



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

**Présente :**

**Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance  
du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information**

**Etienne Wéry**

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris – Cabinet ULYS

[etienne.wery@brussels.ulyes.net](mailto:etienne.wery@brussels.ulyes.net)

**Thibault Verbiest**

Avocat aux barreaux de Bruxelles et de Paris – Cabinet ULYS

[thibault.verbiest@brussels.ulyes.net](mailto:thibault.verbiest@brussels.ulyes.net)

Date de mise en ligne : 7 novembre 2001

# Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information

Le cadre juridique du commerce électronique est en mutation. Les changements sont profonds. Pour la plupart, ils sont d'inspiration européenne. Sur ce plan, la France a longtemps été un mauvais élève en raison du retard accumulé. Là aussi les choses changent. Depuis le coup d'envoi politique donné à Hourtin en 1999, le Gouvernement et le Parle-

ment ont mis au point de nombreux textes qui permettent à la France d'envisager une normalisation à bref délai. Cela se traduit, notamment, par deux textes phares. L'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 a été publiée au Journal Officiel du 25 août 2001 (ci-après « l'ordonnance ») ; le projet de loi sur la société de l'information (ci-après « LSI ») a été approu-

vé en Conseil des ministres, le 13 juin 2001.

Le présent article n'a pas pour vocation de dresser un état des lieux exhaustif (1), mais seulement de présenter une synthèse des changements les plus significatifs. Nous avons volontairement omis de traiter des clauses abusives dans les contrats de consommation dans la mesure où cette problématique dépasse largement le cadre de l'internet.

## Sommaire

<i>Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information</i> par <b>Etienne WERY et Thibault VERBIEST</b> . . . . .	<b>1</b>
<i>Les engagements des prestataires informatiques</i> par <b>Valérie SEDALLIAN</b> . . . . .	<b>11</b>
<i>Régulation des télécommunications : vers une Troisième Voie ?</i> par <b>Rémy FERKETE et Robert CLARKE</b> . . . . .	<b>18</b>
<i>L'évolution de la facturation pour compte de tiers : fin d'un monopole pour France Telecom ?</i> par <b>Nathalie FINET</b> . . . . .	<b>21</b>

### 1. L'articulation entre les deux textes

L'articulation entre l'ordonnance d'une part, et le projet de loi LSI d'autre part, reflète la distinction entre les directives consoméristes d'un côté, et la directive sur le commerce électronique d'un autre côté. La première vise la relation dans laquelle un consommateur est impliqué, là où la deuxième élargit son champ d'application au-delà de la sphère limitée des contrats de consommation. Cette distinction s'explique principalement par des considérations politiques : la protec-

tion du consommateur est depuis longtemps une priorité du législateur européen. Cela dit, elle est de plus en plus souvent déphasée par rapport à la réalité du commerce électronique (cf. *infra*).

## 2. La publicité

### 2.1 Définition de la publicité

Il peut paraître saugrenu de définir la publicité : tout le monde comprend intuitivement ce qu'est une publicité. Pourtant, couler en mots ce sentiment se révèle plus compliqué qu'il n'y paraît.

Au niveau communautaire, deux textes interviennent : d'une part, la directive relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative (2) et, d'autre part, la directive sur le commerce électronique.

La première propose une définition dans un contexte général ; elle voit dans cette notion « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations » (art. 2, §. 1).

La seconde se limite au contexte particulier du commerce électronique et comprend la notion comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale ». Toutefois, « ne constituent pas en tant que telles des communications commerciales :

- les coordonnées permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, l'organisation ou la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ;
- les communications relatives aux biens, services ou à l'image de cette entreprise, organisation ou personne, élaborées d'une manière indépendante de celle-ci, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».

Au niveau national, les contours de la publicité 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. L'article L. 121-1 interdit – sans la définir – la publicité trompeuse. L'article 2 du décret du 27 mars 1992, qui n'a qu'un champ d'application limité (3), réglemente la publicité comprise comme « toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens, y compris ceux qui sont présentés sous leur application générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée ».

