UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG III

Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

Doctorat nouveau régime

Mention « Droit privé »

LA FORMATION DU CONTRAT A DISTANCE PAR VOIE ELECTRONIQUE

Thèse dirigée par ***M. Georges Wiederkehr***, Professeur à l' Université Robert Schuman

Soutenue publiquement le 28 juin 2005

par

Yousef SHANDI

Jury :

Mlle **Isabelle DESPRÈS**, Professeur à l'Université Robert Schuman, Strasbourg III

M. **Nicolas RONTCHEVSKY**, Professeur à l'Université Robert Schuman, Strasbourg III

Mme **Marie-France STEINLE-FEUERBACH**, Maître de conférences à l'Université de Haute Alsace

Mme **Alice TISSERAND-MARTIN**, Professeur à l'Université Nancy II

M. **Georges WIEDERKEHR**, Professeur à l'Université Robert Schuman, Strasbourg III

A mes parents

A ma femme

REMERCIEMENTS

Je souhaite remercier mon directeur de thèse

Monsieur Georges Wiederkehr

qui m'a consacré du temps et de l'attention, m'a conseillé et m'a soutenu tout au long de mon doctorat.

SOMMAIRE

Sommaire.....3

Liste des principales abréviations.....4

Introduction.....6

Première partie : Elément intrinsèque de la formation des contrats à distance par voie électronique : *l'accord de volontés*.....24

Titre I : L'offre à distance.....26
Chapitre I : La notion d'offre à distance.....26
Chapitre II : L'obligation précontractuelle d'information.....80
Titre II : L'acceptation de l'offre à distance.....141
Chapitre I : La notion d'acceptation à distance.....142
Chapitre II : Contenu de l'acceptation à distance.....179

Deuxième partie : Eléments extrinsèques de la formation des contrats à distance par voie électronique : *éléments de sécurisation*.....205

Titre I : Loi applicable et juridiction compétente en matière de contrats à distance.....207
Chapitre I : Règlement du conflit de lois.....212
Chapitre II : La juridiction compétente en matière de contrats à distance.....243
Titre II : La preuve du contrat électronique.....277
Chapitre I : La reconnaissance juridique de la preuve électronique.....285
Chapitre II : La Signature électronique.....309

Conclusion.....322

Bibliographie.....328

Index.....378

Table des matières.....382

Liste des principales abréviations

Act. : Actualités
AJ : Actualité jurisprudentielle du Recueil Dalloz (cahier Droit des affaires)
AJDA : Actualité juridique Droit administratif (Dalloz)
Arr. : Arrêté
Art. : Article
BID : Bulletin d'information et de documentation de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BOCCRF : Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BRDA : Bulletin rapide droit des affaires
Bull. civ. I : Bulletin des arrêts de la première chambre civile de la cour de cassation
Bull. civ. II : Bulletin des arrêts de la deuxième chambre civile de la cour de cassation
Bull. civ. III : Bulletin des arrêts de la troisième chambre civile de la cour de cassation
Bull. civ. IV : Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la cour de cassation
Bull. civ. V : Bulletin des arrêts de la chambre sociale de la cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la cour de cassation
Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
CA : Arrêt de la cour d'appel
Cass. Ass. Plén. : Arrêt de la cour de cassation siégeant en Assemblée plénière
Cass. 1re civ. : Arrêt de la première chambre civile de la cour de cassation
Cass. 2ème civ. : Arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation
Cass. 3ème civ. : Arrêt de la troisième chambre civile de la cour de cassation
Cass. com. : Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
Cass. crim. : Arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation
Cass. soc. : Arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation
CE : Arrêt du Conseil d'Etat
Chron. : Chronique
CJCE : Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Comm. : Commentaire
Comm. com. élect. : Communication Commerce électronique
Contrats Conc. Consom. : Contrats Concurrence Consommation
C. assur. : Code des assurances
C. civ.: Code civil
C. consom. : Code de la consommation
C. pénal : Code pénal
D : Recueil Dalloz
D. aff. : Dalloz Affaires
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
Dir. : Directive
Doct. : Doctrine

DP : Recueil périodique et critique mansuel Dalloz
Dr. et patrimoine : Droit et Patrimoine
Dr. pénal : Droit pénal
Gaz. Pal. : Gazette du Palais
Ibid. : Ibidem
In : Dans
Infra : Ci-dessous
IR : Informations rapides du Recueil Dalloz
Juris : Jurisprudence
J. Cl. civ.: Juris-Classeur civil
J. Cl. com. : Juris-Classeur commercial
J. Cl. Concurrence-consommation : Juris-Classeur concurrence-consommation
JCP : Juris-Classeur périodique (Semaine juridique)

JCP E : Juris-Classeur périodique (Semaine juridique, édition entreprise)
JCP E&N : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique, édition notariale)
JDI : Journal de droit international
JO : Journal officiel
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JT : Journal des Tribunaux
J. trib. dr. eur. : Journal des Tribunaux Droit Européen
Juris. : Jurisprudence
LCEN : Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LGDJ : Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
NCPC : Nouveau code de procédure civile
Obs. : Observations
Pan. : Panorama
PUAM : Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses Universitaires de France
RCDIP : Revue critique de droit international privé
Rev. sc. crim. : Revue de sciences criminelles
Rev. dr. comp. : Revue de droit comparé
RJC : Revue de Jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de Jurisprudence de droit des Affaires
Rec. : Recueil des jugements du tribunal de première instance des Communautés européennes et des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes
RRJ : Revue de Recherche Juridique (droit prospectif)
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial
S : Recueil Sirey
Somm : Sommaires
Supra : ci-dessus
T : Tome
T. Com. : Jugement de tribunal de commerce
T. Corr. : Jugement de tribunal correctionnel
TGI : Jugement de Tribunal de Grande Instance
TI : Jugement de Tribunal d'Instance
Vol. : Volum

Introduction

La vente à distance est une technique ancienne de commercialisation, qui, grâce à la performance des moyens de communication à distance, à la simplification des processus de commande, à une accélération des délais de livraison, à une incitation massive au crédit et au développement des services financiers à distance, a connu un grand succès dans les trois dernières décennies.

L'encadrement juridique des contrats à distance s'est fait en deux étapes : l'une est générale et concerne tous les contrats à distance alors que l'autre est spécifique et concerne les contrats électroniques.

I - L'encadrement juridique des contrats à distance

La première forme de vente à distance est la vente par correspondance[1]. Sa réglementation initiale était d'origine déontologique : ainsi, pour gagner la confiance des consommateurs, la fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD) avait élaboré une « charte qualité de la vente à distance » en consacrant un système dit « satisfait ou remboursé » [2]. Les règles déontologiques n'étaient pas obligatoires : certaines entreprises de vente à distance les contournaient alors que d'autres n'adhèraient pas à une telle réglementation. C'est pourquoi, le législateur décidera plus tard d'encadrer la vente à distance[3] pour diverses raisons.

---

[1] F. Delbarre, Vente par correspondance, Offre de produits et services, Gaz. Pal. 1993, I, 182 ; F. Chabas, Contrats par correspondance, RTD civ. 1981, 849 ; L. Bihl, La vente par correspondance, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 533 ; L. Azancot, Vente par correspondance - Formation du contrat, Gaz. Pal. 1993, I, doct. 205 ; M. Baladine, Vente par correspondance, Vision du praticien, Gaz. Pal. 24 févr. 1993, n° 55-56 ; J. Allix, La protection du consommateur en matière de contrats à distance, Revue européenne de droit de la consommation (RED consom.) 1993, n° 2, p. 95 ; Offre de produits ou de services à distance, Lamy droit économique 2004, n° 5303, p. 1983 ; Vente à distance, Guide permanent droit et Internet, juin 2002, p. 1 ; Valery, Des contrats par correspondance, thèse 1895.

[2] Potier, Le code professionnel de la vente par correspondance, Cahiers droit de l'entreprise, 6-1983.

[3] La loi n° 88-21 du 6 janv. 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offres de vente dites de télé-achat, qui a vocation à régir toutes les ventes à distance, malgré son titre restrictif : JO 7 janv. 1988, p. 271 ; G. Paisant « La loi du 6 janvier 1988 sur les opérations de « télé-achat » », JCP G 1988, I, 3350. La loi n° 89-

En effet, le législateur constate que le déséquilibre[4] qui domine les contrats de la consommation est dû en grand partie à l'inégalité d'information[5] entre le professionnel et le consommateur : alors que le premier connaît parfaitement les caractéristiques des produits et services proposés à la vente, le consommateur est au contraire incapable de les connaître et peut encore moins les juger par anticipation. En effet, si le contrat est conclu entre présents, le contractant peut se renseigner sur tous les éléments qui présentent pour lui un intérêt particulier, et s'il ne le fait pas, il ne pourra, en général, pas se plaindre du silence de son cocontractant professionnel parce qu'il n'aura été trompé que par son imprudence ou sa négligence[6]. Par contre, en matière de contrats à distance, le pouvoir ou le devoir de renseigner parait dérisoire puisque l'éloignement physique des parties ne permet pas de renseigner en direct. Le consommateur ne pourra connaître les caractéristiques essentielles de produits et services qu'au travers des descriptions et représentations photographiques dans un catalogue, un prospectus, ou sur un écran de télévision ou d'ordinateur. En raison de la nature même de ce type de contrats, il est impossible pour le consommateur (ou plutôt

---

421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales : JO, 29 juin 1989, p. 8047, elle traite particulièrement les contrats à distance et le démarchage à domicile par téléphone ou tout autre moyen technique assimilable. La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 encadre les contrats conclus à distance en renforçant la protection des consommateurs à l'égard de l'offrant professionnel : JO n° 17, 21 janv. 1992, p. 968. L'arrêté du 3 décembre 1987 (Arr. 3 déc. 1987, art. 14 : JO, 10 déc. 1987 et Circ. 19 juill. 1988 : JO du 4 août 1988) définit la vente à distance comme : *« toute technique permettant au consommateur, hors des lieux habituels de réception de la clientèle de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service. Sont notamment considérées comme des techniques de communication à distance la télématique, le téléphone, la vidéotransmission, la voie postale et la distribution d'imprimés »*, cette liste n'étant pas limitative.

[4] Voir Lasbordes, Les contrats déséquilibrés, tome I, éd. Université Aix-Marseille 2000, préface, Corinne Saint–Alary Houin : l'auteur définit le « pouvoir déséquilibrant » comme « le pouvoir d'imposer une volonté unilatérale à un partenaire qui n'est pas en mesure de discuter et risque, de ce fait, d'être contraint d'accepter des conditions contractuelles désavantageuses » spéc. n° 207 p. 211et s ; le même auteur distingue entre déséquilibre économique et juridique ; il est économique « lorsque son existence est la conséquence de l'inégalité des parties au moment de la formation ou l'exécution du contrat » ; il est juridique « dès qu'il trouve son origine dans le contrat lui-même » par exemple, une clause contractuelle exorbitante.

[5] J.-C. Auloy et F. Steinmetz « droit de la consommation » éd. Dalloz 2000, n° 49, p. 49.

