de publicité. On relève seulement de manière très dispersée quelques définitions prévues par des textes spéciaux. Ainsi la loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979, relative à la publicité, aux enseignes et préenseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique[718],

[718] Loi n° 79-1150 du 29 décembre 1979 relative à la publicité, aux enseignes et pré-enseignes visibles de toute voie ouverte à la circulation publique (JO, du 31 décembre 1979, p. 3314).

modifiée par la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985[719], disposait que « constitue une publicité, *à l'exclusion des enseignes et* préenseignes, toute inscription, forme ou image destinée à *informer le public ou à attirer l'attention* […] ». Il faut également citer l'article 2 du décret n° 92·280 du 27 mars 1992 relatif la publicité, audiovisuelle dont il ressort que « constitue *une publicité toute forme de message […] diffusé contre rémunération ou autre* contrepartie en vue de promouvoir la fourni*ture de biens ou de services […]* »[720].

**563. - Les approches du droit communautaire.** Le droit communautaire, quant à lui, a défini la notion à plusieurs reprises. La directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse précise entendre ainsi la publicité comme : «*toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale,* industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations. »[721]. La directive 89/552/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 1989 dite « Télévision sans frontière », modifiée par la directive 97/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 30 juin 1997, adopte une définition similaire en son article 1er[722]. Il faut citer encore la directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, qui définit à son tour la publicité comme «*… toute forme de communication commerciale qui a* pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir un produit.» (en l'occurrence du

[719] Loi no 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement (JO, du 19 juillet 1985).

[720] Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application du 1er de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage (JO, n° 75, 28 mars 1992, p. 4313), modifié par le décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003 (JO n° 233, 8 octobre 2003, p. 17189).

[721] Voir l'article 2, paragraphe l, de la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, JOCE, n° L 250, 19 septembre 1984, p. 17.

[722] L'article 1er de la directive 89/552/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 octobre 1989 dite «Télévision sans frontière» précitée définit la notion de publicité comme : « *Toute forme de message […] que ce soit contre rémunération ou paiement similaire, […]* dans le but de promouvoir la fourniture moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et obligations ».

tabac)[723]. Ce dernier texte communautaire présente en outre l'intérêt de réglementer expressément la publicité dans les services de la société de l'information.

**564. - La notion de « communication commerciale ».** La directive sur le commerce électronique a cependant introduit un élément de complication. En préférant l'expression «communication commerciale» au terme «publicité », elle favorise des difficultés d'interprétation entre ces deux notions. S'il apparaît que la notion de communication commerciale est plus large que celle de publicité, les deux notions ne se confondent pas et la publicité n'est qu'un type de communication commerciale. En effet, l'article 2, lettre f, du texte communautaire définit la notion de communication commerciale comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, *des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une* activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée »[724]. Cette définition doit être lue en relation avec le livre vert de la Commission européenne sur les communications commerciales dans le marché intérieur dans lequel elle précise que la notion de communication commerciale recouvre en fait «toutes les formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relations publiques, […] »[725]. Or, le marketing direct dépasse de loin le seul cadre de la publicité puisqu'il vise à obtenir une réaction immédiate du prospect[726], telle une demande de documentation, voire une commande, voire même seulement son attention d'un instant.

**565. - La définition de la jurisprudence.** En fait, le délicat exercice de définition a été laissé, une fois de plus, à la jurisprudence. II ressort de l'étude de celle-ci, ainsi que de la

[723] Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, JOCE, no L 152, 20 juin 2003, p. 16.

[724] L'article 2, lettre f, de la directive sur le commerce électronique précitée précise toutefois que deux types particuliers de message ne constituent pas des communications commerciales. Il s'agit des « informations *permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, notamment un no*m de domaine ou une adresse de courrier électronique », ainsi que des « communications relatives aux biens, *aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées d'une manière indépendante, en particulier lorsqu'el/es son*t fournies sans contrepartie financière ».

[725] Livre vert de la Commission sur les communications commerciales dans le marché intérieur, préc. p. 8.

[726] Terme de marketing signifiant « client potentiel ».

doctrine, que si le civiliste parvient tant bien que mal à tracer une frontière entre les notions d'offre de contrat et de publicité, ses efforts sont en grande partie balayés par le pénaliste qui, au nom de l'efficacité de la répression des comportements déloyaux, malmène la notion de publicité et l'étend de telle sorte qu'elle englobe le plus grand nombre possible de situations, y compris quand le message litigieux est indubitablement une offre de contrat. Deux approches coexistent : une analyse civiliste et une analyse pénaliste.

**566. - L'analyse civiliste autour de deux critères**. Le Conseil d'État, dans son rapport « Internet et les réseaux numériques», a constaté en synthèse que deux critères peuvent être identifiés pour caractériser la publicité[727]. Il s'agit, en premier lieu, de la finalité du message : la publicité a pour finalité la promotion d'un bien ou d'un service. Ce premier critère est considéré comme le critère déterminant. Le second critère tient à la destination du message : la publicité est un message qui est adressé au public. Il ne peut en principe y avoir de publicité sans l'existence d'un public touché par le message.

**567. - Le critère de l'existence d'un public touché par le message**. S'agissant de ce second critère, il est utile d'apporter quelques précisions. Si l'offre figurant sur un site internet répond à la définition d'une communication au public, il n'en est rien du courrier électronique, en tous les cas, au sens où le droit des communications électroniques entend la notion de communication au public. Pourtant, un courrier électronique est bien susceptible de véhiculer des messages de nature publicitaire. Il suffit de lire sa boîte aux lettres électronique pour s'en convaincre ! En fait, la notion de communication au public, dans le contexte de la définition de la publicité, doit être comprise par opposition à « communication destinée à une seule personne ». Aussi, lorsqu'un courrier électronique n'a pas vocation à être adressé à un destinataire unique, il est susceptible d'être qualifié de publicité. Il faut donc formuler le critère relatif à la destination du message ainsi : le message doit avoir le caractère d'une communication de masse. L'expression « communication de masse » est en effet plus neutre, au regard du droit des communications électroniques, que celle de « communication au public ».

[727] Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, rapport préc. p. 57.

La comparaison entre les définitions des notions d'offre de contrat et de publicité fait clairement apparaître des différences majeures qui permettent de les distinguer. La publicité est « une communication de masse, à sens unique, tendant à faire vendre »[728]. Quant à l'offre, elle est tout d'abord une communication tantôt de masse, tantôt à personne unique, selon sa destination. Elle est ensuite une communication à double sens puisqu'elle attend une réponse directe et immédiate. Enfin, l'offre est une communication dont la finalité est «de vendre ».

**568. - Le critère de la finalité du message.** Le Conseil d'État avait placé le critère de la finalité du message en première position des critères distinctifs de la publicité. L'application de ce critère à la publicité puis à l' offre de contrat fait rapidement apparaître que la première «tend à faire vendre » tandis que la seconde est de « vendre », pour reprendre les termes précédemment utilisés. La publicité n'est qu'une incitation à contracter tandis que l'offre est une proposition de contracter.

Cependant, il faut reconnaître qu'un tel critère distinctif n'est pas toujours simple à mettre en œuvre, en particulier sur internet où la publicité est omniprésente. Bannière, pop-up, courrier électronique, etc., la publicité revêt sur internet des formes multiples et variées. Par ailleurs, l'interactivité qui caractérise les échanges électroniques rend possible tout â la fois la diffusion de messages publicitaires, l'émission de propositions contractuelles et la collecte des acceptations dont elles font l'objet[729]. La rapidité des échanges permet en outre de combiner l'ensemble de ces opérations dans un laps de temps extrêmement court. Une identification claire des publicités et des offres de contrat est alors d'autant plus difficile que les messages sont souvent imbriqués. Comment alors faire la distinction entre de véritables offres de contrat et de simples messages publicitaires dont la

[728] Définition de la publicité proposée par A. COMTE-SPONVILLE, « Ethique et publicité ». Intervention lors de la conférence organisée par le SVP sur le thème « Quelles limites éthiques à la publicité ? »». SVP. 15 novembre 2001, Disponible sur : http://www.bvp.org.

[729] Cf. C. Masse, La publicité trompeuse dans le commerce électronique, Mémoire décembre 2000, Jursicom.net [en ligne] disponible sur http://www. juriscom.net.

finalité est également d'amener l'internaute à conclure un contrat de commerce électronique ?

La définition particulièrement extensive de la notion de publicité adoptée par la jurisprudence répressive permet de solutionner la plupart des difficultés ci-dessus évoquées. Elle démontre la volonté des juges d'assainir la période précontractuelle.

**569. - L'analyse pénaliste** : On constate, à la lecture de la jurisprudence pénale relative à l'article L.111-1 du Code de la Consommation, que le critère de l'existence d'un public auquel le message publicitaire doit être adressé est apprécié de manière plus souple, tandis que celui de la finalité du message n'apparaît plus pertinent.

**570. - L'appréciation souple de l'exigence d'un public**. S'agissant du critère de l'existence d'un public auquel le message doit être adressé, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble ainsi appliquer un raisonnement similaire à celui que nous avons précédemment développé sur la nature éventuellement publicitaire des courriers électroniques. Aussi, en ce qui concerne des documents communiqués à plusieurs personnes, mais de manière individualisée, les juges cherchent à apprécier la mesure de leur diffusion pour déterminer si la qualification de publicité peut ou non être retenue[730].

**571. - L'appréciation extensive de la finalité du message**. Ensuite, et c'est certainement le plus important, le but incitatif du message publicitaire qui ressort clairement de l'analyse civiliste, n'est pas un élément de la définition de la notion de publicité au regard de la jurisprudence pénale. La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 12 novembre 1986[731], a défini la publicité comme : « *tout moyen d'information destiné à* permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé ». Elle a notamment réitéré sa position,

[730] Ainsi des brochures nominatives et personnalisées ont été qualifiées de publicité. En ce sens, voir Cass. Crim., 30/0111992, JCP 1992. IV. 1833. Par contre, les juges ont refusé d'appliquer l'incrimination de publicité trompeuse à un reçu unique : voir Cass. Crim., 09/02/1982, Bull. crim. p. 129.

[731] Cass. Crim., 12/11/1986, Bull. crim., p. 2792.

dans un arrêt du 14 octobre 1998[732], dans lequel elle a déclaré que « constitue une publicité, au sens *de l'article L. 121*-1 du Code de la Consommation, tout moyen *d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les* caractéristiques essentielles des biens ou services qui lui sont proposés».

La définition retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation de la notion de publicité est tellement large qu'elle englobe également les offres de contrat. En effet, une offre de contrat comporte, par hypothèse, différentes informations sur le bien ou le service proposé par le commerçant électronique[733]. Elle constitue donc bien un moyen d'information permettant à un client potentiel de se faire une opinion sur ce bien ou ce service, puis de faire un choix.

**572. - Les exemples de sanction pour publicité mensongère appliquées à des offres de contrat**. C'est pourquoi on relève dans la jurisprudence de nombreuses décisions qui ont appliqué à de véritables offres de contrat l'article L. 121-1 du Code de la Consommation[734]. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que la mention relative au prix d'un bien exposé à la vente dans un magasin constitue une publicité[735]. De même, un bon de commande a été qualifié de publicité au motif que « tout document commercial, tel un bon de commande, dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé, de se former une opinion sur les résultats attendus du bien ou du service proposé »[736].

[732] Cass. Crim., 14/10/1998, Bull. crim. N° 262 ; RTD corn. 1999.526, obs .. B. BOULOC ; JCP E 1999.462, note P. CONTE ; Contrats, conc., consom. 1999, comm. 32.

[733] Cette affirmation est d'autant plus exacte dans le cas d'une offre de contrat de commerce électronique en raison des exigences informatives légales résultant de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation et, dans une moindre mesure, de l'article 1369-1 du Code Civil.

[734] Pour une application de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation à une offre de vente, voir Cass. Crim., 27/03/1996, Bull. crim. n° 139 ; D. 1996. IR. 168 ; Rev. Sc. Crim. 1997. 122, obs. GUIDICELLI.

[735] Cass. Crim., 14/10/1998, préc.

[736] Cass. Crim., 23/03/1994, préc.

Par ailleurs, il ressort d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 25 juin 1984[737], qu'une mention imposée par la loi peut constituer une publicité à condition qu'elle accompagne le bien dont la vente est proposée et que le consommateur soit amené à en prendre connaissance pour guider son choix. Transposée à notre hypothèse, cette décision devrait conduire à considérer que les mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique qui permettent à l'internaute de guider son choix constituent effectivement des publicités au sens de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation.

Plusieurs décisions ont également été rendues en ce sens dans le contexte du Commerce électronique. Ainsi, le tribunal d'instance de Saint-Malo, dans un jugement rendu le 18 décembre 2001[738], a estimé que l'offre de rachat de crédit proposé sur une page du site d'un intermédiaire financier doit respecter les dispositions des articles 1. 311-4 et L. 312-4 du Code de la Consommation réglementant la publicité pour le crédit, dont le respect est pénalement sanctionné.

**573. - La conclusion : l'offre de contrat de commerce électronique constitue une publicité**. Il résulte de cette analyse, d'une part qu'une offre de contrat de commerce électronique constitue une publicité au sens de l'article L. 12l-1 du Code de la Consommation à condition d'être adressée ou destinée à plus d'une personne, qu'elle soit émise sur un site internet ou dans un courrier électronique. D'autre part, l'infraction de publicité mensongère ne saurait être constituée qu'à partir des mentions obligatoires de l'offre se rapportant au bien ou au service proposé.

[737] Cass. Crim., 25/06/1984, Bull. crim. no 643 ; D. 1985. Jurisp. 80, note J .-C. FOURGOUX : « Tout moyen d'information du public, portant sur la composition d'un produit mise en vente, s'agitait-il d'un étiquetage obligatoire, constitue une publicité au sens de l'article 44 de la loi du 29 décembre /973, dès lors qu'il accompagne l'objet proposé, et que le consommateur est conduit à en prendre connaissance pour guider son choix. » Dans le même sens, voir Cass. Crim., 18/11/1986, Bull. crim. n° 2777.

[738] TI Saint-Malo, 18/12/20Q1, Contrats, conc., consom. 2002, comm. 131, note G. RAYMOND et comm. 42, note L. GRYNBAUM. Voir également dans le même sens CA Rennes, 31/03)2000, Bulletin d'actualité du Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2000, n° 124 (avril), p. 12 ; D. Affaires 2000. AJ 358, obs. C. MANARA ; Communication Commerce électronique 2000, comm. 6, p. 24, obs. J.-C. GALLOUX.

Une offre de contrat de commerce électronique ne tombera toutefois sous le coup de l'incrimination de publicité mensongère que si elle comporte une indication, une allégation ou une présentation fausse ou de nature à induire en erreur portant sur l'un des éléments énumérés par l'article L. 121-1 du Code de la Consommation.

### b) Publicité méconnaissant le formalisme informatif

**574. - Le caractère mensonger du message**. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation prévoit que toute publicité comportant des indications, allégations ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsqu'elles portent sur un ou plusieurs éléments dont il fait la liste, est interdite.

Une indication est une information, un renseignement qui est fourni par le message publicitaire. Une simple allégation peut être présentée comme le fait de « laisser croire, *sans affirmer, à une proposition relative aux produits ou aux services, qui s'avère* inexacte »[739]. Quant à la notion de présentation, elle désigne l'ensemble des procédés d'exposition (dessins, photographies, bruitages, etc.) ainsi que les modes de rédaction employés (taille, lisibilité des caractères, etc.)[740].

**575. - La liste limitative des éléments sur lesquels doit porter la publicité mensongère**. Afin de circonscrire l'incrimination de publicité mensongère, le législateur a dressé une liste d'éléments sur lesquelles les indications, allégations et présentations fausses de nature à induire en erreur, doivent porter. Cette liste est relativement longue et très variée. On

[739] Cf. J. CI. Concurrence Consommation, « Publicité commerciale et protection des consommateurs », fasc. 900, 1998, par G. Raymond, n° 58, On parle d'allégation lorsqu'il résulte du message publicitaire une certaine ambiguïté de par ses termes ou son contenu.

[740] Pour une illustration, voir notamment Cass. Crim., 13/05/2003, Gaz. Pal. 2003, du 21 au 22 janvier, Sommaires de jurisprudence, p. 44, obs. B. MISSE, S. DUPUIS. En l'espèce, il était question d'un message publicitaire figurant sur des panneaux destinés à être vus essentiellement par des automobilistes circulant sur des voies rapides. Or l'une des mentions relatives au prix et aux conditions de vente était inscrite au moyen d'une police de caractère dix à quinze fois plus petite que celle employée pour le message attractif annonçant le prix de vente du micro-ordinateur qui faisait l'objet de la publicité. La chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les juges du fond ont pu se baser sur cette disproportion pour caractériser l'élément matériel du délit de publicité mensongère.

peut toutefois tenter de la résumer en disant que l'indication, l'allégation ou la présentation doit porter soit sur le bien ou le service proposé, soit sur son prix ou ses conditions de vente, soit sur la portée des engagements de l'annonceur, soit encore sur le fabricant, les revendeurs, les promoteurs ou les commerçants électroniques. Il est important de préciser que la liste de l'article L. 121-1 du Code de ·la consommation est limitative[741]. L'énumération de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation est toutefois suffisamment longue pour que l'interdiction posée par ce texte soit efficace.

**576. - L'information erronée dans le commerce électronique**. Les informations dont la présence dans l'offre de contrat de commerce électronique est exigée par la loi sont des indications au sens de l'article L. 121-1 du Code de consommation. Aussi dans le cas où l'une d'entre elles a été transmise de manière erronée, l'offre contient bel et bien une indication fausse susceptible de justifier les sanctions de la publicité mensongère. Toutefois la jurisprudence applique un tempérament : la « publicité hyperbolique », qui peut être définie comme une publicité contenant une exagération telle qu'elle ne pouvait raisonnablement tromper personne, n'est pas réprimée au titre de la publicité mensongère[742]. Le caractère hyperbolique de la publicité s'apprécie in abstracto, par référence au « bon père de famille ». Aussi, sous cette réserve, l'élément matériel de la publicité mensongère est constitué dans le cas où une offre de contrat de commerce électronique comporte une mention fausse, à condition toutefois que cette mention porte sur un des éléments de la liste précitée.

**577. - L'omission d'une mention obligatoire**. Par ailleurs, l'absence d'une mention obligatoire de l'offre de contrat de commerce électronique est certainement susceptible,

[741] Le caractère limitatif de la liste de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation ressort notamment d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 26 mars 1984. Voir Cass. Crim., 26/03/1984, D. 1984. IR. 390 ; JCP 1985. II. 20459, note G. HEIDSIECK ; RTD corn. 1985. 195. Voir également JEANDIDIER, Droit pénal des affaires, préc. n° 405.

[742] Voir par exemple l'affaire des piles Wonder dont la publicité disait qu'elles ne s'usent que si l'on s'en sert. Les juges ont estimé que cette affirmation caricaturale, inexacte du point de vue scientifique, sur les qualités substantielles de la chose étant par ailleurs clairement démentie sur les emballages des piles, elle ne pouvait induire en erreur le consommateur. Voir Cass. Crim., 15/10/1985, D. 1986. IR. 397. Une telle affirmation peut tout au plus constituer un « bon dol» et être source de responsabilité civile délictuelle pour son auteur.

elle aussi, de constituer l'élément matériel de l'infraction de publicité mensongère. En effet, la jurisprudence considère traditionnellement qu'une omission dans un message publicitaire peut être de nature à induire en erreur. Ainsi, l'élément matériel de la publicité mensongère est constitué lorsqu'il résulte de l'omission d'une information, par exemple une exagération des avantages annoncés ou une dissimulation de l'étendue de l'engagement qui incombe au client[743]. L'élément matériel de la publicité mensongère est encore constitué lorsque l'omission d'une information rend le message publicitaire ambigu. Le fait de ne pas fournir une information essentielle peut alors produire une impression fausse de nature à induire en erreur[744].