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 » (4), « ainsi que sur les caractéristiques des biens ou des services proposés » (5).

Le Conseil d'État a également tenté de circonscrire cette importante notion dans son rapport sur « Internet et les réseaux numériques » (6) qui distingue deux critères essentiels dans la démarche de qualification : d'une part, le message doit avoir pour finalité d'assurer une promotion, et, d'autre part, il doit être adressé au public (7).

### 2.2. La réglementation de la publicité par voie électronique

#### 2.2.1. La publicité doit être identifiable et loyale

Informé le destinataire de la nature publicitaire d'un message répond à une volonté de protection, et permet d'éviter la confusion avec un message informationnel tout en suscitant la vigilance des personnes visées.

Le principe d'identification figure à l'article 6 de la directive sur le commerce électronique. Cette obligation constitue une nouveauté au niveau européen puisque la directive de 1984 relative à la publicité trompeuse était muette sur ce point. Rappelons qu'en raison de la définition du « destinataire » dans la directive sur le commerce électronique, l'obligation d'identification joue au bénéfice des

consommateurs mais aussi des professionnels (cf. *supra*).

Le projet de loi LSI prévoit d'insérer un article L. 43-10-2 dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, stipulant que « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication publique en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée ».

#### 2.2.2. La publicité adressée par courrier électronique

Le courrier électronique n'échappe pas à l'obligation de transparence. Il s'agit au demeurant d'une obligation européenne prévue à l'article 7 de la directive sur le commerce électronique.

Le projet de loi LSI prévoit d'insérer dans le Code de la consommation des articles L. 121-15-1 à L. 121-15-6, confirmant les principes suivants :

- il est interdit d'adresser par courrier électronique des publicités ou des offres promotionnelles non sollicitées aux personnes qui, ne souhaitant pas être rendues destinataires de telles publicités ou offres, se sont inscrites sur des registres destinés à recevoir leur opposition (le Conseil d'État devra fixer en décret les conditions de mise en œuvre) ;
- les publicités non sollicitées ainsi que 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 le destinataire ;
- le professionnel qui envoie par voie électronique des messages comportant des publicités ou des offres promotionnelles non sollicitées doit y faire figurer une mention indiquant la possibilité offerte au destinataire de ne plus recevoir ces envois et la procédure à suivre pour l'exercice de cette faculté. Cette mention précise en outre qu'il peut être mis fin à l'envoi de toute publicité ou offre promotionnelle non sollicitée, de quel que professionnel

qu'il émane, par l'inscription sur les registres d'opposition prévus à l'article L. 121-15-1.

On peut regretter que le projet de loi LSI insère ces obligations en droit national par le biais du Code de la consommation, dans la mesure où son champ d'application est différent (cf. l'articulation des deux textes *supra*). 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 professionnels.

### 2.3. La publicité comparative

L'ordonnance transpose également la directive relative à la publicité comparative. Cette sera néanmoins plus succincte dans la mesure où elle n'est pas spécifique à l'internet.

La publicité comparative a été intégrée en 1997 à la directive de 1984 sur la publicité trompeuse (8). Elle est définie comme « toute publicité qui, explicitement ou implicitement, identifie un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ». Contrairement à la majorité des directives protégeant les consommateurs européens, la directive 97/55 n'est pas un texte d'application minimale. En d'autres termes, les États membres ne sont pas autorisés à adopter des règles plus strictes pour protéger leurs consommateurs (9). Une clause d'application minimale, qui existe par contre pour la publicité trompeuse (10), aurait en effet permis aux États membres d'interdire indirectement la publicité comparative.

L'ordonnance modifie les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation. La publicité comparative est dorénavant autorisée, si et seulement si :

- elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;
- elle compare des biens ou des services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables, et représentatives des biens ou services, dont le prix peut faire partie ;
- elle n'engendre pas de confusion ;

- elle ne discrédite pas ou ne dénigre pas une marque ou un concurrent ;
- elle ne tire pas indûment profit de la notoriété d'une marque concurrente ;
- elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégé.