[6] P. Mistretra, L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive, Petites affiches 1998, n° 67, p. 4 ; J. Mestre, La période précontractuelle et la formation des contrats, Petites affiches, n° spécial : Le contrat 2000, n° 90, p. 7 ; M. Tchendjou, L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel, JCP 2003, I, 141 ; X. Thunis, L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, *in* Mélanges Michel Cabrillac, Paris Dalloz et Litec 1999, p. 313 ; J. Ghestin, L'obligation de renseignements en droit français, Rapport français, Paris LGDJ 1987, p. 171 ; Ph. Le Tourneau, De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D. 1987, chron. 101 ; M. Du Juglart, L'obligation de renseignements dans les contrats, RTD civ. 1945, p. 1 ; H. Carvais-Rosenblatt, L'information - Aspects de droit privé, thèse, Paris X 1991 ; M. Demoulin, Information et transparence sur le réseau, Les Cahiers de CRID, Bruxelles : Bruylant 2001, n° 19, p. 95 ; Alisse, L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse Paris 1975 ; Y. Boyer, L'obligation de renseignements dans la formation des contrats, thèse Aix-Marseille 1977, Aix-en-Provence :

pour tout acheteur) de vérifier l'exactitude et la/les qualité(s) du produit ou du service proposé à la vente à distance et n'en aura évidemment qu'une connaissance nécessairement superficielle.

De plus, les contrats de consommation sont classés parmi les contrats d'adhésion[7] qui empêchent toute négociation[8] : le professionnel rédige unilatéralement et à l'avance le contenu du contrat qui sera ensuite proposé à l'ensemble des clients potentiels. Dans ces conditions, le consommateur se trouve privé de toute négociation. Pourtant, le besoin ou l'envie de se procurer un produit ou un service peut l'inciter à conclure le contrat même dans des conditions préjudiciables pour lui. C'est donc *« l'inégalité du pouvoir de négocier qui devrait être la mesure de protection de la partie faible »*. Le développement de modes de commercialisation à distance tels le télé-achat, le Minitel accroît encore le déséquilibre de l'information entre les parties au contrat[9] : la connaissance imparfaite des conditions contractuelles ainsi que la rapidité de la transaction peuvent être des facteurs d'affaiblissement supplémentaire du consommateur qui vicient son consentement.

Il faut, par conséquent, dès la phase précontractuelle, imposer au vendeur professionnel une obligation de transparence, de loyauté et de bonne foi envers l'acheteur[10]. Dans ce cas, le consommateur est soumis à la loyauté du professionnel tout en ayant aucune connaissance exacte de la réalité de l'objet de la vente. Cependant, la loyauté et la bonne foi ne suffisent pas à éviter tous les risques de tromperie. Plusieurs dispositifs de protection des consommateurs ont été adoptés afin de faire émerger des relations contractuelles équilibrées : ainsi, l'interdiction des pratiques trompeuses ou abusives, l'exigence de loyauté non seulement pendant l'exécution du contrat mais davantage pendant leur

---

PAUM 1978 ; M. Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie, thèse Paris I, Paris LGDJ 1992.

[7] J.-Y Choley, L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésion, thèse Aix 1974 ; J. Berlioz, « le contrat d'adhésion », thèse LGDJ 1973, préface B. Goldman ; F.-X. Testu, Le juge et le contrat d'adhésion, JCP 1993, I, 3673.

[8] La difficulté de négocier est aggravée par l'automatisation de pratique contractuelle : Voir F. Terré, « le contrat à la fin du XXème siècle, Rev. Sciences morales et juridiques, 1995, p. 299 et s. spéc. p. 313 ; J. Huet, « le consentement échangé avec la machine », *in* l'échange des consentements, Colloque organisé à Deauville par l'association droit et commerce, Rev. juris. com. 1995, n° spéc. p. 124 et s.

[9] T. Verbiest, La protection juridique du cyberconsommateur, éd. Litec 2003.

[10] A. Outin-Adam , La loyauté dans le droit de la consommation, Gaz. Pal., 2000, p. 36.

formation[11], l'établissement d'une obligation précontractuelle d'information renforcée surtout en matière de contrats à distance[12].

Codifiées depuis 1993[13], les « ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance » sont définies à l'article L. 121-16 du code de la consommation[14] comme *« toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance »*.

La qualification du contrat à distance ne dépend donc pas de son objet qui peut indifféremment être un bien ou une prestation de service mais de la qualité des parties et des circonstances particulières dans lesquelles intervient la conclusion du contrat.

---

[11] J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, n° 51; J. Mestre, « L'exigence de la bonne foi dans la conclusion des contrats », RTD civ. 1989, 736 ; B. Gross, La notion d'obligation dans le droit des contrats, thèse Nancy 2002.

[12] Les termes « obligation d'information » peuvent se résumer brièvement en trois obligations : obligation de révélation : attirer l'attention sur les circonstances et les caractéristiques qui présentent un intérêt particulier pour l'autre partie au contrat afin de décider de conclure ou non le contrat en toute connaissance de cause ; obligation de mise en garde : attirer l'attention de l'autre partie contractant sur le risque et le danger particuliers matériel ou juridique du produit ou du service proposé à la vente ; obligation de conseil : c'est faire apparaître à l'autre partie les conséquences quant à l'opportunité de conclure le contrat envisagé. Pour l'ensemble v. J. Ghestin, précité, n° 594, p. 577 et s.

[13] D. Bureau, Remarques sur la codification du droit de la consommation, D. 1994, chron. p. 291.

[14] L'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition des directives communautaires et adaptations au droit communautaire en matière de droit de la consommation : JO n° 196, 25 août 2001, p. 13645 ; G. Raymond, Ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires en matière de droit de la consommation, JCP E, 20 déc. 2001, AR, n° 51-52, p. 2025 ; E. Wery et T. Verbiest, Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de LSI, Supp. Lamy droit des affaires, déc. 2001, p. 5 ; M. Bruschi, L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur, Rev. Lamy dr. aff. 2002, n° 145, p. 5 ; F. Moreau, La protection du consommateur dans les contrats à distance, Petites affiches, 20 mars 2002, p. 4 . La directive CE n° 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance : JOCE n° L 144 du 4 juin 1997 p. 19 : J. Franck, Les ventes à distance en droit européen, directive de 1997 sur les contrats à distance et sa transposition en France, Revue de la concurrence, sept.-oct. 2003, n° 135, p. 12 ; M. Trochu, La protection du consommateur en matière de contrats à distance : directive n° 97/7 du 20 mai 1997, D. 1999, chron., p. 179 ; J. Allix, La directive 97/7/CE : contrats à distance et protection des consommateurs, Revue des affaires européennes (R. aff. eur.) 1998, p. 176 ; J. Franck, Transposition de la directive n° 97-7 relative aux contrats négociés à distance par l'ordonnance du 23 août 2001 : une transposition expéditive critiquable, JCP E 2002, n° 3 ; M. Naimi, Nouvel apport en matière de protection des consommateurs : la directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance, Rev. aff. eur. 1998, p. 188 ; J. Gatsi, La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997, D. aff. 1997, n° 42, p. 378 ; F. Le Doujet-Thomas, L'ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs à distance : une erreur de perspective ?, Contrats Conc. Consom. 2002, chron. 10, p. 4.

Les parties au contrat à distance sont un professionnel et un consommateur[15]. Si, la qualité de professionnel ou de fournisseur ne soulève pas de problèmes qui peuvent, selon les actes communautaires, être attribués à une personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle, la notion de consommateur est, au contraire, plus problématique. Alors que la directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[16] le définit comme étant une personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, le droit français n'en donne aucune définition[17]. Le caractère minimal de cette directive permet-il à la jurisprudence française d'élargir la notion de consommateur au delà de la directive ?

Quant aux circonstances de la transaction. Le contrat à distance se forme sans la présence physique simultanée des deux parties, leur échange de consentements doit intervenir exclusivement par le biais d'une ou plusieurs techniques de communication à distance telles, au sens de la directive du 20 mai 1997 : imprimés, catalogues, téléphone, lettres standardisées, publicité de presse avec bon de commande, radio, télévision, etc. L'offre du professionnel est transmise au consommateur à distance ; la commande de ce dernier est effectuée, elle aussi, à distance.

La loi prévoit deux principaux outils de protection du consommateur :

- une obligation d'information spéciale : l'offrant professionnel doit lui fournir un ensemble d'informations précontractuelles puis les confirmer par écrit ou sur un support durable (art. L. 121-18, et L. 121-19 C. consom.). Le but d'imposer une telle obligation est d'éclairer le consentement du consommateur avant de s'engager. Ces informations complètent par ailleurs celles générales prévues dans le code de la consommation, et

[15] C. Noblot, La qualité du contractant comme critère légal de protection, thèse paris : LGDJ 2002.
[16] JOCE n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 ; A. M. Le Royer, L'épreuve d'Internet, faut-il recodifier le droit de la consommation ?, Paris, Economica 2002, p. 167.
[17] G. Paisant, A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère de « rapport direct », JCP G 2003, I 121, p. 549 ; J. Mestre. Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 62 ; G. Raymond, Une association peut-elle avoir la qualité de consommateur ?, Contrats Conc. Consom. 1997, comm. 157.

doivent être communiquées en langue française, ce qui paraît, selon la CJCE contraire aux dispositions communautaires régissant le marché commun de l'Union européenne[18].

- un droit de rétractation : elle reconnaît au consommateur une faculté de rompre unilatéralement l'engagement auquel il a consenti pendant un délai déterminé sans avancer un motif particulier ni payer une quelconque pénalité à l'exception, le cas échéant, des frais de retour du produit.

II – L'encadrement juridique des contrats électroniques

Le commerce électronique constitue aujourd'hui la forme la plus achevée du commerce à distance[19]. Internet est à la fois un moyen de communication qui permet de mettre à disposition des informations composées de textes, de sons, d'images, de séquences vidéo, etc., ainsi qu'un outil majeur de commerce électronique et présente des intérêts parallèles tant pour l'acheteur que pour le vendeur[20].

L'acheteur dispose : d'un moyen supplémentaire, rapide et efficace pour contracter sans déplacement physique (par un lien hypertexte, celui-ci navigue de service en service par un clic) ; d'une variété de produits et services nationaux et étrangers qui ne se trouvent pas forcément dans les magasins ; d'une possibilité de comparer facilement les prix.

---

[18] CJCE, 12 sept. 2000, Sté Casino France : L. Bernardeau, Cont. Conc. Consom. 2001, chron. n° 10 ; D. 2001, juris., p. 1458, note J.-M. Pontier.

[19] J.-R. Mounkala, Le commerce électronique : enjeux économique, culturel et spatial, thèse Nice, 2002 ; B. Nouel et O.Cousi, Commerce électronique, Gaz. Pal., 10 janv. 1999, n° 10, p. 26 ; F. Altenbourger, Les enchères électroniques en droit privé, thèse Paris II, 2004 ; D. Corpakis, Le commerce électronique en Europe : risques, opportunités et tendances, Revue d'Economie Financière 1999, n° 53, p. 153 ; S. Dusollier et L. Rolin Jacquemyns, Le défi du droit face au commerce électronique : les initiatives de l'Union européenne, Revue systèmes d'information et management 2000, vol. 5, n° 1 ; M. Falaise, Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique, Petites affiches 1998, n° 94, p. 4.

[20] J. Onno, Internet et le droit, Petites affiches 2000, n° 46, p. 13 ; Buigues, Urrutia, Les enjeux pour la concurrence des marchés liés à l'Internet et au commerce électronique, Gaz. Pal. 23 et 24 juin 2000, doct. p. 6 ; C. Bourgeos, L'Internet marchand, quel droit, RDIT 1997, n° 4, p. 96 ; A. Burin Des Roziers, Economie et commerce électronique, Petites affiches, numéro spécial : Internet, commerce et droit, 2004, n° 27, p. 32 ; Cousin Bensoussan, De la tradition et de la modernité, de la coutume sur Internet, Gaz. Pal. 14 et 15 janv. 2000, p. 13 ; W. Emmanuel, Krach.com : enquête sur la bulle Internet, Paris, éd. Economica 2002 ; A. Lucas, J. Deveze et J. Frayssinet, Droit de l'informatique et de l'Internet, Paris, éd. PUF 2001 ; F. Lorentz, Le commerce et Internet, Petites affiches 1999, n° 224, p. 17 ; B. Misse, Vente aux enchères et Internet : www.journaldunet.com ; B. Misse, Internet, un espace commercial, Gaz. Pal., 18 avril 1999, n° 108, p. 32 ; J. Farchy, Internet et le droit d'auteur : la culture Napster, Paris, éd. CNRS 2003 ; M. Castells, La Galaxie Internet, Paris, éd. Fayard 2002 ; V. Evrat, Les ventes aux enchères à l'heure de la « Net économique », Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2000, n° 128, p. 26 ; C. Feral-Schuhl, Cyber droit - Le droit à l'épreuve de l'Internet, Paris, 3e éd. Dalloz Dunod 2002.

