

COMMERCE ELECTRONIQUE

Commerce électronique par téléphonie mobile (m-commerce): un cadre juridique mal défini

par Thibault Verbiest et Etienne Wéry

Avocats aux barreaux de Paris et de Bruxelles, associés du Cabinet Ulys, chargés d'enseignement à l'université Paris I Panthéon - Sorbonne

L'ESSENTIEL

Les téléphones portables ne se limitent plus à offrir des services vocaux, ils sont devenus aussi le vecteur de nouvelles formes de commerce électronique : téléchargement de sonneries, jeux et concours, réservations de spectacles, services financiers 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. Mais comme dans toute activité humaine, des règles doivent être respectées. Ces règles résultent tantôt de la simple application du droit commun, tantôt de textes nouveaux spécialement conçus pour réguler les services en ligne.

Notre propos n'est pas de dresser un tableau exhaustif du cadre juridique applicable, mais de mettre l'accent sur quelques contraintes marquantes, notamment en matière de paiements et monnaie électroniques, de publicité et de conclusion de contrats à distance.

I - Les paiements mobiles: tentative de définition et classification

Il peut paraître saugrenu de parler de «tentative de définition», comme si celle-ci n'allait pas de soi. Les mauvaises langues diront que, de la part d'un juriste, ce choix n'est pas surprenant: effectivement, les juristes ne sont-ils pas connus pour voir des difficultés là où il n'y en a pas...?

Et pourtant, la situation est moins claire qu'il n'y paraît.

Le droit voit dans le paiement un mode d'extinction des obligations: le débiteur souhaite éteindre son obligation, quelle qu'elle soit, en désintéressant son créancier. Si l'on se base sur l'énumération donnée par l'article 1234 du code civil, le paiement est même le mode naturel d'extinction des obligations puisqu'il figure tout en haut de la liste¹. Le *Petit Robert* se rapproche assez fidèlement du code puisqu'il le définit de la manière suivante: «ce qu'on donne pour exécuter une obligation et qui éteint cette obligation».

La définition donnée par la Banque des règlements internationaux est d'une orientation plus monétaire puisqu'elle voit dans le paiement un «transfert de la créance monétaire par le payeur à une partie acceptable au bénéficiaire»; cette définition est partagée par la Banque centrale européenne (BCE)².

Sous l'appellation de paiement mobile, la BCE désigne l'utilisation d'un téléphone mobile (*via* un Short Message System [SMS] ou

un appel téléphonique) pour l'émission d'un paiement. Les paiements mobiles étant émis et traités électroniquement, ils font partie intégrante des paiements électroniques.

L'utilisation d'un mobile serait donc le coeur du paiement mobile. La diversité de l'offre actuelle met rapidement en exergue les limites de cette définition:

- Faut-il qualifier de paiement mobile un module de paiement sur un site web utilisant les informations faciales d'une carte de crédit, mais dans lequel une étape consiste à envoyer au client par SMS un code confidentiel supplémentaire généré par le moteur du site? Le téléphone mobile est utilisé dans le cadre du paiement, mais uniquement pour recevoir un SMS confidentiel valable pour une seule transaction;

- Que dire du client qui achète en ligne un bouquet de fleurs pour son épouse pendant qu'il attend à l'aéroport et paye avec sa carte de crédit, en utilisant son PC relié à l'internet grâce à une connexion mobile?

- Et si le gentil mari évoqué au point précédent venait à utiliser son *smartphone* au lieu de son PC, son paiement serait-il plus ou moins mobile?

- Peut-on encore parler de paiement mobile lorsqu'un client se connecte au site de sa banque en utilisant son mobile, et règle sa facture d'électricité domestique par un versement de compte à compte? Et si ce même client, habitué à effectuer des versements en utilisant le serveur vocal de sa banque grâce à sa ligne fixe, fait un versement *via* le serveur vocal mais utilise son téléphone mobile?

En l'état actuel, il ne nous semble pas qu'il y ait une réponse unique à ces questions, mais autant de réponses valables que d'individus interrogés.

La situation, déjà compliquée, serait toutefois relativement simple si le m-payment était à tout le moins superposable au m-commerce. Las! ce n'est pas le cas, car le m-commerce lui-même est difficilement définissable:

- S'agit-il des transactions commerciales qui ont lieu entièrement *via* un terminal mobile? Dans ce cas, le paiement d'une place de parking avec un téléphone mobile est du m-commerce.

(1) Les obligations s'éteignent, par le payement; la novation; la remise volontaire; la compensation; la confusion; la perte de la chose; la nullité ou la rescision; l'effet de la condition résolutoire; la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier.

(2) BRI-BIS, *Committee on Payment and Settlement Systems, A glossary of terms used in payments and settlement systems*, January 2001, revised July 2001; BCE-ECB, *Blue Book Payment and securities settlement systems in the European Union*, Annex 4: Glossary, June 2001, cités par http://www.bcl.lu/pdf/cahier_etudes/cahier_etude_10.pdf

- S'agit-il des transactions que l'article L. 121-16 du code de la consommation qualifie de contrat à distance (V. *infra* sur cette notion)? Logiquement, on analysera alors comme du m-commerce le contrat de courtage de vente donné par téléphone à un agent immobilier, qui facture ensuite sa prestation par une facture honorée *via* un versement bancaire imprimé sur papier.

- S'agit-il plutôt des transactions qui ont pour objet un contenu délivré sur un terminal mobile? Mais qu'est ce qu'un terminal mobile? un téléphone mobile, un PC utilisant une connexion mobile, un *smartphone*, etc.? La même base de données accédée depuis un *smartphone* ou un PC fixe utilisant une connexion terrestre est-elle, selon le cas, du m-commerce? Et que dire du téléchargement d'un logo pour son téléphone mobile si ce logo est ensuite utilisé comme fond d'écran d'un téléphone fixe numérique?