Il appartient donc aux juges d'apprécier si l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique est de nature à induire en erreur ses destinataires, au vu de toutes les circonstances de l'espèce. Il faut préciser toutefois que l'allégation reprochée doit seulement être de nature à induire en erreur. Il n'est pas exigé qu'elle ait effectivement trompé quelqu'un[745]. Enfin il n'est pas non plus nécessaire qu'un dommage ait résulté du message publicitaire trompeur, car le dommage n'est pas un élément constitutif du délit de publicité mensongère[746].

**578. - L'appréciation du caractère mensonger au regard des rectificatifs postérieurs**. En dernier lieu, il est utile de donner quelques indications sur l'appréciation du caractère mensonger de la publicité ainsi que sur la charge de la preuve de ce caractère.

---

[743] Tel est le cas lorsqu'une agence matrimoniale n'indique pas, quand elle annonce le prix de ses services, l'existence et le coût de la redevance au service télématique auquel le contrat dont elle propose la conclusion donne accès. Voir Cass. Crim., 28/09/1994, Bull. crim. N° 308 ; Gaz. Pal. 1994, 2, Somm. p. 711.

[744] Cass. Crim., 02/10/1985, Bull. crim. N° 290. Dans cette affaire, les juges ont estimé, à propos d'une annonce publicitaire faite par la S.N.C.F. par voie d'affichage concernant de nouveaux tarifs qui taisait des données essentielles, qu'elle produisait de ce fait « une impression fausse de nature à induire en erreur le lecteur ».

[745] Voir notamment Cass. Crim., 08/05/1979, RTD corn. 1980.401, obs. P. BOUZAT ; Cass. Crim., 08/12/1987, D. 1988. IR. 43 ; RTD corn. 1988.726, obs. P. BOUZAT.

[746] Cass. Crim., 26/06/2001, Bull. crim. N° 160 ; Dr. Pénal 2001, comm. 143, obs. J.-H. HUET.

Le caractère faux ou de nature à induire en erreur de la publicité doit être apprécié au moment de la diffusion de celle-ci. C'est pourquoi, la diffusion de rectificatifs ou de compléments d'information, ultérieurement à la diffusion de la publicité litigieuse, ne lui enlève pas son caractère infractionnel[747]. Le caractère trompeur de la publicité fait en outre d'une appréciation au cas par cas, pour laquelle un pouvoir souverain est reconnu aux juges du fond.

**579. - La charge de la preuve du caractère mensonger et les jurisprudences contraires des chambres criminelle et commerciale de la Cour de cassation**. Quant à la charge de la preuve du caractère mensonger du message publicitaire, la question fait l'objet d'une controverse entre les chambres commerciale et criminelle de la Cour de cassation. La chambre commerciale de la Cour de cassation, tirant argument de l'article L. 121-2 du Code de la Consommation qui prévoit que les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes chargés de la constatation de l'infraction peuvent exiger de l'annonceur qu'il leur fournisse tout élément de nature à justifier ses indications, allégations ou présentations publicitaires, considère qu'il revient à l'annonceur de prouver la véracité de la publicité[748]. La chambre criminelle de la Cour de cassation estime, quant à elle, suivant en cela les règles propres de la charge de la preuve en matière pénale, qu'il appartient à la partie poursuivante d'établir la preuve de tous les éléments constitutifs du délit[749]. Dans le domaine particulier du commerce électronique, l'établissement de cette preuve est une tâche qui se révèle souvent délicate, ne serait-ce qu'en raison de la « volatilité » des échanges électroniques. À cet égard, la position de la chambre commerciale présente un intérêt certain dans l'optique d'une répression efficace, mais la chambre commerciale n'est pas chargée de répression pénale.

---

[747] Voir notamment Cass. Crim., 30/05/1989, Bull. crim. n° 225 ; Rev. Sc. Crim. 1990.582, obs. J. PRADEL. Voir TGI Nanterre, 15/10/2001, D. Affaires 2001. AJ. 3347 : les précisions apportées ultérieurement à la diffusion d'une offre promotionnelle par une société de téléphonie mobile sur le prix du forfait proposé dans cette offre « ne sauraient avoir pour effet de supprimer le caractère fallacieux de la publicité incriminée, qui *doit s'apprécier au moment où le document est communiqué au public*». Dans le même sens, voir encore Cass. Crim., 13/05/2003, Gaz. Pal. 2003, du 21 au 22 janvier, Sommaires de jurisprudence, p. 44, obs. B. MISSE, S. DUPUIS.

[748] Cass. Corn., 18/05/1993, JCP 1994. Il. 22243, note DEKEUWER ; Contrats. Conc .. consom. 1993, comm. 168, obs. G. RAYMOND.

[749] Cass. Crim., 28/10/1992, Contrats. Conc .. consom. 1993, comm. 96.

Dans le cas où la preuve de l'élément matériel du délit de publicité mensongère est établie, la condamnation du commerçant électronique auteur de l'offre illicite dépend encore de la constatation de l'élément moral du délit.

**2 - Élément moral**

**580. - Les controverses antérieures à la réforme du Code Pénal.** L'élément moral du délit de publicité mensongère a fait l'objet de vives discussions doctrinales. Il s'agit, en effet, à la différence de la contravention d'infraction au formalisme informatif, d'un délit intentionnel c'est-à-dire qui exige, conformément au droit pénal habituel, le constat d'une intention coupable. La loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963, qui a créé ce délit exigeait expressément que soit établie la mauvaise foi du prévenu[750]. Or, l'article 44 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, qui a modifié la loi du 2 juillet 1963 et est devenue ensuite l'article L. 121-1 du Code de la Consommation, n'a pas repris cette exigence. Que fallait-il en déduire ? Les avis étaient très partagés.

La Cour de cassation était intervenue pour clore le débat en posant que la mauvaise foi ne devait plus être exigée[751]. Il importait donc peu que le prévenu n'ait pas été animé par une intention de tromper. Toutefois, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code Pénal, il ressortait de certaines décisions que l'établissement de l'élément matériel de l'infraction suffisait désormais à faire présumer l'élément moral. On s'était alors demandé si la publicité mensongère n'était tout de même pas devenue un « délit matériel», son élément moral obéissant au régime des contraventions.

**581. - Le texte issu de la réforme du Code Pénal**. La réforme du Code Pénal a mis fin à ces hésitations. L'article 121-3 du nouveau Code Pénal prévoit en effet que s' « il n y a pas

[750] Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, préc.

[751] Voir notamment Cass. Crim., 04/12/1978, Bull. crim. n° 342 ; Cass. Crim., 02/10/1985, préc.

de délit sans intention de le commettre» (article 121-3, alinéa l), il y a cependant délit «*lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de né*gligence ou de manquement *à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est* établi que *l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas* échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait» (article 121-3, alinéa 3)[752]. Puis, la chambre criminelle de la Cour de cassation est venue préciser, à plusieurs reprises, qu'il résulte de l'article 339 de la loi n° 93-1336 du 16 décembre 1992 relative au Code Pénal que les délits non-intentionnels, qui étaient réprimés avant l'entrée en vigueur du nouveau Code Pénal, demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger d'autrui, même si la loi ne le prévoit pas expressément, ce qui est le cas du délit de publicité mensongère[753].

**582. - Le caractère non intentionnel du délit**. Le délit de publicité mensongère est donc aujourd'hui un délit non intentionnel au sens de l'article 121·3, alinéa 3, du nouveau Code Pénal, c'est-à-dire un délit pour la constitution duquel la volonté de commettre l'infraction n'est pas exigée. La preuve d'une simple faute de négligence ou d'imprudence est donc nécessaire, mais aussi suffisante pour caractériser son élément moral[754].

Ainsi, le commerçant électronique, qui n'a pas mis en œuvre toutes les diligences utiles et souhaitables pour vérifier le contenu de ses offres de contrat, a commis une faute de négligence susceptible de constituer l'élément moral de la publicité mensongère. A contrario, il ne sera pas pénalement responsable, s'il parvient à démontrer qu'il a précisément accompli toutes les diligences et toutes les vérifications nécessaires auxquelles on pouvait s'attendre de sa part.

[752] À ce propos, voir Y. MAYAUD, « Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal » (à propos de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000) », D. 2000. Chrono 603.

[753] Voir Cass. Crim., 14/12/1994, préc. ; Cass. Crim., 26/10/1999, Bull. crim. N° 233 ; D. Affaires 2000. AJ. 80.

[754] Cass. Crim., 14/12/1994, Bull. crim. n° 415 ; CA Paris 31/01/2903, Gaz. Pal. 2003, du 23 au 25 novembre, Jurisprudence, sommaires, p. 33.

Il s'agit d'une défense qui n'existe pas dans le cadre de l'infraction précédemment envisagée de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation. Elle peut se révéler très utile au commerçant électronique auquel on reprocherait d'avoir indiqué dans ses offres de contrat des prix dérisoires, alors que cet affichage résulte d'un incident purement technique. Certains estiment en effet que le commerçant électronique pourrait être poursuivi sur le fondement de la publicité mensongère dans une telle hypothèse et que ses seules chances d'échapper à une condamnation seraient qu'il démontre avoir procédé aux diligences et aux vérifications auxquelles on pouvait raisonnablement s'attendre de sa part.

**583. - L'impossibilité d'invoquer l'article 121-3 du Code Pénal**. Par ailleurs, on note que la chambre criminelle de la Cour de cassation refuse aux personnes physiques poursuivies pour publicité mensongère le droit de se prévaloir de l'article 121·3, alinéa 4, du nouveau Code Pénal pour échapper à leur responsabilité pénale[755]. Certains avaient en effet essayé d'échapper aux poursuites en faisant valoir que la faute d'imprudence ou de négligence qui leur était reprochée ne pouvait suffire à entraîner leur responsabilité pénale puisque l'article 121·3, alinéa 4, du nouveau Code Pénal dispose que celle-ci ne peut être engagée que s'il est établi qu'ils ont commis soit un manquement manifestement délibéré à une obligation particulière de prudence ou de sécurité, soit une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une gravité particulière qu'ils ne pouvaient ignorer. Cependant, le texte précise qu'il ne s'applique que dans les cas où des personnes physiques, par leur faute de négligence ou d'imprudence ou par leur manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont contribué à créer la situation qui a permis sa réalisation ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter. Or, nous avons vu que le dommage n'est pas un élément

[755] Article 121-3 du nouveau Code Pénal : «I1 n y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il Y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n y a point de contravention en cas de force majeure ».

constitutif du délit de publicité mensongère. Aussi, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 26 juin 2001, a jugé que l'article 121·3, alinéa 4, du nouveau Code Pénal ne joue pas en matière de publicité trompeuse.

Si les juges du fond parviennent à la conclusion que l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique irrégulière est constitutive tant matériellement que psychologiquement du délit de publicité mensongère, la loi prévoit plusieurs types de sanctions pénales.

## B - Répression de la publicité mensongère

L'étude des peines applicables à la publicité mensongère (2) nécessite au préalable que l'on détermine la ou les personnes pénalement responsables du délit (1).

### 1 - Personnes responsables

**584. - L'auteur de l'infraction : l'annonceur.** Il convient d'identifier l'auteur ou les auteurs de l'infraction. L'article L. 121-5 du Code de la Consommation énonce un principe général selon lequel l'annonceur, pour le compte duquel la publicité est diffusée, est responsable à titre principal de l'infraction. La notion d'annonceur a été précisée par la jurisprudence. La chambre criminelle de la Cour de cassation pose que l'annonceur est celui qui donne l'ordre de diffuser la publicité[756]. La qualité d'annonceur a également été reconnue à des personnes qui avaient participé à la réalisation de la publicité ou encore qui en avaient retiré un profit économique. Ainsi, le secrétaire général d'une société ayant la qualité d'annonceur, a été déclaré coupable comme coauteur du délit de publicité

[756] Cass. Crim., 05/05/1977,D. 1977. Jurisp. 502, note PIROVANO. Il est important de préciser par ailleurs qu'un simple particulier peut avoir la qualité d'annonceur. L'article L. 121-1 du Code de la Consommation ne vise pas en effet exclusivement les agissements des professionnels. En ce sens, voir Cass. Crim., 27/03/1996, Bull. crim. n° 139 ; D. 1996. IR. 168 ; Revue Sc. Crim. 1997. 122, obs. GUIDICELLI. En l'espèce, un simple particulier qui avait fait diffusé dans un journal une annonce de nature à induire en erreur les acquéreurs potentiels d'un bien dont il proposait la vente, a été qualifié d'annonceur et condamné sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation.

mensongère avec le dirigeant de celle-ci au motif que l'article L. 121-5 du Code de la Consommation ne fait pas obstacle à ce que soit également retenue la responsabilité pénale de ceux qui ont accompli, avec les dirigeants de la personne morale, les actes matériels constitutifs de l'infraction[757]. En l'espèce, le secrétaire général de la société avait fourni les documents nécessaires à l'agence chargée de l'élaboration de la publicité puis il avait contrôlé cette élaboration et enfin donné son approbation à la publicité litigieuse. On relève également un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 mars 1996[758], qui a rejeté les pourvois en cassation formés contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait condamné un mandant et son mandataire comme coauteurs du délit de publicité fausse. Les juges du fond avaient attribué la qualité d'annonceur au premier parce qu'il était le propriétaire de l'appartement dont l'annonce mensongère proposait la vente ainsi qu'au second parce qu'il avait donné l'ordre à un journal de faire paraître cette annonce. Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation prend soin de vérifier que les juges du fond ont bien caractérise une participation directe et personnelle de chacun de co-prévenus.

**585. - L'annonceur dans le commerce électronique.** S'agissant du commerce électronique, la personne pour le compte de laquelle la publicité mensongère (en l'occurrence l'offre de contrat irrégulière) est diffusée, est en principe le commerçant électronique auteur de l'offre. Par ailleurs, il est indifférent que le commerçant électronique ait éventuellement fait appel à un tiers pour l'élaboration de ses offres de contrat dès l'instant où il les utilise pour son propre compte, ce qui est indubitablement le cas. Il faut donc conclure sans le moindre doute que la qualité d'annonceur doit lui être attribuée[759].

[757] Pour l'attribution de la qualité d'annonceur à une personne ayant retiré un profit économique de la diffusion de la publicité mensongère, voir Cass. Crim., 30/05/1989, D. 1990. Jurisp. 359, note G. ROUJOU DE BOUBEE.

[758] Cass. Crim., 27/03/1996, préc.

[759] Cela n'exclut pas que d'autres personnes puissent également être déclarées coauteurs de l'infraction voire complices. Nous n'envisagerons cependant pas cette question qui dépasse le cadre que nous avons fixé à notre étude.

**586. - Le cas des personnes morales.** Dans le cas particulier où le commerçant électronique est une personne morale, la question de la détermination de la personne pénalement responsable à titre principal de l'infraction est devenue relativement complexe depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001[760].

Jusqu'à cette loi, l'article L. 121-5 du Code de la Consommation prévoyait dans ce cas que l'auteur de l'infraction de publicité mensongère est le ou les dirigeants de la personne morale. En effet, les articles L. 121-1 et suivants du Code de la Consommation ne contenaient aucune disposition spéciale indiquant que les personnes morales pouvaient être déclarées pénalement responsables du délit de publicité mensongère. En conséquence, et par application de l'article 121-2 du nouveau Code Pénal (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-204 précitée), la chambre criminelle de la Cour de cassation avait jugé, dans un arrêt du 30 octobre 1995[761], que le dirigeant d'une personne morale ne saurait invoquer à sa décharge la responsabilité de la personne morale qu'il dirige. Le dirigeant de la personne morale ne pouvait en fait échapper à sa responsabilité que s'il démontrait avoir consenti une délégation de pouvoir à un préposé pourvu de la compétence et investi de l'autorité nécessaire.

Anticipant sur la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité précitée, la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, dans le cadre de la mise en place d'un nouveau dispositif de lutte contre les pratiques sectaires abusives, a considérablement élargi le champ de la responsabilité pénale des personnes morales dans ce cadre précis. Concernant plus particulièrement le délit de publicité mensongère, l'article 3, II de la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 dispose que l'article L. 121-6 du Code de la Consommation est complété par l'alinéa suivant : « *Les dispositions de l'article L. 213*-1 prévoyant la responsabilité pénale des personnes morales sont applicables à ces infractions. »

[760] Loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 tendant à renforcer la prévention des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, JO, n° 135, 13 juin 2001, p. 9337.

[761] Cass. Crim., 30/10/1995, D. 1996. IR. 26.

Sur la base de ces dispositions, lorsque le délit de publicité mensongère peut être imputé à un dirigeant de la personne morale ou à un délégataire de celui-ci en raison de la faute d'imprudence ou de négligence qu'il a commise, il sera déclaré auteur d'infraction par application de l'article L. 121-5 du Code de la Consommation. En outre, dans l'hypothèse où les conditions de l'article 121-2 du nouveau Code Pénal sont également remplies, la personne morale sera elle aussi déclarée auteur de l'infraction, par application cette fois de l'article L. 121-6, alinéa 3, du Code de la Consommation[762]. Il y aura alors une responsabilité pénale cumulative.

Quelles sont enfin les peines encourues par la personne ou les personnes qui seront reconnues coupables du délit de publicité mensongère par le juge ?

**2 - Peines applicables**

En ce qui concerne les peines applicables au délit de publicité mensongère, le législateur a fixé des peines principales et des peines complémentaires. Par ailleurs, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a rappelé que « *nul ne peut être puni d'une peine qui n'est* pas prévue par la loi », à l'occasion de la cassation partielle de l'arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé, outre une peine d'emprisonnement et une peine d'amende, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille de la personne déclarée coupable de publicité mensongère, alors que cette peine n'est pas prévue par la loi pour cette infraction[763].

[762] Deux des trois conditions posées par l'article 121-2 du nouveau Code Pénal (rédaction antérieure à la loi n°2004-204 précitée) sont d'ores et déjà satisfaites, à savoir la prévision légale spéciale de la responsabilité pénale de la personne morale et la commission de l'infraction par un de ses organes (en l'occurrence son dirigeant). Il restera à vérifier que le dirigeant a commis l'infraction pour le compte de celle-ci.

[763] Cass. Ass. Plén., 24/10/2003, pourvoi n° 97-85763, Disponible sur Legifrance : http://www.legifrance.gouv.fr.

