



Présente :

**Loi pour la confiance dans l'économie Numérique :
examen du nouveau régime du commerce électronique**

Par

Thibault Verbiest
Avocat à la Cour (Cabinet Ulys),
Chargé d'enseignement à
l'Université de Paris X et à l'Université de Paris I

Date de mise en ligne : 30 juillet 2004

Loi pour la confiance dans l'économie numérique : examen du nouveau régime du commerce électronique

1/ A l'issue d'intenses et longs débats, souvent médiatisés, le Parlement est enfin parvenu à adopter la loi de transposition de la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹, qui devait en principe être transposée en janvier 2002 au plus tard...

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après LCEN) a été publiée au Journal Officiel du 22 juin 2004.

Notre propos est ici de fournir une première analyse – parfois critique – du chapitre II de la nouvelle loi consacrée au “commerce électronique”. Ce chapitre intègre également les nouvelles dispositions sur le régime dit de l’“opt-in” applicable aux courriers électroniques à but publicitaire. Ce régime est, quant à lui, une transposition partielle de la directive “vie privée et communications électroniques” du 12 juillet 2002.²

I. LA PUBLICITÉ EN LIGNE

A. Définition

2/ La loi française ne fournit aucune définition générale de la publicité. Les contours de ce concept ne se dessinent qu'indirectement, dans le cadre des articles L.121-1 et suivants du Code de la consommation et de quelques dispositions spécifiques.

3/ Confrontée à ce flou législatif, la jurisprudence a fait œuvre utile ; il est aujourd'hui acquis que « constitue une publicité, tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé »³, « ainsi que sur les caractéristiques des biens ou des services proposés »⁴.

4/ Etrangement, le législateur français n'a pas jugé utile de consacrer une définition légale de la publicité à l'occasion de l'adoption de la LCEN. Il a toutefois introduit

1 Cons. UE, dir. N° 2000/31/CE {8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique}, JOCE, L 178/1 à 16 du 17 juillet 2000.

2 Cons. UE, dir. 2002/58 { 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques}, JOCE, 31 juillet 2002, L 201/37.

3 Cass. crim., 12 nov. 1986 : *Bull. crim.*, n° 861.

4 Cass. crim., 14 oct. 1998 : *D.*, 1999, I.R., p. 7 ; *J.C.P.*, éd. E, 1998, panor., p. 1904.

une définition de la « prospection directe » par courrier électronique, qui en est directement inspirée (article L. 33-4-1 nouveau du code des postes et télécommunications et article L. 121-20-5 nouveau du code de la consommation). Cette initiative est malheureuse car nul doute que le texte français sera jugé contraire à la directive européenne sur ce point...

5/ L'article 20 de la LCEN fait seulement référence à la publicité « accessible par un service de communication au public en ligne ».

La notion de « service de communication au public en ligne », transposition de la notion communautaire de « services de la société de l'information », est définie à l'article premier : « On entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur. »

La notion s'oppose désormais à celle de communication audiovisuelle⁵, qui devient une catégorie à part.

Le critère de distinction fondamental entre communication au public en ligne et communication audiovisuelle réside donc dans le caractère interactif du service (« sur demande individuelle » du destinataire dans le cadre d'un « échange réciproque d'informations »).

Nul doute que ces définitions continueront à alimenter le débat houleux sur la convergence des médias et la définition des régimes applicables. En effet, comment qualifier, par exemple, un service de télévision interactive ou de « vidéo à la demande » ? S'agira-t-il d'un service de communication au public en ligne au motif qu'il serait fourni de point à point, à la demande individuelle de l'utilisateur ? Il appartiendra en premier lieu au CSA d'établir sa jurisprudence à cet égard.

6/ Il nous semble par ailleurs incompréhensible que l'article 21 de la LCEN, après avoir consacré la notion de « publicité accessible par un service de communication au public en ligne », introduise ensuite la notion d'offres, concours et jeux proposés « par voie électronique ». En effet, la loi ne définit nulle part cette notion... Il s'agit probablement là d'une maladresse de rédaction.

7/ En revanche, nous verrons que la LCEN consacre une autre transposition de la notion de « services de la société de l'information » dans le cadre restrictif du commerce électronique, de sorte que la France est le seul pays européen à connaître

5 « On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. »

deux définitions des services de la société de l'information, dont aucune n'est parfaitement fidèle à l'original...

B. Le courrier électronique et le « spamming »

1. Définition

Selon l'article 2, h de la directive 2002/58/CE, transposé tel quel par la LCEN, il faut entendre par "courrier électronique": « tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».