Le vendeur trouve un mode de distribution de masse[21]. Il peut profiter de la souplesse d'Internet (par rapport aux heures d'ouverture et à l'actualisation des offres en permanence) et de sa forte potentialité publicitaire grâce à la multiplicité de formes telles les bandeaux, le courrier électronique, les forums et bien sûr le web qui lui permet de présenter ses produits et services à un public planétaire. Internet permet également de mieux cibler l'offre, conquérir de nouveaux marchés tout en payant un prix moindre puisqu'il limite le recours à plusieurs intermédiaires.

Acheteur et vendeur ont donc un intérêt commun au développement du commerce électronique du fait d'un enjeu économique important : c'est pourquoi, la CCIP a élaboré en 1998 un contrat type de commerce électronique contenant les clauses types et les obligations légales de base à respecter[22]. Cependant, contracter à distance par voie électronique comporte un risque lié aux caractéristiques mêmes d'Internet qui sont à la fois ses avantages et ses inconvénients tels l'immatérialité des échanges, l'internationalité du réseau, l'interactivité et la rapidité.

- L'immatérialité des échanges pose un problème relatif à la valeur juridique de l'écrit et de la signature électroniques tant pour la validité de l'acte juridique que pour sa preuve.
- L'internationalité du réseau soulève plusieurs difficultés telles que : l'identification des parties ; la connaissance du pays de provenance de l'offre ou de la publicité ; la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente en cas de litige[23] ; l'internaute peut accéder à des offres étrangères formulées en langue étrangère d'où le risque de mauvaise compréhension susceptible de mener à la conclusion du contrat sur la base d'une erreur ou d'un malentendu.
- L'interactivité et la rapidité : grâce à l'interactivité du réseau, l'acheteur prend connaissance des conditions contractuelles à partir d'un lien hypertexte installé spécialement sur le site du vendeur[24]. Lorsque l'acheteur passe commande, le vendeur déduit que ses conditions contractuelles (effectivement lues ou non) ont été acceptées. Or,

---

[21] D. Ferrier, La distribution sur Internet, JCP E 2000, n° 2, p. 121 ; Idem., Droit de la distribution, 3e éd. Litec 2002.
[22] M. Naimi, Le contrat - type de commerce électronique de la CCIP et de l'AFCEE, RDIT 1998/3, 117.
[23] I. Paulik, La loi applicable aux contrats internationaux de commerce électronique, JCP E, 2002, n° 4.
[24] F. Bitan, Le site de commerce électronique : approche technique et juridique, Gaz. Pal. 2000, n° 107-109, doct. 17.

l'échange de consentements par voie électronique s'effectue rapidement, ce qui peut vicier le consentement du contractant : la volonté exprimée par l'une des parties peut ne pas correspondre à celle conçue par l'autre. La rapidité du réseau rend encore le moment de l'émission de l'acceptation et sa réception quasi instantanée, deux questions alors s'imposent : d'une part, l'acceptation exprime-t-elle une volonté ferme, certaine et réfléchie ? D'autre part, à quel moment le contrat électronique se forme-t-il alors que les théories doctrinales relatives à la détermination du moment de la formation de contrats à distance (entre absents) sont remises en cause ?

Pour rendre compte de ces caractéristiques, la théorie générale des contrats[25] ainsi que certains droits spéciaux[26] - notamment celui de la consommation - doivent être modifiés[27]. Du fait que la sécurité juridique et le succès du commerce électronique reposent sur la confiance, il faut alors intervenir préventivement dès le stade de l'offre pour protéger le consentement du contractant ; le caractère complémentaire de l'acceptation impose que l'offre à distance soit complète tant que possible afin de permettre à son destinataire de décider en toute connaissance de cause de l'accepter ou de la refuser.

Toutefois, le commerce électronique intéresse particulièrement la création du marché commun[28], c'est pourquoi, il doit recevoir un traitement à l'échelle européenne[29]. Pour instaurer un rapport de confiance et aboutir à un régime satisfaisant, il faut prendre en considération les intérêts contradictoires des entreprises de vente à distance et des consommateurs. Mais, comment peut-on mettre en place un système souple favorable au développement du commerce électronique sans pour autant remettre en cause les acquis communautaires visant « la réalisation d'un niveau élevé de protection des

[25] E. Savaux, La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ? thèse Paris I, 1993 : LGDJ 1997.
[26] S. Belloir, Théorie générale des contrats spéciaux, thèse Paris II, 2002.
[27] D. Fenouillet et F. Labarthe, Faut-il recodifier le droit de la consommation ? Paris : Economica, 2002.
[28] E. Crabit, La politique juridique du marché intérieur dans le domaine de la société de l'information, Petites affiches, 21 févr. 2002, p. 27 ; A. Palacio, Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelles équations pour le droit communautaire, Revue du droit de l'Union européenne, 2001, 1, p. 5 ; A. Palacio, Le droit communautaire et la société de l'information : quelques exercices d'imagination juridique, Petites affiches 2002, n° 38, p. 46.
[29] J.-P. Pizzio, Le droit communautaire et le commerce électronique, JCP E 2002, n° 4, p. 15.

consommateurs »[30] (pourtant, le danger du commerce électronique ne concerne pas uniquement les consommateurs mais aussi les professionnels).

La directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil a été adoptée le 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur[31] : (directive commerce électronique). Elle a pour objectif d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres (art. 1er). Elle adopte plusieurs dispositions contribuant au développement du commerce électronique et à la protection des consommateurs.

La directive impose d'abord aux Etats membres : d'éliminer de leur droit national toutes les mesures législatives ou réglementaires entravant la libre circulation de services par voie électronique ; d'intégrer dans leur législation nationale un certain nombre de dispositions réglementant ces services afin d'harmoniser la protection de leurs destinataires à l'intérieur du marché unique européen.

Elle encourage ensuite l'élaboration des règles de bonne conduite dites d'autorégulation ou de corégulation du commerce électronique qui visent à trouver un juste équilibre entre l'intervention législative et l'autorégulation des acteurs[32].

---

[30] J. Calais-Auloy, Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Droit et patrimoine, oct. 2002, p. 93 ; Le livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, Commission 2002, 289 final : www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair-comm-pract/studies-en.html/ ; D. Tournez, Quelle protection pour le consommateur, Rev. Conc., sept.-oct. 2003, n° 135, p. 20 ; J. Passa, Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs, Petites affiches, numéro spécial : Internet, commerce et droit, 2004, n° 27, p. 35.

[31] JOCE, n° L 178, 17 juill. 2000 : I. Gavanon, La directive « commerce électronique » : continuité ou nouveauté juridique, déc. 2001, chron., n° 28, p. 10 ; T. Verbiest, La directive européenne sur le commerce électronique, Bulletin d'actualités Lamy droit de l'informatique et des réseaux, août-sept. 2000, n° 128, p. 2 ; R. De Bottini, La directive « commerce électronique », Revue du Marché commun et de l'Union européenne 2001, n° 449, p. 370 ; M. Antoine, L'objet et le domaine d'application de la directive sur le commerce électronique, *in* Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyses et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique. Cahiers du CRID, Bruxelles, éd. Bruylant 2001, n° 19, p. 1 ; E. Caprioli et A. Prüm, Adoption de la directive du 8 juin 2000, Revue de droit bancaire et financier 2000, p. 283 ; E. Crabit, L'univers de la directive sur le commerce électronique, *in* L'internet et le droit, droit français, européen et comparé de l'Internet. Actes du colloque de l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal de l'université de Paris I, 25 et 26 sept. 2000, Collection Légipresse 2001, p. 409 ; P. Volo, Commerce électronique - Quels nouveaux principes de la directive européenne ? Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Expertise des systèmes d'information, janv. 2001, n° 244, p. 27.

[32] M.-A. Frison-Roche, Définition du droit de la régulation économique, D. 2004, chron. p. 126 : J.-M. Cheffert, Le commerce électronique : l'autorégulation et asymétrie d'information, Rev. Ubiquité 2002, n° 12, p. 31 ; T.-R. Fenoulhet, La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? Petites affiches, 21 févr. 2002, n° 38, p. 9 ; L. Boy, Réflexion sur le droit de la régulation, D. 2001, chron. 3031 ; B. Du Marais, Enjeux juridiques et institutionnels-réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour

Elle encourage enfin le recours aux règlements extrajudiciaires de litiges contractuels surtout ceux de la consommation[33] (art. 16 et s.).

Quant à la protection des consommateurs, la directive adopte deux dispositions en ce sens.

Elle énonce, d'une part, dans son considérant n° 11 : « la présente directive est sans préjudices du niveau de protection existant notamment en matière de protection de la santé publique et des intérêts des consommateurs, établi par les instruments communautaires. Entre autres, la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance constituent un élément fondamental pour la protection des consommateurs en matière contractuelle. Ces directives sont également applicables, dans leur intégralité, aux services de la société de l'information […]. La présente directive complète les exigences d'information établies par les directives précitées et en particulier la directive 97/7/CE. »[34]. Cela coïncide avec l'objectif du Conseil d'Etat français, qui souhaitait dans son rapport Internet et les réseaux numériques diffusé en 1998, assurer aux consommateurs une protection d'un degré comparable, lors de transactions dématérialisées, à celle dont ils jouissent à l'occasion de ventes à distance classiques[35].

Elle exige d'autre part, loyauté et transparence dans les relations contractuelles passées par voie électronique en imposant une obligation d'information à la charge du fournisseur en faveur de tout destinataire (professionnel ou consommateur) : si ces règles peuvent être écartées par convention entre professionnels, elles sont au contraire impératives lorsque le destinataire est un consommateur.

Internet ?, Cahiers juridiques français, Paris : La documentation française 2000, n° 295, p. 65 ; B. Du Marais , L'autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux, *in* Actes du colloque de Paris, 19 et 20 nov. 2001, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 293 ; M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation, Introduction, LGDJ 1998, p. 279.

[33] *Cf.* P. Thieffrey, L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, RTD eur. 2000, p. 649 ; J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, p. 555 ; L. Grynbaum, La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, JCP G 2001, I, n° 307, p. 594 ; E. Wéry et T. Verbiest, Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information, Suppl. Rev. Lamy dr. aff. 2001, n° 44, n° 2825.

[34] D'autres actes communautaires s'appliquent naturellement aux contrats électroniques tels ceux relatifs à la protection de la vie privée et au traitement des données personnelles, à la publicité trompeuse, à la réglementation des contrats négociés à distance d'un certain nombre de contrats spéciaux passés entre professionnels et consommateurs.