**587. - Les peines principales.** Les peines principales sont envisagées par l'article L. 121-6 du Code de la Consommation . Ce texte se contentant de renvoyer aux règles relatives au délit de tromperie, ce sont ces règles qui sont applicables[764]. Ainsi, lorsque le commerçant électronique est une personne physique, l'article L. 213-1 du Code de la Consommation prévoit qu'il encourt une peine d'emprisonnement de deux ans maximum et/ou une peine d'amende d'un montant maximal de 37 500 euros. Cependant, l'alinéa 2 de l'article L. 121-6 du Code de la Consommation réserve la faculté aux juges de porter le maximum de l'amende prévue à l'article L 213-1 du Code de la Consommation à 50 % des dépenses de la publicité constituant le délit. Lorsque le commerçant électronique est une personne morale, l'article L. 213-6 du Code de la Consommation dispose qu'elle encourt d'une part une peine d'amende égale au quintuple du montant de celle prévue pour les personnes physiques, c'est-à-dire 187 500 euros, et d'autre part les peines privatives et restrictives de droits mentionnées à l'article 131-39, 2° à 9° du nouveau Code Pénal.

**588. - Les peines complémentaires.** S'agissant des autres peines, l'article L. 121-4 du Code de la Consommation[765] prévoit une peine complémentaire obligatoire consistant en la publication du jugement de condamnation ainsi qu'une peine complémentaire facultative. Le juge se voit en effet réserver la possibilité au juge d'ordonner également la diffusion aux frais du condamné d'une ou plusieurs annonces rectificatives.

**589. - La possibilité d'une diffusion en ligne des annonces rectificatives**. Le juge fixant librement les modalités de leur diffusion et l'article L. 121-4 du Code de la Consommation ne contenant aucune restriction quant aux supports éventuels de cette diffusion, on peut songer à une diffusion en ligne des annonces rectificatives sur le site du commerçant électronique ainsi que sur des sites traitant de la protection consommateurs. Il semble

[764] Article L. 121-6, alinéa l, du Code de la Consommation : « Les infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 sont punies des peines prévues à l'article L. 213-1 ».

[765] Article L. 121-4 du Code de la Consommation : « En cas de condamnation, le tribunal ordonne la publication du jugement. Il peut, de plus, ordonner la diffusion, au frais du condamné, d'une ou plusieurs annonces rectificatives. Le jugement fixe les termes de ces annonces et les modalités de leur diffusion et impartit au condamné un délai pour y faire procéder. En cas de carence et sans préjudice des pénalités prévues à l'article L. 121-7, il est procédé à cette diffusion à la diligence du ministère public aux frais du condamné ».

cependant que les juges ont jusqu'à présent fait un usage très modéré de la faculté que leur confère l'article L. 121-4 du Code de la Consommation bien qu'elle paraisse être une mesure efficace d'information des internautes sur le caractère trompeur de tel message publicitaire qu'ils ont pu rencontrer sur internet.

**590. - La même possibilité semble acquise pour la publication du jugement lui-même**. Quant à la publication du jugement, pourrait-elle être également ordonnée en ligne ? La lettre de l'article L. 121-4 du Code de la Consommation, plutôt laconique sur la question, ne semble pas s'y opposer. À titre de comparaison, on citera une affaire dans laquelle un commerçant électronique, attrait en justice par une association agréée de défense des consommateurs et reconnu coupable de publicité mensongère, a été condamné à publier la décision de condamnation en ligne, sur son site internet[766]. Le fondement du prononcé de la peine de publication de la décision n'était toutefois pas l'article L. 121-4 du Code de la Consommation, mais l'article L 421-9 du Code de la Consommation. Ce dernier prévoit en effet que, dans le cadre d'une action exercée dans l'intérêt collectif des consommateurs par une association agréée de défense des consommateurs, le juge peut ordonner la diffusion, par tous moyens appropriés, de l'information au public du jugement rendu. Cependant, il est vrai que l'article L. 421-9 du Code de la Consommation admet expressément la possibilité d'une diffusion par voie d'affichage, ce à quoi s'apparente la publication sur le site du commerçant électronique, alors qu'elle est formellement exclue par une jurisprudence constante dans le cadre de l'article L. 121-4 du Code de la Consommation[767]. C'est pourquoi, il semble que tant que l'affichage de la décision de condamnation ne sera pas admis par la jurisprudence dans le cadre de l'article L. 121-4 du Code de la Consommation, une publication en ligne ne sera concevable que dans le cadre de l'application de l'article L. 421-9 du Code de a consommation, ce qui implique qu'une association agréée de défense des consommateurs se soit portée partie civile au procès et ait demandé la diffusion de la décision.

[766] CA Versailles, 14/03/2001, préc.

[767] Cass. Crim., 19/06/1979, JCP CI 1979. 1. 8082 ; Cass. Crim., 05/12/1995, Bull. crim. n° 366.

### 3 - *Concours d'infractions*

**591. - Le problème du concours d'infractions**. Pour clore cette analyse des peines applicables à la publicité mensongère, il est nécessaire de se demander si la diffusion sur plusieurs sites ou sur plusieurs pages d'un même site de l'offre de contrat mensongère constitue une infraction unique ou plusieurs infractions. Il en est de même lorsque l'offre a été diffusée par voie de courriers électroniques : y a-t-il une seule et même infraction ou autant d'infractions que de courriers envoyés ?

**592. - La jurisprudence dans le cadre de la publicité hors ligne**. Les juges ont eu l'occasion de se prononcer sur cette question d'un éventuel concours réel d'infractions, à propos de publicités mensongères diffusées hors ligne. Plusieurs principes se dégagent de cette jurisprudence. Tout d'abord, lorsqu'une publicité est diffusée simultanément, avec un contenu identique, en plusieurs endroits, il faut considérer qu'il y a une infraction unique, bien que le délit se manifeste à chaque communication au public. Par contre, lorsque la publicité est diffusée sur des supports différents ou à des dates différentes, il y a autant d'infractions que de diffusions sur des supports différents ou que de diffusions à des dates différentes[768]. Enfin, il y a autant de publicités distinctes (et donc d'infractions) que de messages adressés à des personnes différentes, de manière individualisée[769].

**593. - La transposition dans le commerce électronique.** Dans la mesure où les hypothèses sont similaires à celles qui nous intéressent, les mêmes solutions peuvent certainement être retenues. Aussi, lorsque l'offre de contrat de commerce électronique mensongère est diffusée par le biais de courriers électroniques, il faut considérer qu'il y a autant d'infractions que de courriers émis, car ceux-ci, nous l'avons montré, permettent

[768] Cass.Crim., 08/12/1987, Bull. crim. N° 451 ; RTD corn. 1988.668, obs. HEMARD, BOULOC ; Gaz. Pal. 1988, 2, Jurisp. 383, obs. J.-P. DOUCET : « *Le délit de publicité de nature à induire en erreur, même s'il se manifeste lors de chaque communication au public d'une telle publicité, constitue une infraction unique qui* ne pe*ut être poursuivie et sanctionnée qu'une seule fois dès l'instant où il s'agit d'allégations identiques,* contenues dans le même message publicitaire et diffusées simultanément ».

[769] Cass. Crim., 30/01/1992, Bull. crim. n° 44 ; JCP E 1992. Pan. 829 ; RTD corn. 1993. 151, obs. B. BOULOC : « Constituent des publicités distinctes celles qui, adressées à des personnes différentes, mettent en scène de manière individualisée leurs destinataires, objet de leurs allégations trompeuses ».

une communication individuelle entre le commerçant électronique et les destinataires du message. Il faut présenter toutefois une réserve. Dans le cas où les juges exigent en outre que le contenu même de publicité soit personnalisé, il faudrait procéder à un examen du contenu de chaque courrier électronique avant de pouvoir conclure à une pluralité d'infractions. En revanche, lorsque l'offre de contrat de commerce électronique mensongère est diffusée simultanément sur une ou plusieurs pages du site du commerçant électronique ou d'autres sites, une seule infraction est alors constituée. Par contre, lorsqu'il a diffusion à des dates différentes ou lorsqu'il y a diffusion à la fois par courrier électronique et sur un site internet, alors il y a alors pluralité d'infractions.

**594. - Les règles applicables en cas de concours réel d'infractions.** Si plusieurs infractions aux dispositions de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation sont retenues par le juge, le concours réel d'infractions se résout par l'application des principes suivants. Le juge prononcera autant de déclarations de culpabilité que d'infractions constatées et pourra prononcer toutes les peines de nature différente, dans la limite du maximum légal prévu pour chacune d'entre elles. Par contre, lorsque des peines de même nature sont encourues, il ne peut prononcer qu'une seule peine de cette nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé. Aussi, le commerçant électronique se verra condamner au maximum à une peine d'emprisonnement de deux ans ainsi qu'à une peine d'amende de 37 500 euros, s'il est une personne physique, et à la peine d'amende majorée prévue par l'article L. 213-6 du Code de la Consommation, s'il est une personne morale.

**595. - L'efficacité de la répression de la publicité mensongère appliquée au commerce électronique**. En conclusion sur l'applicabilité de l'incrimination de publicité mensongère aux situations d'offres de contrat de commerce électronique ne respectant pas le formalisme informatif encadrant son contenu, il est apparu qu'elle peut être d'une redoutable efficacité, en particulier en cas de concours réel d'infractions. En effet, la définition large de la notion de publicité, retenue par la jurisprudence répressive, permet de qualifier une offre de message publicitaire. L'efficacité de l'incrimination prévue par l'article L. 121-1 du Code de consommation s'arrête toutefois au cas où la mention obligatoire absente ou fausse se rapporte au bien ou au service proposé. Par ailleurs, une

simple faute de négligence suffit à engager la responsabilité pénale du commerçant électronique auteur de l'offre de contrat. Enfin, l'extension aux personnes morales du champ des personnes susceptibles d'être déclarées pénalement responsables de ce délit participe à une plus grande efficacité de la répression d'un comportement propre à ruiner la confiance des internautes.

Il est par ailleurs une autre incrimination, issue du droit de la consommation, qui a également été créée pour contribuer à garantir la loyauté des transactions et qui pourrait aussi permettre de sanctionner l'auteur d'une offre de contrat de commerce électronique irrégulière. Il s'agit du délit de tromperie.

## § 3 - Tromperie de la loi du 1er août 1905

Le manquement volontaire à l'obligation d'informer peut être constitutif du délit de tromperie envisagé par l'article 1er de la loi de 1905.

**596. - Le délit de tromperie**. La loi de 1905[770] érige en délit de tromperie la fourniture d'informations volontairement erronées ou l'omission d'informations portant sur des éléments qu'elle énumère limitativement. L'application de l'article 1er de la loi de 1905 suppose un rapport contractuel et, par conséquent, de ce point de vue, le délit de tromperie peut être envisagé dans le domaine du commerce électronique.

Cependant, eu égard à l'énumération de l'article 1 de la loi de 1905, seules peuvent occasionner une responsabilité pénale dans ce cadre, les informations erronées ou omises à

[770] L'art. 1 modifié de la loi de 1905 énumère les éléments sur lesquels doit porter la tromperie. Celle-ci doit porter : « - soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes les marchandises, - soit sur la quantité des choses livrées ou leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat, - soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre » .

l'égard des « caractéristiques essentielles des biens et services » que le cyber-commerçant doit impérativement fournir par application de la loi LCEN.

À cet égard, puisque la loi fait obligation d'informer sur les « caractéristiques essentielles des biens et services », l'information erronée ou omise peut-elle être jugée comme constituant nécessairement une tromperie ?

**597. - L'exigence de la mauvaise foi**. En principe, la simple négligence ou imprudence ne suffit pas à caractériser le délit de tromperie. La mauvaise foi doit être établie. L'intention coupable doit être démontrée positivement. Dans cette perspective, il faudrait, pour que soit retenu le délit de tromperie, que, non seulement soit établie l'erreur ou l'omission d'information, mais également une volonté de tromper le destinataire de l'offre.

De ce point de vue, l'obligation légale mise à la charge du cyber-commerçant ne paraît devoir conduire nécessairement le juge pénal à une application plus rigoureuse que dans le cadre du commerce « de droit commun » où il sanctionne le commerçant pour avoir méconnu une obligation d'information exigée non par la loi, mais par les circonstances.

Concrètement, donc, s'il n'existe aucune présomption légale de mauvaise foi, il est admis que « *l'élément intentionnel du délit résulte toutefois suffisamment, conformément au droit commun, de la simple dissimulation de circonstances dont l'acheteur ne pouvait* se convaincre lui-*même et dont la connaissance l'aurait dissuadé d'acquérir ou l'aurait* tout au moins conduit à ne contracter que moyennant un prix moindre »[771].

**598. - Le parallèle entre le délit de tromperie et le dol**. Le délit de tromperie se rapproche du dol vice du consentement prévu par l'article 1116 du Code Civil. Il s'en distingue toutefois par le moment où il peut se produire. En effet, le dol n'entraîne la nullité du contrat que s'il a été commis au plus tard au moment de la conclusion de celui-

[771] Cf. GHESTIN et DESCHE, Traité des contrats, la vente, précité, n° 347, p. 393.

ci, tandis que la tromperie est pénalement sanctionnée qu'elle ait été commise au moment de la formation du contrat ou au cours de son exécution[772].

En l'espèce, si tromperie il y a du fait de l'absence d'une mention obligatoire dans une offre de contrat de commerce électronique ou du fait de la présence d'une mention fausse, il ne peut s'agir cependant que d'une tromperie commise au moment de la formation du contrat, visant à obtenir le consentement de l'internaute sur une base inexacte. Il convient donc de vérifier si les éléments constitutifs du délit peuvent être établis dans une telle hypothèse (A). Dans l'affirmative, les peines applicables sont en grande partie communes à celles réprimant le délit de publicité mensongère (B).

## A - Eléments constitutifs de la tromperie

Le délit de tromperie se rapproche par son élément matériel (1) de la publicité mensongère. Il s'en démarque toutefois par son élément moral plus exigeant (2).

### 1 - Élément matériel

Le délit de tromperie n'est matériellement constitué que si l'existence d'un contrat, en l'occurrence, un contrat de commerce électronique (a) et celle d'une tromperie (b) sont établies.

#### a) Un contrat de commerce électronique

**599. - L'exigence d'un contrat**. Le délit de tromperie est lié à l'existence d'un contrat : l'article L. 213-1 du · Code de la Consommation indique en effet que ce délit consiste en le

[772] J. Cl. Concurrence Consommation, Fraudes : tromperies et falsifications, par p. GARREAU, Fasc. 1010, 1996, n° 47.

fait de tromper un contractant. Il doit s'agir de plus d'un contrat synallagmatique, à titre onéreux, portant sur un bien ou sur un service[773].

**600. - La tentative de tromperie applicable avant conclusion du contrat**. Cependant, si le délit de tromperie ne peut en aucun cas être constitué dans 1'hypothèse où l'offre de contrat de commerce électronique émise par le commerçant électronique n'a pas rencontré d'acceptation concordante, cela ne signifie pas pour autant que le commerçant électronique échappe à toute répression. En effet, l'article L. 213-1 du Code de la Consommation, à l'inverse des dispositions applicables à la publicité mensongère, incrimine également la tentative de tromperie. Il faut alors se demander si l'émission d'une offre de contrat de commerce électronique est susceptible de constituer une tentative de tromperie. Dans l'affirmative, et sous réserve que les autres éléments constitutifs de l'infraction soient réunis, le commerçant électronique qui a tenté de commettre le délit de tromperie est tenu pour auteur de l'infraction[774]. Il encourt en conséquence la même peine que si l'infraction avait été consommée.

**601. - Le commencement d'exécution caractéristique de la tentative punissable.** L'article 121-5 du nouveau Code Pénal prévoit qu'il y a tentative punissable dès l'instant où il y a un commencement d'exécution qui n'a été interrompu ou n'a pas abouti à la consommation de l'infraction qu'en raison de circonstances indépendantes à la volonté de son auteur[775]. La jurisprudence a défini la notion de commencement d'exécution ainsi : «Le *commencement d'exécution [est] caractérisé par des actes qui tendent directement au délit et accomplis avec l'intention de le commettre.* »[776]. L'émission d'une offre de contrat caractérise-t-elle un commencement d'exécution du délit de tromperie ? La Cour de

[773] Les biens immobiliers et les biens incorporels tels les droit d'auteur sont exclus du champ d'application de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation.

[774] Article 121-4 du nouveau Code Pénal : « Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ».

[775] Article 121-5 du nouveau Code Pénal : « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. » Sur la tentative punissable, voir SOYER, Droit pénal et procédure pénale, préc. n° 142 à 153.

[776] Cass. Crim., 05/07/1951, Bull. crim. n° 198. Diverses formules sont utilisées par les juges. Elles s'inspirent néanmoins toutes de celle précitée.

cassation estime que oui[777]. Elle considère que le fait qu'une offre n'a pas été acceptée (et donc le délit consommé) constitue une circonstance indépendante de la volonté du pollicitant et conclut donc que l'émission d'une offre de contrat est susceptible de constituer une tentative de tromperie.

En conséquence, tromperie ou tentative de tromperie, la qualification retenue dépendra du fait de savoir si un contrat de commerce électronique a été conclu ou non sur la base de l'offre de contrat. Il faut encore toutefois que l'émission de cette offre puisse être analysée comme un procédé utilisé en vue de tromper l'internaute contractant.

**b) Une tromperie**

**602. - La notion de tromperie**. La notion de tromperie, sur laquelle repose l'incrimination prévue à l'article 1. 213-1 du Code de la Consommation, n'a pas été définie par la loi. On peut néanmoins s'inspirer de la notion de dol en matière civile pour la définir. Par ailleurs, l'examen de la jurisprudence, très abondante sur l'application de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation, révèle que ce comportement peut prendre des formes diverses. La tromperie doit cependant porter sur certains éléments à défaut de quoi, elle ne peut être punie.

Il y a tromperie lorsqu'une personne, par un certain comportement, induit en erreur un (futur) contractant et l'amène à conclure un contrat sur une base inexacte[778]. En l'espèce, il faut déterminer si le fait pour un commerçant électronique d'émettre une offre

[777] ; Cass. Crim. 03/05/I974, Bull. crim. n° 157. À rapprocher de Cass. Crim., 20/05/1985, D. 1986. IR. 401, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE. En l'espèce, les juges ont considéré que l'exposition de marchandises en vue de la vente caractérise la tentative de tromperie.

[778] Le fait que l'internaute ait subi un préjudice ou non du fait du comportement du commerçant électronique est donc indifférent à la constitution du délit. Voir Cass. Crim., 26/05/1983, Bull. crim. n° 159. Le vendeur d'une voiture d'occasion, déclaré coupable du délit de tromperie sur les qualités substantielles pour avoir présenté celle-ci comme neuve à des acheteurs qui souhaitaient un tel véhicule, invoquait pour sa défense le fait que la voiture était techniquement neuve puisqu'il avait été établi qu'elle n'avait jamais été utilisée. Cependant, les juges du fond ont rejeté son argumentation, de même que la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a estimé que le comportement du vendeur avait révélé sa mauvaise foi.

de contrat de commerce électronique incomplète ou comportant une mention fausse peut être considéré comme un comportement de nature à induire un futur contractant en erreur.

**603. - L'auteur de la tromperie.** Quant à l'auteur de la tromperie, depuis la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 précitée, il ne doit plus nécessairement être l'une des parties au contrat[779], à l'inverse de ce qui est exigé par l'article 1116 du Code Civil concernant l'auteur du dol. Pour l'espèce qui nous concerne, l'auteur de la tromperie sera partie au contrat de commerce électronique puisqu'il est question de l'éventuelle responsabilité pénale du commerçant électronique qui a émis l'offre litigieuse.