L'ancien article L. 121-12 imposait à l'annonceur, avant la diffusion d'une publicité comparative, de communiquer celle-ci « aux professionnels visés, dans un délai au moins égal à celui exigé (...) pour l'annulation d'un ordre de publicité ». Cette obligation, incompatible avec la directive, a disparu. A la place, le nouvel article L. 121-12 énonce que l'annonceur doit être en mesure de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans la publicité.

## 3. Les contrats conclus à distance

### 3.1. Définition du « contrat conclu à distance »

La matière est régie, au niveau européen, par la directive 97/7/CE (11) ; elle est transposée par les articles 5 à 15 de l'ordonnance.

Il faut à présent s'habituer à l'appellation « contrat conclu à distance », qui vise « 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 ».

Les biens et services sont traités sur pied d'égalité. Il s'ensuit que le téléchargement de fichiers sur l'internet, traditionnellement assimilé à une prestation de service, tombe sous le coup du Code de la consommation ainsi modifié.

Nonobstant cette définition large, certaines activités sont exclues. C'est notamment le cas des contrats portant sur des services financiers (12). Les particularités des services financiers ont amené les autorités européennes à préférer l'adoption d'un texte spécifique, qui a du reste fait l'objet d'un

accord politique lors de la réunion du 27 septembre 2001 du Conseil des ministres européen.

Par ailleurs, certains contrats échappent en partie à la loi. Les prestations suivantes sont exemptées des articles L. 121-18 (NDR : informations contenues dans l'offre), L. 121-19 (NDR : confirmation des informations), L. 121-20 et L. 121-20-1 (NDR : droit de rétractation) : a) la fourniture de biens de consommation courante réalisée au lieu d'habitation ou de travail du consommateur par des distributeurs faisant des tournées fréquentes et régulières ; b) la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une période déterminée.

### 3.2. 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.

#### 3.2.1. Des règles à géométrie variable

Les réglementations européennes et nationales applicables à l'offre de produits ou de services prévoient de longue date un dispositif, dont le but est d'assurer l'information du destinataire de l'offre avant la conclusion du contrat. La directive sur le commerce électronique a complété ce régime, en précisant qu'elle ne porte pas préjudice aux « autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire » (13).

La délicate articulation entre les textes consommateurs et généraux se révèle pleinement ici.

Dans la directive sur le commerce électronique – que le projet de loi LSI doit transposer – l'obligation d'information pèse sur le « prestataire de services » (14), 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* ».

Le champ d'application est donc élargi par rapport aux directives consumeristes, puisque la traditionnelle dichotomie entre professionnels et consommateurs est supprimée. Le législateur européen a, en effet, considéré que cette distinction ne se justifiait plus dans les faits, *a fortiori* sur l'internet où l'acheteur dispose moins facilement de la possibilité d'avoir une discussion avec le vendeur, de poser des questions, de voir, sentir et toucher le produit – en un mot d'utiliser toutes ses facultés sensorielles comme il le ferait dans un commerce traditionnel. Il est vrai que la distinction a quelque chose d'artificiel sur l'internet. Est-il encore justifiable que l'indépendant qui acquiert sur le réseau un ordinateur pour équiper ses bureaux, soit moins protégé que s'il effectue l'opération sous la pression de ses enfants désireux de jouer avec leur CD-Rom ? Certes, la justification première de la distinction subsiste – protéger le consommateur réputé partie faible face au professionnel réputé partie forte – mais il devient dans le même temps nécessaire de tenir compte des professionnels non avertis, c'est-à-dire des professionnels agissant sur l'internet dans le cadre d'une activité qu'ils ne connaissent pas (15).

### 3.2.2. Quelles informations fournir ?

Par souci de clarté, nous regrouperons les informations préalables en quatre catégories :

- les informations sur le vendeur que l'on trouve principalement – mais pas uniquement – dans la directive sur le commerce électronique ;
- les informations relatives au produit ou au service proposé à la vente, issues de la directive sur les contrats à distance, la proposition de directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et la directive relative au *timesharing* ;
- les informations sur le prix du produit ou du service ;
- les informations précontractuelles sur le processus de commande in-

troduites par la directive sur le commerce électronique.