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

La recherche d'un juste équilibre entre l'enjeu économique et la protection des consommateurs a animé plus que jamais le débat pour un code européen du droit des contrats, qui aura pour but de favoriser les échanges économiques au sein de l'Union européenne[36]. La loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique[37] (LCEN) a

[36] Sur les difficultés : voir J.-P. Gridel, Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens, Gaz. Pal., 21 et 22 févr. 2003, doct. p. 3 ; V. G. Gandolfi, Pour un code européen des contrats, RTD civ. 1992, p. 707 ; D. Tallon, Vers un code européen des contrats, Mélanges Colomer 1993, p. 494 ; G. Rouhette, La codification du droit des contrats, Droit 1996, n° 24 , p. 118 ; C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000, chron., p. 79 ; Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, *in* Colloque de Sceaux, 30 et 31 janv. 2003 ; G. Cornu, Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002, 351 ; Ph. Malaurie, Le code civil européen des obligations et contrats. Une question toujours ouverte, JCP 2002, I, 110 ; Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar, D. 2002, 2202 ; V. L. Benabau, Faut-il une harmonisation minimale du droit ?, *in* Actes du colloque de Paris, 19 et 20 nov. 2001, Bruxelles : Bruylant 2002, 177 ; J. Calais-Auloy, Harmonisation du droit de la protection des consommateurs ; quelles voies, quels principes ?, Revue de la concurrence et de la consommation 1999, n° 107, p. 17 ; B. Fauvarque-Cosson, Faut-il un Code civil européen ?, RTD civ. 2002, p. 463 ; Ph. Malinvaud, Réponse - hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, D. 2002, chron., 2542.

[37] JO n° 143, 22 juin 2004, p. 11168 : M. Vivant, Une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, n° 171, p. 2 ; L. Grynbaum, Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations …raisonné, D. 2004, doc., n° 30, p. 2213 ; T. Verbiest, La loi pour la confiance dans l'économie numérique : examen du nouveau régime du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sept. 2004, n° 172, p. 2 ; D. Moreno et V. Arnoux-Evrat, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, L'analyse de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sept. 2004, n° 172, 12 ; E. Derieux, La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et le droit de la communication, JCP G 14 juill. 2004, AR, 349, p. 1305 ; J. Huet, Encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, JCP G, 17 nov. 2004, doct., I 178, p. 2081 ; O. Cachard, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit civil, sept. 2004, contrat, n° 314, p. 5 ; O. Cachard, La loi sur la confiance dans l'économie numérique : définition du commerce électronique et loi applicable, *in* les journées du Cejem, 3 juin 2003, Communication Commerce électronique, sept. 2004 ; Ph. Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, JCP E, 16 sept. 2004, comm. 1341, p. 1428 ; O. Cachard, La définition du commerce électronique et la loi applicable, Communication Commerce électronique, numéro spécial : « Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude n° 31, p. 53 ; F. Naftalski, Contrats, responsabilités et sécurité sur Internet : commentaires des dispositions de la loi sur la confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit des affaires, juill. 2004, chron., n° 73, p. 21 ; C. Rojinssky et G. Teissonnière, L'encadrement du commerce électronique par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JCP G, 8 sept. 2004, act. n° 37, p. 414 ; B. Tabaka et Y. Tesar, Le nouveau régime juridique du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, n° 171, p. 24 ; L. Grynbaum, Loi « Confiance dans l'économie numérique » : une version proche, de la version originale de la directive « commerce électronique, Comm. Comm. électr. 2004, comm. 28. Projets précédents : celui « sur la société de l'information » du 14 juin 2001, Doc. AN n° 3143 ; poursuivi par un autre projet pour la confiance dans l'économie numérique, 15 janv. 2003, Doc. AN n° 528. Projet de loi « sur la société de l'information » du 14 juin 2001, Doc. AN n° 3143 : E. Derieux, Aperçu de l'avant projet de loi sur la société de l'information, Légipresse, mai 2001, chron., n° 181, p. 58 ; Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » du 15 janv. 2003, Doc. AN n° 528 ; T. Verbiest, Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: analyse critique, Communication-Commerce électronique, févr. 2003, chron., n° 4, p. 9 ; M. Vivant, LCEN : un projet responsable sur la responsabilité, quelques réflexions sur le texte voté en première lecture par l'Assemblée nationale, Légipresse 2003, I, p. 71 ; L. Costes, Adaptation par les parlementaires de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mai 2004, n° 169, p. 1 ; D. Moreno et V. Arnoux-Evrat, Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, présentation de la proposition de la CCIP, JCP E, 3 avril 2003, act. n° 14, p. 581 ; L. Costes, LCEN : les principales

été adoptée le 21 juin 2004 après une appréciation par le Conseil constitutionnel[38]. Elle transpose en France les directives communautaires relatives à la société de l'information notamment (les articles 9 à 11) de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Elle distingue clairement entre la communication en ligne et le commerce électronique. Ce dernier occupe un titre II intitulé « Du commerce électronique » où sont traités : les « principes généraux » ; « la publicité par voie électronique » ; « les obligations souscrites sous forme électronique » ; « des contrats sous forme électronique ». Plusieurs articles sont insérés dans le code civil et le code de la consommation.

Les nouvelles dispositions peuvent être divisées en deux catégories : celles concernant la sécurisation des transactions électroniques et celles concernant la formation du contrat par voie électronique.

A. La sécurisation des transactions électroniques

La LCEN prévoit une règle de droit international privé et une autre sécurisant l'exécution du contrat.

Elle définit d'abord dans son article 14 le commerce électronique[39] comme *« l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »* (alinéa 1er) , *« entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou*

---

modifications adoptées par les députés en seconde lecture, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, févr. 2004, n° 166, p. 1 ; X. Linant de Bellefonds, De la LSI à la LCEN, Commun. Comm. élect., n° spécial : Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude, n° 22, p. 9.

[38] Cons. Const., 2004-496 DC 10 juin 2004 : JO juin p. 11182 : articles 5 et 6, énoncent les règles applicables aux prestataires (offrant un accès à des services de communication au public en ligne ou d'assurer le stockage des données) et prévoient une responsabilité civile et pénale. Les prestataires ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services s'ils n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstance faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance , ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible (le conseil constitutionnel exclut la responsabilité des hébergeurs dans deux cas : absence de connaissance des contenus contestés ; retrait de ceux-ci) surveillent pas le contenu de ces informations sur le point de départ du délai d'exercice du droit de réponse et du délai de prescription applicable à la communication en ligne art. 6 : IV-V.

[39] *Cf.* J.-L. Bilon, La definition du commerce électronique par l'article 14 de LCEN, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, n° 171, p. 21.

d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent » (alinéa 2e). Notre étude portera uniquement sur l'aspect prévu à l'alinéa 1er du commerce électronique, c'est-à-dire les contrats de vente ou de prestations de service conclus à distance et par voie électronique : qu'ils s'éxécutent en ligne ou hors ligne ; qu'ils impliquent des professionnels (B to B), un professionnel et un consommateur [40](B to C). Le sens sera toutefois compris selon le contexte : ainsi l'auteur de l'offre électronique est toujours un fournisseur ou un prestataire (cybervendeur), le destinatire de cette offre peut être un professionnel ou un consommateur (ou selon l'expression doctrinale un cyberconsommateur[41]). Sont en revanche exclus tous les contrats intermédiaires conclus entre professionnels pour la mise en œuvre de moyens techniques permettant l'exploitation d'un site internet (par exemple les contrats d'hébergement)[42].

La LCEN soumet l'activité du commerce électronique à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie : pour la personne physique, il s'agit du lieu où elle est installée de manière stable et durable pour exercer effectivement son activité et pour la personne morale, il s'agit du lieu d'implantation de son siège social[43] sous réserve de la commune intention de celle-ci et du destinataire de biens et services (art. 17). Cette règle comporte toutefois trois dérogations concernant : les dispositions impératives protectrices des consommateurs résidant habituellement en France ; les règles de forme impératives prévues en matière d'immobilier ; les contrats d'assurances.

Elle instaure ensuite, dans son article 15 (alinéa I est du droit commun ; alinéa II concerne le droit de la consommation), un régime de responsabilité générale (que le contrat ait été conclu en ligne ou non) du vendeur-prestataire en ajoutant deux nouveaux alinéas à l'article L. 121-20-3 du code de la consommation : « *Le professionnel* (personne physique

---

[40] G. Decocq et A. Lepage, Contrats conclus à distance et contrats par voie électronique-réflexions sur les procédures de formation du cyber-contrat de consommation, Communication Commerce électronique 2001, Comm., n° 131, p. 29.

[41] Atelier de réflexion, « Le cyberconsommateur », Rev. Conc. Consom., mars-avril 2000, n° 114, p. 11.

[42] Sont également exclus le droit d'auteur et les droits voisins : P. Reynaud, Droits d'auteur, droit international privé et Internet, thèse Strasbourg III, 2002.

[43] Cette solution coïncide avec la directive « commerce électronique » et la jurisprudence de la CJCE dans l'arrêt Cassis de Dijon qui penche vers l'application de la loi d'origine aux produits dans le marché intérieur et non la loi de destination. Cette dernière s'applique exceptionnellement à deux conditions : 1) l'Etat de destination démontre que sa législation est plus sévère que celle du pays d'origine ; 2) que l'application de la loi de l'Etat du destinataire se justifie par des exigences impératives tenant à la protection de l'intérêt général, de la santé publique ou des consommateurs et que les effets restrictifs sur les échanges en résultant sont proportionnés à l'objectif de protection poursuivi.

ou morale qui exerce une activité de commerce électronique) *est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudices de son droit de recours contre ceux-ci »* (alinéa 4) ; *« toutefois, il peut s'exonérer de tout ou d'une partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure »* (alinéa 5). L'avantage de cette responsabilité est de permettre au consommateur d'agir contre une seule personne en termes de responsabilité civile[44] . Il s'agit d'une sorte de responsabilité objective « de plein droit » du fait d'autrui. Le consommateur n'a donc pas à établir la faute personnelle de son propre cocontractant professionnel, la faute d'autres prestataires sera suffisante à engager la responsabilité de son cocontractant. Ce dernier pourra exercer un droit de recours, selon le droit commun, contre les prestataires assumant effectivement la charge de l'obligation à exécuter.

B- La formation du contrat par voie électronique

La LCEN consacre, en plus des conditions générales du droit commun, d'autres conditions spécifiques pour la conclusion de contrats par voie électronique.

S'agissant des conditions spécifiques : la LCEN impose, d'une part, que la publicité soit identifiable et transparente surtout lorsque un prix est mentionné et interdit la prospection directe *(spamming)* notamment par le biais de courriers électroniques ; elle encadre, d'autre part, le processus de la formation du contrat électronique. Trois articles (1369-1 à 1369-3) sont insérés dans le code civil et traitent l'offre et l'acceptation.

L'offre doit comporter certaines mentions obligatoires prévues à l'article 1369-1 du code civil, et ce indépendamment de la qualité du destinataire : mentionner notamment les étapes à suivre pour la conclusion du contrat par voie électronique, les moyens techniques

[44] O. Cachard, précité, n° 21 et s ; Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 47.

permettant d'identifier les erreurs commises et les corriger, la durée de validité de l'offre, signaler les codes de bonne conduite auxquels le vendeur est soumis et préciser comment le client pourrait éventuellement les consulter etc. Le prestataire de services ou « cybervendeur » doit assurer un accès facile, direct et permanent à ces informations et permettre leur conservation et leur reproduction. Ces obligations tendent à recueillir l'acceptation éclairée du destinataire de l'offre afin d'établir l'équilibre contractuel perturbé par l'emploi de techniques de communication à distance par voie électronique.