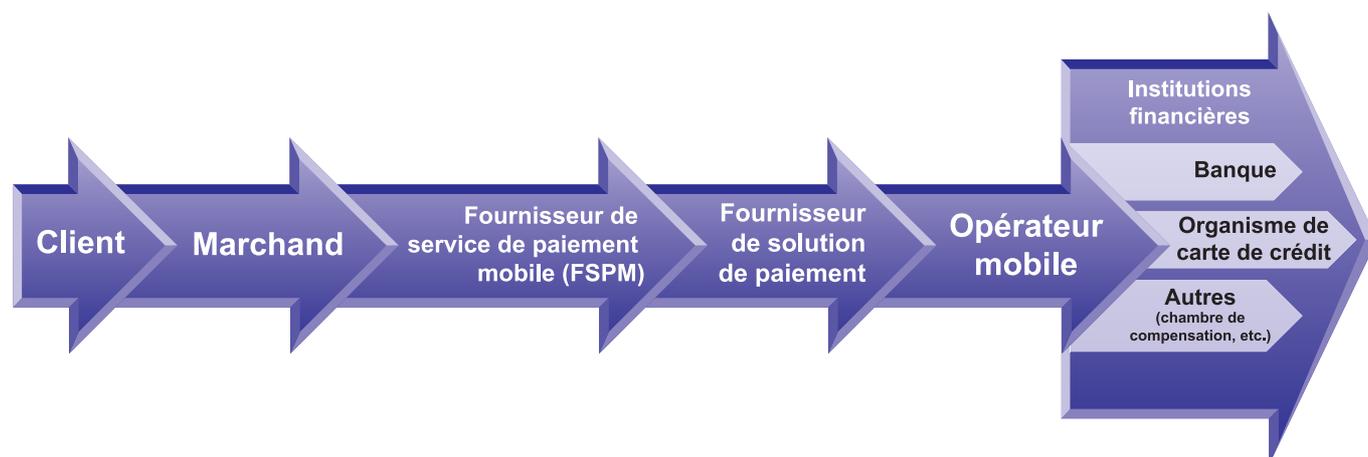
- S'agit-il des transactions commerciales dans lesquelles le terminal mobile est utilisé comme moyen de paiement? Alors, le plombier qui répare une fuite et réclame un paiement immédiat grâce à son mobile équipé d'un système de paiement fait du commerce mobile sans en être conscient!

Ici aussi, toutes les réponses sont bonnes tant qu'elles sont argumentées.

quables est celle de l'ART (Autorité de régulation des télécommunications). Le mandat donné aux enquêteurs était «d'établir une typologie des différentes solutions de paiement à partir d'un *téléphone mobile* [nous soulignons] exploitées commercialement». L'ART a donc fait un choix arbitraire de considérer que les paiements mobiles sont ceux qui utilisent un téléphone mobile. C'est le résultat de cette enquête que nous allons présenter avec l'aimable accord de l'ART.

Cette typologie est fondamentale car elle permet de décortiquer la chaîne de valeur du paiement et de distinguer les rôles des nombreux intervenants. Or, cette différenciation des rôles est un élément essentiel lorsqu'il s'agit de négocier les relations contractuelles des intervenants et, en cas de problème, de dégager l'éventuelle responsabilité des uns et des autres.

Il est vrai que le nombre d'intervenants dans un paiement mobile est impressionnant, et que la structure contractuelle est en conséquence complexe. Il n'est pas rare que les métiers suivants collaborent pour assurer, du début à la fin, le paiement :



Source : IDATE1

L'objectif de cette «tentative» de définition n'est pas de semer le trouble. La volonté est ailleurs. A l'heure où la matière est en pleine ébullition, il faut lancer un vibrant appel au législateur pour qu'il reste technologiquement neutre : adopter un cadre qui soit le plus possible détaché de la technologie, afin que les moyens nouveaux que le marché produira s'insèrent petit à petit dans la législation. C'est déjà ce *leitmotiv* qui a présidé, avec succès, à l'adoption des règles relatives à la signature électronique : bien que la cryptographie à clés asymétriques soit, au stade actuel, la première technologie qui vient à l'esprit, le droit est prêt pour accueillir sans heurt les nouveaux outils comme la biométrie.

Ce(t) (r)appel est plus important qu'il n'y paraît à l'heure où le législateur européen ne cache plus sa volonté de transformer en directive la recommandation 97/489/EC du 30 juillet 1997, concernant les transactions effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique et en particulier la relation entre émetteur et titulaire.

Typologie des paiements mobiles

Devant l'impossibilité de définir, certains organismes de régulation ont tenté de classer. L'une des initiatives les plus remar-

Choix des critères

a) *La méthode de paiement* - Le critère déterminant retenu pour établir la typologie est la *méthode de paiement* ; il est en effet apparu aux enquêteurs que c'est celui-là qui permet le mieux de différencier les différentes structures de chaînes de valeur et les relations entre les intervenants. Six méthodes ont été identifiées :

- Facture postpayée : paiement *via* la facture mensuelle de l'opérateur mobile adressée au client ;
- Compte prépayé : paiement par débit direct sur le compte prépayé mobile du client, géré par l'opérateur mobile ;
- Débit direct : paiement par débit direct sur un compte bancaire du client (par exemple grâce à une carte de débit bancaire ou une autorisation de prélèvement sur compte bancaire) ;
- Carte de crédit ;
- Porte-monnaie réseau : paiement par prélèvement sur un compte prépayé spécifique (aussi appelé porte-monnaie électronique, ou *Stored Value Account* [SVA]), dédié aux paiements mobiles, et géré dans le réseau par le fournisseur de service de paiement mobile ;
- Porte-monnaie terminal : paiement par prélèvement sur un compte prépayé (ou porte-monnaie électronique), dédié aux paie-

ments mobiles et hébergé sur le terminal mobile du client, en *software* ou en *hardware*.

b) *La technologie d'accès* - Un autre critère particulièrement déterminant est la technologie d'accès utilisée³. Il en existe plusieurs ; le marché en invente sans cesse de nouvelles : SMS, WAP, i-mode, internet, serveur vocal interactif, USSD (*Unstructured Supplementary Services Data* qui permet l'échange de textes courts entre un téléphone mobile et une application).