La notion englobe donc « l'utilisation du « chat » [dialogue écrit en direct sur le net], de la vidéoconférence ou de la téléphonie vocale sur l'internet. Seront également visés les messages de type SMS (Short Message System), très courants en téléphonie portable de type GSM. Conséquence (absurde ?) de la définition légale, les messages laissés sur les répondeurs téléphoniques ou sur des boîtes vocales de GSM répondent également aux critères de la définition...⁶

2. Consécration de l'opt-in

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

Aujourd'hui, la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)⁷ consacre aussi le régime de l'*opt-in* pour les courriers électroniques, conformément à la directive « vie privée dans les communications électroniques qu'elle transpose sur ce point : « Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit,

⁶ L'avis du groupe 29 le confirme : « les services actuellement compris dans la définition du courrier électronique comprennent : le courrier SMTP (Simple Mail Transport Protocol), c'est-à-dire le "courrier électronique" classique ; le service de messages courts ou "SMS" (le considérant 40 de la directive 2002/58/CE indique clairement que le courrier électronique inclut également les SMS) ; le service de messages multimédias ou "MMS" ; les messages laissés sur répondeurs; les systèmes de messagerie vocale y compris sur les services mobiles ; les communications « net send » adressées directement à une adresse IP. Les bulletins d'information envoyés par courrier électronique tombent également dans le champ d'application de cette définition. Cette liste ne peut être considérée comme exhaustive et peut devoir être révisée en considération de développements technologiques et des marchés. »

⁷ Article 22 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen »⁸ (art. 22).

Le principe de l'*opt-in* est donc d'application uniquement lorsque le destinataire du message est une personne physique.

Il n'est par conséquent pas nécessaire d'obtenir auprès des personnes morales leur consentement préalable à recevoir des publicités par courrier électronique. En pratique, les personnes morales peuvent être titulaires d'une ou de plusieurs adresses de courrier électronique, afin de permettre d'entrer en contact avec elles, ou avec certains de leurs services ou branches d'activité (info@..., contact@..., privacy@..., sales@..., commandes@..., service-clientele@..., etc.). Des publicités non sollicitées par courrier électronique peuvent être envoyées à ces adresses, dans la mesure où, en raison des circonstances, il est manifeste que ces adresses concernent des personnes morales.

3. Lien avec la loi « Informatique et Libertés »

Dans la mesure où les adresses de courrier électronique constituent des données personnelles, il convient également de s'interroger sur la compatibilité de la pratique du *spamming* avec la législation sur la protection des données personnelles⁹.

En date du 6 juin 2003, le tribunal de grande instance de Paris a ainsi condamné un *spammer* pour non déclaration préalable auprès de la CNIL d'un fichier d'adresses électroniques¹⁰.

La LCEN a également reconnu le lien indissociable entre *spam* et vie privée puisqu'elle charge la CNIL de veiller, pour ce qui concerne la prospection directe utilisant les coordonnées d'une personne physique, au respect des dispositions de la LCEN en utilisant les compétences qui lui sont reconnues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et Libertés ». A cette fin, elle peut notamment recevoir, par tous moyens, les plaintes relatives aux infractions aux dispositions anti-spam de la LCEN.

⁸ Article L.121-20-5 du Code de la consommation portant application du nouvel article 33-4-1 du Code des postes et télécommunication.

⁹ La France reste en défaut de transposer dans les délais la directive européenne 95/46/CE sur la protection des données personnelles (mais il est vrai que la loi « Informatique et Libertés » assure déjà un niveau de protection comparable). Toutefois, la transposition en droit français est imminente au moment où nous écrivons ces lignes.

¹⁰ "Attendu qu'il apparaît, ainsi, incontestable que l'utilisation faite par le prévenu du fichier litigieux, consiste en un traitement automatisé de données visées par l'article 226-16 du code pénal puisque les adresses électroniques rassemblées dans ce fichier constituent bien des informations nominatives, au sens de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, dès lors qu'elles permettent l'identification des personnes auxquelles elles s'appliquent ; Attendu qu'il n'est pas contesté en outre que cette utilisation a été réalisée, en l'absence de toute déclaration préalable du fichier en cause auprès de la CNIL dans les conditions prévues par l'article 16 de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 auxquelles renvoient les dispositions de l'article 226-16 précité".
Décision disponible sur le site du Forum des droits de l'internet : www.foruminternet.org.

4. L'exception des « clients existants »

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

Il s'agit en d'autres termes de lever l'interdiction de sollicitation résultant de l'*opt-in* au profit de l'*opt-out*, le destinataire conservant, en toutes hypothèses, le droit de s'opposer à l'envoi ultérieur de publicités.