Même si la LCEN n'apporte pas grande chose à la protection du consommateur, elle a néanmoins affirmé d'une part, dans son article 23 que les contrats électroniques à destination des consommateurs sont des contrats à distance et donc soumis à la réglementation spécifique en ce domaine, notamment en ce qui concerne l'obligation d'information et le droit de rétractation. D'autre part, les règles imposées aux articles 1369-1 à 1369-3 du code civil sont supplétives dans les rapports contractuels entre professionnels mais obligatoires dans les contrats de la consommation.

La conclusion du contrat par voie électronique est régie par l'article 1369-2 du code civil qui consacre le système de double clic et impose au destinataire de la commande d'accuser réception sans délai injustifié de la commande passée. Cet accusé sera considéré comme reçu dès le moment où les parties au contrat peuvent y avoir accès. Toutefois, la nouvelle loi ne précise pas le moment et le lieu de la formation du contrat. La jurisprudence, quant à elle, fixe généralement ce moment à la date d'émission de l'acceptation et non à sa réception[45]. Cette solution est d'ailleurs approuvée par la majorité de la doctrine[46] puisque « cette théorie constitue un moyen parmi d'autres pour protéger l'acceptant lorsqu'il est la partie faible au contrat ; ce dernier se voyant ainsi attribuer une certaine maîtrise sur le processus de formation de son engagement ». La loi néglige également de préciser le lieu de formation du contrat électronique puisque ce n'est plus le principal critère pour la détermination de la loi applicable et de la juridiction

[45] Ce principe n'a une importance que pour la prise en charge des risques de transport : selon l'article L. 137 C. commerce, les risques de transport sont à la charge de l'acheteur sauf stipulation contraire. En cas de dommages, l'acheteur doit porter son action contre le transporteur, ce qui provoque la controverse de la doctrine puisque l'acheteur choisit rarement le transporteur en question

[46] L. Grynbaum, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D. 2003, Doct., n° 26, p. 1706.

compétente[47]. La LCEN l'a remplacé, comme d'ailleurs les dispositions communautaires, par d'autres critères surtout celui de la résidence habituelle du contractant pour qu'il s'adapte mieux à la réalité du commerce électronique qui échappe à être localisé en un endroit précis.

S'agissant ensuite des conditions générales, elles sont énumérées à l'article 1108 du code civil : consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité à contracter, un objet certain et une cause licite. Ces derniers ne soulèvent pas de difficultés particulières en matière de commerce électronique en raison de leur caractère abstrait qui n'est pas affecté par la formation du contrat par voie électronique[48]. Seul le consentement pose un véritable problème en ce domaine[49], c'est pourquoi cette étude lui sera exclusivement consacrée.

Le consentement n'est pas défini par la loi, seuls les vices susceptibles de l'affecter sont traités et parfois les modes spécifiques de l'échange de consentements[50]. Selon le principe de consensualisme, la forme de la manifestation de la volonté importe peu : un geste, une parole ou un écrit sont égaux en droit. En revanche, dans les actes solennels, la loi s'intéresse aux modes spécifiques de l'expression des consentements des parties dans lesquels l'accord de volontés doit se réaliser : il s'agit d'observer une certaine formalité à titre de validité de l'acte juridique afin d'attirer l'attention d'une partie réputée faible à cet acte sur l'importance de son engagement[51]. Ainsi, en droit de la consommation : la

---

[47] L. Grynbaum, Contrats entre absents, précité ; S. Cavanillas Mugica, Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le regard d'un juriste de droit civil, *in* Le commerce électronique : le temps des incertitudes, Les Cahiers du CRID, Bruxelles 2000, n° 17, p. 99 ; Y. Poullet, Contrats électroniques et théorie générale des contrats, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 115.

[48] H. Mayer, L'objet du contrat, thèse Bordeaux 1968.

[49] D. Mainguy, L'échange électronique des consentements, Paris Litec 2002, Actes du colloque de Nice 23-25 oct. 2000, p. 211 ; L. Thoumyre, L'échange des consentements dans le commerce électronique : www.juriscom.net ; Lavorel, Le consentement en matière de commerce électronique, Expertises déc. 2000, p. 379 ; M. Fallon, Le concept de distance dans l'échange de consentements électroniques, *in* Le consentement électronique, Actes du colloque de Bruxelles organisé par le Centre de droit de la consommation de Louvain - La -Neuve, 23 et 24 sept. 1999, Benoit de Nayer et Jacques Laffineur 2000, p. 247 ; J. Ghestin, L'échange des consentements, Introduction, RJ com., n° spécial : L'échange des consentements, 1995/11, p. 12.

[50] Ouerdane-Aubert de Vincelles (C), Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, thèse Paris II 2000, préface Lequette (Y), éd. Dalloz 2002.

[51] L. Aynes, Formalisme et prévention, éd. Litec 1982 ; P. Prasseur, Le formalisme dans la formation des contrats - Approches de droit comparé, éd. LGDJ 2002, p. 406 ; P. Catala, Le formalisme et les nouvelles technologies, Defrénois 2000, numéro spécial : Le formalisme, p. 897 ; G. Couturier, Les finalités et les sanctions du formalisme, Defrénois, 2000, numéro spécial : Le formalisme, p. 880 ; J. Mestre, L'approche par le juge du formalisme légal, RTD civ., 1988, 329 ; M. Demoulin et E. Montero, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique, éd. Bruylant 2003, n° 23, p. 132 ; J. Devez, La forme du contrat

jouissance d'immeuble à temps partagé, le démarchage, le crédit à la consommation, ne peuvent pas être conclus par voie électronique. Le contrat électronique comporte alors deux particularités par rapport aux autres contrats :

D'une part, l'échange de consentements doit s'effectuer via un support électronique aussi bien pour les contrats consensuels que solennels : sa qualification en tant que contrat électronique dépend donc uniquement de sa formation et non de son exécution, cette dernière peut indifféremment intervenir en ligne ou hors ligne[52]. L'échange de consentements s'effectue sous forme dématérialisée d'où l'importance de la forme en matière de contrats électroniques pour la validité de l'acte juridique ainsi que pour sa preuve. C'est pourquoi, après la reconnaissance juridique de l'écrit et de la signature électroniques à titre probatoire[53] (C. civ. art. 1316 à 1316-4), la LCEN vient, conformément à l'article 9 de la directive « commerce électronique », élargir cette reconnaissance à l'écrit et à la signature électroniques à titre de validité de l'acte juridique (C. civ. art. 1108-1 et 1108-2) même si certains auteurs pensent que cela remet en cause le formalisme protecteur : *« chacun comprend que l'on n'a pas la même approche d'un texte défilant sur écran et d'un texte figurant sur support papier ; on imprime d'ailleurs souvent le texte en ligne pour le relire »*[54] .

D'autre part, le contrat électronique est un contrat à distance, ce qui implique qu'il se forme exclusivement par un réseau électronique de communication entre des parties qui

---

électronique, *in* Les travaux de l'Association Henry Capitant, Le contrat électronique : journées nationales, Toulouse le 26 mai 2000, Paris : éd. Panthéon-Assas, Collection droit privé, 2002, p. 59 ; Y. Flour et A. Ghozy, Les conventions sur la forme, Defrénois 2000, numéro spécial : Le formalisme, p. 911 ; X. Lagarde , Observations critiques sur la reconnaissance de formalisme, JCP 1999, I, 170 ; V. Magnier, Les sanctions du formalisme informatif, JCP 2004, I, 106.

[52] F. Mas, La conclusion des contrats du commerce électronique, thèse, Montpellier 2004 ; M. Jaccard, La conclusion de contrats par ordinaire : aspects juridiques de l'Echange de données informatisées (EDI), Berne 1996 ; M. Demoulin et E. Montero, La conclusion des contrats par voie électronique, éd. LGDJ, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 693 ; J. A.Graham, L'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français : www.rechtsinformatik.uni-sb ; M. Naimi, La formation et l'exécution du contrat électronique, thèse Paris II, 2003.

[53] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : JO n° 62, 14 mars 2000, p. 3968, transposant de la directive 1999/93/CE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques : JOCE n° L 13, 19 janv. 2000, p. 12 : D. Baresh et R. Schlechter, La directive européenne pour les signatures électroniques, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 2000, n° 439, p. 387 ; C. Bernault, Directive commerce électronique-Les communications commerciales sur Internet, Expertise et systèmes d'information 2001, n° 249, p. 220 ; Y. Lagarde, Finalités et principes du droit de la preuve, JCP G, 27 avril. 2005, Doct., n° 133, p. 771.

[54] L. Grynbaum, La directive de 2000 sur le commerce électronique et sa transposition en France, Rev. de la concurrence, sept.-oct. 2003, n° 135, p. 15.

ne sont pas en présence physique l'une de l'autre (LCEN 23). Cependant, la distance est une source de déséquilibre contractuel qui ne se limite d'ailleurs pas aux contrats de consommation mais concerne au contraire tous les contrats conclus à distance par voie électronique.

Pour établir l'équilibre contractuel, fortement menacé par la distance et l'emploi d'une technique de communication électronique, la LCEN intervient au niveau même de la théorie générale de contrats pour encadrer les contrats électroniques. Des restrictions importantes sont apportées au principe de l'autonomie de la volonté mais sans remettre pour autant en cause le schéma classique de l'accord de volontés entre offre et acceptation. Mais, du point de vue du législateur, il ne suffit pas de préciser *« l' élément intrinsèque de la formation des contrats à distance par voie électronique : l'accord de volontés »* **(Première partie)** qui tend à recueillir un consentement éclairé d'un contractant mais il faut également s'intéresser aux étapes concomitantes (surtout en ce qui concerne le règlement du conflit de lois et de juridictions) et suivantes (notamment en ce qui concerne la preuve) de l'échange de consentements, c'est pourquoi, l'étude *« des éléments extrinsèques de la formation des contrats à distance par voie électronique : éléments de sécurisation »* **(Deuxième partie)** parait aussi nécessaire.

PREMIERE PARTIE

Elément intrinsèque de la formation des contrats à distance par voie électronique : *l'accord de volontés*

La caractéristique principale des contrats à distance est d'établir des relations contractuelles entre des parties éloignées l'une de l'autre. Ce qui implique au sens de l'article L. 121-16 du code de la consommation que l'échange des consentements s'effectue également à distance. Ce simple constat ne suffit pas pour autant à mettre en évidence toutes les particularités des contrats à distance puisque :

d'une part, les règles juridiques applicables diffèrent fondamentalement selon la qualité des parties contractantes. En effet, les rapports contractuels entre professionnels ou entre particuliers sont régis par le droit commun des obligations alors que ceux entre professionnels et consommateurs sont régis par des règles consommatrices strictement encadrées qui ont pour but de garantir l'intégrité du consentement des consommateurs[55].

D'autre part, du fait que l'échange des consentements peut s'effectuer en ligne, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)[56] précise désormais les modalités de conclusion de tous les contrats dématérialisés et se prononce en particulier sur la protection du consommateur.

Malgré toute la spécificité des contrats à distance, ils demeurent néanmoins - comme en droit commun - le résultat d'un accord entre au moins deux volontés concordantes qui se traduit juridiquement par une offre **(Titre I)** et une acceptation **(Titre II)**. La particularité des contrats à distance conclus par voie électronique doit s'apprécier au travers de ces deux notions[57].

[55] N. Roland, Les contrats du commerce électronique et la protection des consommateurs, thèse 2002.
[56] JO, 22 juin 2004, p. 11168.
[57] M. Fontaine, Offre et acceptation, Approche dépassée du processus de formation des contrats, *in* Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruxelles : Bruylant 2000, p. 115 ; C. Delgrange, La formation du contrat commercial, D aff. 1999, 962 ; C. Delforge, La formation du contrat sous un angle dynamique - Réflexions comparatives, Paris, LGDJ 2002, p. 139.