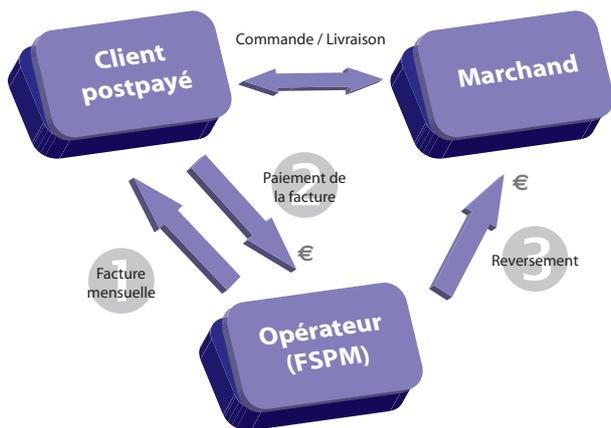
c) *La combinaison des critères* - Il n'y a pas de corrélation entre la méthode de paiement et la technologie d'accès utilisée, de sorte que, pour une méthode de paiement donnée, l'ensemble des technologies d'accès sont *a priori* utilisables. Cela dit, les deux critères se combinent aisément dans un tableau simple comprenant, en abscisse, la méthode de paiement, et, en ordonnée, la technologie d'accès :

	Facture postpayée	Compte prépayé	Débit direct	Carte de crédit	Porte-monnaie réseau
SMS					
WAP/i-mode					
Internet					
Vocal					
USSD					

Chaîne de valeur des systèmes reposant sur une facture post-payée

Dans ce type de paiement, le fournisseur de service de paiement (FSPM) est l'opérateur lui-même. De plus, ce modèle ne met pas en jeu directement un acteur financier dans le processus de paiement mobile.

Mécanismes de paiement dans le cas d'un paiement sur facture postpayée



- 1 **Facture mensuelle** : L'opérateur intègre directement le montant des paiements sur la facture mobile de son client postpayée et demande le paiement périodiquement (tous les mois en général).
- 2 **Paiement de la facture** : Le client paie la totalité de sa facture (communications et achats hors communication) à l'opérateur selon une des méthodes qui lui sont offertes : débit direct sur son compte bancaire, carte de crédit, chèque bancaire, etc.
- 3 **Reversement** : L'opérateur reverse une partie des paiements au marchand selon l'accord préalablement conclu entre les deux parties

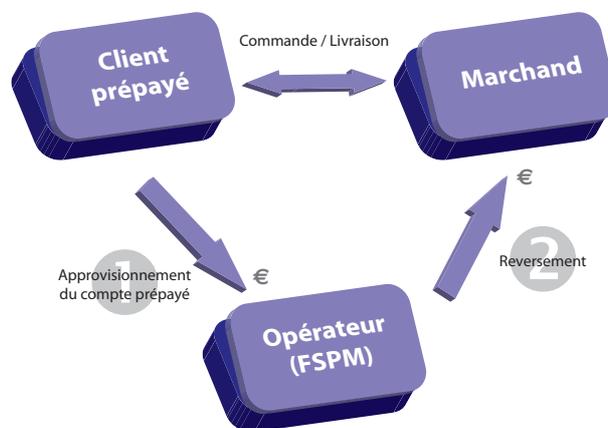
Source : IDATE2

Il faut associer à ce schéma les SMS surtaxés très couramment utilisés pour voter à une émission de télévision, télécharger une sonnerie ou un logo, recevoir un horoscope, etc.

Chaîne de valeur des systèmes reposant sur un compte prépayé

Ici aussi le FSPM est l'opérateur lui-même et il n'y a pas d'acteur financier directement impliqué dans le processus (sauf, le cas échéant, celui qui permet de recharger le compte). La différence est que le paiement est prépayé par le client, au travers de son compte prépayé mobile (donc utilisé également pour le paiement des communications mobiles). Par conséquent, l'opérateur détient par avance la valeur du bien ou service acheté par le client.

Mécanismes de paiement dans le cas d'un paiement sur compte prépayé mobile



- 1 **Approvisionnement du compte prépayé** : Le client alimente son compte prépayé chez l'opérateur mobile. Il a plusieurs méthodes à sa disposition : acheter une carte chez un détaillant ; autoriser un prélèvement direct sur son compte bancaire, recharger par carte de crédit dans un DAB, etc.
- 2 **Reversement** : Lorsque le client initie un paiement, l'opérateur vérifie le solde du compte et autorise la transaction si le montant du compte prépayé est suffisant. Une fois la livraison effectuée, l'opérateur reverse au marchand une partie du montant de la transaction, selon l'accord préalablement conclu entre les deux parties, et débite le compte prépayé du client.