**604. - La victime de la tromperie**. Au sujet de la victime de la tromperie, elle doit nécessairement être une partie au contrat conclu comme le précise l'article L. 213-1 du Code de la Consommation. Il n'est pas exigé par contre qu'elle justifie de la qualité de consommateur. Il a été admis que le délit de tromperie peut être constitué même dans le cas où la victime est un professionnel[780]. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, les juges apprécient plus strictement s'il y a eu effectivement tromperie ou non. Ceci nous amène à nous demander la manière dont la tromperie est appréciée par rapport à la victime, car l'infraction n'est constituée que s'il a véritablement existé un risque de confusion pour cette dernière, du fait du comportement de l'auteur de la tromperie. Les juges procèdent-ils à une appréciation in abstracto ou in concreto ? La question est discutée[781]. Il semble que l'appréciation in abstracto soit privilégiée lorsque la tromperie prend appui sur la violation d'un texte légal ou réglementaire ou encore sur la violation d'un usage du commerce[782], tandis qu'elle paraît donner lieu à une appréciation in concreto lorsque ce n'est pas le cas.

---

[779] Il faut signaler que des non professionnels ont été reconnus coupables du délit de tromperie. Les professionnels ne sont donc pas les seuls susceptibles de tomber sous le coup de cette incrimination.

[780] Pour un exemple, voir Cass. Crim., 12/05/1992, pourvoi n° 90-86530. Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr. La chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré en l'espèce qu'il ne pouvait y avoir tromperie, non pas parce que l'article L. 213-1 du Code de la Consommation ne joue que lorsque la victime est un consommateur, mais parce qu'elle était « parfaitement au courant des faits dont *[elle] se plaignait et qu'[elle] ne pouvait, dès lors, valablement* prétendre avoir été trompé sur les qualités substantielles de la marchandise vendue ».

[781] À ce sujet, voir J. Cl. « Concurrence Consommation, Fraudes : tromperies et falsifications », par D. GARREAU, Fasc. 1010, 1996, n° 33 à 37.

[782] Voir par exemple Cass. Crim., 28/01/1911, S. 1911,I,.118.

**605. - Les différentes formes de la tromperie**. La tromperie peut revêtir différentes formes. Si la constatation de son existence relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour de cassation contrôle que ces derniers aient suffisamment caractérisé le procédé utilisé par le prévenu pour tromper ou tenter de tromper le contractant[783]. Il ressort ainsi de la jurisprudence que ce procédé peut consister en un mensonge, en des manœuvres ou encore en une réticence.

**606. - La tromperie dans le commerce électronique**. En l'espèce, l'offre de contrat de commerce électronique litigieuse est soit une offre incomplète au regard des exigences posées par les articles 1369-1 du Code Civil et L. 121-18 Code de la Consommation, soit une offre comportant une mention obligatoire erronée. L'omission d'une mention obligatoire dans la pollicitation peut être le résultat d'un silence gardé volontairement par le commerçant électronique. La jurisprudence admet que le délit de tromperie puisse être constitué lorsque l'une des parties à un contrat « omet » de transmettre à l'autre une information pouvant avoir une incidence sur son consentement[784]. Il en est de même de la présence dans l'offre de contrat d'une mention fausse, car elle peut être analysée en un mensonge de la part du commerçant électronique.

**607. - La tromperie exige que l'omission ou l'erreur porte sur l'un des éléments énumérés par l'article L 213-1.** Toutefois, il n'y a tromperie pénalement répréhensible que si l'omission ou le mensonge porte sur l'un des éléments énumérés par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation. Il s'agit d'éléments se rapportant exclusivement au bien ou au service, objet du contrat, tels sa nature, son espèce, son origine ou encore ses qualités substantielles. Cette liste d'objets de la tromperie rappelle celle de l'article L. 121-1 du Code de la Consommation. Comme cette dernière, elle présente un caractère exhaustif.

[783] Voir notamment Cass. Crim., 17/12/1997, Bull. crim. n° 433.

[784] Voir notamment Cass. Crim., 27/0111987, Bull. crim. n° 42 : le fait de ne pas informer l'acheteur d'une voiture d'occasion que celle-ci avait été acquise à l'état d'épave a été jugé comme constitutif de l'élément matériel du délit de tromperie.

**608. - Un exemple dans le domaine de la fourniture de matériel électronique.** À titre d'exemple, on peut citer un jugement du tribunal de grande instance de Nanterre, rendu le 24 juin 2003[785], condamnant une société d'édition et de distribution de phonogrammes pour tromperie sur l'aptitude à l'emploi de certains de ses compacts disques musicaux. En l'espèce, plusieurs acheteurs d'un compact disque musical s'étaient plaints auprès d'une association agréée de défense des consommateurs de ce qu'ils ne pouvaient l'écouter sur certains lecteurs. L'association avait attrait ladite société en justice, en demandant au tribunal de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser cet agissement illicite et de condamner le défendeur à lui payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs. Le tribunal de grande instance, constatant que le consommateur ne peut écouter ce compact disque sur certains lecteurs, a jugé que le défendeur, en gardant le silence sur cette restriction à l'utilisation du compact disque, a induit le consommateur en erreur et s'est donc rendu coupable du délit de tromperie sur l'aptitude à l'emploi de certains de ses produits. Il a en conséquence fait injonction, sous astreinte, au défendeur de faire figurer sur le verso de l'emballage du compact disque la mention suivante : « Attention, il ne peut être lu sur tout lecteur ou autoradio. » Il l'a également condamnée à verser 10 000 euros de dommages et intérêts au demandeur en réparation du préjudice subi par l'intérêt collectif des consommateurs du fait de la tromperie.

**609. - La tromperie est une question de fait**. Un autre jugement, rendu par le tribunal de grande instance de Paris, le 2 octobre 2003[786], montre toute l'importance, et aussi toute la difficulté, qu'il peut y avoir à prouver l'existence de l'élément matériel du délit de tromperie. Les faits de l'espèce étaient tout à fait similaires à ceux jugés le 24 juin 2003 par le tribunal de grande instance de Nanterre. Pourtant, le tribunal de grande instance de Paris a rejeté l'action de l'association agréée de défense des consommateurs au motif qu'elle n'avait pas apporté la preuve de l'élément matériel de la tromperie. En effet, la société défenderesse avait, de même que la demanderesse, fait procéder à des constats

[785] TGI Nanterre, 24/06/2003, Communication Commerce électronique 2003, comm. 86, p. 32, obs. PH. TOFFEL-MUNCK.

[786] TGl Paris, 2/10/2003, Communication Commerce électronique 2003, comm. 20, p. 32, note L. GRYNBAUM.

d'huissier afin de faire établir que le compact disque litigieux pouvait être lu sur des autoradios contrairement à ce qui était prétendu. Or, les tests réalisés avaient été positifs et venaient donc contredire ceux effectués à la demande de l'association de défense des consommateurs. Les juges ne se sont pas estimés convaincus par les preuves présentées par cette dernière à l'appui de ses prétentions.

### 2 - Élément moral

**610. - Le caractère intentionnel du délit de tromperie**. Le délit de tromperie, à la différence de la publicité mensongère, est un délit intentionnel au sens de l'article 121-3, alinéa 1, du nouveau Code Pénal[787]. Il est nécessaire que le prévenu ait eu la volonté de commettre l'infraction tout en ayant eu conscience, ce faisant, de violer la loi. En d'autres termes, l'élément moral du délit de tromperie consiste en un dol général. Un dol spécial (c'est-à-dire la volonté d'atteindre un certain résultat interdit par la loi) n'est pas requis.

La chambre criminelle de la Cour de cassation prend soin de vérifier que les juges du fond ont véritablement caractérisé chez le prévenu une intention coupable et ne se sont pas contentés d'une présomption de fraude ou de mauvaise foi[788]. Il leur appartient donc de relever les circonstances de fait à partir desquels l'existence de cette intention peut se déduire. Toutefois, lorsque le prévenu a la qualité de professionnel, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet que l'élément moral du délit puisse être déduit du fait qu'il n'a pas procédé à toutes les vérifications auxquelles il était tenu. Ainsi, dans l'espèce précitée jugée par le tribunal de grande instance de Nanterre le 24 juin 2003, les juges ont considéré qu'« en tant que professionnel averti, elle [la société] ne pouvait ignorer la *possible inaptitude à l'emploi de certains CD […]* et devait effectuer les vérifications nécessaires ».

[787] En ce sens, voir par exemple Cass. Crim., 23/04/1992, Contrats, conc., consom. 1993, comm. N° 20, note G. RAYMOND.

[788] Cass. Crim., 04/01/1977, Bull. crim. n° 4 ; D. 1977. Jurisp. 336, note D. FOURGOUX. La chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui s'était contenté d'une présomption de mauvaise foi alors qu'elle aurait dû rechercher les circonstances propres à établir l'intention frauduleuse du prévenu.

**611. - La méconnaissance du formalisme informatif peut justifier le constat de la mauvaise foi**. Par ailleurs, dans le cas particulier où le prévenu a méconnu une prescription légale ou réglementaire en connaissance de cause, la chambre criminelle de la Cour de cassation paraît également admettre que les juges du fond puissent déduire de cette seule constatation l'intention coupable requise par l'article 121-3, alinéa 1, du nouveau Code Pénal. On peut se demander dans quelle mesure cette jurisprudence sera appliquée au commerçant électronique qui a méconnu les prescriptions légales encadrant le contenu d'une offre de contrat de commerce électronique. Elle serait en tous les cas certainement d'une grande utilité à la partie poursuivante.

Ainsi, sous réserve de la preuve de l'intention coupable du commerçant électronique, on peut conclure que le délit de tromperie est susceptible d'être constitué dans le cas où le commerçant électronique a omis une mention dans son offre de contrat de commerce électronique, en a indiqué une erronée, à condition toutefois que le contrat ait été effectivement conclu. Sinon, il y aura tout au plus une tentative punissable de tromperie. Quoi qu'il en soit, la peine encourue par le commerçant électronique est identique dans les deux cas, conformément à l'article 121-4 du nouveau Code Pénal.

### B - Peines applicables

Depuis la loi n° 2001-504 du 12 juin 2001 précitée, les personnes morales peuvent être déclarées responsables du délit de tromperie, dans les conditions de l'article 121-2 du nouveau Code Pénal. Aussi, il faut distinguer selon que le commerçant électronique est une personne physique ou une personne morale, étant précisé qu'à la différence de la publicité mensongère (article L. 121-5 du Code de la Consommation), le législateur n'a pas procédé à une imputation expresse du délit de tromperie.

**612. - L'auteur de l'infraction personne physique.** Lorsque le commerçant électronique est une personne physique, l'article L. 213-1 du Code de la Consommation prévoit qu'il

encourt une peine d'emprisonnement de deux ans maximum et/ou une peine d'amende d'un montant maximal de 37 500 €[789].

**613. - L'auteur personne morale.** Lorsqu'il est une personne morale par contre, l'article L. 213-6 du Code de la Consommation, dispose qu'il encourt d'une part une peine d'amende égale au quintuple du montant de celle prévue pour les personnes physiques, c'est-à-dire 187.500 euros, et d'autre part les peines privatives et restrictives de droits mentionnées à l'article 131-39, 2° à 9° du nouveau Code Pénal.

**614. - Les peines complémentaires facultatives**. Le juge peut en outre prononcer différentes peines complémentaires facultatives, telle la confiscation des marchandises ayant fait l'objet de la tromperie en vue de leur destruction si elles ne sont plus utilisables ou si elles sont nuisibles, ou de leur attribution à des établissements d'intérêt général. Il peut également ordonner la publication de la décision de condamnation aux frais du condamné.

**615. - La moindre efficacité de ce mode de répression dans le cadre du commerce électronique**. Pour conclure sur l'applicabilité de l'incrimination de tromperie prévue par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation pour sanctionner un commerçant électronique qui ne se serait pas conformé aux obligations d'information légales lui incombant relativement au contenu de ses offres de contrat, on peut à nouveau dire qu'elle est réduite aux seuls cas où la mention obligatoire, qui fait défaut ou qui est fausse, a trait au bien ou au service proposé. Par ailleurs, la charge de la preuve, s'agissant de l'élément matériel de l'infraction, se révèle plus délicate et donc la répression plus aléatoire, que dans le cadre d'une poursuite du commerçant électronique sur le fondement de la publicité

[789] L'article L. 213-2 du Code de la Consommation prévoit deux circonstances aggravantes ayant pour conséquence de doubler les peines encourues : « *Les peines prévues à l'article L. 213*-1 sont portées au double *: 1° Si les délits prévus audit article ont eu pour conséquence de rendre l'utilisation* de la *marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal* ; 2° Si le délit ou la tentative de délit *prévus à l'article L. 213*-1 ont été commis *: a) Soit à l'aide de poids, mesures et autres instruments faux et* inexacts *; b) Soit à l'aide de manœuvres ou procédés tendant à fausser les opérations de l'analyse ou du* dosage, du pesage ou du mesurage, ou tendant à modifier frauduleusement la composition, le poids ou le volume de marchandises, même avant ces opérations *; c) Soit enfin à l'aide d'indica*tions frauduleuses tendant à faire croire à une opération antérieure et exacte ».

mensongère. Le fait que l'élément intentionnel de l'infraction soit également plus contraignant conforte cette analyse. Aussi, on peut certainement affirmer que la condamnation du commerçant électronique pour tromperie sur le fondement de l'article L. 213-1 du Code de la Consommation, à raison de l'émission une offre de contrat violant le formalisme informatif légal, ne sera sans doute pas la sanction pénale la plus fréquemment prononcée.

Le fait que plusieurs qualifications pénales soient susceptibles de s'appliquer au comportement d'un commerçant électronique, à l'occasion de l'émission d'une même offre de contrat de commerce électronique, invite à s'interroger sur la manière dont le droit règle ces situations particulières que l'on désigne communément par l'expression de « concours de qualifications ».

### C - Concours de qualifications

**616. - Le cumul entre la publicité mensongère et la tromperie**. Dans l'espèce précitée, jugée par le tribunal de grande instance de Nanterre le 24 juin 2003, opposant une association agréée de défense des consommateurs à une société distribuant des compacts disques qui ne pouvaient être lus sur certains lecteurs, l'association demanderesse avait demandé au tribunal de constater que le silence conservé par la société sur les restrictions d'utilisation de certains de ses produits constituait non seulement une publicité mensongère, mais aussi une tromperie sur l'aptitude à l'emploi de ceux-ci. Les juges ayant retenu la qualification de tromperie, ils ont estimé qu'il n'y avait pas lieu d'examiner la demande fondée sur la publicité mensongère.

**617. - Le choix de la qualification impliquant les peines les plus lourdes.** Cette affaire illustre la situation particulière où un même fait (en l'occurrence, l'absence d'information sur les restrictions à l'utilisation de certains compacts disques) semble susceptible de recevoir simultanément deux qualifications : celle de publicité mensongère et celle de tromperie. Lorsqu'un même comportement délictueux peut recevoir plusieurs

qualifications pénales, il y a ce que l'on appelle un concours de qualifications ou encore un concours (ou cumul) idéal d'infractions[790]. Une telle situation se règle ainsi par une seule qualification[791]. En outre, seules les peines se rapportant à la qualification retenue peuvent être prononcées. Toute la question est donc de déterminer la qualification qui doit l'emporter. Dans le silence de la loi, la jurisprudence se prononce en faveur de la qualification pénale la plus haute, c'est-à-dire celle qui est réprimée le plus sévèrement[792].

**618. - La condition : il doit s'agir d'un même fait.** Mais, cette solution ne s'applique que si l'on est effectivement en présence d'un même fait, sinon il ne s'agit plus d'un concours idéal d'infractions, mais d'un concours réel d'infractions. La distinction n'est pas toujours aisée. En effet, il est des cas où un même comportement délictueux paraît susceptible de recevoir deux qualifications alors qu'en réalité on est bel et bien en présence de deux infractions distinctes. Dans ces cas, le concours de qualifications n'est qu'apparent et la situation est celle d'un concours réel d'infractions. Il en est ainsi tout d'abord lorsque le comportement délictueux peut être divisé en plusieurs agissements matériels distincts[793], Il en est de même lorsque le comportement délictueux, matériellement indivisible, porte atteinte à plusieurs valeurs sociales protégées ou révèle plusieurs éléments moraux[794].

Dans l'hypothèse d'une offre de contrat de commerce électronique irrégulière, plusieurs qualifications semblent susceptibles d'entrer en concours. Il en est ainsi

[790] Sur le cumul idéal d'infractions, voir J.-C SOYER, Droit pénal et procédure pénale, préc. n° 124.

[791] Par application de la règle « non bis in idem », une faute pénale unique ne peut être sanctionnée plusieurs fois. Cette règle a été notamment rappelée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 2003 dans lequel elle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu le délit d'homicide involontaire et une contravention de blessures involontaires à l'encontre d'un prévenu, alors qu'ils procédaient tous deux de la même action coupable. Voir Cass. Crim., 29/04/2003, pourvoi n° 01-88592, Disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr .

[792] Cass. Crim., 13/01/1953 ; Bull. crim. n° 12 ; Cass. Crim., 03/03/1966, Bull. crim. n° 79 ; Cass. Crim., 21/04/1976, Bull. Crim. n° 122; Cass. Crim., 22/04/1986, Bull. Crim. n° 133.

[793] Voir par exemple Cass. Crim., 22/04/1986, Bull. crim. n° 133. En l'espèce, plusieurs fautes consistant en le non-respect de deux procédures particulières, avaient été commises à l'occasion du licenciement d'un même salarié.

[794] Voir Cass. Crim., 03/03/1960, Bull. crim. n° 138 : le fait de lancer une grenade dans un lieu habité constitue, non pas « un crime unique, dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire à la loi, mais […] deux crimes simultanés commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes ».

principalement dans trois situations pour lesquelles il s'agira de déterminer si l'on est en présence d'un véritable concours de qualifications ou d'un concours de qualifications qui n'est qu'apparent.

**619. - Le cumul d'infractions en cas d'omission d'une mention informative.** Dans la première situation, le commerçant électronique a omis d'indiquer l'une des mentions relatives au prix, exigées par les règlements pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation (a). Deux qualifications paraissent entrer en concours : Celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation en cas de violation des dispositions de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation et celle prévue par l'article R. 113-1 du Code de la Consommation en cas de violation des règlements pris pour l'application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation. En outre, une troisième pourrait s'ajouter : le délit de publicité mensongère. Dans la deuxième situation, le commerçant électronique a omis de faire figurer dans on offre une mention relative à une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose (b). En l'espèce, l'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est constituée et deux autres sont également susceptibles de l'être : le délit de publicité mensongère et celui de tromperie. Enfin, dans la troisième situation, le commerçant électronique a indiqué une information erronée à propos d'une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose (c). Il peut y avoir ici à la fois publicité mensongère et tromperie.

### 1 - Résolution du concours de qualifications dans la première situation

**620. - Le cumul entre les infractions aux articles L 113-3 et L 121-18**. S'agissant de la première situation décrite, qui est celle où l'une des informations requises par les règlements pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation n'a pas été communiquée par le commerçant électronique, elle est largement dépendante de la portée que l'on donne à la citation de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation par l'article L. 121-18.

Si l'on estime, comme cela paraît nécessaire, que la référence par l'article L 121-18 à l'article L 113-1 a pour conséquence de faire des informations sur le prix imposé par les règlements des mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique, alors l'infraction de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est également constituée. Dans ce cas, il faudra résoudre le concours de qualifications entre celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation et celle de l'article R. 113-1 du Code de la Consommation, auxquelles s'ajoutera éventuellement le délit de publicité mensongère.