La condition selon laquelle le prestataire doit fournir lui-même les biens ou services vantés s'oppose à la notion de tiers. Seront ainsi considérés comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de sociétés que le prestataire ayant obtenu le consentement de la personne (filiales, sociétés sœurs, société mère...), étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes.

La notion de produit ou service « analogue » n'est toutefois pas explicitée par la loi (ni par la directive).

Seront considérés comme produits ou services analogues ceux qui appartiennent à une même catégorie de produits ou de services. Par exemple – et, pour l'heure, à titre conjectural –, on pourrait considérer comme produits analogues les CDs, les DVDs, les cassettes vidéo et, éventuellement, les livres. De même, les assurances incendie et les assurances vie peuvent être considérées comme des produits analogues, appartenant à la catégorie des assurances. Toutefois, il ne sera pas toujours facile pour le prestataire de déterminer si deux produits ou services appartiennent à la même catégorie (par exemple, une entreprise de banque assurance autorisée à envoyer des publicités par courrier électronique pour des produits d'assurance peut-elle également adresser de semblables publicités pour des produits bancaires ?).

La notion annonce de fait une intéressante jurisprudence à venir...

5. Problème : comment obtenir le consentement préalable ?

La LCEN définit le consentement comme « toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe ».

Il est permis de se demander comment un prestataire pourrait obtenir le consentement d'un destinataire si ce n'est en sollicitant son autorisation une première fois. Nous l'avons vu, la notion de courrier électronique recouvre une telle diversité de techniques de télécommunication que les options pour le monde du marketing se comptent sur les doigts d'une main :

- soit ouvrir un site web ou un lieu d'enregistrement volontaire auprès duquel les personnes désireuses de recevoir des publicités par courrier électronique s'enregistreraient volontairement.
- Soit recourir au système de la « case à cocher ». Cette méthode a d'ailleurs été validée par le groupe 29 dans son avis précité.
- soit téléphoner à la personne visée pour demander sa permission, par oral et *de vivo* (à défaut nous retomberions dans le cadre de la définition de courrier électronique) ;
- soit se situer dans le cadre de l'exception susmentionnée.

Certaines voix s'élèvent pour plaider en faveur d'une conception « pragmatique » de l'*opt-in*, en ce sens qu'il devrait être interprété comme autorisant un premier courrier électronique non sollicité qui aurait pour seul objet de proposer au destinataire de s'enregistrer dans un registre *opt-in* en ligne.

Le groupe 29, dans son avis précité, se prononce contre la pratique qui consiste à demander le consentement préalable par email.

Cette prise de position n'est pas à l'abri de la critique car l'on se demande comment solliciter a posteriori le consentement préalable (en dehors de l'hypothèse de la case à cocher) autrement que par email (l'usage du téléphone ou du fax étant certainement plus intrusif). La question est d'autant plus épineuse lorsqu'il s'agit de transformer ses bases de contacts emails « opt-out » en bases « opt-in » (voir *infra*).

Le débat est donc loin d'être clos. Les opposants au système du « premier courrier électronique » tireront probablement argument du régime transitoire mis en place par la LCEN, dans la mesure où la collecte des consentements peut être effectuée par courrier électronique, mais pendant une durée limitée de 6 mois à compter de la publication de la loi (*infra*).

6. Le régime transitoire

Une des faiblesses de la directive 2002/58 est de n'avoir pas prévu de régime transitoire pour les pays – la majorité des Etats européens – qui sont passés d'un régime d'*opt-out* à un régime d'*opt-in*.

La question est pourtant importante : que faire des millions de fichiers qui ont été constitués partout dans l'Union sous l'empire de l'ancienne législation et qui étaient donc, au moment de leur constitution, parfaitement légaux ?

Le législateur français a été sensible à cette question et a prévu un régime transitoire de six mois :

« Sans préjudice des articles L. 33-4-1 du code des postes et télécommunications et L. 121-20-5 du code de la consommation tels qu'ils résultent des I et II du présent article, le consentement des personnes dont les coordonnées ont été recueillies avant la publication de la présente loi, dans les conditions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'utilisation de celles-ci à fin de prospection directe peut être sollicité, par voie de courrier électronique, pendant les six mois suivant la publication de la présente loi. A

l'expiration de ce délai, ces personnes sont présumées avoir refusé l'utilisation ultérieure de leurs coordonnées personnelles à fin de prospection directe si elles n'ont pas manifesté expressément leur consentement à celle-ci ».