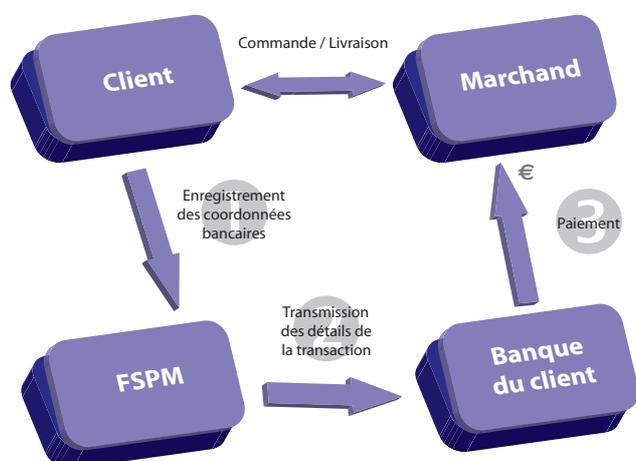
Source : IDATE3

Chaîne de valeur des systèmes reposant sur un débit direct

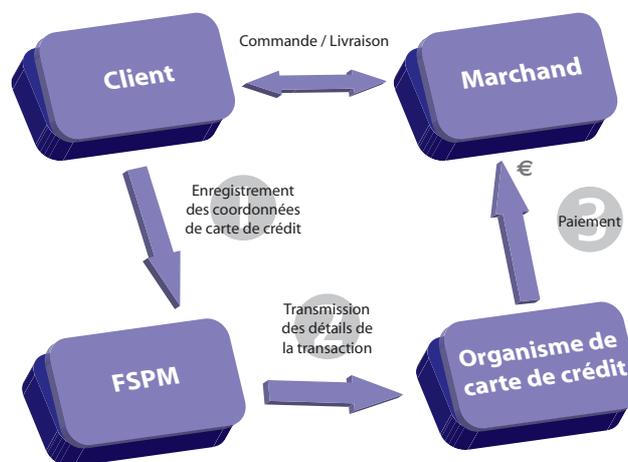
Dans ce type de paiement, une relation directe est nécessaire entre le FSPM et la banque du client. En pratique, cela implique que le FSPM ait établi des accords avec la plupart des banques du pays concerné, afin de pouvoir offrir le service à un grand nombre de clients. Il est possible également qu'un intermédiaire prenne ce rôle et assure le lien entre FSPM et banques. Enfin, il est possible que le FSPM ne supporte le débit direct qu'avec quelques banques nationales clés, mais, en contrepartie, il propose le paiement par carte de crédit (autre chaîne de valeur analysée ci-après).

(3) Bien entendu, d'autres critères sont imaginables ; on songe par exemple à la différence entre micro et macro-paiement.

Mécanismes de paiement dans le cas d'un débit direct sur le compte bancaire du client



Mécanismes de paiement dans le cas d'un paiement par carte de crédit



Enregistrement des coordonnées bancaires

Le client s'enregistre préalablement auprès du fournisseur de service de paiement (FSPM) pour pouvoir utiliser le service de paiement, en donnant les informations relatives à sa carte de débit bancaire ou au compte sur lequel le montant du paiement doit être prélevé.

Transmission des détails de la transaction

Lorsqu'un paiement est effectué, le FSPM transmet les détails de la transaction à la banque du client, qui vérifie la solvabilité du compte en fonction du montant du paiement.

Païement

La banque paie le marchand, en débitant le compte du client et créditant le montant de la transaction sur le compte bancaire du marchand.

Source : IDATE4

Enregistrement des coordonnées de carte de crédit

Le client s'enregistre auprès du fournisseur de service de paiement (FSPM) pour pouvoir utiliser le service de paiement, en donnant les informations relatives à sa carte de crédit.

Transmission des détails de la transaction

Lorsqu'un paiement est effectué, le FSPM transmet les détails de la transaction à l'organisme gestionnaire du réseau de carte de crédit.

Païement

L'organisme de carte de crédit prélève le montant de la transaction sur le compte bancaire du client et paie le marchand, en virant le montant de la transaction sur son compte bancaire.

Source : IDATE5

Chaîne de valeur des systèmes reposant sur une carte de crédit

Le mécanisme est relativement similaire au cas précédent (débit direct), si ce n'est que la nature de l'acteur financier impliqué diffère: il s'agit cette fois d'un gestionnaire de réseaux de carte de crédit.

Chaîne de valeur des systèmes reposant sur un porte-monnaie réseau

Le principe du porte-monnaie électronique (réseau ou terminal) est de créer un compte spécifique pour effectuer des achats. Dans le cas du porte-monnaie réseau, ce compte est hébergé dans le réseau par le fournisseur de service de paiement et/ou par un acteur financier associé (V. schéma A, p. ???).

Chaîne de valeur des systèmes reposant sur un porte-monnaie terminal

A la différence du porte-monnaie réseau, la technologie du porte-monnaie terminal consiste à héberger le compte prépayé sur le terminal mobile du client, soit dans un élément de *software* sécurisé ou bien dans un élément de *hardware* spécifique (la carte SIM par exemple qui devient une *m-purse* ou une *mobile electronic purse*) (V. schéma B, p. ???).

II - M-commerce et protection de l'utilisateur

Souvent, l'utilisateur de services mobiles payants est un consommateur, au sens de l'article 2 de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance: «toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle».

Dans ce cas, toute transaction opérée *via* le terminal portable sera qualifiée de contrat à distance au sens de l'article L. 121-16 du code de la consommation: «Les dispositions de la présente section

(Schéma A)

Mécanismes de paiement dans le cas d'un paiement avec un porte-monnaie électronique hébergé dans le réseau



* Une institution financière, adossée au FSPM, n'est pas toujours présente dans ce modèle

Le client s'enregistre auprès du fournisseur de service de paiement (FSPM) pour :

- 1- créer son porte-monnaie électronique
- 2- définir les modalités d'alimentation du compte (prélèvement sur compte bancaire, carte de crédit).