De même, on peut se demander ce qu'il en est de l'hypothèse où l'une ou l'autre des informations requises par les règlements pris en application de l'article L. 1l3-3 du Code de la Consommation a été communiquée par le commerçant électronique à l'internaute, mais pas dans l'offre de contrat de commerce électronique elle-même. Il est certain que l'infraction de l'article R. 113-1 du Code de la Consommation n'est pas constituée. Mais celle de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation pourrait-elle l'être ? La réponse à cette question paraît positive si l'on retient que l'information sur le prix est intégrée dans l'information obligatoire dans le commerce électronique.

**621. - Le cas des frais de livraison : cumul légal et idéal d'infractions**. Enfin, il y a une information particulière pour laquelle ces discussions n'ont pas lieu d'être. Il s'agit de l'information relative aux éventuels frais de livraison. En effet, l'article L. 121-18, 2°, du Code de la Consommation prévoit expressément que cette information doit figurer dans l'offre de contrat. Cette disposition fait double emploi avec l'article 2 de l'arrêté du 3 décembre 1987 qui prévoit lui aussi qu'une telle information doit être communiquée lorsque le bien est délivré par correspondance. Aussi l'absence d'information sur les frais de livraison, si frais il y a effectivement, constitue, dans tous les cas, à la fois une violation de l'arrêté du 3 décembre 1987 pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation et une violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation

**622. - Le choix de la qualification retenue en répression : le critère de la gravité ou de la spécialité du texte**. Lorsque les infractions des articles R. 121-1 et R. 113-1 du Code de la Consommation sont en concours, il ne peut s'agir que d'un concours idéal d'infractions,

car leurs éléments constitutifs, tant matériel que moral, sont identiques. Le juge ne peut retenir qu'une seule qualification et donc ne prononcer que les peines afférentes à celle-ci. Si les deux infractions sont d'égale gravité (comme en l'espèce) et si l'on est en présence d'une qualification générale et d'une qualification spéciale, alors la qualification spéciale devra l'emporter sur la qualification générale.

Il faut considérer, en l'espèce, que le comportement délictueux incriminé par l'article R. 113-1 du Code de la Consommation devrait être considéré comme la qualification spéciale par rapport à celui incriminé par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation car l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ne fait qu'intégrer dans son champ l'article L. 113-3 du Code de la Consommation. Certains estimeront toutefois, peut-être, qu'il s'agit au contraire de celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation car l'article L. 113-3 du Code de la Consommation a une portée générale et s'applique à tout contrat de vente de biens ou de prestation de service conclu entre un professionnel et un consommateur, quel que soit son mode de conclusion, tandis que l'article L. 121-18 du Code de la Consommation ne s'applique qu'à ceux qui sont conclus à distance.

Quoi qu'il en soit du choix qui peut être fait, il faut faire remarquer que la Cour de cassation ne censure pas les décisions de juges du fond qui ont fait une erreur sur la qualification à retenir, dans le cas particulier où la peine prononcée aurait de toute façon été la même[795]. Or, dans notre hypothèse, ces deux infractions sont sanctionnées de la même peine. Aussi, l'enjeu de ce débat est en réalité essentiellement théorique.

**623. - Le concours d'infraction entre les contraventions et le délit de publicité mensongère**. Il convient à présent de résoudre l'éventuel concours d'infractions entre le délit de publicité mensongère et l'infraction de l'article R. 113-1 du Code de la Consommation.

[795] Il s'agit de la théorie de la « peine justifiée » : voir Cass. Crim. 03/03/1966, Bull. crim. n° 79.

**624. - L'hypothèse d'un concours idéal d'infractions**. Dans le cas où la violation par le commerçant électronique des dispositions d'un règlement pris en application de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation constitue également l'élément matériel du délit de publicité mensongère, on pourrait dire que la situation est celle d'un concours idéal d'infractions et donc que la qualification pénale la plus haute doit l'emporter (à savoir le délit de publicité mensongère). Cependant, il ne faut pas oublier qu'il n'y a effectivement un concours idéal d'infractions que pour autant que l'élément matériel unique ait porté atteinte à une même valeur sociale protégée et qu'il y ait, en outre, unité d'élément moral.

**625. - La condition d'identité de la valeur sociale protégée**. Il est certain, tout d'abord, que les infractions réprimées sur la base des articles R. 113-1 et L. 121-1 du Code de la Consommation visent à protéger la même valeur sociale, à savoir, l'intérêt collectif des consommateurs.

**626. - La condition d'identité de l'élément moral**. S'agissant de l'élément moral, la question est plus difficile. En effet, il a été vu que les infractions en cause sont toutes deux des infractions non-intentionnelles. Cependant, dans le cas de la contravention, la preuve de l'élément matériel suffit à faire présumer l'élément moral et la démonstration par le prévenu de sa bonne foi, par exemple, est sans effet sur l'engagement de sa responsabilité pénale. Par contre, dans le cas du délit de publicité mensongère, l'élément moral consiste en une faute d'imprudence ou de négligence (qui est souvent déduite par la jurisprudence de la matérialité des faits ainsi que de la qualité de professionnel du prévenu) et le prévenu peut échapper à sa responsabilité pénale en démontrant au contraire l'absence de faute de sa part. Il n'est pas sûr, dans ces conditions, que l'on puisse conclure qu'il y a unité d'élément moral. La réponse à cette question est incertaine. Ainsi, dans l'espèce portée devant la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 11 janvier 1990[796], les juges du premier degré avaient retenu à l'encontre des prévenus, auxquels il était reproché d'avoir annoncé dans des dépliants le prix d'articles en vente promotionnelle alors que certains d'entre eux n'étaient pas disponibles dans le magasin, la qualification de contravention aux dispositions relatives à la publicité des prix. La cour d'appel avait toutefois disqualifié les

[796] Cass. Crim., 11/01/1990, Bull. crim. n° 21.

faits estimant qu'ils n'avaient pas été poursuivis sous leur qualification la plus haute. Elle avait alors condamné les prévenus pour publicité mensongère. La chambre criminelle de la Cour de cassation, au contrôle de laquelle l'arrêt de la cour d'appel a été soumis, a considéré que les juges d'appel avaient justifié leur décision. Dans une autre affaire, pourtant proche, la chambre criminelle de la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel ont également justifié leur décision en retenant l'existence d'un concours réel d'infractions entre des contraventions pour étiquetage non conforme et le délit de publicité mensongère[797]. Ceci montre combien il peut être délicat parfois de faire la distinction entre une situation de concours réel d'infractions et une situation de concours idéal.

**627. - Le choix de l'infraction la plus large**. En fait, il y a une troisième voie qui consiste à dire que, dans le cas particulier de la coexistence d'une infraction partielle et d'une infraction large (c'est-à-dire dans le cas où l'une des infractions constitue l'élément matériel de l'autre), le concours de qualifications n'est qu'apparent. Seule la qualification qui permet de couvrir la totalité des faits en cause doit être retenue. Il s'agit en l'espèce du délit de publicité mensongère.

**628. - Le simple concours réel d'infractions.** Enfin, lorsque les agissements constituant l'élément matériel de chaque infraction diffèrent, la situation est simple à analyser : le juge se trouve face à un concours réel d'infractions[798]. Il retiendra donc chacune des qualifications pénales et condamnera le prévenu conformément aux règles posées par les articles 132-3 et 132-7 du nouveau Code Pénal. Le juge pourra donc prononcer la peine d'emprisonnement prévue pour le délit de publicité mensongère (si le prévenu est une personne physique) et une peine d'amende d'un montant égal au cumul de la peine d'amende encourue pour la contravention et de la peine d'amende encourue pour le délit.

[797] Cass. Crim., 16/06/1980, Bull. crirn. n° 191.

[798] Voir Cass. Crim., 06/02/2001, pourvoi n° 00-83283, Disponible sur http://www.legifrance.-gouv.fr. En l'espèce, les juges ont constaté des circonstances de fait distinctes qui leur ont permis de condamner le prévenu à la fois pour contraventions aux dispositions de l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977 réglementant la publicité en matière de réduction de prix et pour délit de publicité mensongère.

## 2 - Résolution du concours de qualifications dans la deuxième situation

**629. - Le triple cumul possible**. Lorsque le commerçant électronique a omis de faire figurer dans son offre de contrat une mention relative à une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose, l'infraction prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est dans tous les cas constituée. Mais il est également possible que le délit de publicité mensongère, voire celui de tromperie, le soit aussi.

Un raisonnement identique à celui suivi dans le cadre de la première situation de concours peut être tenu. Le concours de qualifications entre celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation et le délit de publicité mensongère, s'il y a unité d'élément matériel, doit être considéré comme n'étant qu'apparent. Seule la qualification large de publicité mensongère, qui permet de couvrir l'ensemble des faits délictueux, doit être retenue. De la même manière, le concours de qualifications entre celle prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation et le délit de tromperie devrait se résoudre en faveur du délit de tromperie en cas d'élément matériel unique[799].

Il faut rappeler que ces conclusions ne sont valables que s'il y a effectivement unité d'élément matériel, sinon il faut considérer que le prévenu est en situation de concours réel d'infractions. Ainsi, si les circonstances de fait révèlent plusieurs éléments matériels distincts, le juge doit retenir autant de déclarations de culpabilité que d'infractions constatées. Il pourra prononcer la peine d'emprisonnement prévue par l'article L. 213-1 du Code de la Consommation (si le prévenu est une personne physique) ainsi qu'une peine d'amende d'un montant égal au résultat du cumul de la peine d'amende encourue pour la contravention et de la peine d'amende encourue pour le délit.

[799] Il est possible de critiquer cette conclusion dans la mesure où cette situation recèle indubitablement une pluralité d'éléments moraux, ce qui devrait conduire à conclure à l'existence d'un concours réel d'infractions. En effet, la contravention prévue par l'article R. 121-1 du Code de la Consommation est une infraction non-intentionnelle tandis que le délit de tromperie est une infraction intentionnelle. Sur ces difficultés d'analyse, dans le cas de concours entre une qualification large et une qualification partielle, voir notamment J. CI. Pénal, Concours d'infractions – Concours idéal de qualifications, Art. 132-1 à 132-7 : fasc. 20, 2002, par PH. SALVAGE, n° 13.

**630. - Le concours idéal entre les 3 infractions conduit à retenir en répression le délit de tromperie**. Dans l'hypothèse enfin où les trois qualifications (violation de l'article L. 121-18 du Code de la Consommation, publicité mensongère et tromperie) sont susceptibles de s'appliquer à la situation, il faut distinguer deux cas. Si le juge constate un concours idéal d'infractions, il retiendra la qualification pénale la plus haute, à savoir celle de tromperie, et il ne pourra prononcer que les peines afférentes à cette dernière[800].

**631. - Le concours réel d'infractions conduit à l'application cumulative des sanctions**. S'il apparaît, par contre, qu'il y a en fait un concours réel d'infractions, alors toutes les déclarations de culpabilité seront prononcées. Le juge, conformément aux articles 132-3 et 132-7 du nouveau Code Pénal, ne pourra alors prononcer qu'une seule peine d'emprisonnement dans la limite du maximum légal le plus élevé, à savoir deux ans (si le prévenu est une personne physique) et une seule peine d'amende dans la limite d'un montant égal au résultat du cumul de la peine d'amende prévue pour la contravention de l'article R. 121-1 du Code de la Consommation avec la peine d'amende prévue pour l'une des délits.

### 3 - Résolution du concours de qualifications dans la troisième situation

**632. - Le cumul d'infractions de publicité mensongère et de tromperie**. Dans le cas où le commerçant électronique a indiqué une mention fausse relativement à une caractéristique essentielle du bien ou du service qu'il propose, la situation peut relever à la fois du délit de publicité mensongère et de celui de tromperie sur les qualités substantielles du bien ou du service.

Si on peut imaginer que les éléments matériels des deux infractions soient identiques, cela ne peut être le cas des éléments moraux. En effet, la publicité mensongère

[800] Mais si des fautes distincts peuvent être établies, alors chacune des qualifications peut être prononcées et la situation sera alors cette d'un concours réel d'infractions. Il faut rappeler ici que le cumul des infractions de publicité mensongère et de tromperie a déjà été admis en jurisprudence. Voir Cass. Crim., 30/10/1995, Bull. crim. n° 336.

est un délit non intentionnel, tandis que la tromperie est une infraction intentionnelle. Par ailleurs, on ne peut certainement pas dire que l'une des infractions est plus « large » que l'autre. En conséquence, il ne peut jamais être question d'un concours idéal d'infractions dans la troisième situation, Il ne peut s'agir que d'un concours réel d'infractions[801].

Cependant, il est possible de faire remarquer que les conséquences pour le prévenu, en ce qui concerne les peines prononcées par le juge, sont les mêmes que s'il avait été possible de l'analyser en un concours idéal d'infractions. En effet, les peines applicables au délit de publicité mensongère et à celui de tromperie sont identiques. Le seul enjeu véritable réside donc dans le nombre de déclarations de culpabilité qui peut être prononcé par le juge.

**633. - L'absence critiquée de sanctions pénales pour violation de l'article 1369-1 du Code Civil**. En conclusion sur les conséquences pénales de l'inobservation par le commerçant électronique du formalisme informatif entourant l'offre de contrat de commerce électronique, on peut regretter l'absence d'incrimination spéciale en cas de violation des dispositions de l'article 1369-1 du Code Civil. S'il ne s'agit pas de souhaiter une pénalisation excessive de la matière, il serait bon néanmoins qu'il y ait un parallélisme au niveau de la sanction pénale de l'absence d'une mention obligatoire dans l'offre de contrat de commerce électronique d'une mention obligatoire, qu'elle ait pour origine le Code de la Consommation ou le Code Civil. En effet, il faut se souvenir que la plupart des dispositions de l'article 1369-1 du Code Civil n'ont une valeur impérative que dans les relations entre un commerçant électronique agissant à titre professionnel et un internaute consommateur. L'ensemble de la réglementation encadrant l'offre de contrat de commerce électronique gagnerait certainement en cohérence avec l'adoption, en cas de non-respect de l'article 1369-1 du Code Civil, d'une sanction pénale similaire à celle prévue pour la

[801] Par exemple, voir l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 octobre 1995, qui a estimé que les juges d'une cour d'appel qui avaient condamné un prévenu pour publicité mensongère sur la nature, la composition, la teneur en principe utiles et les garanties annoncées sur l'étiquetage quant à la teneur en azote organiques d'engrais proposés à le vente et pour tromperie sur la composition réelle des engrais vendus, avaient justifié leur décision. Voir Cass. Crim., 30/10/1995, Bull. crim. n° 336.

violation des articles L. 121-18 du Code de la Consommation et 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

**634. - Le choix opposé fait par le législateur belge**. À titre de comparaison, le législateur belge a fait ce choix. En effet, l'article 78 de la loi du 14 juillet 1991[802] sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, modifiée par la loi du 25 mai 1999 transposant la directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, comporte une liste d'éléments, comparable à celle de l'article L. 121-18 de notre Code de la Consommation, dont le consommateur doit être informé lors d'une offre de vente à distance faite par un professionnel. L'article 102 de cette même loi modifiée du 14 juillet 1991 sanctionne par une peine d'amende la violation de l'article 78. Quant à l'article 8 de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, qui prévoit les différentes informations que le commerçant électronique doit communiquer à l'internaute avant qu'il ne passe commande et que l'on peut rapprocher de l'article 1369-1 de notre Code Civil, sa violation est également assortie d'une peine d'amende par l'article 26 de la même loi.

On aurait pu croire, à la lecture des articles 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, 1369-1 du Code Civil et L. 121-18 du Code de la Consommation, que le législateur n'a envisagé qu'avec beaucoup de modération des sanctions pénales applicables à la violation de ces dispositions. On vient de voir qu'au travers des textes de répression de droit commun, les sanctions contraventionnelles peuvent réellement se voir substituer des sanctions correctionnelles dans les cas d'abus particulièrement graves.

[802] Loi belge du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Moniteur belge du 29 août 1991.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Après avoir évoqué « l'explosion » de l'obligation d'information lorsqu'il s'agissait de faire l'inventaire de ses sources et des textes nouveaux régissant l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, ce n'est pas seulement pour le plaisir d'une antithèse élégante que nous avons fait état d'une « implosion » en ce qui concerne le régime de cette obligation. Sur ce plan, le législateur, européen ou national, s'est montré en effet beaucoup moins prolixe et précis en s'en remettant, pour l'essentiel, sauf en matière pénale, aux concepts déjà existants, avec l'ensemble des discussions qui y sont attachées.

Le domaine de l'obligation n'a été délimité qu'avec les nombreuses incertitudes déjà enregistrées en droit de la consommation, en ce qui concerne les acteurs du commerce électronique, débiteur et créancier de l'obligation qu'ils soient ou non commerçants, consommateurs, professionnels ou non professionnels, personne morale ou personne physique.

En ce qui concerne les sanctions civiles de la méconnaissance de l'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, force est de constater qu'aucune innovation particulière n'a fait apparaître de réel changement par rapport au droit commun des contrats. Le concept juridique de vice du consentement demeure au centre de toute action en nullité du contrat et les défaillances du commerçant informatique, omission ou erreur dans la transmission de l'information obligatoire, comme en droit commun, ne peut conduire à la résolution du contrat que sur le constat de ce qu'elle a provoqué un vice du consentement chez son client, erreur ou dol. L'action en dommage et intérêts, sans atteinte à la validité du consentement, elle aussi, repose sur les règles habituelles de la matière, constat d'une faute à savoir l'omission ou l'erreur dans la transmission de l'information due, d'un préjudice et d'un lien de causalité qui les réunit.

De ce point de vue, l'on peut donc dire que la législation mise en place a rempli l'un des objectifs qui lui étaient assignés par l'article 9 de la Directive du 8 juin 2000 « relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur »[803] et qui était d'assurer la validité et l'efficacité juridique des contrats passés en ligne en les intégrant dans le droit contractuel des pays membres avec les mêmes sanctions que celles prévues pour les autres types de contrat.

En ce qui concerne la responsabilité pénale, certains ont regretté une certaine timidité des sanctions retenues par le législateur au titre de la nouvelle incrimination spécifique du commerce électronique, l'infraction d'inobservation du formalisme informatif, s'agissant précisément de sanctions contraventionnelles et non délictuelles. Deux remarques apparaissent cependant à ce sujet, à la réflexion. La première est de constater que les incriminations de droit commun des délits de tromperie ou de publicité mensongère peuvent trouver des occasions réelles de mise en jeu pour sanctionner d'une manière plus sévère, puisque par des sanctions correctionnelles, certaines méconnaissances graves du formalisme informatif. La seconde est de souligner les risques assez lourds encourus au plan pécuniaire, même en cas de simple contravention au titre de l'inobservation du formalisme informatif, en raison des possibilités de déclarations de culpabilité multiples attachées à la diffusion d'offres en masse par l'internet, selon les modes de communication utilisés, ainsi que du risque de concours d'infractions contraventionnelles et délictuelles.

[803] Directive précitée, dite « directive sur le commerce électronique ».