Le lecteur voudra bien se reporter au tableau reproduit à la fin du présent article.

### 3.2.3. Comment fournir les informations préalables ?

Les textes européens peuvent être regroupés 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 et art. 3, §. 2, de la proposition concernant les services financiers à distance).

Ces précisions tendent à empêcher les vendeurs d'utiliser les ressources de la technique pour dissimuler certaines informations au profit d'autres (16). Il nous semble que l'obligation d'utiliser « tout moyen adapté à la technique de communication à distance » implique que le vendeur ne peut se contenter de préciser sur son site que l'information préalable est disponible sur un autre support (un catalogue papier par exemple), mais qu'il doit nécessairement rendre toute l'information accessible directement sur son site ;

- 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 doit 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 consumeristes 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.

Au niveau national, le nouvel article L. 121-18 du Code de la consommation stipule que « *ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée. En cas de démarchage par téléphone ou par toute autre technique assimilable, le professionnel doit indiquer explicitement au début de la conversation son identité et le caractère commercial de l'appel* ».

### 3.2.4. Quand fournir les informations préalables ?

La directive sur le commerce électronique est muette quant au moment auquel les informations doivent parvenir au destinataire. La directive relative aux contrats à distance précise pour sa part, tout comme la proposition relative aux services financiers à distance, que ces informations doivent parvenir au consommateur « *en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance* » (art. 4, §. 1).

Bien que moins explicite, l'ordonnance modifiant le Code de la consommation prévoit que l'offre « *doit comporter* » ces informations ; ce qui implique qu'elle doivent être fournies au plus tard lors de l'offre.

## 4. L'offre et la passation d'une commande

### 4.1. Qualification juridique de l'offre

L'ordonnance met un point final à une controverse spécifiquement française, relative à la qualification juridique de l'offre formulée sur l'internet lorsqu'une partie au moins est un consommateur. Certains y voyaient un démarchage, d'autres une vente à distance. Les premiers considèrent qu'entre le téléphone et le réseau il existe une continuité qui justifie cette assimilation (17). A l'inverse, la qualification de vente à distance était

défendue par référence à la démarche du client : « c'est le plus souvent le client qui lui-même va se connecter de son propre fait sur le serveur du vendeur. L'initiative revient au client. Il nous semble, dans ces conditions, que cette pratique exclut le commerce électronique de la catégorie des contrats conclus à la suite d'un démarchage à domicile ou du marketing téléphonique » (18).

Les conséquences peuvent être importantes. Ainsi, dans l'hypothèse du démarchage, le consommateur dispose d'un délai de sept jours à compter de la commande elle-même ou de l'engagement d'achat, ce qui raccourcit évidemment le délai (19). En outre, dans ce cas, la renonciation doit s'exercer par lettre recommandée avec accusé de réception, ce qui peut représenter pour certaines personnes un formalisme coûteux et décourageant.

Cette controverse a pris fin à la suite de la transposition de la directive sur les contrats à distance, qui harmonise dans les États européens la qualification de vente à distance.

#### 4.2. L'offre liante

En droit français, l'offre du vendeur est liante ; ce qui n'est pas le cas dans tous les pays européens (Allemagne et Angleterre par exemple). La directive sur le commerce électronique n'a pas permis de rapprocher les points de vue et laisse les États trancher cette question. La France est restée fidèle à sa tradition : le projet de loi LSI insère dans le Code civil un nouvel article 1369-3 rédigé comme suit : « *Quiconque propose, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services précise les conditions générales et particulières applicables ainsi que les modalités de conservation et de reproduction de ces conditions. L'auteur de l'offre est tenu par cette proposition tant qu'elle reste accessible par voie électronique* ».

#### 4.3. Le contenu de l'offre

Outre les informations préalables et les conditions générales et particulières applicables (cf. ci-dessus), la proposition modifiée du 1<sup>er</sup> 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 1369-3 que le projet de loi LSI insère dans le Code civil : « *Lorsque l'offre est faite à titre professionnel, elle énonce en outre : a) Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; b) 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 ; c) Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; d) Le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; e) Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre* ».