TITRE PREMIER

L'offre à distance

Dans sa structure générale, la notion d'offre à distance ne diffère pas beaucoup de l'offre de droit commun **(Chapitre I)** mais soulève tout de même des problèmes qui lui sont spécifiques. Lorsque cette offre est émise par un professionnel et adressée aux consommateurs, la loi impose une obligation d'information renforcée en faveur de ces derniers afin qu'ils puissent s'engager en toute connaissance de cause **(Chapitre II)**.

Chapitre I : La notion d'offre à distance

Pour être qualifiée d'offre, la proposition faite à distance doit présenter certaines caractéristiques **(Section I)**. Il faudra ensuite tenir compte du développement des moyens d'investigation de la clientèle ainsi que de la diversité des modes de promotion qui posent un problème relatif à sa qualification d'offre **(Section II)**.

Section I : Conditions de validité de l'offre à distance

Tout en précisant son contenu, la LCEN et le code de la consommation ne donnent pas de définition de l'offre à distance, ce qui implique alors le retour à la notion d'offre de droit commun[58].

La doctrine, quant à elle, définit l'offre comme *« la proposition ferme de conclure un contrat déterminé à des conditions également déterminées »*[59]. Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'une proposition soit qualifiée d'offre : d'une part, être suffisamment précise et non équivoque dans son contenu et, d'autre part, être ferme quant

[58] M. Durin, L'offre de contrat de commerce électronique, thèse Strasbourg III, 2004.
[59] J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 9e éd. 2000, n° 132.

à l'intention de son auteur d'être lié si son destinataire l'accepte[60]. En l'absence de l'un de ces deux critères, la proposition ne sera pas qualifiée d'offre mais de simple proposition à entrer en pourparlers.

Il en résulte donc que la qualification d'offre à distance dépend uniquement de la fermeté et de la précision de la proposition, peu importe ensuite qu'elle soit destinée à une ou plusieurs personnes déterminées ou au public, conformément au principe posé par la cours de cassation selon lequel *« l'offre faite au public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre à une personne déterminée »*[61]. Le support utilisé pour véhiculer l'offre - que ce soit une lettre, une annonce dans un journal ou dans un catalogue papier ou virtuel…etc. - importe également peu.

En d'autres termes, pour que la proposition émise à distance soit qualifiée d'offre, elle doit comporter tous les éléments nécessaires à l'accord de volontés des parties **(§ 2)** mais rien n'empêche que ces derniers figurent dans un catalogue papier ou sur l'écran d'un ordinateur puisque dans les deux cas, c'est du pareil au même. Cependant, lorsque des produits et services sont présentés en ligne, sur un site web par exemple, on peut s'interroger sur la portée du message émis **(§ 1)**. Faut-il alors qualifier ce message d'offre de vente ou de prestation de service ou simplement de proposition à négocier ? Son auteur a-t-il exprimé une volonté ferme de conclure le contrat si le destinataire l'accepte ?

En réalité, le doute persiste puisque le pollicitant peut présenter ce message non point comme une offre ferme mais uniquement comme une invitation à entrer en pourparlers afin d'entamer une négociation.

§ 1. Problème relatif à la fermeté de l'offre à distance

La doctrine et la jurisprudence françaises s'accordent sur l'exigence de fermeté de l'offre[62]. Cette dernière ne devrait à priori poser aucun problème dans le contexte de l'Internet car l'offre en ligne peut, comme toute autre offre, être acceptée en l'état pour aboutir à la conclusion du contrat.

---

[60] Voir par exemple, Cass. 3e civ., 28 nov. 1968 : JCP G, 1969, II, n° 15797.
[61] Cass. 3e civ., 28 nov. 1968 : Bull. civ., III, n° 507.
[62] Entre commerçants, l'auteur de l'offre doit indiquer sa volonté d'être lié en cas d'acceptation : Paris, 13 déc. 1984 : RTD civ. 1986, 97, obs. Mestre.

Dans la pratique, la qualification d'offre ou de proposition à entrer en pourparlers n'est pas toujours aussi évidente[63]. Ainsi, l'exposition d'une marchandise avec indication de prix dans une vitrine virtuelle constitue-t-elle une offre ferme et précise ou simplement une proposition à négocier ?

Selon la jurisprudence française, une telle exposition dans le monde réel constitue une offre véritable[64]. Cette jurisprudence devrait être transposable à l'offre en ligne et donc l'exposition de marchandises avec indication de prix dans le monde virtuel constitue aussi une offre véritable et son acceptation formera, de ce fait, le contrat. D'ailleurs, l'équivalence entre les divers modes de manifestation de l'offre ainsi que la doctrine confirment cette analyse[65]. Si cette solution paraît cohérente, au moins en droit de la consommation, elle ne correspond pas pour autant à la réalité.

A- Problématique

L'une des caractéristiques du réseau est son internationalité dont nous disons justement qu'il ignore les frontières. En effet, le professionnel - vendeur ou prestataire de service - recourt au réseau Internet pour véhiculer une offre de vente ou de prestation de service adressée le plus souvent à un public planétaire. Cette offre peut bien évidemment toucher toute personne en connexion sur le réseau aux quatre coins du monde. Retenir systématiquement la qualification d'offre de ce message paraît excessif et trop risqué pour le professionnel puisqu'il ne connaît ni son cocontractant et encore moins sa solvabilité.

Pour éviter d'être lié par un contrat, le professionnel qui n'a pas l'intention de s'engager immédiatement entoure souvent son offre par des réserves expresses ou tacites

---

[63] B.Lassale, Les pourparlers, RRJ 1994/3, p. 828.

[64] Cass. Civ. 1re, 2 déc. 1969 : D. 1970, 104, note, G.C.M.; certains pays ont d'autres qualifications que la nôtre, ainsi, en Allemagne : il s'agit d'une simple invitation à faire une offre ; en Italie : une simple invitation à faire une offre ; au Québec : c'est une offre véritable ; en Suisse : une distinction est faite entre l'envoi de tarifs au futur client et le fait d'exposer des marchandises avec indication de prix : alors que la seconde est reconnue comme une offre ferme de contracter, la première ne l'est pas ; en France : le fait d'exposer des marchandises dans un étalage avec indication de leur prix est une offre véritable : Tribunal Com. Seine, 28 mai 1921 : D. 1923, II, 152 ; l'annonce parue dans un journal proposant la vente d'un terrain déterminé à un certain prix liait l'auteur de l'offre à la personne qui avait déclaré accepter ; Civ. 3e, 28 nov. 1968 : Gaz. Pal. 1969, 1, 95 ; RTD civ. 1969, 555, obs. Loussouarn ; c'est pourquoi, l'absence d'indication de prix n'est pas une offre mais une invitation à entrer en pourparlers : Paris, 29 janv. 1996 : Defrénois, 1996, 1360, obs. D. Mazeaud.

[65] Pour certains auteurs, l'exposition de marchandises dans une vitrine avec indication de prix constitue une offre faite au public avec des réserves implicites : voir J. Flour et J.-L. Aubert, précité, n° 146.

d'agrément de son cocontractant[66]. Il y aura alors une inversion des rôles en ce sens que l'offre initiale émise par le professionnel devient une simple proposition et la commande du client, une véritable offre d'achat pouvant à son tour être acceptée ou refusée par le professionnel. Il convient alors de s'interroger aussi bien sur la légalité de ces différentes réserves que sur leur base juridique.

B- Solutions

En l'absence de dispositions légales répondant directement à cette question, il faut alors se tourner vers la jurisprudence et la doctrine.

1. Solutions jurisprudentielles

La jurisprudence attribue une importance particulière aux réserves dès lors que le contrat projeté est marqué d'« *intuitu personae* »[67]. Il ressort clairement de cette interprétation jurisprudentielle que l'offre adressée au public comporte des réserves implicites concernant la/les qualité(s) personnelle(s) du cocontractant (compétences professionnelles dans les contrats de travail, l'ancienneté du conducteur dans les contrats d'assurance) qui doit/doivent être prise(s) en considération[68]. On pourrait alors songer à élargir la portée de cette jurisprudence à la situation de la personne comme par exemple sa solvabilité[69].

On peut également évoquer la réserve dite « *d'épuisement des stocks* ». La jurisprudence la considère comme une réserve implicite même si l'auteur de l'offre ne l'a pas expressément mentionnée. Cette attitude est approuvée par la majorité de la doctrine[70] pour la simple et bonne raison que l'intention de l'auteur de l'offre ne doit pas aller au delà des stocks disponibles. De plus, l'épuisement des stocks ne dépend pas de la volonté de

---

[66] On peut douter de ce mécanisme lorsque le professionnel vise les consommateurs comme destinataires de l'offre à distance puisque le législateur qualifie aujourd'hui la proposition d'offre ferme et le contenu du message est imposé légalement : C. consom., art. L. 121-18 et s.

[67] V. par ex., CA Toulouse, 21 février 1984 : RTD civ. 1984, p. 706, obs. J. Mestre ; G. Kostig, L' *intuitu personae* dans le contrat de droit privé, thèse Paris 1997 ; Contamine M. Raynaud, L' *intuitu personae* dans les contrats, thèse Paris II, 1974.

[68] Ph. Malaurie et L. Ayès, Les obligations, Cujas, 10e éd., 1999-2000, n° 383.

[69] Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2003, n° 2927, p. 1645.

[70] V. J.-L. Aubert, Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse Paris, éd. LGDJ 1970.

son auteur mais plutôt de circonstances extérieures. Cette réserve est donc parfaitement objective et se soumet au contrôle du juge.

En analysant ces deux réserves, on s'aperçoit, d'un côté, que l'offre est destinée au public et que les deux réserves n'ont, dans les deux cas, nul besoin d'être explicitement mentionnées pour être reconnues comme telles. D'un autre côté, la réserve *« d'intuitu personae »* permet à l'émetteur de l'offre d'apprécier de manière totalement discrétionnaire la qualité personnelle qu'il souhaite trouver chez le destinataire de son offre. Dans ce cas précis, le rôle du juge se limitera au plan pénal surtout en cas de discrimination. Quant à la réserve d'épuisement des stocks, elle est parfaitement objective et permet au juge d'apprécier assez facilement l'opportunité de cette clause même si elle n'est pas expressément mentionnée.

Si on transpose cette jurisprudence à notre hypothèse, la conclusion serait la suivante : la clause est valable dès lors qu'elle est marquée d'*« intuitu personae »* ou lorsque l'offrant s'expose à un risque réel et sérieux justifiant le recours à une telle clause sous réserve qu'elle soit objective et soumise au contrôle du juge. Par conséquent, la qualification d'offre ou de simple proposition du message diffusé en ligne dépend d'après la jurisprudence française de la volonté du pollicitant. Une telle affirmation semble néanmoins contraire aux règles consommatrices.

2. Solutions doctrinales

Le premier courant doctrinal reconnaît la validité d'une réserve à partir du moment où elle est mentionnée de façon expresse. Ainsi, certains auteurs écartent la qualification d'offre dans deux cas de figure[71] : lorsque le pollicitant utilise l'intitulé *« appel d'offre »* ou lorsqu'il appose sur le document exprimant son projet la mention *« sans engagement de notre part »*. La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) adopte cette même démarche à propos de son contrat type de commerce électronique[72].

---

[71] J. Mousseron, Izorche et Raynard, Technique contractuelle, F. Lefebvre, 2e éd. 1999, n° 335 et s..
[72] M. Vivant, Commerce électronique : un premier contrat type, Rev. Lamy dr. aff., 1998, n° 9, chron., p. 475 et s.

Un auteur est allé encore plus loin en écrivant que *« l'offre électronique comporte une réserve implicite pour les qualités attachées à la personne »*[73].