C. La réglementation de la publicité en ligne

Dès qu'un message est qualifié de communication commerciale – ou de publicité –, il est soumis à une réglementation développée tant au niveau européen que national.

Sur le plan du droit communautaire, les directives relatives à la publicité trompeuse et à la publicité comparative s'appliquent. Par ailleurs, la directive sur le commerce électronique régit également les communications commerciales.

Les principes directeurs de ces textes peuvent être classés comme suit : identification de la publicité en tant que telle ; transparence et loyauté ; interdiction de la publicité trompeuse ; autorisation conditionnelle de la publicité comparative.

1. La publicité doit être identifiable comme telle, être transparente et loyale

Principe général

La LCEN dispose, dans son article 20, que : « Toute publicité sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ».

Ces informations ne doivent pas nécessairement figurer directement dans la publicité même. En effet, le recours à un hyperlien devrait pouvoir être admis.

La LCEN introduit par ailleurs dans le Code de la consommation un article L.121-15-2 qui vise à garantir le principe de loyauté : « Sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse (...), les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles ».

Les principes d'identification et de loyauté seront d'une application fréquente sur le réseau, qui ne compte plus les messages ou informations présentés comme anodins mais qui cachent en réalité une démarche publicitaire. A titre d'exemple, le web regorge de forums de discussion ouverts à tous, et où, souvent, des messages de nature commerciale s'immiscent discrètement dans les discussions échangées.

Cas particulier : la publicité reçue par courrier électronique

L'obligation d'identifier la publicité existe également en ce qui concerne les messages non sollicités reçus par courrier électronique. L'objectif est de permettre aux destinataires de réagir, soit en effaçant le message avant même de l'ouvrir, soit en recourant à des services de filtrage automatiques qui bloquent le message avant son arrivée dans la boîte aux lettres du destinataire.

La directive sur le commerce électronique prévoit à cet égard que : les communications commerciales non sollicitées reçues par courrier électronique doivent « être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire » (art. 7).

La LCEN a transposé cette obligation en insérant dans le Code de la consommation une disposition comme suit : « Les publicités et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, ou en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message »¹¹.

On peut regretter que la LCEN insère cette obligation en droit national par le biais du Code de la consommation, dans la mesure où son champ d'application est différent : elle s'applique en effet tant aux consommateurs qu'aux professionnels. Cette maladresse technique est partiellement corrigée par l'introduction d'un article précisant que ces principes sont aussi applicables aux publicités, offres, concours ou jeux à destination des professionnels¹².

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

2. Responsabilités et sanctions

En cas de violations des articles L. 121-15-1 du code de la consommation (publicités par courriers électroniques non identifiables dès leurs réception) et L. 121-15-2 (transparence pour les offres, concours ou jeux par voie électronique), la LCEN renvoie aux peines prévues pour le délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur (article L. 213-1 du code de la consommation) : 2 ans d'emprisonnement et/ou 37.500 euros d'amende.

¹¹ Article L.121-15-1 du Code de la Consommation.

¹² Th. VERBIEST et E. WERY, Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information : *Rev. Lamy dr. aff.* 2001, suppl. n° 44, p. 6.

La cessation de la publicité en ligne peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office (article L.121-3).

En cas de condamnation, le tribunal peut également ordonner la publication du jugement. Il peut, de plus, ordonner la diffusion, aux frais du condamné, d'une ou de plusieurs annonces rectificatives (article L.121-4). Quant la publicité litigieuse a été diffusée sur le web, le tribunal pourrait ainsi ordonner la publication du jugement ou d'une annonce rectificative sur le site du défendeur.

Ce type de condamnation présente des avantages certains, notamment en termes de coût, la publication dans des journaux « papier » étant beaucoup plus onéreuse, ainsi qu'en termes d'impact, dans la mesure où elle est davantage susceptible de toucher les clients ou le public du défendeur, d'autant que sa durée de vie est généralement plus longue que dans le cas d'une publication judiciaire classique.

Elle est toutefois susceptible aussi de poser des questions de proportionnalité dans la mesure où une publication sur la page d'accueil du site de la partie défenderesse peut lui causer un préjudice irréparable. La prudence est donc de mise pour les juges en cette matière.

S'agissant des publicités par courrier électronique, étrangement, la LCEN ne rend pas applicable les sanctions des articles L. 121-6 et L. 213-1 du code de la consommation, pas plus qu'elle ne prévoit la cessation par le juge d'instruction ou la publication du jugement. Elle se contente de prévoir que «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. ».