Cette disposition mérite quelques précisions.

L'article 1369-3 proposé bénéficie aux consommateurs et aux professionnels, mais ces derniers ont la possibilité d'y déroger par convention contraire (20). L'article 1369-5 proposé le précise expressément : « *Il peut (...) être dérogé [aux points] a à e de l'article 1369-3 dans les conventions conclues entre professionnels* ».

Une chose est de contraindre le prestataire à signaler les étapes de la conclusion du contrat ; autre chose est de fixer certaines étapes obligatoires. L'article 11, § 1, de la directive sur le commerce électronique apporte d'intéressants renseignements : il y est notamment précisé que « *le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire (...)* » ; ce qui implique qu'une des étapes de la conclusion du contrat doit obligatoirement être l'envoi de l'accusé de réception de la commande. Le projet de loi LSI reprend cette idée en insérant dans le Code civil un nouvel article 1369-4 rédigé comme suit : « *Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir passé commande et s'être vu accuser réception de celle-ci par l'auteur de l'offre, confirme son acceptation (...)* ». Il est fait excep-

tion à cette obligation pour les contrats « *qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques, sans sollicitation commerciale préalable* », ainsi que « *dans les conventions conclues entre professionnels* » (C. civ., art. L. 1369-5).

Bien que la directive ne le mentionne pas explicitement, son esprit suggère la présence d'un récapitulatif de la commande avant que le destinataire n'exprime son consentement. Comment, autrement, mettre en œuvre l'obligation de correction qui requiert du prestataire la mise à disposition du destinataire « *des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande* » (article 11, § 4, de la directive). Le projet de loi LSI ne précise rien.

La manière de fournir ces informations n'est pas précisée dans le projet de LSI, 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.

## 5. La conclusion du contrat

### 5.1. Quand le contrat est-il conclu ?

La conclusion du contrat présente plusieurs effets juridiques importants (notamment : l'offre et l'acceptation ne sont en principe plus révocables ; l'acheteur devient théoriquement propriétaire du bien vendu et supporte la charge des risques ; de nombreux délais commencent à courir (garantie, prescription, droit de rétractation, etc.). Par ailleurs, le moment de conclusion du contrat permet de vérifier la capacité des parties, et détermine la loi applicable et le tribunal compétent).

Dans une version précédente de la directive sur le commerce électronique, le législateur avait inséré des précisions quant au moment de la conclusion du contrat. Le projet distinguait quatre étapes :

- ayant pris connaissance de l'offre, le destinataire (le client) devait en-

- voyer au prestataire son acceptation de l'offre ;
- le prestataire devait recevoir l'acceptation ;
- le prestataire devait envoyer au destinataire un accusé de réception de l'acceptation ;
- la réception de cet accusé par le destinataire déterminait le moment de conclusion du contrat.

Par crainte d'un formalisme jugé rédhibitoire, et suite à l'incompatibilité des systèmes juridiques européens quant à la qualification de l'offre, ces précisions ont été purement et simplement supprimées (21). En conséquence, le moment de la conclusion du contrat dépend dorénavant du droit national des États membres (22). On peut le regretter au nom de la cohésion européenne.

Le droit français a apporté des précisions importantes. Le projet de loi LSI insère dans le Code civil un nouvel article 1369-4 rédigé comme suit : « *Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir passé commande et s'être vu accuser réception de celle-ci par l'auteur de l'offre, confirme son acceptation. L'accusé de réception doit être transmis sans délai par voie électronique par l'auteur de l'offre et comporter, outre le rappel des conditions générales et particulières applicables, l'ensemble des informations relatives aux caractéristiques du bien ou du service ainsi que le prix total de la commande, hors taxe et toutes taxes comprises. La commande, l'accusé de réception et la confirmation de l'acceptation de l'offre sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

Deux remarques s'imposent. 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.