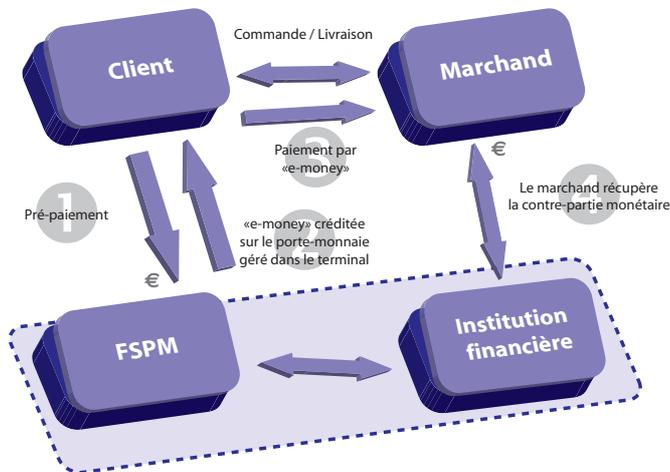
Il est possible, comme indiqué sur la figure, qu'une institution financière soit en charge de la gestion des comptes ainsi créés. Des contraintes, notamment d'ordre juridique, peuvent en effet limiter le FSPM, dans des activités de gestion de comptes prépayés dédiés à des achats de produits et services divers.

Lorsqu'un paiement est effectué, le FSPM et/ou l'institution financière à laquelle il est adossé vérifie le solde du porte-monnaie électronique, paie le marchand, si le montant le permet, et débite le porte-monnaie.

Source : IDATE6

(Schéma B)

Mécanismes de paiement dans le cas d'un paiement avec un porte-monnaie électronique hébergé dans le terminal du client



Le client s'enregistre auprès du fournisseur de service de paiement (FSPM) pour :

- 1- créer son porte-monnaie électronique
- 2- définir les modalités d'alimentation du compte (prélèvement sur compte bancaire, carte de crédit).

Il est possible, comme indiqué sur la figure, qu'une institution financière soit en charge de la gestion des comptes ainsi créés.

Lorsque le client fait un versement pour alimenter son porte-monnaie électronique, le FSPM crédite son porte-monnaie du montant versé, sous forme de « e-money », reconnue par l'ensemble des marchands qui ont adhéré au système de paiement.

Lorsque le client effectue un paiement auprès d'un marchand adhérent au système, il envoie directement son paiement par « e-money » au marchand.

Le marchand perçoit la contrepartie monétaire de l'« e-money » perçue auprès du FSPM et/ou l'institution financière à laquelle il est associé.

Source : IDATE7

s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance»⁴.

Cette définition couvre toutes les techniques traditionnelles de vente à distance (correspondance, télécopieur, téléphone), ainsi que les nouvelles technologies de communication (internet, WAP, SMS, i-mode, UMTS, etc.). Pour que le régime protecteur des contrats à distance s'applique, il est nécessaire que le contrat soit réellement conclu à distance grâce à la technique de communication. Ainsi, le régime sera inapplicable si le consommateur s'est contenté de nouer un contact à distance avec le vendeur (via un site web par exemple), mais a finalement passé commande dans son magasin.

(4) V. T. Verbiest, Le nouveau droit du commerce électronique, LGDJ, 2005, à paraître.

Conséquence de cette qualification : toutes les obligations, notamment d'information, prescrites par les dispositions de la section 2 (« Ventes de biens et fournitures de prestation de services à distances ») du titre II du code de la consommation seront applicables, avec les difficultés pratiques que cela pose, et que nous examinerons.

Toutefois, si le service mobile en cause est un service financier ou d'assurance, la transaction sera régie par un autre texte : 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 consommateurs⁵.

Par ailleurs, que le service offert par téléphonie mobile soit proposé à un professionnel ou un consommateur, celui-ci sera qualifiable de service de la société de l'information. La directive sur le

(5) JOCE 9 oct. 2002; la directive est sur le point d'être transposée en France au moment où nous écrivons ces lignes. V. la loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 portant habilitation du gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en oeuvre certaines dispositions du droit communautaire (JO 19 mars).

commerce électronique, adoptée le 8 juin 2000, s'applique aux «services de la société de l'information»... qu'elle ne définit pas directement. Son article 2 renvoie en effet à la définition contenue à l'article 1er, § 2, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information ⁶.

Cet article définit les services de la société de l'information comme étant : «tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services».

Conséquence de cette autre qualification : les services interactifs par téléphonie - même gratuits - seront soumis à un régime spécifique, que nous détaillerons ci-après.

La publicité

Qualification et conséquences juridiques

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.

Confrontée à ce flou législatif, la jurisprudence a fait oeuvre 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» ⁷, «ainsi que sur les caractéristiques des biens ou des services proposés» ⁸.

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 loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après LCEN). Il a toutefois introduit une définition de la «prospection directe» par courrier électronique, qui en est directement inspirée (art. L. 33-4-1 nouveau c. postes et comm. électr. et art. L. 121-20-5 c. consom.). Cette initiative est malheureuse car nul doute que le texte français sera jugé contraire à la directive européenne sur ce point...

Dès qu'un message est qualifié de publicité, il est soumis à une réglementation développée tant au niveau européen que national. Les principes directeurs de cette réglementation peuvent être classés comme suit : identification de la publicité en tant que telle ⁹ ; transparence et loyauté ¹⁰ ; interdiction de la publicité trompeuse ; autorisation conditionnelle de la publicité comparative ¹¹.

(6) JOCE L 204, 21 juill. 1998, p. 37, mod. par Dir. 98/48/CE, JOCE L 217, 5 août 1998, p. 18.

(7) Cass. crim. 12 nov. 1986, Bull. crim., n° 861.

(8) Cass. crim. 14 oct. 1998, D. 2000, Somm. p. 130, obs. M.-H. Gozzi, et Somm. p. 281, obs. O. Tournafond ; RTD com. 1999, p. 526, obs. B. Bouloc ; JCP éd. E 1998, Pan. p. 1904.

(9) En vertu de l'art. 6 de la directive sur le commerce électronique, toute communication commerciale doit être clairement identifiable comme telle.