Ces articles renvoient aux pouvoirs d'enquête des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie. La seule sanction prévue est celle de l'article L450-8 : « est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7500 euros le fait pour quiconque 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 ».

En d'autres termes, la loi impose de constater des infractions aux nouvelles dispositions anti-spam, dont les sanctions ne sont pas prévues....

Cette omission est toutefois partiellement compensée par les peines prévues aux articles 226-16 et suivants du Code pénal dans la mesure où le *spam* suppose un traitement automatisé de données nominatives.

II. Les contrats électroniques

A. Définition et champ d'application

En ce qui concerne les contrats électroniques, le dispositif communautaire est complété par la directive sur le commerce électronique, transposée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

La nouvelle loi consacre en effet son titre II au « commerce électronique », défini comme suit :

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

Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. » (article 14).

Les dispositions du titre II sont donc applicables dès lors que les conditions suivantes sont réunies :

- une personne physique ou morale (professionnelle ou non)
- dans le cadre d'une activité économique (ce qui exclut les activités purement désintéressées, par exemple un site personnel qui fournit de l'information gratuite sur les « bons plans de vacances »)
- propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services¹³
- sans qu'il soit nécessaire que l'activité ait un caractère onéreux (les services gratuits sont donc aussi visés)

Ainsi que nous l'avons déjà relevé, après la notion de « communication au public en ligne (voy. n°5), la LCEN introduit une seconde définition des services fournis en ligne, censée correspondre aux « services de la société de l'information » consacrés par le droit communautaire.

Pourtant, cette seconde définition n'est pas à l'abri des critiques.

En effet, la définition française vise également la fourniture de biens, alors que la directive ne couvre que la fourniture de services¹⁴.

¹³ Voir à ce sujet l'avis du sénateur Alex Türk, fait au nom de la commission des lois, n° 351 (2002-2003), déposé le 11 juin 2003 : « le support technique de l'activité et son exercice « à distance » impliquent l'utilisation de l'outil électronique et des réseaux de télécommunication : outre l'Internet, il peut s'agir par exemple du réseau télématique (Minitel), de liaisons spécialisées ou encore, et ce vecteur est en plein essor, le téléphone interactif. »

¹⁴ La directive sur le commerce électronique elle-même dispose, en son article 2, h (ii), que « le domaine coordonné ne couvre pas les exigences telles que :
- les exigences applicables aux biens en tant que tels,

En réalité, la formulation retenue est maladroite, et il convient de s'en remettre à l'interprétation faite par le sénateur Axel Türk lors des travaux préparatoires¹⁵ : « L'activité considérée consiste à « proposer ou assurer » cette fourniture ou cette prestation. Sont ainsi visés aussi bien les propositions de vente de marchandises dont la livraison passe par les procédés traditionnels que les ventes de biens fournis directement par voie électronique tels que des logiciels téléchargeables ou encore l'accès à des services en ligne comme des bases de données d'informations ; ».

Notons enfin que le titre II ne sera applicable qu'aux personnes établies en France, à savoir toutes les personnes y sont installées « d'une manière stable et durable » pour exercer effectivement leur activité, « quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social ».

Ainsi qu'il a été relevé lors des travaux préparatoires¹⁶, cette définition est issue du droit communautaire, et est indépendante de l'emplacement du serveur : « (...) comme l'indique le considérant n° 19 de la directive, cette définition est conforme à celle résultant de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. La directive précise que « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique » et que, « dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique ».

B. Une nouvelle institution juridique : l'offre en ligne

La LCEN insère dans le Code civil un nouvel article 1369-1 qui précise que « l'auteur de l'offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ». Cette disposition risque d'entraîner une discrimination par rapport à l'univers "papier", dans la mesure où seul le cyber-vendeur sera tenu indéfiniment par une offre qui serait encore disponible sur le réseau. Seule limitation prévue par la loi : nul ne peut être lié par une offre qui serait encore accessible « contre son fait ». Le législateur a entendu surtout viser les pages web mises en « cache » dans certains moteurs de recherche tels que Google. En effet, des contenus peuvent subsister, parfois pendant des mois, dans des mémoires « cache » alors qu'ils ont été supprimés de leur page d'origine.

-
- les exigences applicables à la livraison de biens,
 - les exigences applicables aux services qui ne sont pas fournis par voie électronique. "

Le considérant 18 le confirme également : " Les activités telles que la livraison de biens en tant que telle ou la fourniture de services hors ligne ne sont pas couvertes ".

¹⁵ Avis du sénateur Alex Türk, fait au nom de la commission des lois, n° 351 (2002-2003), déposé le 11 juin 2003

¹⁶ Avis du sénateur Alex Türk, fait au nom de la commission des lois, n° 351 (2002-2003), déposé le 11 juin 2003.