# CONCLUSION GENERALE

Ainsi qu'il l'a été vu, dans le domaine du commerce électronique, les sources du droit de l'obligation d'information dans le commerce électronique sont d'origine légale. Il s'agit de textes européens pour presque toutes les législations suivis de transpositions nationales plus ou moins fidèles. La pluralité des sources et le nombre de ces textes nous a permis d'évoquer une véritable « explosion » de l'obligation d'information à l'occasion de la réglementation du commerce électronique. Il est certain que cette origine légale est de nature à éviter le plus souvent les hésitations et incertitudes qui peuvent se rencontrer plus fréquemment dans le cadre d'un droit de source prétorienne. Lorsque le législateur fixe des règles en matière d'obligation d'information, il en précise le champ d'application et le contenu, ce qui limite les difficultés d'interprétations, dans la plus large mesure possible.

De fait, il a pu être constaté au fil de cette étude que les textes adoptés pour réglementer l'obligation d'information dans le commerce électronique n'ont pas donné lieu à de grandes controverses doctrinales ou jurisprudentielles. En revanche et cela a été également remarqué, c'est que la fixation par le législateur de règles fixes applicables à des situations normalisées tend à affaiblir l'efficacité des règles générales élaborées au fil du temps, qui apparaissent comme écartées en fait sinon en droit par la jurisprudence alors qu'elles pourraient conserver vocation à s'appliquer dans certaines hypothèses marginales même si l'obligation légale d'information a été définie suffisamment largement pour que ces hypothèses demeurent rares. Ceci étant, certains ont pu considérer comme « une tendance régressive » de l'évolution du droit cette prolifération « explosive » de textes spéciaux, parmi lesquels notamment ceux qui régissent l'obligation d'information dans les contrats, qui font reculer le droit commun et qui sont source d'insécurité juridique du fait des difficultés éprouvées « *à agencer l'articulation des règles gé*nérales et spéciales »[804] et à trouver son chemin dans un foisonnement quelque peu désordonné.

[804] B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in Mélanges à D. Holleaux, Paris, Litec, 1990, p. 317.

Dans tous les cas, quoi qu'il en soit, indépendamment de la source de la règle, c'est le contrat qui se révèle et demeure le centre de l'obligation d'information. Le contrat apparaît comme la mesure de l'obligation d'information puisque c'est toujours par rapport à lui tel que précisément proposé par le commerçant électronique dans son offre, que sera apprécié le respect de l'obligation qu'il assume vis-à-vis de celui à qui il le propose.

Dans le prolongement de l'analyse adoptée par les auteurs de droit anglo-saxon qui préconisent, lorsqu'il s'agit d'étudier ses fondements, une approche économique de l'obligation d'information précontractuelle et qui attachent leur attention à l'effet sociologique des règles de droit, certains considèrent que l'obligation d'information aurait un effet de déresponsabilisation à l'égard des consommateurs protégés et que, à ce titre, elle serait discutable dans ses effets. C'est ce qu'un auteur a appelé l'effet paradoxal de l'obligation d'information en avançant : « mieux vaut ne pas être informé et pouvoir se *bercer d'illusions* ; le droit se chargera du reste. »[805].

En face de ces réserves, il est évident que la conception française de l'obligation d'information paraît se rattacher à un fondement essentiellement moral, loin de cette considération économique.

Enfin, à l'issue de la présente étude, il est possible d'affirmer comme Madame Florence MAS[806] que les contrats du commerce électronique, ainsi assortis d'une rigoureuse obligation d'information à la charge de celui qui en offre la signature, peuvent sans difficulté, quant au fond, se soumettre aux règles du régime général des obligations fixées par le droit positif.

De ce point de vue, il apparaît que la loi LCEN a rempli son objectif qui était d'intégrer le commerce électronique dans les concepts du droit habituel. De fait, le bilan de

[805] J. MESTRE, Rev. Trim. Dr. Civ. 1993, p. 559.

[806] Florence MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J. Bibliothèque de droit privé, tome 437.

la loi LCEN récemment fait par le Parlement français[807] ne propose, dans le domaine de l'obligation d'information, aucun aménagement de la loi telle qu'elle a été édictée en 2004 preuve que le dispositif adopté semble avoir parfaitement rempli son objet au niveau de la confiance dans l'économie numérique.

[807] Rapport d'information sur l'application de la loi LCEN publié le 16 avril 2008 sur le site de l'Assemblée Nationale (http://assemblee-nationale.com ,

# BIBLIOGRAPHIE

## I. Ouvrages généraux, traités et manuels


**AUBRY C. et RAU C.**,
*Cours de droit civil français*, T. IV, 1871.

**AZÉMA J., BESNARD GOUDET R., VIENNOIS J.-P.,**
*Dictionnaire de droit des affaires*, Ellipses, 2007.

**BEHAR-TOUCHAIS M.et VIRASSAMY G.**,
*Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999.

**BENABENT A**.,
*Droit civil, Les obligations*, *11e* éd., LGDJ, Montchrestien, 2007.
*Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux,* 8e éd., Montchrestien, 2008.

**BRAULT D.**,
*Droit et politique de la concurrence*, Economica, 1997.

**CAPUL J.Y. et GARNIER O.**,
*Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2005.

**CARBONNIER J.**,
*Droit civil*, T.II.

**COLLART-DUTILLEUL F.et DELEBECQUE P.**,
*Contrats civils et commerciaux,* 8e éd., Dalloz, 2007.

**COMBE E.**,
*La politique de la concurrence*, La découverte, 2002.

**CORNU G.**,
*Vocabulaire juridique*, Ass. H. Capitant, PUF, 2007.

**DECOCQ A.et DECOCQ G.**,
*Droit de la concurrence interne et communautaire*, 2e éd., LGDJ, 2004.

**FARJAT G.**,
*Droit économique*, PUF., 1982.

**FERRIER D.**,
*Droit de la distribution*, 5e éd., Litec, 2009.

**FRANCOIS J.**,
*Les obligations, Régime général*, 1er éd., Economica, 2000.

**FRISON-ROCHE M.A.et PAYET M.S.**,
*Droit de la concurrence*, 1ère éd., Dalloz, 2006.

**GOLDMAN B., LYON-CAEN A.et VOGEL L.**,
*Droit commercial européen*, 5e éd., Dalloz, 1994.

**HUET J.**,
*Les principaux contrats spéciaux*, *in* Traité de droit civil, 2e éd., LGDJ, 2001.

**MALAURIE PH. et AYNES L.**,
*Les obligations*, 10e éd., Cujas, 1999.

**MALAURIE PH., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK PH.,**
*Les obligations*, 4e éd., Defrénois, 2009.

**POLAUD-DULLIAN F.**,
*Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2001.

**PORCHY-SIMON S.**,
*Droit civil 2e année, Les obligations*, hypercours, 6e éd., Dalloz, 2010.

**PUIG P.**,
*Contrats spéciaux*, hypercours, 3e éd., Dalloz, 2009.

**SERIAUX A.**,
*Droit des obligations*, 2e éd., PUF, 2006.

**TERRE F., SIMLER PH., LEQUETTE Y.**,
*Les obligations*, 9e éd., Dalloz, 2005.

## II. Ouvrages spéciaux, monographies et rapports

**ASSOCIATION EUROPEENNE CULTURE ET INFORMATIQUE**
- Rapport de recherche, 1992, réalisé dans le cadre de co-financement avec le Ministre de l'Intérieur « Les information et la Sécurité Informatique : le choc des valeurs ».

**BAILLY (F.)**
- *Pratiques des écrits électroniques, entre cognition et communication. Une monographie des usages d'Internet/Intranet dans le centre hospitalier universitaire*, Coll. Réseaux N° 104/2000 FT R&D Hermès. Science Publication 2000, vol.18.

**BATTISTTI (M.)**
- *L'accès à l'information électronique. Le contrat en questions*, ADBS commission. Droit de l'information, 2004, 113 p.

**BENSOUSSAN (A.)**
- *Le commerce électronique, aspects juridiques*. Ed. Hermès Paris 1998. 125 p.

**BENSOUSSAN (A.), FOGERON (J.-F.)**
- *Les arrêts –tendances de l'informatique* par Alain BENSOUSSAN, Jean-François FORGERON. Coll. LAVOISIER 2003 Publications Hermès. Science, 321 p.

**BILAN DE L'ACTION DE LA DGCCRF**
Fraudes sur Internet : Bilan de l'action de la DGCCRF, 22 févr. 2007.

**BOCHURBERG (L.)**
- *Internet et commerce électronique. Site Web. Application multimédia. Contrat responsabilité. Contentieux.*, Encyclopédie DELAMS, 1ère éd. du 15/10/1993, 313 p.

**CABINET DEGOY-ROUX**
- « Conséquence de la non-transposition par la France de la directive communautaire sur le commerce électronique », 31 avril 2002.

**CALAIS-AULOY (J.), STEINMETZ (F.)**
- *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 7e éd., 2006, Droit privé, 667 p.

**CANLORBE (J.)**
- *Contrat type de commerce électronique. Ventes de biens ou prestations de services*, rapport présenté par M Jérôme CANLORBE au nom de la commission du Commerce et des échanges et adopté au barreau de Paris du 15 décembre 2005 selon la procédure d'urgence. Chambre de Commerce et d'industrie de Paris.

**CANLORBE (O.)**
- *Contrat-type de commerce électronique*, mise à jour du rapport de J. CANLORBE au nom de la commission de commerce et des échanges. Chambre de commerce et d'industrie de Paris 2008.

**CONSEIL D'ETAT**
- Les études du conseil d'État « Internet et les réseaux numériques. La documentation française. 1er trimestre 2000. 267 p.

**D'AUZON (O.)**
- *Le droit du commerce électronique*, Ed. du puits fleuri, 296 p.

**DGCCRF**
- Recommandation émise par la commission des clauses abusives relatives aux contrôles de fournitures d'accès à Internet. 4 février 2003.

**DRAETTA (U.)**
- *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, 2003 Coll. de la fondation pour l'étude du droit et des usages du commerce international (FEDUCI) imprimé en Belgique par BRUYLANT, 228 p.

**DUMONT M.-P**
- *L'après-contrat,* éd. F. LEFEBVRE, 2005.

**FUSARO (M.)**
- *Commerce électronique. Comment créer la confiance. De la théorie à la pratique*, Coll. Les communicateurs, 194 p.

**GENSOLLEN (M.)**
- *Internet un nouveau mode de communication. La création de valeur sur Internet*, Coll. Réseaux N° 97/1999 CENT/ Hermès Science publications. 1999, vol. 17.

**GIULIANO (M.)**
- Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO n° C. 282 du 31 octobre 1980, P0001-50.

**GOURION (P.-A.), UANO-PHILIPPEAU (M.)**
- *Le droit de l'internet dans l'entreprise*, Systèmes/Droit LGDJ 2003, 153 p.

**GRANIER (T.), JAFFEAUX (L.)**
- *Internet et transactions financières*, Préface de Jean- François LEPETIT. Ed. Economica, Coll. Connaissance de la gestion, 2002, 197 p.

**GRATADOUR (J.-R.)**
- *Internet et commerce électronique. La logistique du commerce électronique*, Coll. Réseaux n° 106/2001 FT R&D /Hermès Science publications 2001, vol. 19.

**HALLOUIN (J.-C.)**
- *Le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution. Droit commun ou droit spécial ?*, Edité par l'Université de Poitiers. Collection de la faculté de droit et Science Sociales. Etudes réunies par Jean-Claude HALLOIN et Hervé CAUSE 2005, LGDJ, 234 p.

**JOLY (P.)**
- *Le droit et l'informatique*, Ed. Eyrolles 1987, 281 p.

**LANGLOIS (M.), GASCH (S.)**
- *Le commerce électronique B to B. de l'EDI à Internet*, Coll. DUNAND Paris, 1999, 277 p.

**LAUREN (S.)**
Document « Les contrats à distance », 2007.

**LEQUEUX (F.)**
- *Nouvelles réflexions sur l'internet. Vers l'avènement des marches du multimédia en ligne*, Coll. Réseaux N° 124/2004 FT R&D /LAVOISIER 2004. Vol. 22.

**LICOPPE (Ch.)**
- *Parcours sur Internet. Contribution à une sociologie des échanges marchands sur Internet*, Coll. Réseaux N° 116/2002. FT R&D Hermès Science Publications 2002. Vol. 20.

**LINANT DE BELLEFONDS (X.)**
- *Le droit de commerce électronique*, Que sais-je ? Coll. PUF 2005, 128 p.

**LORENTZ (F.)**
- *La nouvelle donne du commerce électronique*, rapport de la mission commerce électronique présidée par François LORENTZ. Réalisations 1998 et perspectives. Ministère de l'économie et des finances et de l'industrie.

**MAFFRE-BAUGE A.**
- *Les créations immatérielles et le droit*, 1997, Ellipses.
- *Internet et la propriété intellectuelle*, IFRI, 2002.
- *Le droit des bases de données, in* El desarrolo tecnologicy y la propriedad intelectual, 2004, Unam Mexico.

**MANCINI (A.)**
- *Justice et Internet. Une philosophie du droit. Pour le monde virtuel*, Ed. BUENOS BOOKS INTERNATIONAL, Paris, 2004, 237 p.

**MARTIN (C.)**
- Rapport du groupe de travail n° 5 présenté au comité d'orientation du 15 novembre 2005 « Les services financiers en ligne », 56 p.

**MAS-FOVEAU (S.)**
- *Le commerce électronique en toute confiance. Diagnostic des pratiques et environnement juridiques*, Ed. LITEC 2001. 155 p.

**MATHIEU (M.-E.)**
- *Les services bancaires et financiers en ligne*, 2005, revue banque Editions d'organisations, 375 p.

**MULLER (A.)**
- *La Net économie*, Que sais-je ? Coll. PUF 2001, 128 p.

**L'OBSERVATOIRE DE LA CYBER-CONSOMMATION**
- Rapport sur « les paiements sur Internet », 19 mai 2005, Le forum des droits sur l'Internet, 44 p.

**PARISIEN (S.)**
- *L'identification et la certification dans le commerce électronique,* Droit sécurité, audit et technologies ED Yvon BLAIS, 4ème trimestre 1996, 270 p.

**PAUL (C.)**
- Rapport au premier Ministre : « Du Droit et des Libertés sur Internet », coll. Des rapports officiels Parsi, 2001, 171 p.

**PIETTE-COUDOL (T.), ANDRE (B.)**
- *Internet et la loi*, Dalloz 1997, 208 p.

**RALLET (A.), ROCHELANDET (F.)**
- *La fracture numérique. Une faille sans fondement*, Coll. Réseaux N° 127/2004. FT R&D / LAVOISIER 2004, Vol. 22.

**ROUMILHAC (J.-P.), BLOT-LEFEVRE (E.)**
- *Les échanges en toute confiance sur Internet*, ED 'Organisation, 2003, 192 p.

**SCHULTZ (T.)**
- *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Facultés universitaires Notre Dame de la Paix de Namur. Ed. Bruylant, LGDJ Paris 2005, 671 p.

**UNESCO**
- *Les droits de l'homme dans le cyberespace*, ouvrage publié par l'organisation des nations unies pour l'éducation, la science et la culture 2005, 151 p.

**VIVANT (M.), MAFFRE-BAUGE (A.)**

- *Les contrats du commerce électronique*, Ed. LITEC, 4ème trimestre, 1999, 197 p.
- Les notes de l'EFRI n° 42 : « Internet et la propriété intellectuelle ; le droit, l'information et réseaux », juin 2002, 56 p.

**VERBIEST (T.)**
- *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique. publicité- contrats. Contentieux*, Ed. Larcier 2004, LGDJ, 228 p.
- *Le nouveau droit du commerce électronique. La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Ed. Larcier, 2005, LGDJ, 234 p.

**WERY (E.)**
- *Facturer électroniquement. Droits européen français et Belge*, Ed. LARCIER 2007, Coll. droit et technologies, 141 p.
- *Paiements et monnaie électronique. Droits européen français et belge*, Ed. LARCIER 2007, Coll. droit et technologies, 243 p.

## III. Thèses, Mémoires et actes de colloque et de conférence

**ALKHASAWNEH (A.)**
- *L'obligation d'information dans les contrats informatiques*, thèse 2008, Université Reims Champagne Ardennes sous la dir. de Clotilde BRUNET-PONS.

**BENARD (O.-S.)**
- *L'encadrement juridique du commerce électronique par la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Mémoire de DESS Droit des affaires 2004/2005. Faculté de droit et d'économie, Université de la Réunion, sous la dir. de Mireille MARTEAU-PETIT.

**BOUBON (N.)**
- *La vente à distance et la protection du consommateur*, Mémoire de maîtrise en droit, Université d'AVIGNON 2002/2001 sous la dir. de Laurence RAISON.

**CACHARD (O.)**
- *La régulation internationale du marché électronique*, thèse 2001. Université Paris II. sous la dir. de Philippe FOUCHARD.

**CAPITANT (H.)**

- *Le contrat électronique*, Travaux de l'association Henri CAPITANT des amis de la culture juridique française, journées nationales, tome V, Toulouse 2000, éditions Panthéon Assas, LGDJ diffuseur.

**CARPENTIER (C.)**
- *Le commerce électronique : Caractéristiques des transactions et formes de contrats*, Mémoire de DEA économie de l'industrie et des services. 1198/1999. Université PARIS I (Panthéon Sorbonne) sous la dir. de J.M. GLACHANT.

**CASES (J.-F.)**
- *La réduction du risque dans le contexte de l'achat électronique sur Internet*, thèse 2001. Université Montpellier II sous la dir. de Pierre-Louis DUBOIS.

**CASILE (J.-F.)**
- *Le code pénal à l'épreuve de la délinquance informatique*, thèse 2002. Université AIX En PROVENCE, Institut de sciences pénales et de criminologie.

**CAUDOUX (X.)**
- *La réparation du en cas de manquement à une obligation d'information dans les contrats*, Mémoire de DEA 1993/1994, Université de Paris I (Panthéon-Assas) sous la dir. de G. VINEY.

**CHOUK (I.)**
- *Détermination de la confiance du consommateur vis-à vis d'un marchand Internet non familier. Une approche par le rôle du tiers*, thèse 2005. Université Paris IX Dauphine sous la dir. de jean PERRIEN.

**CULIOLI (E.)**
- *La vente à distance sur Internet. L'interactivité au service de l'efficacité ?*, Mémoire de DESS Marketing. 1998/1999, Université Paris I (Panthéon-Assas) sous la dir. de Bernard SIOUFFI.

**DEGOY-VACHER (F.)**
- *Le droit de rétractation : Quelles applications ?*, Dossier réalisé par Florence DEGOY- VACHER, avocat au Barreau de Paris, cabinet DEGOY- VACHER&ROUX, 23 mai 2001.

**DE LAMBERTERIE (I.)**
- *Multiplicité de contrats électroniques*, Conférence organisée par le Programme International de Coopération scientifique (CRDP- CECOJI), Montréal le 19 décembre 2003.

**DE NAYER (B.), LAFFINEUR (J.)**
- *Droit et consommation. Le consentement électronique*, Actes de colloques de Bruxelles des 23 et 24 septembre 1999, distribué par le centre de la consommation .2000, coll droit et consommation, 365 p.

**DRAY (D.)**
- *Faut-il introduire de nouvelles lois pour règlementer le commerce électronique ?*, Mémoire de DESS 1999, Université de Paris I Panthéon Sorbonne sous la dir. de Jean Pierre LECOCQ.

**DUGOS (P.)**
- *L'obligation d'information entre professionnels*, Mémoire de DEA. 1994/1995, Université de Paris I (Panthéon-Assas) sous la dir. de Christophe JAMIN.