(10) Selon l'article 6 de la directive précitée, «(...) la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la communication commerciale est faite doit être clairement identifiable».

(11) Pour une analyse des règles et obligations applicables à la publicité en ligne, ainsi que des sanctions qui y sont attachées en cas de violation : T. Ver-

Cette réglementation s'appliquera sans conteste au m-commerce dès lors que le terminal mobile serait le support d'un message publicitaire. L'on pense, notamment, aux messages affichés sur l'i-mode ou les nouveaux services de géolocalisation qui permettent à un utilisateur d'être averti d'une promotion quand il passe devant le magasin où se déroule la promotion ¹²...

Le courrier électronique et le *spamming* ¹³

Le courrier électronique peut également être utilisé pour des envois massifs et non sollicités de messages à vocation commerciale. Cette technique est qualifiée de *spamming* ou, pour utiliser un néologisme plus gallican, de «publipostage». Ces envois constituent naturellement une publicité et sont soumis en conséquence aux contraintes introduites par les législations en vigueur ; leur spécificité les fait également tomber sous le coup de certaines législations particulières que nous allons examiner ci-après.

Le régime de l'*opt-in* est applicable aux messages électroniques publicitaires sur portables (SMS, MMS, etc.)

Selon l'article 2, *h*, de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002, 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, 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...

Aujourd'hui, la LCEN consacre aussi le régime de l'*opt-in* pour les courriers électroniques, conformément à la directive «vie privée dans les communications électroniques» : «Est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen» ¹⁴ (art. 22).

La LCEN 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».

biest, La protection juridique du cyberconsommateur, Litec, 2002 ; Le nouveau droit du commerce électronique, LGDJ - Larcier, 2004, à paraître.

(12) Ce service commence déjà à être testé en Angleterre avec plus ou moins de réussite. Il pose également des problèmes en termes de vie privée, mais cette question sort du cadre de la présente contribution.

(13) Les Canadiens ont également inventé le mot *pourriel*.

(14) Art. L. 121-20-5 c. consom. portant application du nouvel art. 33-4-1 c. postes et comm. électr.

L'on comprend immédiatement la difficulté de fournir pareille information *via* un écran de téléphone portable (du moins lorsqu'il s'agit des appareils actuels).

Les formes de *spamming* sur téléphone portable ont inspiré le législateur, qui a prévu la possibilité d'adopter un décret en Conseil d'Etat afin de préciser, en tant que de besoin, les conditions d'application des dispositions anti-spam de la LCEN, «notamment eu égard aux différentes technologies utilisées» (art. 22) ¹⁵.

L'offre

L'offre en vente correspond à la mise en vente d'un produit ou d'un service, c'est-à-dire à la volonté de vendre immédiatement à son client à l'endroit où se fait le contact avec celui-ci. En règle générale, une communication commerciale contenant tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat (description du produit ou du service, prix, démarche à suivre pour commander le produit ou le service) est une offre.

Les offres sont soumises à des contraintes légales plus lourdes que les publicités, précisément parce qu'un simple «oui» débouche sur la conclusion du contrat.

Ces contraintes sont d'autant plus importantes lorsque l'offre est destinée à des consommateurs. Dans ce cas, le vendeur devra se conformer aux prescriptions de la directive 97/7/CE sur les contrats à distance ¹⁶, transposée en France par l'ordonnance du 23 août 2001 modifiant les articles L. 121-16 à L. 121-20-10 du code de la consommation.

En ce qui concerne les contrats électroniques, le dispositif communautaire est en outre complété par la directive sur le commerce électronique, transposée en France par la LCEN, qui vient ajouter trois articles au code civil (art. 1369-1 à 1369-3).

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.

Dans la directive sur le commerce électronique, l'obligation d'information pèse sur le «prestataire de services» ¹⁷, et bénéficie à tout «destinataire du service», c'est-à-dire «toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible».

(15) Ainsi que le consacrent déjà les jurisprudences allemande et autrichienne, le *spamming* par SMS est susceptible de constituer une atteinte au droit de la personnalité. En effet, dans un jugement rendu le 14 janvier 2003, le *Landgericht* de Berlin (TGI) a estimé que l'envoi de messages publicitaires par SMS à un particulier est une atteinte à son droit de la personnalité et est, dès lors, illicite. En Autriche, le Tribunal administratif de la Styrie a rendu le 29 mars 2002 une décision similaire, puisqu'il constate également une atteinte à la sphère privée du demandeur, victime de spam par SMS. V. T. Verbiest, Commerce électronique: le nouveau cadre juridique, Litec, 2004.

(16) Cons. UE, dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, JOCE L 144, 4 juin 1997.

(17) Le prestataire de services est défini à l'art. 2, b), comme «toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information».

Seront notamment visées les informations à fournir lors de «la passation d'une commande par voie électronique». Ainsi, l'article 1369-1 du code civil exige qu'un dispositif soit mis en place afin de permettre aux destinataires des services d'identifier et corriger les éventuelles erreurs. Elle impose également qu'un accusé de réception de la commande soit adressé au destinataire du service. Ces obligations sont cumulatives avec celles existant par ailleurs (code de la consommation, etc.).

Par souci de clarté, dans le tableau qui suit, nous avons regroupé les informations préalables en quatre catégories ¹⁸:

- les informations sur le vendeur que l'on trouve principalement - mais pas uniquement - dans la directive sur le commerce électronique (et la LCEN);
- les informations relatives au produit ou au service proposé à la vente, issues de la directive sur les contrats à distance (code de la consommation) et la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs;
- les informations sur le prix du produit ou du service;
- les informations précontractuelles sur le processus de commande introduites par la directive sur le commerce électronique (et la LCEN) (*V. tableau p. ??????*).