Dans la pratique, certains opérateurs, proposant en ligne la vente de produits ou la fourniture de services, prévoient expressément dans leur offre une clause dite *« clause de frontière »* ou *« clause de couverture »* qui restreint la zone de couverture de l'offre à une limite géographique déterminée. Toute commande provenant en dehors de cette zone pourra être acceptée ou refusée par l'offrant d'où l'expression de *« clause d'agrément du contractant »*[74] (limitation juridique). L'offrant peut également limiter la zone de couverture des livraisons en prévoyant une clause analogue à la précédente. Il ne s'agit pas cette fois de limiter la zone géographique de l'offre mais celle des lieux de livraison en fonction des moyens logistiques de l'opérateur (limitation matérielle).

Le second courant doctrinal propose deux solutions différentes au problème lié au risque d'insolvabilité du contractant :

- la première consiste à reconnaître la valeur juridique de l'offre en tant que telle à condition toutefois de donner à l'offrant la possibilité d'agréer la commande qui lui a été adressée[75]. Autrement dit, c'est « offrir…mais à condition d'accepter l'acceptation »! En réalité, il ne s'agit pas d'une offre mais d'une simple invitation à entrer en pourparlers: ce procédé est déjà utilisé dans les contrats d'assurance.

- la deuxième consiste à retenir la qualification d'offre alors que le contrat ne sera considéré formé qu'après le paiement de la totalité du prix de l'opération[76]. Cela peut peut-être résoudre la difficulté liée à l'insolvabilité du client. Mais une telle solution semble néanmoins contraire aux dispositions de la LCEN qui prévoit des modalités de conclusion du contrat électronique[77]. En effet, au sens du nouvel article 1369-2 du code civil, le contrat électronique se forme par deux clics successifs : le client clique une première fois pour passer commande après avoir eu la possibilité d'en vérifier le détail ainsi que son prix total et d'en corriger les éventuelles erreurs et une deuxième fois pour confirmer son

---

[73] M. Zoia, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gaz. Pal. Octobre 2001, doct. 2e partie, p. 15.
[74] La jurisprudence valide en principe la clause d'agrément utilisée par le professionnel sauf s'il y a un abus du droit ou de fraude : V. Cass. com., 2 juill. 2002 : RDC 2003, p. 50.
[75] P. Breese, Guide juridique de l'Internet, Vuibert, éd. 2000, p.188 et s.
[76] Lamy droit de l'informatique et des réseaux, précité.
[77] Voir infra p. 153 et s.

acceptation. L'auteur de l'offre doit dès réception de cette dernière, accuser réception sans délai injustifié.

La solution selon laquelle le contrat ne pourra être conclu qu'après le paiement du prix doit par conséquent être rejetée au moins dans les contrats avec les consommateurs. En effet, une telle exigence est contraire à la loi puisqu'elle tend à créer une nouvelle modalité de conclusion du contrat électronique. Or, le paiement du prix n'est qu'une simple modalité d'exécution (élément accessoire) sauf si le professionnel la retient comme essentielle. Ce même raisonnement s'applique aux rapports contractuels conclus entre professionnels et consommateurs puisque la loi impose, en matière de contrats à distance, que le professionnel précise dans l'offre la modalité de paiement.

En somme, à défaut d'une solution générale tranchée en jurisprudence, la doctrine admet, dans sa majorité, la reconnaissance de la validité des réserves expresses ou tacites dès lors qu'elles sont objectives et qu'elles ne laissent aucune place à l'arbitraire du pollicitant[78]. Il est à la fois nécessaire de garantir la sécurité juridique et de protéger le pollicitant en ne l'obligeant pas à conclure un contrat dans un contexte d'incertitude sur des plans juridique et géographique qu'il ne maîtrise pas. En conséquence, lorsque le message diffusé en ligne est assorti de réserves expresses ou tacites, il sera qualifié selon l'intention de son émetteur d'offre véritable pour un territoire donné ou de simple invitation à entrer en pourparlers pour les autres territoires.

§ 2. Problème relatif à la précision de l'offre à distance

Dans sa précision, l'offre à distance présente certaines particularités par rapport à l'offre de droit commun et semble même influencer cette dernière.

A- Précision de l'offre en droit commun

Pour qu'une proposition soit qualifiée d'offre, elle doit comporter au minimum tous les « éléments essentiels » du futur contrat et en l'absence desquels elle n'est qu'une

[78] J. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat : formation, LGDJ, 3e éd. 1993, n° 395.

simple invitation à entrer en pourparlers ou un appel d'offre[79]. La doctrine définit les éléments essentiels comme étant ceux qui *« impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé »*[80] ou encore ceux *« sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue »*[81]. Ainsi, dans les contrats ayant pour objet un échange de biens ou de services, ce sont les termes mêmes de cet échange qui constituent les élément essentiels[82]. La loi prévoit parfois des présomptions telles que l'accord sur la chose et le prix dans le contrat de vente[83] ; l'accord sur la chose, le prix et la durée dans le contrat de bail[84]. Pour les contrats innommés, il revient au juge de désigner les éléments essentiels de chaque contrat[85]. L'accord des parties sur ces éléments suffit en principe à entraîner la formation du contrat[86].

En revanche, l'accord des parties sur les autres éléments dits « accessoires » n'a - sauf exception - aucun effet sur la perfection du contrat puisqu'à défaut d'un tel accord, ils seront réglés par les règles supplétives de droit civil ou selon l'usage. Cependant, les parties peuvent subordonner la conclusion du contrat à leur accord sur des éléments

---

[79] La convention de Vienne du 11 avril 1980 distingue dans son article 14 entre offre et simple invitation à l'offre dans les termes suivants : *« 1. Une proposition de conclure un contrat adressée à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer »,* et *« 2. Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire* » : B.-A. Demba, La vente internationale des marchandises. Etude de la convention des Nations Unies sur les contrats internationaux de marchandises (Vienne, 11 avril 1980), thèse, Lille ; C. Witz, L'adaption du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Paris Litec 1998.

[80] Pothier, Traité des obligations, partie 1re, n° 6.

[81] J.-L. Aubert, Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation…, précité, n° 52 ; M. Delebecque évoque l'aspect économique pour identifier ces éléments essentiels qu'il définit comme les *« éléments centraux spécifiques qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser »* : Les clauses allégeant les obligations, thèse Aix, 1981, p. 198 ; V. aussi F. Labarthe, La notion de document contractuel, thèse Paris 1, 1993, n° 115 et s.

[82] J. Ghestin, précité, n° 319.

[83] Code. civ. art 1583 : Cass. 3e civ. 13 juin 1972 : Bull. civ. III, n° 392 ; Cass. 1er civ. 23 mai 1979 : D. 1979, IR, p. 488 ; CA Paris, 20 juin 1989 : D. 1989, IR, p. 223 ; Cass. 3e civ. 9 mai 2001 : Defrénois, 18 janv. 2001, n° 68, p. 1051, note E. Savaux. Un revirement est opéré par l'arrêt du 1er décembre 1995, de l'assemblée plénière de la cour de cassation où il a été jugé que l'accord des parties sur le prix n'était pas nécessaire sauf exception à la validité du contrat : Pour plus d'explications, v. notamment L. Fin-Langer, L'équilibre contractuel, thèse Orléans, 2000, n° 163, p. 89.

[84] Code civ. art. 1709 : Cass. 3e civ. 22 févr. 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, pan. p. 219.

[85] D. Grillet-Ponton, Essai sur le contrat innommé, thèse Lyon, 1982.

[86] Arrêt de principe, V. Com. 11 oct. 1978 : JCP G 1979, II, 19034, Y. Loussouarn. Il arrive souvent, dans les contrats complexes conclus entre professionnels, que les parties entament une négociation débouchant sur un accord préparatoire souvent nommé accord de principe ou lettre d'intention. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'une offre puisque des éléments essentiels restent pour l'instant imprécis pour entraîner la formation du contrat : v. F. Labarthe, La notion de document contractuel, thèse Paris I, éd. 1994, n° 114 et s.

généralement considérés comme accessoires mais conventionnellement érigés en éléments essentiels[87]. La jurisprudence admet, en effet, que *« la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix et le défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente, à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités »*[88].

Cependant, sous l'influence du droit de la consommation et conformément à la directive « commerce électronique », la LCEN ajoute de nouveaux éléments à fournir dans l'offre électronique. En effet, l'article 1369-1 du code civil impose à tout opérateur de commerce électronique de mettre à disposition ses conditions contractuelles applicables d'une manière permettant leur conservation et leur reproduction. Celui-ci reste engagé par son offre tant qu'elle est accessible par voie électronique de son propre fait.

Le même article prévoit encore que l'offre électronique doit énoncer : les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; les moyens techniques permettant à l'utilisateur avant la conclusion du contrat d'identifier d'éventuelles erreurs et de les corriger ; les langues proposées pour la conclusion du contrat ; les modalités d'archivage et les conditions d'accès au contrat archivé ; les moyens de consulter les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. Ces différents éléments sont de portée générale et s'appliquent à toute offre électronique[89] : entre professionnels (sauf convention expresse contraire) ; entre professionnels et consommateurs et semble-t-il aussi entre particuliers[90]. Mais, est-ce que ces éléments sont vraiment des conditions de validité de l'offre électronique ? Si oui, sont-ils essentiels ou simplement accessoires ?

En réalité, ils sont difficilement classables et semblent même constituer une catégorie particulière que l'on pourrait appeler modalités complémentaires puisque,

---

[87] Cass. 3e civ. 2 mai 1978 : JCP G 1980, II, 19465, note, P. Fieschi-Vivet : *« certaines modalités ordinairement accessoires telles que la date de paiement du solde du prix ou la date de la prise de possession des lieux avaient en l'espèce été tenues par la venderesse comme des éléments essentiels constitutifs de son consentement »*. Pour plus d'explications, voir F. Labarthe, La notion de document contractuel, thèse Paris I, 1994, n° 114 et s ; L. Fin-Langer, thèse, précitée, n° 163, p. 89.

[88] Cass. 3e civ. 14 janv. 1987 : D. 1988, p. 80, note J. Schmidt ; Com. 16 avril 1991 : JCP, G, II, 21871, note M.-O. Gain.

[89] Sauf pour les contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

[90] Ph. Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, JCP E, 16 sept. 2004, Etude, n° 1341, p. 1428, spéc. n° 22.

comme un auteur[91] l'a également remarqué, le terme d'offre évoqué dans le texte ne semble pas correspondre à l'offre de droit commun et couvre indifféremment toute proposition même indécise et imprécise.

Si l'auteur initial de l'offre électronique préserve, par exemple, l'agrément de son contractant faute de fermeté nécessaire, il ne s'agira alors que d'une simple proposition. Il revient alors au client intéressé par le produit ou le service de formuler une véritable offre d'achat. C'est donc à lui de fournir ces informations, ce qui est totalement absurde surtout face au consommateur.

Lorsque la loi énonce que *« sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait »* , elle n'envisage pas de changer les conditions de validité de l'offre (prévues en droit commun ou en droit de la consommation) mais se limite seulement à contraindre l'offrant à retirer son offre lorsqu'elle n'est plus valable. Autrement dit, le terme d'offre énoncé à l'article 1369-1 vise plus toute proposition que l'offre au sens juridique. Pour être qualifiée d'offre électronique, la proposition doit simultanément répondre aux conditions générales de validité de l'offre de droit commun et à celles imposées par l'article 1369-1.