**DURIN (M.)**
- *L'offre de contrat de commerce électronique*, thèse 2004, Université de Strasbourg III Robert Schuman sous la dir. de Théo HASSLER.

**EL GHARBI (M.)**
- *L'obligation d'information dans les contrats*, thèse 1994, Université PARIS .Val de Marne faculté de droit sous la dir. de Michel GRIMALDI.

**FABRE-MAGNAN (M.)**
- *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thèse 1991. Université Paris I sous la dir. de Jacques GHESTIN.

**GHAZOUANI (C.)**
- *La formation du contrat de vente dans le commerce électronique international*, Mémoire de DEA 1999/2000, Université PARIS I (Panthéon-Assas) sous la dir. de Jérôme HUET.

**GOUDARD (B.)**
- *Le commerce électronique.la vente sur Internet*, Mémoire de DEA MASTER II 2005, Université de Droit de LIMOGES, sous la dir. de GHILAINE-JEANNOT- PAGES.

**GRASIDE (F.)**
- *Le commerce électronique et la sécurité*, Mémoire de DESS international commerce et finances 1998/1999, Université de LIMOGES sous la dir. de Melle PINTO.

**GUIGNOT (E.)**
- *Le commerce électronique par Internet et l'Europe des réseaux*, Mémoire de DESS de commerce international, Université de Paris I (Panthéon-Assas) sous la dir. de M. COHEN.

**JOLY-PASSANT (E.)**
- *L'écrit conforme aux nouvelles technologies*, thèse 2005. Université Paris I sous la dir. de Jacques GHESTIN.

**JULY (C.-R.)**
- *Le paiement sur les réseaux*, thèse 2004. Montpellier II sous la dir. de Michel BIBENT.

**KRZYWANSKI (K.)**
- *Les formes du consentement dans le commerce électronique*, Mémoire de DEA 1999/2000 Université de droit de NANTES, sous la dir. de M.BOUCOBZA.

**LAN SUN LUK (G.)**
- *Le commerce électronique et les délits civils : Remise en cause des solutions retenues par le droit international privé*, Mémoire MASTER II recherches 2005/2006, Université de Montpellier. ERCIM, sous la dir. de Michel VIVANT.

**LIBERI (Y.)**
- *Le paiement en ligne dans l'opération du commerce sur Internet*, thèse 1999. Montpellier I sous la dir. de Michel VIVANT.

**LONGUET (A.)**
- Textes des interventions à la conférence *Commerce électronique et médiation* organisé le 13 juin 2005 par les centres européens des consommateurs France et Allemagne.

**MAS (F.)**
- *La conclusion des contrats du commerce électronique*, thèse 2004 sous la direction du Professeur Michel VIVANT, faculté de droit et science politique de MONTPELIER I.

**MOREAU (N.)**
- *La formation du contrat électronique. Dispositif du cyberconsommateur et mode alternatifs de règlements des conflits (M.A.R.C)*, Université de LILLE II, 2003, sous la dir. de Anne PENNEAU.

**NAIMI-CHARBONNIER (M.)**
- *La formation et l'exécution du contrat électronique*, thèse 2002. Université PARIS II Panthéon - Assas. Sous la dir. de Jérôme HUET.

**POURRE (J.-B.)**
- *Les conditions de la formation du contrat sur Internet*, thèse 2003 Université St – Quentin en - Yvelines sous la dir. de Jean Christophe GALLOUX.

**RIEFA (C.)**
- *L'internet et le droit du marché*, thèse 2002. Université de Montpellier I sous la dir. de Jean CALAIS- AULOY.

**ROLLAND (N.)**
- *Les contrats du commerce électronique et la protection du consommateur*, Mémoire de DEA 2001/2002, Université D'AVIGNON, sous la dir. de Jean-Michel BRUGUIERE.

**SHANDI (Y.)**
- *La formation du contrat à distance par voie électronique*, thèse 2005. Université de Strasbourg III sous la dir. de Georges WIEDERKEHR.

**TAHA (W.)**
- *Le cadre juridique du commerce en ligne*, thèse 2006. Université de Montpellier I .sous la dir. de Didier FERRIER.

**TURMEL (A.-S.)**
- *La formation du contrat du commerce électronique*, thèse 2004. Montpellier I sous la dir. de Christian LE STANC.

**VIGNEAU (C.)**
- *Commerce électronique et protection du consommateur*, Séminaire 2007/2008 Université de Versailles Saint Quentin en Yvelines, MASTER II Droit des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

## IV. Articles et chroniques


**ALBRIEUX (S.)**
- « Internet et la compétence extraterritoriale des tribunaux français », LEGIPRESSE, n° 228, Janvier/Février 2007.

**ALTERMAN (H.)**
- « L'expert judicaire en matière informatique », revue de Jurisprudence commerciale, Droit de l'informatique, 2006.

**ALTERMAN (H.), HERZOG (N.)**
- « Théorie des groupes de contrats, informatiques et commerce électronique », revue de Jurisprudence commerciale, Droit de l'informatique, 2006.

**ATIAS (Ch.)**
- « L'exception d'illégalité d'une clause contractuelle » Inexécution du contrat ou respect de la loi ? », Dalloz 2008, n° 15.

**BERMOND (J.-C.)**
- « Le conseil de la concurrence affine son approche de la distribution sélective sur Internet », Petites Affiches, 27 avril 2007, n° 85.

**BLANC (G.) : À VERIFIER**
- « Le juriste, l'ordinateur le droit », (Propos plus au moins légers) », revue de la recherche juridique droit prospectif 1996-2.

**BOUTEILLER (P.)**
- « La commercialisation des services financiers à distance », JCP, Editions entreprise et affaires, n° 51-52 du 22/12/2005.

**BRUGUIERE (J.-M.)**
- « La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », étude, Revue Lamy Droit de l'Immatériel, janvier 2005.
- « Deux ou trois petites choses… » que nous savons de la LCEN », Contrats, Concurrence, Consommation, Revue mensuelle du Juris-classeur, Décembre 2004.
- « L'exécution du contrat électronique », *Colloque de Poitiers* du 10 mars 2005 « Le contrat électronique ».

**CAHEN (M.)**
- « La formation des contrats de commerce électronique », étude réalisée par Murielle CAHEN Avocat au Barreau de PARIS septembre 1999.

**CAPRIOLI (E.-A.)**
- « La confiance dans l'économie numérique », Commentaires de certains aspects de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Petites Affiches, 3 juin 2005, n° 110.

**CASTETS-RENARD (C.)**
- « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15/12/2005 (Rome I.) Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électroniques et la propriété intellectuelle », revue Lamy Droit de l'Immatériel, février 2005.

**DERIEUX (E.)**
- « Internet et responsabilité : Détermination des personnes responsables, éléments de jurisprudence récente », Petites affiches, 11 juillet 2008, n° 44.

**DJOUDI (D.)**
- « L'Internet ou le défi au paiement sécurisé », La Gazette du Palais du 27 au 31 mars 2005.

**FERRAUD CIANDET (N.)**
- « Questions juridiques sur l'E-santé », Petites affiches, 3 mai 2007, n° 89, Droit de la santé.

**FERRIER (D.)**
- DEBATS, « Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique », RDC, Avril 2005.

**GAUDILLERE (P.), LEBEAU-MARIANNA (D.)**
- « La LCEN. Quelles conséquences sur la pratique du commerce électronique ? », Expertise, Décembre 2004.

**GRYNBAUM (E.)**
- DEBATS, « Loi économie numérique la sacre des égalités formelles », RDC, Avril 2005.

**HOUTCIEFF (D.)**
- « Les vices du consentement s'apprécient au moment de la formation du contrat », Petites affiches, 6 février 2008, n° 27, chronique Droit des contrats.

**HUET (J.)**
- DEBATS, « Vous avez dit « contrats électroniques ? », RDC, avril 2005.
- « Aspects juridique du commerce électronique : approche internationale », Petites affiches, 26 septembre 1997.

**HUGON (Ch.)**
- « La responsabilité des acteurs de l'Internet dans la loi N°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », Contrats, concurrence, consommation, novembre 2004.

**LEBLOND (N.)**
- « L'obligation d'information de l'assureur vie : une obligation générale et non négociable », revue Mensuelle LEXISNEXIS Jurisclasseur, octobre 2008.

**LE DOUJET-THOMAS (F.)**
- « L'ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de la directive du 20/05/1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : Une erreur de perspective », Contrats, concurrence, consommation, Editions du jurisclasseur, mai 2002.

**LE STANC (Ch.)**
- « Obligation du fournisseur d'informer, obligation du client de s'informer », Communication, commerce électronique, Editions Jurisclasseur, Octobre 2001.

**LUCAS DE LEYSSAC (C.)**
- « Le paiement en ligne », JCP, Editions Entreprise et Affaires, n° 12 du 22/03/2001.
- « Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique », Petites affiches, 29 mai 1996.

**MAFFRE-BAUGE (A).**
- « Internet et la propriété intellectuelle : le droit, l'information et les réseaux », 2002, notes de l'*IFRI*, n°42.
- « L'état du droit des bases de données », in *Aspects juridiques de la numérisation pour l'enseignement et la recherche*, janvier 1999.

**MAGGIAR (A.-A.)**
- « La conclusion de contrats par voie électronique », La Gazette du Palais du 16 au 17 novembre 2005.

**MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.)**
- « Comment renforcer l'efficacité de la « loi DOUBIN », ( C.COM.ART L330.3 ) ? », Contrats, concurrence, consommation, Editions du Jurisclasseur, mars 2003.

**MANARA (C.)**
- « Cass 1er Civ 27/11/2008 : Commerce électronique transfrontalier et disparités des règles nationales », actualité jurisprudentielle, Dalloz, 2008, n° 44.
- « Critique commerciale sur un site Web étranger : le juge français est-il compétent ? », Actualité jurisprudentielle, CA Versailles 26/06/2008, Dalloz 2008, n° 33.
- « L'obligation d'information s'arrête-t-elle aux frontières », Dalloz 2007, n° 16.

**MARTIN (M.)**
- « Les contrats à distance », Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2003-3.

**MAS (F.)**
- « L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique », Revue Lamy Droit de l'immatériel », Février 2005.

**MATHEY (N.)**
- « Le commerce électronique dans la loi N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique », Contrats, concurrence, consommation, octobre 2004.

**MOREAU (F.)**
- « La protection du consentement du consommateur dans les contrats à distance », Petites affiches 20 mars 2002, n° 57.

**NAUMANN (S.)**
- « La brevetabilité des méthodes commerciales en Europe : Règles et risques », JCP Edition Entreprises et Affaires, 23 novembre 2000, n° 47.

**NEYRET (L.)**
- « La cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels », Dalloz 2008, n° 12.

**POILLOT-PERUZZETTO (S.)**
- « Les dispositions de droit international privé relatives au commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 transposant la directive du 8 juin 2000 », Revue de jurisprudence commerciale, Droit International, 2005.

**PONS (S.)**
- « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », Petites Affiches, 8 avril 2008, n° 71.

**REYNIS (B.)**
- DEBATS, « La « LCEN », une loi nécessaire ! », RDC, Avril 2005.

**ROCHOT (D.)**
- Surveillance du commerce électronique de la GCCRF : bilan 2007 », Droit de l'Internet, 14 mai 2008.

**ROJINSKY (Cy.)**
- « Qu'en est-il de la responsabilité de plein droit des éditeurs en ligne (Art 15 de la LCEN) ? La délicate assimilation au commerce électronique », LEGICOM, n° 35. 2006/1-71.

**RONDEAU (D.)**
- « L'impact de « l'erreur » dans les contrats de vente passés sur Internet », La Gazette du Palais du 20 au 24 avril 2003.

**SAUREL (P.), PETRONE (J.)**
- « La prise en compte juridique des technologies émergentes : une nécessité en informatique », La Gazette du Palais du 18 octobre 2006.

**STOFFEL-MUNCK (Ph.)**
- « Le consommateur qui se rétracte peut-il être tenu d'une indemnité de jouissance » : CJCE du 3/09/2009 Aff. Pia MESNER/FIRMA STEFAN Krûge, Revue Mensuelle Communication, commerce électronique, Juin 2010.
- « L'obligation d'information incombe, en cours de contrat, à l'abonné d'un service électronique professionnel », Contrat informatique, communication, commerce électronique, Mai 2005, revue mensuelle LEXISNEXIS Jurisclasseur.

**TEISSONNIERE (G.)**
- « La responsabilité des agences de voyages en ligne après l'adoption de l'article 15 de la LCEN », La Gazette du Palais du 2 au 4 avril 2006.

**TELLIER-LONIEWSKI (L.)**
- « Les mesures techniques de protection : quand les maisons de disques manquent à leur devoir d'information », Gazette du Palais 19-20 octobre 2005, n° 25.

**THOUMYRE (L.)**
- « L'échange des consentements dans le commerce électronique », LEX ELECTRONICA, Volume 5, n° 1, (Printemps 1999).

**VIVANT (M.)**
- DEBATS, « Le contrat plongé dans l'économie numérique », RDC, Avril 2005.

**VIVANT (M.), MALLET-POUJOL (N.), BRUGUIERE (J.-M.)**
- « Droit de L'informatique », JCP, Edition Entreprise et Affaires, n° 25, 23 juin 2005.

**WERY (E.)**
- « Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23/08/2001 et le projet de loi sur la société de l'information », Etude Revue Lamy droit des affaires, 2001, n° 44.

**ZOIA (M.)**
- « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique », La Gazette du Palais, 14 au 16 octobre 2001.

## V. Notes, observations, rapports et conclusions de jurisprudence

**DAGORNE-LABBE (Y.)**
- Note sous cass. civ. 1ère, 31 octobre 2007, « l'obligation d'information du voyagiste », recueil Dalloz, 2008, n° 8.

**DEBET (A.)**
- Note sous CA PAU, 8 janv. 2007, « Paiement en ligne : l'obligation d'information du banquier à l'égard du consommateur est limité », Communication, commerce électronique, revue mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur, Avril 2007.

**MAINGUY (D.)**
Note sous cass. com., 24 oct. 2004, JCP Cahiers de droit de l'entreprise n° 2, année 2003.

**MEDIA&TECHNOLOGIES : À VERIFIER L'AUTEUR**
- Commentaire sous CA, Nîmes, 14 décembre 2004 relatif à l'obligation qui pèse sur le client dans un contrat informatique, 26 décembre 2006.

**RESPAUD (J.-L.)**
- Note sous cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17 338 P+B, revue Lamy droit civil, janvier 2005, n° 12.
- Note sous cass. com., 4 févr. 2004, JCP Cahiers de l'entreprise n° 3, année 2004.

**STOFFEL-MUNCK (Ph.)**
- Commentaire sous cass. civ. 1ère, 13 mars 2007, « Cessation de l'illicite sur Internet : les fournisseurs d'accès face au référé LCEN », Communication, commerce électronique, revue Mensuelle, novembre 2007, Lexisnexis Jurisclasseur.

## VI. Sites internet


http://www.reponseatout.com/article.php3?id_article=710

www.finances-gouv.fr

http://www.finances.gouv.fr/innovation/c0101041.htm

www.juris-classseur.com

http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-vote/loi-du-28-janvier-2005-tendant-conforter-confiance-protection-du-consommateur.html

http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-vote/loi-du-21-juin-2004-pour-confiance-economie-numerique.html

http://www.aquadesign.be/news/article-1932.php

http://www.dicodunet.com/definitions/economie/la-loi-chatel.htm

http://www.cisg-france.org/Conventions/Rome-fr.htm

http://www.europa.eu/scadplus/leg/fr/lvb/133109.htm

www.planet-commerce.com

www.droit-technologie.org

www.uni-tlse1.frrecherce/colloques/2000/ctelectronique/fages.html

http://www.lettresdudroit.com

www.assemblee-nationale.fr

www.cnil.fr

www.clauses-abusives.fr

www.foruminternet.orgz

www.unicitral.org

www.dalloz.fr/actualite

http://www.juriscom.net/uni/mem/03/parie1.html

# INDEX

*(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)*


***A***

Accès
à l'information ----------18
ancienneté de l'égalité d' ----------18
au marché ----------39
Acte de commerce ----------*29*
Acte juridique électronique ----------*38*
Activité commerciale électronique ----------*28*
Adhésion
contrat d' ----------*18*
Analyse économique ----------14
Application de la loi sur la protection et
l'information ----------*19*
Applications multimédia ----------*11*
Auteurs ----------15

***B***

B to B ou B 2 B ----------11
Banque en ligne ----------*43*
Besoins
de seconde nécessité ----------*36*
essentiels ----------*36*
Biens d'occasion ----------*30*

***C***

Centre de surveillance du commerce
électronique ----------305
Certification Elite ----------51
Certification WEBCERT ----------50
Certification WEBVALUE ----------51
Clauses abusives ----------69
Recommandations de la commission ---------71
Commerçant
Identité ---------- 107
Localisation ---------- 108
Commerce électronique
Définition ----------25, 78
Développement ----------36
Economie ----------15
Evolutions récentes ----------43
Fourniture d'un bien corporel ---------- 222
Fourniture d'un bien incorporel ---------- 223
Histoire ----------10
Information précontractuelle ----------98
Mandat ---------- 236
Nullité du contrat ---------- 316
Prestation de service ---------- 229
Produits financiers ----------80
Publicité ---------- 285
Responsabilité du prestataire ----------78
Troc ---------- 270
Vente à distance ----------91
Commercialisation à distance ----------63
Communication audiovisuelle
Loi applicable ----------85
Conditions contractuelles ---------- 114, 118
Conditions générales du contrat ---------- 120
Contrat d'assurance ----------59
Contrat d'entreprise
Qualification ---------- 239
Contrat électronique ---------- 289
Courrier électronique ---------- 290

Courtage matrimonial ---------- 115
Crédit ---------- 59

## *D*

Démarchage ---------- 58, 66, 94
Définition juridique ---------- 67

## *E*

Echange de données informatiques ---------- 192
Economie numérique
Confiance ---------- 74
Protection des consommateurs ---------- 76
Egalité
Vendeur-acheteur ---------- 14

## *I*

Infraction d'inobservation du formalisme informatif du commerce électronique ------ 382

## *L*

Loi LCEN ---------- 77

## *M*

Marque collective ---------- 52
Marque communautaire ---------- 53

## *O*

Obligation de mise à disposition ---------- 120
Obligation d'information
Action en cessation ---------- 369
Affaiblissement ---------- 87
Analyse économique ---------- 15
applicable à certains produits ---------- 126
applicable à tous contrats ---------- 125
Archivage ---------- 144
Commerçant ---------- 68
Conception dualiste ou unitaire ---------- 196
Consentement ---------- 199
Contenu ---------- 81, 96, 105
contrats assortis d'une ---------- 58
Créancier, consommateur ---------- 253
Débiteur ---------- 213
Developpement législatif ---------- 58
Dol ---------- 323
Entre professionnels ---------- 152, 249
Erreur ---------- 326
Etiquetage ---------- 168
Faute délictuelle ---------- 197
Fondement ---------- 12
Hyperlien ---------- 189
Intérêt collectif des consommateurs -------- 375
Intérêt de la qualification ---------- 196
Langue française ---------- 163
Logiciel de traduction ---------- 174
Mention fausse ---------- 332
Mention obligatoire ---------- 21
Mentions manuscrites ---------- 23
Mise à disposition ---------- 154
Modèles types ---------- 23
Morale ---------- 12
Nature contractuelle ou précontractuelle - 196
objet ---------- 19
Préjudice collectif des consommateurs ----- 362
Réparation du préjudice ---------- 358
Responsabilité contractuelle ---------- 359
Sanctions civiles ---------- 312