C. Les informations préalables obligatoires

Pour le législateur, l'information correcte des parties est la condition *sine qua non* d'un contrat équilibré obtenu moyennant un consentement complet et éclairé. Il a donc soigné tout particulièrement la liste des informations préalables à fournir, en truffant les textes – consommateurs ou non – d'obligations relatives à celles-ci. Ces obligations sont cumulatives avec celles qui encadrent la publicité.

L'article 19 de la LCEN impose ainsi au cyber-vendeur de communiquer une série d'informations¹⁷, qui devront s'ajouter à celles prévues par le code de la consommation¹⁸ si l'acheteur est un consommateur;

En revanche, lorsque l'acheteur agit à titre professionnel, il pourra être dérogé par convention à l'obligation de fournir les informations préalables de l'article 19.

La directive sur le commerce électronique prévoit un « accès facile, direct et permanent » aux informations. Ces exigences ont été reprises telles quelles par la LCEN.

L'accès facile implique que le destinataire ne doive pas chercher désespérément l'information. Elle doit venir à lui logiquement, ce qui est aisé moyennant quelques connaissances en ergonomie et en ayant recours aux technologies récentes. Cette exigence doit être lue en parallèle avec l'obligation prévue par les textes consommateurs de recourir à « tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée » : l'information doit être accessible par le même médium que celui utilisé pour présenter le produit ou le service. Enfin, l'obligation de fournir un accès permanent à ces informations implique que le destinataire de l'offre soit en mesure, à tout stade de la transaction, de revenir aisément sur les informations préalables et de les consulter. A nouveau, la mise en œuvre dans l'environnement électronique est aisée.

¹⁷ Les informations suivantes doivent être communiquées :

- si le vendeur est une personne physique : nom et prénoms
- s'il s'agit d'une personne morale : raison sociale
- adresse géographique
- adresse de courrier électronique
- numéro de téléphone
- numéro registre du commerce (ou autre registre)
- numéro de TVA
- coordonnées de l'autorité de surveillance
- informations spécifiques pour les professions réglementées
- prix et mention des taxes et frais livraison

¹⁸ Voir le nouveau régime des contrats à distance du code de la consommation, tel que modifié par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 prise en vue de transposer la directive 97/7/CE sur les contrats à distance.

Les obligations d'information précitées s'appliqueront aussi aux téléphones portables, qui sont devenus le vecteur de nouvelles formes de commerce électronique : téléchargement de sonneries, jeux et concours, réservations de spectacles, etc.

Les messages courts SMS, et plus récemment les MMS, forment déjà une nouvelle « économie », bien plus rentable que la première du nom, née avec l'ère internet. Toutefois, la multiplication d'informations à afficher par le vendeur pose des problèmes pratiques considérables dans le cas du commerce par téléphonie mobile (aussi appelé M-commerce), car les portables ne sont pas conçus pour afficher autant de données à l'écran (conditions générales, informations sur le vendeur, sur le processus de commande, etc.).

C'est la raison pour laquelle, le législateur a prévu que « les obligations d'information et de transmission des conditions contractuelles visées aux articles 19 et 25 sont satisfaites sur les équipements terminaux de radiocommunication mobile selon des modalités précisées par décret » (article 28).

D. Le consentement complet et éclairé

1. Les informations sur le processus de commande

L'article 1108 du Code civil prévoit que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation ».

L'article 1109 apporte quelques précisions au sujet du consentement : « 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 ». Si l'on excepte les hypothèses du dol et de la violence – heureusement rares –, ce sont principalement les risques d'erreurs du consentement qui inquiètent sur l'internet, en raison de processus de plus en plus automatisés et techniques qui démultiplient les risques de mauvaise utilisation ou de mauvaise compréhension.

La proposition modifiée du 1er septembre 1999 de la directive sur le commerce électronique comportait à l'article 10 des règles concernant le « consentement complet et éclairé ». Bien que ces termes ne soient pas repris dans la version finale de la directive, le même objectif justifie les « informations à fournir » prévues par l'article 10 final.

Ces informations figurent au nouvel article 1369-1 que la LCEN¹⁹ insère dans le 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

¹⁹ Article 25 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

contrat²⁰ ; 4° Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat 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 ».

L'article 1369-1 bénéficie aux consommateurs et aux professionnels, mais ces derniers ont la possibilité d'y déroger par convention contraire.