## 5.2. Considérations spécifiques aux contrats de consommation

La conclusion d'un contrat avec un consommateur emporte des effets spécifiques : le vendeur a l'obligation d'envoyer au consommateur une confirmation des informations qu'il lui a transmises au stade de la commande ; le moment de conclusion marque le départ du droit de rétractation (en tout cas pour les contrats de services) ; la conclusion du contrat crée pour le vendeur une obligation relative à la preuve de certains éléments du contrat.

### 5.2.1. 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* ».

Le support durable n'est pas défini par la directive sur les contrats à distance. Par contre, l'article 2-f de la proposition de directive relative aux services financiers à distance (23), qui utilise le même terme, est plus explicite et y voit « *tout instrument permettant au consommateur de conserver des informations qui lui sont adressées personnellement et spécifiquement, et qui sont contenues notamment sur des disquettes informatiques, des CD-Rom ainsi que le disque dur de l'ordinateur du consommateur stockant des courriers électroniques* ».

La formulation française pourrait poser problème. L'ordonnance transpose en effet l'article 5 de la directive relative aux contrats à distance qui précise que le support durable doit être à la disposition du consommateur et que ce dernier doit y avoir accès. Cette dernière précision a disparu dans le processus de transposition alors qu'en pratique la mise à

disposition n'entraîne pas automatiquement l'accès (24).

Le régime créé par la directive n'est pas non plus à l'abri de toute critique, notamment parce que l'exclusion de la confirmation sur écran, courante en pratique, ne nous paraît pas toujours indiquée. L'impression d'une page est parfois plus « durable » qu'un courrier électronique soumis aux aléas de la transmission sur le réseau, au stockage parfois déficient du fournisseur d'accès, ou tout simplement au manque d'expérience du consommateur qui n'arrive pas toujours à sauvegarder le courrier de manière efficace et rationnelle. Par ailleurs, les techniciens et les juristes auront d'immenses difficultés à concilier ce régime avec les nouvelles formes de commerce électronique. Nous songeons naturellement au commerce par téléphones portables (WAP et bientôt UMTS), lesquels ne disposent ni d'un disque dur ni d'une possibilité immédiate d'impression (25). A terme, l'industrie devra peut-être imaginer l'intervention de tiers de confiance chargés de stocker les informations contractuelles à des fins probatoires.

### 5.2.2. Le contenu de la confirmation

L'article 5 de la directive relative aux contrats à distance précisait le contenu de la confirmation ; ce rôle est rempli par le nouvel article 121-19 du Code de la consommation qui dresse la liste suivante :

- confirmation des informations mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 121-18 (NDR : nom et coordonnées du vendeur ; frais de livraison ; modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; existence d'un droit de rétractation) ;
- confirmation des informations mentionnées aux articles L. 111-1 (NDR : caractéristiques essentielles du bien ou du service), L. 113-3 (NDR : prix et limitations éventuelles de responsabilité), et L. 214-1, à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat ;
- les conditions et modalités du droit de rétractation ;

- adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;
- informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales ;
- conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an.

### 5.2.3. Exception

L'article 5, §. 2, de la directive a introduit une exception à l'obligation de confirmation, reprise par l'article L. 121-19 du Code de la consommation modifié, pour les contrats de « services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur de technique de communication » (26). Néanmoins, même en ce cas, le consommateur doit recevoir l'adresse de l'établissement du fournisseur où il peut présenter ses réclamations.

### 5.2.4. Le droit de rétractation

Au niveau européen, l'article 6 de la directive relative aux contrats à distance pose le principe général d'existence d'un droit de rétractation qui doit être d'au moins sept jours ouvrables.

En droit national, le nouvel article 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.

Lorsque le fournisseur omet la confirmation des informations visées à l'article L. 121-19, parmi lesquelles l'existence et les modalités du droit de renonciation, la durée est portée à trois mois. L'ordonnance, 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 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.

Le droit de rétractation s'exerce sans indication de motif.

Au terme de l'ordonnance, seuls les frais de retour peuvent être mis à charge du consommateur. A nouveau, les juges seront mis à contribution pour circonscrire la nature de ces frais. Ils le feront notamment en ayant égard à la directive qui nous paraît plus sévère en précisant qu'il s'agit des frais directs de renvoi des marchandises. Ce remboursement doit être effectué au plus tard dans les trente jours, sans frais pour le consommateur (27).