Sanctions pénales ---------- 112, 378
Sources ---------- 47
Standard ouvert ---------- 187
Sur la durée de validité de l'offre ---------- 133
Sur la rectification d'erreurs ---------- 139
Sur les modalités de conclusion du contrat 135
Sur les prix ---------- 129
Typologie ---------- 205
Vice du consentement ---------- 54

## *P*

Publicité mensongère ---------- 402
Méconnaissant le formalisme informatif --- 414
Répression ---------- 421

## *S*

Sanctions pénales
Autres incriminations ---------- 398

## *T*

Théorie de l'attraction ---------- 204
Tromperie ---------- 429

## *V*

Vente de Service ---------- 232

## *W*

World wide web ---------- 11

# TABLE DES MATIERES

**SOMMAIRE ..... IX**

INTRODUCTION ..... 1

***I – L'OBJET DE LA RECHERCHE ..... 1***

A – Définition de l'obligation d'information **..... 3**

1 – Fondement de l'obligation d'information ..... 3

a- Fondement moral ..... 3

b- Fondement économique ..... 5

c- Inégalité d'accès à l'information ..... 8

2- L'objet de l'obligation ..... *10*

a- Le recours aux mentions obligatoires ..... 12

b- Le recours aux mentions manuscrites ..... 13

c- Le recours aux modèles types ..... 14

d- Autres moyens d'information ..... 15

B – Définition du commerce électronique **..... 16**

1 - Définitions doctrinales ..... *16*

a- Définition par référence aux moyens techniques ..... 17

b- Définition par référence au concept de contrat à distance ..... 19

c- Atténuation du concept de « Commerçant » et de « L'acte de commerce » ..... 20

2 - Définitions législatives ..... *22*

3 - Proposition et adoption d'une définition extensive ..... *24*

***II – INTERET DE LA RECHERCHE ..... 26***

A – Extraordinaire développement du commerce électronique **..... 27**

1- La mutation opérée par le commerce électronique ..... *27*

2- L'intérêt pratique et économique du commerce électronique ..... *30*

3- Originalité du commerce électronique ..... *31*

4 – Les chiffres ..... 32

B – Exigence de la confiance des consommateurs et obligation d'information **..... 35**

***III – CONSTRUCTION DE LA RECHERCHE ..... 37***

A – Inventaire des textes, contenu et qualification de l'obligation : l'explosion de l'obligation d'information **..... 37**

B – Régime et domaine de l'obligation et sanctions : l'implosion du régime de l'obligation d'information **..... 37**

***PARTIE 1 : L'EXPLOSION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION*** **38**

**TITRE 1: LA PLURALITE DES SOURCES DE L'OBLIGATION D'INFORMATION** 39

**CHAPITRE 1 : MANIFESTATION DE LA PLURALITE DES SOURCES** ***40***

*SECTION PRELIMINAIRE : LA « SOFT LAW »* *40*
§ 1 : La certification, les labels 40
A - La certification WEBCERT de l'AFAQ 41
B - La certification « WEBVALUE » du Bureau VERITAS 42
C - La certification Elite Site Label 42
§ 2 : Les marques collectives et autres signes de qualité 43

*SECTION 1 : L'OBLIGATION GENERALE D'INFORMATION PRECONTRACTUELLE* *45*
§ 1 – L'obligation prétorienne d'information 45
A - L'obligation d'information dégagée sur le terrain des vices du consentement 45
B – Obligation d'information dégagée sur le terrain de la responsabilité civile 47
§ 2 : Les innombrables interventions législatives 49
A - Textes liés à des types de contrat particuliers 49
B - Textes liés à des produits ou des services déterminés 51
1- Dispositions de caractère général 52
2- Textes particuliers 52
3- Responsabilité des produits défectueux 53

*SECTION 2 : DROIT DE LA CONSOMMATION* *54*
§ 1- Textes sur la commercialisation à distance 54
A - La Directive CE 97/7 du 20 mai 1997 54
B - La transposition en droit français 56
§ 2 : Textes sur le démarchage 57
A - Domaine d'application 58
B – L'obligation d'information à la charge du commerçant 59
§ 3: La réglementation sur les clauses abusives 59
A - La Loi dite « LME » 60
B - Le décret d'application en ce qui concerne l'obligation d'information 61
C - Les recommandations de la Commission des Clauses Abusives 62

*SECTION 3 : TEXTES SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE* *64*
§ 1 : Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 (directive commerce électronique) 66
§ 2 : Loi dite LCEN du 21 juin 2004 68
A - Définition du commerce électronique 69
B - Principe général de responsabilité du vendeur prestataire 69
C - Affirmation de l'application de la règlementation sur les contrats à distance 70
D - Domaines d'application supplétive ou d'exclusion 70
§ 3- Commerce électronique des produits financiers 71
A - Directive 2002-65 CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance des produits financiers ci-après dénommée « Directive DSF » 71
B - Transposition française 74
§ 4 : Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications audiovisuelles 76

**CHAPITRE 2 : COMPLEXITE DES SOURCES ..... *78***

*SECTION 1 : AFFAIBLISSEMENT DES OBLIGATIONS GENERALES..... 78*

*SECTION 2 : CHEVAUCHEMENTS DE TEXTES ET DIFFICULTES POUVANT EN RESULTER..... 81*
§ 1 - Vente à distance et commerce électronique..... 82
§ 2 - Démarchage et commerce électronique ..... 85

TITRE 2 : DIVERSITE DU CONTENU DE L'OBLIGATION D'INFORMATION..... 87

**CHAPITRE 1 : IDENTIFICATION DE L'AUTEUR DE L'OFFRE..... *93***

*SECTION 1 – LA PRESENTATION DE L'AUTEUR DE L'OFFRE A L'INTERNAUTE ..... 95*
§ 1 – Les informations sur l'auteur de l'offre ..... 96
§ 2 – Les règles identiques pour les éditeurs..... 101

*SECTION 2 – LES SANCTIONS PENALES..... 103*
§ 1 – Les sanctions pénales ajoutées par le Code de la Consommation ..... 103
§ 2 : La sanction pénale ajoutée contradictoirement par le Code de Commerce ..... 103

**CHAPITRE 2 : INFORMATION SUR LES CONDITIONS CONTRACTUELLES.....*105***

*SECTION 1 : L'INFORMATION SUR LES CONDITIONS GENERALES DU CONTRAT..... 111*
§ 1 - La mise à disposition..... 111
§ 2 - L'évolution des conditions générales ..... 113

*SECTION 2 : INFORMATION SUR LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DES BIENS ET SERVICES*
§ 1 - Les règles applicables à tout type de commerce..... 116
§ 2 - Règles propres à certains produits particuliers ..... 117

*SECTION 3 : PRIX ET MODALITES DE PAIEMENT..... 120*
§ 1 - L'arrêté du 3 décembre 1987 ..... 120
§ 2 - L'arrêté du 8 décembre 1987 ..... 121
§ 3 - L'arrêté du 16 mars 2006..... 122
*SECTION 4 : DELAI DE VALIDITE DE L'OFFRE..... 124*

**CHAPITRE 3 : INFORMATION SUR LE CONTENU DE L'OFFRE .....*126***

*SECTION 1 – PROCESSUS CONTRACTUEL..... 126*
§ 1 - Le processus proprement dit..... 126
§ 2 – La possibilité de conservation et de reproduction de l'offre..... 127
§ 3 – La liberté de fixer les étapes de conclusion du contrat ..... 129
§ 4 – L'obligation d'informer sur la rectification des éventuelles erreurs..... 130
§ 5 – L'absence de sanctions spécifiques ..... 131

*SECTION 2 – MODALITES DE REVISION DES TERMES DU CONTRAT..... 132*
§ 1 – Le rappel du droit commun ..... 132
§ 2 – L'aménagement du droit commun dans le contrat de commerce électronique.... 132

§ 3 – Les difficultés d'application ..... 134

*SECTION 3 : ARCHIVAGE ET ACCES ..... 135*

*SECTION 4 : MOYENS DE CONSULTATION DES REGLES PROFESSIONNELLES ET COMMERCIALES ..... 138*

*Section 5 – POSSIBILITE DE DEROGER ENTRE PROFESSIONNELES ..... 143*

**CHAPITRE 4 : FORME DE LA COMMUNICATION .....*144***

*SECTION 1 : FORME DE LA COMMUNICATION DES CONDITIONS CONTRACTUELLES ..... 145*
§ 1 – Contenu de l'obligation de mise à disposition ..... 145
§ 2 – Opposabilité des conditions contractuelles ..... 148
§ 3 – Application cumulative de textes différents contradictoires ..... 151
A – L'article L 441-6 du Code de Commerce. ..... 151
B – Articles L 113-3 et L134-1 du Code de la Consommation ..... 152

*SECTION 2 : UTILISATION DE LA LANGUE FRANCAISE ..... 154*
§ 1 - Domaine d'application de la loi sur l'emploi de la langue française ..... 155
A - Les actes auxquels elle s'applique ..... 155
B - Les personnes destinataires ..... 156
C - Le dispositif mis en place par la loi LCEN déroge-t-il à la loi Toubon ? ..... 157
D – L'étendue de l'obligation dans le commerce électronique ..... 158
E - Exception en matière d'étiquetage ..... 159
§ 2 - Application difficile au commerce électronique ..... 159
§ 3 - Evolution législative envisagée par divers auteurs ..... 164

*SECTION 3 : SUPPORT DE L'INFORMATION ..... 166*
§ 1 - Exigence d'un écrit ..... 166
§ 2 - Equivalence de principe entre écrit électronique et écrit papier ..... 167
§ 3 - Autorisation de principe du recours à l'écrit électronique ..... 170
§ 4 - Les modalités ..... 170

*SECTION 4 : MODALITES DE CONSERVATION ..... 173*

*SECTION 5 : ACCES FACILE ET PERMANENT ..... 176*
§ 1 - Teneur de l'obligation ..... 176
A – Obligation générale ..... 176
B – Obligation d'utiliser un « standard ouvert » ..... 178
§ 2 - L'application du texte par le Juge ..... 180

*SECTION 6 : FORMALISME ELECTRONIQUE ISSU DE LA PRATIQUE ..... 183*
§ 1 - Les modes conventionnels de communication électronique entre parties ..... 183
§ 2 - Le processus conventionnel de passation du contrat électronique ..... 184

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE ..... 187

***PARTIE 2 : L'IMPLOSION DU REGIME DE L'OBLIGATION*……..200**

TITRE 1 : DOMAINE INCERTAIN DE L'OBLIGATION ..... 202

**CHAPITRE 1 : DOMAINE SUBJECTIF DE L'OBLIGATION.....*203***

*SECTION 1 : LE DEBITEUR DE L'OBLIGATION ..... 204*
§ 1 - Professionnel ou particulier : présentation des critères en ce qui concerne le pollicitant ..... 204
A - Exigence d'un exercice habituel ..... 208
B - Caractère lucratif de l'activité ..... 209
§ 2 - Types d'activités exercées par le professionnel ..... 212
A - Fourniture d'un bien ..... 213
1- Fourniture d'un bien corporel ..... 213
2- Fourniture d'un droit incorporel ..... 214
3- Fourniture d'un bien informationnel ..... 215
B - Prestation d'un service ..... 219
1- La notion de prestation de service ..... 220
2- La qualification juridique des prestations de services par internet ..... 222
a) La qualification de « vente de services» ..... 223
b) Qualifications spéciales ..... 225
c) Le rôle de « qualification par défaut » du contrat d'entreprise ..... 229
§ 3 : Synthèse pratique : les trois cas de figure ..... 233
A - Le pollicitant n'agit pas à titre professionnel ..... 234
B - Seul le pollicitant agit à titre professionnel ..... 239
C - Les deux intervenants agissent à titre professionnel ..... 240

*SECTION 2 : LE CREANCIER DE L'OBLIGATION : LE CONSOMMATEUR ..... 244*
§ 1 : Absence de définition légale ..... 244
§ 2 - La longue histoire de l'évolution jurisprudentielle de la définition du consommateur ..... 247
A - Le choix d'un critère objectif ..... 248
B – Le revirement de 1978 : le critère de la sphère habituelle de compétence ..... 248
C – Le second revirement en 1995 : évolution progressive vers le critère du rapport direct ..... 251
D – La dernière évolution : l'arrêt du 2 avril 2009 ..... 256

**CHAPITRE 2 : DOMAINE OBJECTIF DE L'OBLIGATION .....*258***

*SECTION 1 : EXIGENCE D'UNE « CONTREPRESTATION » DE L'INTERNAUTE ..... 258*

*SECTION 2 : EXIGENCE D'UNE OFFRE ..... 263*
§ 1 - L'offre génératrice de l'obligation ..... 264
A - Les caractères juridiques de l'offre ..... 265
B - Offre ou simple information en ligne ..... 266
C - Les réserves implicites ..... 268
D - Les réserves expresses ..... 269
E - Les clauses d'agrément ..... 271
§ 2 : Les moyens d'expression de l'offre ..... 273

§ 3 : Destinataire de l'offre ..... 274
§ 4 : Offre et publicité ..... 276

*SECTION 3 : EXIGENCE D'UNE OFFRE DE CONTRAT ELECTRONIQUE ..... 280*
§ 1 : Le contrat électronique ..... 280
§ 2 : Exception des offres par courrier électronique ..... 281
A - La notion de courrier électronique ..... 283
B - Appréciation difficile du critère au plan technique ..... 288
§ 3 : Cas particulier du M-commerce ..... 290

TITRE 2 : SANCTIONS IMPRECISES DE L'OBLIGATION ..... 296

**CHAPITRE 1 : SANCTIONS CIVILES ..... *303***

*SECTION 1 : LA NULLITE DU CONTRAT DE COMMERCE ELECTRONIQUE ..... 307*
§ 1 - L'offre de contrat de commerce électronique est incomplète ..... 308
A – Nullité nécessaire ..... 308
B – Nullité conditionnée à un vice du consentement ..... 312
1- L'omission constitutive d'un dol ..... 314
2 - L'omission constitutive d'une erreur ..... 317
C - Proposition d'une « troisième voie» ..... 321
§ 2 - L'offre contient une mention fausse ..... 323
A - La nullité du contrat pour erreur sur le prix ..... 330
1 - L'erreur sur le prix est une erreur obstacle ..... 332
2 - L'erreur sur le prix est une erreur sur la substance de la prestation ..... 335
B - Nullité du contrat pour absence de cause ..... 342
§ 3 – Eventuel caractère d'ordre public de la nullité ..... 346

*SECTION 2: AUTRES SANCTIONS CIVILES ..... 348*
§ 1 - Action en dommages et intérêts ..... 348
A - La réparation du préjudice individuel subi par l'internaute ..... 349
B - La réparation du préjudice collectif des consommateurs ..... 353
1 - Fondements de l'action ..... 353
2 - Particularités de l'action collective ..... 356
§ 2 : Actions en cessation de l'article L421-6 ..... 359
du Code de la consommation ..... 359
A - Les titulaires de l'action en cessation ..... 360
B - Les conditions de mise en œuvre de l'action en cessation ..... 362
1 - La notion d'agissements illicites ..... 364
2 - Exigence d'un lien avec le préjudice collectif ..... 365

**CHAPITRE 2: SANCTIONS PENALES ..... *369***

*SECTION 1: L'INFRACTION D'INOBSERVATION DU FORMALISME INFORMATIF DU COMMERCE ELECTRONIQUE ..... 373*
§ 1 - Eléments constitutifs ..... 373
§ 2 - Peine applicable ..... 376
§ 3 - Particularités de la procédure de constatation et de ..... 379
poursuite de l'infraction ..... 379

*SECTION 2: LES AUTRES INCRIMINATIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION ..... 389*
§ 1 – Sanction de l'article L. 113-3 du Code de la Consommation ..... 390
A - Eléments constitutifs ..... 390
B - Peine applicable ..... 391
§ 2 - Publicité mensongère ..... 393
A - Eléments constitutifs ..... 397
1 - Elément matériel ..... 397
a) Offre de contrat de commerce électronique et publicité ..... 397
b) Publicité méconnaissant le formalisme informatif ..... 405
2 - Elément moral ..... 409
B - Répression de la publicité mensongère ..... 412
1 - Personnes responsables ..... 412
2 - Peines applicables ..... 415
3 - Concours d'infractions ..... 418
§ 3 - Tromperie de la loi du 1er août 1905 ..... 420
A - Eléments constitutifs de la tromperie ..... 422
1 - Elément matériel ..... 422
a) Un contrat de commerce électronique ..... 422
b) Une tromperie ..... 424
2 - Elément moral ..... 428
B - Peines applicables ..... 429
C - Concours de qualifications ..... 431
1 - Résolution du concours de qualifications dans la première situation ..... 433
2 - Résolution du concours de qualifications dans la deuxième situation ..... 438
3 - Résolution du concours de qualifications dans la troisième situation ..... 439

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE ..... 442
**CONCLUSION GENERALE ..... 444**

**BIBLIOGRAPHIE ..... 447**
**TABLE DES MATIERES ..... 462**

## RÉSUME EN FRANÇAIS

L*'OBLIGATION D'INFORMATION DANS LES CONTRATS DU COMMERCE* ÉLECTRONIQUE

L'information des opérateurs, professionnels ou non, est l'outil le plus important de la confiance dans l'économie numérique et les textes européens et nationaux se sont multipliés pour l'assurer de manière de plus en plus complète. L'étude s'attachera à inventorier selon les sources (droit commun, code de la consommation, législations spéciales) et classer les différentes obligations d'information en proposant diverses typologies selon leur nature, leur objet (la chose et le prix, la durée, les modalités) et leur rôle dans le processus contractuel (information précontractuelle, information sur la formalisation du contrat, la rétractation). Elle évoquera les difficultés liées à la combinaison des règles spéciales et des règles de droit commun (contradictions, variations, chevauchements). Dans le silence des textes spéciaux, elle traitera enfin des sanctions du non-respect de l'obligation d'information selon qu'il met en cause, ou non, la validité du consentement (nullité du contrat, inopposabilité).

## ENGLISH SUMMARY

OBLIGATIONS OF INFORMATION IN E-COMMERCE CONTRACTS

Information for operators, professionals or not, is the main tool of confidence in the digital economy and the European and national texts have proliferated to reinforce this in a more and more comprehensive way. Based on its origins (common law, the Consumer Code, special laws), the study will seek to make an inventory and classify the different sources of information obligations by providing different typologies adapted to their nature or purpose (the object and its price, duration, terms) and their role in the contract process (pre-contractual information, information on the formalization of the contract, the withdrawal). It will discuss the difficulties associated with the combination of special rules and common law (contradictions, variations, overlapping). In the silence of specific texts, it will also cover the penalties for non compliance with the obligation of information depending on whether it questions or not the validity of the consent (void contract, unenforceable).


---


**MOTS-CLÉS :** Commerce électronique – Confiance des consommateurs – Contenu de l'obligation d'information – Contrat à distance – Contrats électroniques – Cyberconsommateur – Information précontractuelle - Loi LCEN – Obligation d'information – Protection du consommateur

---

**DISCIPLINE :** Droit privé et sciences criminelles – CNU : Section 01


---


**INTITULÉ ET ADRESSE DU LABORATOIRE :**

Biens, Normes, Contrats : 74 rue Louis Pasteur - 84029, Avignon cedex 01