La manière de fournir ces informations n'est pas précisée dans la LCEN, là où la directive sur le commerce électronique stipulait quelles doivent l'être « de manière claire, compréhensible et non équivoque, avant que le destinataire ne passe sa commande ». Cette omission est regrettable.

2. Les conditions générales de vente en ligne

Le législateur a toujours apporté un soin particulier à l'opposabilité des conditions générales. La démarche est logique : comment en effet prétendre inclure dans la sphère contractuelle un document – généralement défavorable à l'acheteur – si ce dernier n'en a pas pris connaissance et n'a pas marqué son consentement « complet et éclairé » ?

L'article L.113-3 du Code de la consommation impose à tout vendeur de produits ou tout prestataire de services d'informer le consommateur par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié des conditions particulières de la vente.

La LCEN confirme cette obligation transposée à l'univers électronique puisqu'elle insère dans le Code civil un nouvel article 1369-1 rédigé comme suit : « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle en tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait ».

²⁰ Traditionnellement, la langue dans laquelle les informations sont disponibles relève de l'appréciation des États membres. Ainsi, la directive relative aux contrats à distance considère que « l'emploi des langues en matière de contrats à distance relève de la compétence des États membres » (considérant n° 8 de la directive). La directive relative au commerce électronique ne révolutionne pas ce régime, bien qu'elle précise à son article 10, §. 1, que le destinataire doit être informé des « langues proposées pour la conclusion du contrat ». Un des objectifs poursuivis par cette obligation consiste à permettre au destinataire de savoir si la langue proposée pour l'offre est également disponible pour la conclusion du contrat – de nombreux sites proposent en effet une offre en plusieurs langues mais imposent la langue du prestataire au cours du processus de commande ; le législateur a estimé que le destinataire devait en être averti.

La transposition de ces principes à l'univers virtuel suggère l'ajout d'une étape dans le processus de commande, consistant en l'affichage des conditions générales. Celles-ci peuvent naturellement se trouver sur la page d'accueil du site ou sur une page spécifique facilement accessible, mais il paraît indiqué de les incorporer réellement au processus de commande, par exemple par un lien hypertexte au cours de la commande ou mieux encore par l'apparition automatique d'une fenêtre *ad hoc*. La démarche, aisée et peu coûteuse, présente également de multiples avantages pour le vendeur, qui y trouvera un moyen facile de prouver que le consommateur y a eu accès et les a approuvées.

E. La conclusion du contrat en ligne

La LCEN insère dans le Code civil un nouvel article 1369-2 rédigé comme suit : « 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 adressées peuvent y avoir accès ».

Il est fait exception à cette obligation pour les contrats « qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques », ainsi que « dans les conventions conclues entre professionnels » (nouvel article 1369-3 du Code civil).

Le législateur a ainsi consacré le système dit du « double clic » : 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.

Quant à l'accusé de réception par l'auteur de l'offre (le cybermarchand), selon les travaux préparatoires, il n'aurait qu'un « rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle »²¹.

Deux remarques s'imposent toutefois. La première porte sur le formalisme : même si l'informatique allège le poids des formalités prescrites, il demeure que beaucoup d'opérations risquent d'être inachevées, moins par volonté délibérée des parties que par incompréhension du système. Quel sera le sort à réserver à ces contrats – parfois exécutés en tout ou en partie – dont on contestera ensuite la conclusion parfaite ?

La seconde tient à la discrimination du contrat électronique par rapport au contrat papier, dans lequel l'échange de volonté suffit sous réserve de prouver ensuite l'existence et le contenu du contrat. La sécurité juridique recherchée par le législateur risque de déboucher au contraire sur une plus grande insécurité encore.

²¹ Avis n° 608 (2002-2003) de Mme Michèle Tabarot, député, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 février 2003.

F. Ecrits exigés « ad validatem » et conclusion en ligne

La loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a introduit dans le Code civil une définition fonctionnelle de l'écrit permettant de recouvrir tant l'écrit traditionnel sur support physique que l'écrit électronique (nouvel art. 1316 c. civ.).

Toutefois, s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, la doctrine estime, dans sa grande majorité²², que le législateur n'a pas entendu viser les écrits exigés « *ad validatem* ». Ainsi, pour les contrats de consommation qui requièrent l'établissement d'un écrit « *ad validatem* » (par exemple, la stipulation du taux effectif global dans les contrats de prêt : art. L. 313-2 c. consom.), le recours à l'écrit électronique ne serait pas possible.

Cette interprétation n'est en tous cas pas conforme à la directive sur le commerce électronique, qui oblige les États membres à supprimer toutes interdictions ou restrictions concernant l'utilisation des contrats électroniques, sous réserves de certains contrats particuliers (ventes immobilières, contrats notariés, conventions de divorce etc.).