Dans certaines hypothèses, la loi 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. Sont visés par l'article 5 de la directive et le nouvel article L. 121-20-1 du Code de la consommation :

- les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours ;
- les contrats de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction des fluctuations du marché financier, que le fournisseur n'est pas en mesure de contrôler ;
- les contrats de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, de par leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmmer rapidement ;
- les contrats de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels descellés par le consommateur ;
- les contrats de fourniture de journaux, périodiques et de magazines ;

- les contrats portant sur des paris et des loteries.

## 6. La livraison

Une fois le contrat conclu, son exécution peut avoir lieu de deux manières :

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

En tous cas, conformément au nouvel article L. 121-20-3, sauf si les parties en ont convenu autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande. Si l'inexécution résulte de l'indisponibilité du bien ou service, le consommateur doit en être avisé, et le cas échéant remboursé dans les trente jours. Pour autant que cela ait été prévu et que le consommateur en soit informé de manière claire et compréhensible, le fournisseur peut néanmoins proposer un bien ou service d'une qualité et d'un prix équivalent, étant entendu en ce cas que les frais de retour consécutifs à l'exercice du droit de rétractation sont alors à charge du fournisseur et que le consommateur doit en être informé.

## 7. Le spamming partiellement réglementé

L'ordonnance contient certaines dispositions relatives aux techniques de prospection, qui relayent en droit na-

tional l'article 10 de la directive sur les contrats conclus à distance.

L'article 10 de la directive sur les contrats à distance dispose que les techniques de communication à distance, autres que les systèmes automatisés d'appels et les télécopieurs, « ne peuvent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur ». Il appartient donc au consommateur d'effectuer la démarche de s'opposer aux communications non sollicitées qui sont, par défaut, tolérées (système de l'*opt-out*). Pour les automates d'appels ou de télécopieurs, c'est le système inverse qui prévaut : le *spamming* n'est autorisé que si le consommateur a donné son consentement préalable (système de l'*opt-in*).

Sur le plan des principes, la discrimination opérée par la directive entre les différentes techniques de communications semble difficilement justifiable. La directive contient du reste une « clause minimale » qui permet aux Etats membres d'édicter des dispositions plus protectrices du consommateur (28). Plusieurs pays européens en ont fait usage (Autriche, Italie, Allemagne, Finlande et Danemark).

L'ordonnance n'a pas recours à la clause minimale. Le nouvel article L. 121-20-5 stipule en effet que « est interdite la prospection directe par un professionnel, au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs, d'un consommateur qui n'a pas exprimé son consentement à recevoir de tels appels.

*Lorsqu'elles permettent une communication individuelle, les techniques de communication à distance, autres que celles mentionnées à l'alinéa précédent, ne peuvent être utilisées que si le consommateur n'a pas manifesté son opposition ». Un décret pris en Conseil d'Etat devra mettre en musique cette disposition. Cette disposition doit naturellement être lue en parallèle avec la réglementation de la publicité électronique (cf. *supra*), dans la mesure où les courriers électroniques non sollicités revêtent souvent un caractère publicitaire.*