Comment ces informations doivent-elles être fournies? Les textes européens et nationaux peuvent être regroupés à cet égard en deux catégories suivant le destinataire de l'offre: consommateur d'un côté, et toute personne utilisant un service de la société de l'information d'un autre côté:

Dans le premier cas, les informations doivent être fournies «de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée» (art. 4, § 2, de la directive relative aux contrats à distance). Ces précisions tendent à empêcher les vendeurs d'utiliser les ressources de la technique pour dissimuler certaines informations au profit d'autres.

En principe, l'obligation d'utiliser «tout moyen adapté à la technique de communication à distance» devrait impliquer que le vendeur ne puisse se contenter de préciser sur le terminal mobile du consommateur que l'information préalable est disponible sur un autre support (par exemple: un site web ou un catalogue papier). Il appartiendra toutefois à la jurisprudence de se prononcer, en faisant preuve le cas échéant de pragmatisme (*V. infra*).

Dans le second cas, la directive sur le commerce électronique prévoit un «accès facile, direct et permanent» aux informations. L'accès facile implique que le destinataire ne doive pas chercher désespérément l'information.

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. La mise en oeuvre de ces principes dans un environnement web est aisée. Tel n'est pas le cas dans l'environnement mobile, du moins en l'état actuel de la technique.

En effet, les obligations d'information précitées, imposées par les législations sur les contrats à distance et le commerce électronique, s'appliqueront aussi aux téléphones portables. Toutefois, la multiplication d'informations à afficher par le vendeur pose des problèmes pratiques considérables dans le cas du commerce par téléphonie mobile, car les portables ne sont pas conçus pour afficher autant de

(18) Il faut également y ajouter les informations imposées par le droit commun de la consommation (art. L. 111-1 et 2, L. 113-3 c. consom.).

Informations	Code de la consommation	Loi sur la confiance dans l'économie numérique	Directive services financiers à distance
<i>Bénéficiaire</i>	<i>Consommateur</i>	<i>Consommateur + professionnel (article 19)</i>	<i>Consommateur</i>
informations sur le vendeur	<ul style="list-style-type: none"> ■ identité ■ adresse ou siège social ■ numéro de téléphone 	<ul style="list-style-type: none"> ■ personne physique : nom et prénoms ■ 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 	<ul style="list-style-type: none"> ■ identité et activité principale (+ identité du représentant du fournisseur) ■ adresse (+ adresse du représentant du fournisseur) ■ numéro registre du commerce ou registre public similaire ■ coordonnées de l'autorité de surveillance compétente
informations sur le produit ou le service	<ul style="list-style-type: none"> ■ caractéristiques du produit ou du service ■ frais de livraison ■ modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ■ existence d'un droit de rétractation ■ coût de l'utilisation de la TCD, lorsqu'il est calculé sur une autre base que le tarif de base ■ durée de validité de l'offre et du prix ■ durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service ■ limitations éventuelles de responsabilité ■ conditions particulières de vente 		<ul style="list-style-type: none"> ■ mêmes informations que Code de la consommation + ■ information en cas d'absence d'un droit de rétractation ■ modalités pratiques pour exercer le droit de rétractation ■ informations sur les risques de certains instruments financiers ■ taxes ou frais non acquittés ou facturés par le fournisseur ■ possibilité de résilier unilatéralement le contrat ■ droit applicable et juridiction compétente ■ langues utilisées dans le cadre des relations avec le consommateur ■ existence et modalités éventuelles de procédures extrajudiciaires ■ existence de fonds de garantie
informations sur le prix	<ul style="list-style-type: none"> ■ prix TTC 	Article 19 : prix + mention des taxes et frais livraison	<ul style="list-style-type: none"> ■ prix, y compris les taxes afférentes ■ en cas de variation du prix entre l'information et la conclusion du contrat : mention des éléments permettant au consommateur de vérifier le prix
informations sur la commande		Article 25 : <ul style="list-style-type: none"> ■ étapes à suivre pour conclure le contrat, ■ moyens pour identifier et corriger les erreurs avant la passation de la commande, ■ archivage et accès, ■ les langues proposées pour la conclusion du contrat. ■ Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ langues utilisées dans le cadre des relations avec le consommateur

Informations	Code de la consommation	Loi sur la confiance dans l'économie numérique	Directive services financiers à distance
Présentation des informations	<ul style="list-style-type: none"> ■ caractère commercial non équivoque ■ information claire et compréhensible ■ par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée 	<ul style="list-style-type: none"> ■ accès facile, ■ accès direct, ■ accès permanent 	<ul style="list-style-type: none"> ■ caractère commercial non équivoque ■ information claire et compréhensible ■ par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ■ en tenant compte des principes de bonne foi et de protection des mineurs
Moment où les informations doivent être accessibles	<ul style="list-style-type: none"> ■ au plus tard lors de l'offre 		<ul style="list-style-type: none"> ■ en temps utile avant la conclusion du contrat

données à l'écran (conditions générales, informations sur le vendeur, sur le processus de commande, etc.).

Contrairement au législateur européen, qui n'avait manifestement pas anticipé cette évolution, le législateur français, dans sa loi de transposition de la directive sur le commerce électronique¹⁹, a prévu qu'un décret pourra préciser les modalités de transmission des informations et conditions contractuelles lorsqu'il est fait usage d'équipement terminaux de radiocommunication mobile²⁰.

La confirmation des informations préalables

Le nouvel article L. 121-19 du code de la consommation prévoit que le consommateur doit recevoir, «en temps utile et au plus tard au moment de la livraison», confirmation des informations qui lui ont été données avant le contrat. Cette confirmation doit être faite «par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition».