C'est la raison pour laquelle la LCEN insère dans le Code civil un nouvel article 1108-1, rédigé comme suit : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4, et lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317. »²³

G. La responsabilité du cyber-vendeur

L'article 15 de la LCEN introduit un nouveau régime de responsabilité pour les vendeurs à distance:

« Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au

²² P. Catala, Le formalisme et les nouvelles technologies : *Defrénois* 2000, p. 897 ; P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent : *JCP* 2000, I, n°236 ; L. L. Grynbaum, Projet de loi sur la société de l'information : le régime du "contrat électronique" : *D.*, 2002, n°4, p. 378 ; En sens contraire : J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur : *D.*, 2002, n°6, *doct.*, p. 562

²³ En outre, cet article dispose que « Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même. »

consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure »²⁴.

Le même régime de responsabilité est prévu en cas de transaction par voie électronique, mais son champ d'application sera différent :

- en cas de contrat à distance conclu avec un consommateur (par téléphone, fax, internet etc.), le régime s'appliquera à l'égard du professionnel uniquement.
- en cas de contrat électronique conclu avec un consommateur ou un acheteur professionnel, il s'appliquera aussi à l'égard du vendeur non professionnel.

Ce nouveau régime de responsabilité contractuelle « de plein droit » est toutefois vivement critiqué, notamment par le secteur des entreprises de vente à distance²⁵, qui le considère « discriminatoire », dans la mesure où il fait peser sur les cybermarchands des obligations plus lourdes que celles prévues pour les vendeurs traditionnels²⁶. Les professionnels de la vente à distance se plaignent aussi d'un risque de déséquilibre concurrentiel entre les vendeurs français et les vendeurs étrangers, lesquels ne sont pas soumis à pareil régime dérogatoire.

En droit, le nouveau régime institué par la LCEN risque de susciter des problèmes épineux d'interprétation lorsqu'il s'agira de le combiner à d'autres régimes dérogatoires, tels que celui fixé par l'article 23 de 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 »²⁷.

24 Nouvelle rédaction de l'article L.121-20-3 du code de la consommation - Chapitre sur les contrats à distance.

25 Voir le communiqué de presse de la Fédération des entreprises de vente à distance : « Inquiétude de la FEVAD sur la responsabilité des vendeurs à distance et des e-commerçants », 5 mai 2004., disponible sur le site de la FEVAD : <http://www.fevad.com>.

26 Pour rappel, le principe général de la responsabilité contractuelle découle de l'article 1147 du Code civil.

27 En effet, l'article 23 prévoit un régime de responsabilité de plein droit, mais l'article 24 en dispense « les personnes physiques ou morales pour les opérations de réservation ou de vente n'entrant pas dans un forfait touristique, relatives soit à des titres de transport aérien, soit à d'autres titres de transport sur ligne régulière. Si l'opération a lieu en ligne, se posera la question de la présence de la LCEN sur la loi de 1992. S'agit-il d'une loi postérieure qui déroge à la première ? Ou au contraire d'une loi générale qui doit céder le pas à une loi spéciale ?

III. LA CLAUSE « MARCHÉ INTÉRIEUR » ET LES ARTICLES 16 A 18 DE LA LCEN

Les articles 16 à 18 de la LCEN transposent la clause dite de « marché intérieur » visée à l'article 3.1 de la directive sur le commerce électronique.

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

Ainsi, l'article 16 dispose que : « I. - L'activité définie à l'article 14 s'exerce librement sur le territoire national à l'exclusion des domaines suivants :

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

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

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

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

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

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

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

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

5° Des dispositions du code général des impôts ; »

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

L'article 17, quant lui, impose les restrictions suivantes aux prestataires établis dans un autre Etat membre :

« L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.

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

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

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

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

Enfin, des restrictions au cas par cas sont également prévues par l'article 18, dans des conditions à préciser par décret :

« Dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, des mesures restreignant, au cas par cas, le libre exercice de leur activité par les personnes mentionnées à l'article 16 peuvent être prises par l'autorité administrative lorsqu'il est porté atteinte ou qu'il existe un risque sérieux et grave d'atteinte au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'article L. 411-2 du code monétaire et financier. »

Ainsi que le prévoit la directive européenne, de telles mesures devront être proportionnelles aux objectifs d'intérêt général visés à l'article 18 de la LCEN. Elles seront en outre soigneusement contrôlées par la Commission européenne grâce à un système de notification.