**Etienne WERY et Thibault VERBIEST**

*Avocats aux barreaux de Bruxelles et de Paris,  
Cabinet ULYS*



## Notes

- (1) Voir, notamment Th. Verbiest et E. Wéry, *Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001.
- (2) Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997, mod. Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.
- (3) Décret n° 92-280 du 27 mars 1992, pris pour l'application de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage.
- (4) Cass. Crim., 12 novembre 1986, Bull. crim., n° 861.
- (5) Cass. Crim., 14 octobre 1998, D., 1999, I.R., p. 7, JCP éd. E, 1998, pan., p. 1904.
- (6) Section du rapport et des études, étude générale adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, 2 juillet 1998, Paris, La documentation française, 1998 ; E. Wéry, *Le rapport du Conseil d'Etat français sur Internet et les réseaux numériques : la bible !*, actualité du 1<sup>er</sup> octobre 1998, <<http://www.droit-technologie.org>>.
- (7) C. Feral-Schuhl, *Cyber Droit – Le droit à l'épreuve de l'internet*, Paris, Dalloz/Dunod, 1999, p. 205.
- (8) Directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997, mod. Directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, JOCE, n° L 290, du 23 octobre 1997, pp. 18-23.
- (9) Directive 97/55/CE, art. 7, §. 2.
- (10) Directive 97/55/CE, art. 7, §. 1.
- (11) Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 0019-0027.
- (12) Les autres contrats concernés par l'exception sont ceux qui sont :  
1° conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou pour des prestations fournies dans des locaux commerciaux automatisés  
2° conclus avec les opérateurs de télécommunications pour l'utilisation des cabines téléphoniques publiques ;  
3° conclus pour la construction et la vente des biens immobiliers ou portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception de la location ;  
4° conclus lors d'une vente aux enchères publiques.
- (13) Cf. article 5, §. 1, de la directive, ainsi que les articles 6 et 7.
- (14) Le prestataire de services est défini à l'article 2, b), comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information ».
- (15) La seule dichotomie qui semble appropriée est celle qui oppose le professionnel d'un secteur au professionnel d'un même secteur. Dans ce cas, la possibilité pour ces parties d'aménager leurs propres règles contractuelles (ce qui est le plus souvent le cas dans les contrats conclus entre professionnels) reprend tout son sens.
- (16) Diverses techniques peuvent, en effet, être utilisées par les vendeurs pour faire apparaître des informations sur leur site : le texte, les couleurs, les images fixes, les images animées, les sons, les icônes, les liens hypertexte, etc. Leur utilisation est légitime, dans la limite fixée par l'article 4, §. 2, selon laquelle l'ensemble des informations obligatoires doit apparaître clairement et doit être compréhensible pour le consommateur.
- (17) En ce sens, voir T. Piette-Coudol et A. Bertrand, *Internet et la loi*, Paris, Dalloz, 1997, p. 191 ; V. Sedalian, *Droit de l'internet*, Paris, éd. Net press, 1996, p. 197.
- (18) O. Itéanu, *Internet et le droit*, Paris, éd. Eyrolles, 1996, p. 22.
- (19) Ajoutons également une autre règle du démarchage qui défavorise le consommateur : le délai de sept jours qui lui est accordé pour se rétracter *inclut les jours fériés*, ce qui n'est pas le cas dans le cadre du régime de la vente à distance.
- (20) L'article 10 de la directive – tout comme l'article 11 – laisse la possibilité aux professionnels de ne pas appliquer ces principes : « sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, (...) ». *A contrario*, cela signifie que dès qu'un consommateur est partie au contrat, il n'est pas possible de déroger à la règle.
- (21) Voir Th. Verbiest et E. Wéry, *Le droit de l'internet et de la société de l'information. Droits européen, belge et français*, op. cit., p. 301.
- (22) Notons que la directive relative aux contrats à distance est muette sur ce point de la détermination du moment de conclusion du contrat.
- (23) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 1999 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, C.O.M. (1999) 385 final.
- (24) On pense au cas d'un consommateur qui recevrait un e-mail avec en annexe les informations légales dans un format de traitement de texte que son ordinateur ne reconnaît pas.
- (25) Un opérateur pourrait toutefois permettre des impressions à distance des informations reçues sur portable, par exemple via un télécopieur appartenant au consommateur.
- (26) Il s'agira, par exemple, des services de vidéo à la demande, de consultation de bases de données, etc. 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.
- (27) La directive prévoit également que dans l'hypothèse où le contrat est couvert par un crédit (total ou partiel), la rétractation entraîne la résiliation du contrat de crédit concerné (art. 6, §. 4).
- (28) L'article 14 prévoit en effet que : « Les États Membres peuvent introduire ou maintenir, dans les zones couvertes par cette directive, des dispositions plus strictes et compatibles avec le Traité, afin d'assurer un meilleur niveau de protection du consommateur ».