Concernant les services, conformément à la directive, la loi française précise que, dans le cas de services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication à distance ou lorsque ces services sont fournis en une seule fois et que leur facturation est effectuée directement par l'opérateur de la technique de communication, les obligations d'information énoncées ci-dessus ne sont pas requises. Néanmoins, le consommateur doit être informé de l'adresse géographique de l'établissement du vendeur où il peut présenter ses réclamations. Cette exception vise par exemple les services de vidéo à la demande, de consultation de bases de données, etc., qui peuvent aussi être disponibles sur téléphones portables (des services WAP ou i-mode par exemple). Dans ce cas, le consommateur ne recevra pas de confirmation; il devra toutefois être informé de l'adresse géographique où il pourra adresser d'éventuelles réclamations.

Le support durable n'est pas défini par la directive sur les contrats à distance. Par contre, l'article 2, f, de la directive relative aux services financiers à distance, qui utilise le même terme, est plus explicite et y voit «tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées».

Selon cette définition, un support sera durable s'il garantit la stabilité («stockage»), la lisibilité («consultation») et l'inaltérabilité («reproduction exacte»). La durabilité du support sera fonction des objectifs poursuivis par les informations qui doivent être fournies au consommateur. La durée de conservation est donc limitée dans le temps, en fonction de la finalité de l'information visée. S'agissant des contrats conclus à distance avec des consommateurs, cette durée devrait logiquement être égale aux délais de prescription des actions contractuelles²¹.

En pratique, quels seront ces supports durables? Le considérant 20 de la directive sur les services financiers à distance donne quelques exemples: disquettes informatiques, CD-ROM, DVD, et disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké. Toutefois, le même considérant exclut expressément «les sites internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables».

Les techniciens et les juristes auront bien sûr d'immenses difficultés à concilier ce régime avec le commerce par téléphones portables, lesquels ne disposent ni d'un disque dur ni d'une possibilité immédiate d'impression²². En particulier, la mémoire du téléphone stockant les SMS pourrait-elle être assimilée à un support durable? La question reste ouverte, et il appartiendra le cas échéant aux juges de trancher. A terme, l'industrie devra peut-être imaginer l'intervention de tiers de confiance chargés de stocker les informations contractuelles à des fins probatoires.

Le droit de rétractation

Le nouvel article L. 121-20 du code de la consommation stipule que le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour (...). Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant». Les premières décisions devront interpréter la durée précise du droit de rétractation et plus particulièrement sa compatibilité avec le droit européen: la directive parle de jours ouvrables et non de jours francs.

(21) M. Demoulin, La notion de «support» durable dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?, Rev. eur. dr. consom 4/2000, p. 363-365. Selon cet auteur, la définition du support durable n'est pas différente de celle consacrée en matière d'écrit depuis la réforme du code civil, de sorte qu'il s'agirait d'une notion superflue.

(22) Un opérateur pourrait toutefois permettre des impressions à distance des informations reçues sur portable, par exemple via un télécopieur. Cette solution est déjà proposée aux Etats-Unis.

(19) Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

(20) Art. 28.

Lorsque le fournisseur omet la confirmation des informations précitées, parmi lesquelles l'existence et les modalités du droit de renonciation, la durée est portée à trois mois. Le code de la consommation, suivant en cela la directive européenne, a néanmoins introduit un «droit de repentir» pour le fournisseur: lorsque la confirmation des informations parvient au consommateur au cours de ce délai de trois mois, la durée du droit de renonciation est à nouveau ramenée à sept jours à compter du lendemain du jour de la réception de la confirmation.

Le délai prend cours, pour les biens, au jour de leur réception par le consommateur, et pour les services, au jour de l'acceptation de l'offre.

Dans certaines hypothèses, l'article L. 121-20-1 du code de la consommation supprime le droit de rétractation sauf si les parties en ont convenu autrement. C'est qu'il a paru malaisé de maintenir ce droit dans certains types de contrats, notamment pour les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours (par exemple les téléchargements payants de fichiers musicaux sur portables).

III - L'application aux opérateurs mobiles du statut d'établissement de monnaie électronique

L'article 1er de la directive 2000/46/EC, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, définit la monnaie électronique de la manière suivante: «une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est:

- «- stockée sur un support électronique;
- «- émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise;
- «- acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur».

Les trois conditions sont naturellement cumulatives.

C'est un règlement n° 2002-13 du Comité de réglementation bancaire et financière «relatif à la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique» qui a transposé en droit français la directive 2000/46/EC.

Selon ce texte la monnaie électronique est composée d'«unités» dont chacune «constitue un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté comme moyen de paiement... par des tiers autres que l'émetteur».

Depuis quelque temps, les opérateurs mobiles s'inquiètent de l'application, à leurs activités, de la législation sur la monnaie électronique quand les unités prépayées permettent d'acheter, outre des minutes de communications, d'autres services et/ou produits payés grâce au débit de ces unités²³.

Il est vrai que la définition de la monnaie électronique a de quoi les effrayer:

- «une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur». Si l'on considère que l'on peut recharger sa carte SIM d'unités permettant de payer des minutes de communications ou d'autres services, il faut admettre qu'il s'agit d'une créance ayant une valeur monétaire;
- «stockée sur un support électronique». La valeur monétaire est généralement stockée sur la carte SIM;
- «émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise». Pour obtenir des unités sur sa carte SIM, le porteur doit préalablement les payer (par le biais de sa carte bancaire, directement par le débit de son compte, auprès d'un point de rechargement, en achetant une nouvelle carte, etc.);
- «acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur». Dans la mesure où les unités stockées sur la carte SIM du mobile permettent non seulement de payer les minutes de communications mais aussi d'effectuer des achats d'autres produits et services, cette condition semble satisfaite. ■

(23) V. à ce sujet l'avis du 10 mai 2004 de la Commission européenne sur l'application du cadre juridique relatif à la monnaie électronique aux opérateurs

de téléphonie mobile. La Commission semble admettre qu'un régime *ad hoc* pourrait le cas échéant se justifier pour les opérateurs de téléphonie mobile.