Enfin, ce terme d'offre laisse tout de même planer un doute sur sa portée exacte car le susdit article est directement poursuivi par l'article 1369-2 qui, lui, précise les modalités de conclusion du contrat électronique. Dans ces conditions, comment concevoir alors une conclusion de contrat s'il n'y a justement pas eu d'offre ferme et précise[92] ? C'est pourquoi, nous pensons que le terme d'offre précité est une véritable offre du moins quand elle s'adresse aux consommateurs.

B- Précision de l'offre en droit de la consommation

L'offre à distance ne déroge pas aux règles générales de droit commun tant qu'elle exige pour sa validité de comporter tous les éléments essentiels du contrat projeté pour qu'une simple acceptation de la part du destinataire forme le contrat. En revanche, lorsque

[91] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 30 et s..
[92] Pour la position de la doctrine antérieurement à la LCEN, voir : L. Grynbaum, Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique », D 2002, p. 378 ; G. Decocq, Contrats conclus à distance et par voie électronique, Communication-Commerce électronique, déc. 2001, n° 131, p. 29.

l'offre à distance est destinée aux consommateurs, la loi n'impose pas seulement une obligation précontractuelle d'information à la charge du professionnel mais précise en plus la teneur des informations à fournir dans l'offre dans le but d'éclairer le consentement du consommateur[93]. Quelle qualification juridique faut-il alors attribuer à ces documents informatifs? Ces derniers seront-ils qualifiés d'offre véritable ou de simple proposition ?

Il s'agit bien évidemment d'une offre véritable[94] puisqu'à la différence des règles de droit commun, qui laissent le choix aux parties de préciser les éléments essentiels et accessoires du futur contrat, l'offre à distance à destination des consommateurs doit par la force de la loi impérativement contenir tous les éléments nécessaires à l'accord de volontés. Les documents informatifs comportant ces éléments sont expressément qualifiés d'offre par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001[95].

La LCEN adopte une solution similaire à propos du contrat électronique. En effet, l'article 1369-1 du code civil précité énonce - en plus des conditions que doit contenir l'offre électronique - que l'offre électronique reste engageante à l'égard de son auteur tant qu'elle est accessible par voie électronique. Lorsque cette offre vise les consommateurs, elle se qualifie toujours d'offre au sens du code de la consommation puisqu'elle doit obligatoirement contenir toutes les informations précontractuelles imposées par ledit code.

L'article 1369-2 de ce même code confirme cette analyse en y décrivant les modalités à suivre pour la conclusion du contrat électronique. On peut donc conclure que le terme d'« offre électronique » évoqué dans les deux articles précédemment cités renvoie, lorsque l'offre est destinée aux consommateurs, à la notion d'offre au sens juridique.

En somme, la présentation de produits et services sur un site web, par exemple, ne s'analyse pas toujours en une offre à distance puisque le professionnel peut utiliser ce site

---

[93] C. consom., art. L. 121-18 et s.

[94] La jurisprudence intègre parfois, dans le champ contractuel, les documents informatifs lorsqu'ils ont exercé une influence sur le consentement de son destinataire. Pour l'autorité des documents publicitaires, V. J. Mestre, Les documents contractuels, chron. RTD civ. 1997, p.118 ; Arrêt, Ch. Comm., 17 juin 1997, à propos d'un document publicitaire d'une machine à libeller les chèques de manière infalsifiable, D. aff., 1997, chron. p. 1002 ; D. 1998, juris., p. 249, note G. Pignarre et G. Paisant.

[95] C. consom., L. 121-18 et s. ; V. H. Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, précité, n° 54, p. 86. Avant cette date, la jurisprudence avait parfois intégré dans le champ contractuel les documents informatifs qui ne répondaient pas à la qualification d'offre mais qui avaient exercé une influence sur le consentement de son destinataire mais ; Sur l'autorité des documents publicitaires, voir J. Mestre, Les documents contractuels, RTD civ., 1997, chron., p. 118 ; Ch. Com., 17 juin 1997, à propos d'un document publicitaire d'une machine à libeller les chèques de manière infalsifiable : D. aff., 1997, chron., p. 1002 ; D. 1998, juris., p. 249, note G. Pignarre et G. Paisant.

comme une simple vitrine. Dans ce cas, il doit clairement préciser le caractère non contractuel de la présentation pour éviter toute confusion ou tromperie. Par contre, si le commerçant veut, en plus, vendre sur son site, il doit alors observer les conditions de validité de l'offre à distance prévues dans le code de la consommation et dans la LCEN. Il peut également limiter la portée de son offre en mentionnant seulement que cette présentation est une offre véritable dans certains territoires et une simple proposition dans d'autres.

En conclusion, la fermeté et la précision de l'offre à distance permettent dans certains cas de la distinguer d'autres formes de communication, notamment de celle de la publicité, ce qui nous amène à nous interroger sur la qualification de l'offre électronique.

Section II : Qualification de l'offre à distance

L'offre à distance se caractérise par sa précision et sa fermeté et diffère sur ce point de la publicité précédant souvent l'offre de vente ou de prestation de service à distance **(§1)** ainsi que des offres spéciales accompagnées par une promotion des ventes ou de prestations de service **(§2)**.

§ 1. Offre à distance et publicité

On distingue traditionnellement l'offre de la publicité. L'importance de cette distinction réside dans les conséquences juridiques qui se rattachent à l'une ou à l'autre. En effet, l'acceptation ne peut se joindre qu'à une offre ferme et précise pour former le contrat et en aucun cas à une publicité en l'état. La différence est d'autant plus importante que les règles encadrant l'offre à distance à destination des consommateurs sont plus strictes et plus contraignantes que celles imposées à la publicité.

La publicité est généralement conçue comme un moyen d'informer le public - professionnels ou consommateurs - de certains éléments caractéristiques d'un produit ou

d'un service et de l'inciter à l'achat[96]. Ce n'est donc pas une offre véritable car certains éléments nécessaires à la conclusion du contrat restent pour l'instant imprécis. La publicité n'a donc pas pour objectif la conclusion immédiate du contrat mais de promouvoir des produits et services.

Le développement des techniques de communication à distance, notamment d'Internet, a rendu la distinction entre offre et publicité ardue. La difficulté est de deux ordres :

La première est d'ordre technique, liée à l'origine hybride d'Internet. En effet, toute information diffusée sur le réseau ne peut être analysée comme une offre à distance ou comme une publicité car un site web permet de véhiculer indifféremment tout type d'information qu'il relève d'un média (ex. la presse), du commerce ou de la correspondance privée (ex. envoi d'un courrier électronique personnalisé). Les auteurs soulignent cette originalité par des termes très variés tels que: *« Internet constitue à la fois une plate-forme d'informations et un espace commercial virtuel au travers de pages écran faisant apparaître marques, produits, caractéristiques, et donc tout à la fois lieu « physique » de vente et vitrine immanente de promotions »*[97].

La deuxième difficulté est d'ordre juridique puisqu'il n'existe pas, en France, de définition générale de la publicité adaptée à Internet. Il convient donc de tracer avant tout les limites entre offre et publicité puis de voir les enjeux juridiques.

A- La notion de publicité

La publicité n'a fait l'objet d'aucune définition générale en France mais son régime général se trouve consacré dans les articles L.121-1 et suivants du code de la consommation. Il faudra donc s'appuyer sur certaines définitions spécifiques prévues en

---

[96] Crim. 14 oct. 1998 : D. 1999, IR, p. 7 ; D. 2000, somm. p. 130, obs. M.-H. Ghozi ; idem, somm. p. 281, Obs. O. Tournaffond ; RTD com. 1999, p. 526, obs. B. Bouloc ; JCP E 1998, pan., p. 1904 ; Crim. 6 mai 1998, n° 97-83-023 : Lamy Droit économique, Bulletin d'actualité, juill. 1998, n° 108.

[97] D. Véret, G. Atthéa et A. Bensoussan., Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ? 1re partie, Gaz. pal. juillet 2001, p. 31 et s. ; L'Internet est *« un outil de dialogue »* , J.-M. Coblence et J.-Ph. Sala-Martin, Communication commerciale et publicité sur Internet, Legicom. n°21/22-2000, 1 et 2, p. 57 ; Internet fait sans doute appel à des techniques spécifiques mais il demeure néanmoins un média comme les autres dès lors qu'il *« relève de la communication toutes les activités qui, au moyen de l'écrit, de la parole, de l'image, du son ou de toute autre forme de signes, contribuant à rendre publics des faits, des données, des idées, des connaissances, des sentiments, des opinions,… »* , E. Derieux, Droit de la communication, LGDJ, p.

droit français ou communautaire pour extraire les critères qui nous permettrons d'identifier la publicité adaptée à Internet.

1. Définition de la publicité

La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique définit, au terme de l'article 2-f, la communication commerciale comme étant synonyme de publicité[98] : *« 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 »*. Sont exclues en revanche de cette notion *« 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 »*[99].

La directive du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse donne également une définition très large de la publicité qui inclut *« toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dont le but est de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations »*[100].

Le législateur français, à l'occasion de l'adoption de la LCEN, n'a pas jugé utile de consacrer une définition légale de la publicité en ligne[101].

Quant à la jurisprudence, elle a jugée : 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 »*[102]. A

14, G. Buis, Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur Internet, Communication Commerce électronique 2000, n° 9, p. 13.

[98] C. Bernauit, Directive commerce électronique, Les communications commerciales sur Internet, Expertises juin 2001, p. 220 ; Le législateur communautaire, dans le livre vert de 1996, définit la « communication commerciale » comme : *« toutes formes de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et des relations publiques destinées à promouvoir des produits et services »*.

[99] Un lien hypertexte n'est donc pas une communication commerciale lorsqu'il est fourni sans contrepartie financière : Th. Verbiest, Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique, Com. Com. élect. Févr. 2003, p. 9 ; F. Dery, Lien hypertexte et publicité : www.journaldunet.com ; J.-M. Coblence, Le statut de la publicité dans la LCEN , Communication Commerce électronique, numéro spécial, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude n° 25, p. 28.

[100] Directive n° 84-450/CEE du 10 septembre 1984, JOCE, 19 sept. 1984, n° L 250, p. 17.

[101] V. J.-M. Coblence, Le statut de la publicité dans la LCEN, Communication Commerce électronique, numéro spécial, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude n° 25, p. 28.

[102] Crim. 12 nov. 1986, Bull. crim. n°335, p. 261; Crim. 23 mars 1994, Bull. crim. n° 114.

contrario, un document n'incitant pas à l'achat a un contenu informatif et non publicitaire[103].

D'ailleurs, la Cour d'appel de Rennes[104] a décidé qu'un site Internet constitue bien une publicité puisqu'il *« permet la communication au public de textes et d'images, destinés éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion du contrat avec les consommateurs potentiels »*.

Au travers de ces définitions, nous essayerons de discerner les critères qui isolent la publicité par rapport aux autres formes de communication.

2. Les critères de la publicité

Deux critères ont été avancés par la doctrine pour dégager l'ambiguïté relative à la définition de la publicité : l'un technique et l'autre objectif.

a. La considération technique

M. Iteanu[105] avance un critère technique selon lequel seule l'interactivité permet de distinguer entre offre et publicité. Autrement dit, c'est *« la présence ou non d'un espace susceptible de recevoir la souscription d'un engagement contractuel qui différencierait la publicité du contrat […]. Lorsqu'une annonce ne donne pas le choix en réponse, il conviendrait de parler de publicité, dans le cas inverse, si l'annonce permet par voie de retour une acceptation de la part du client, on pourrait la considérer comme une offre »*.

Certes, l'offre se caractérise - par rapport à la publicité - par sa précision et sa fermeté mais lorsque l'émetteur du message en ligne ne laisse pas un espace pour la souscription d'un engagement contractuel, il ne peut effectivement s'agir que d'une publicité puisque la fermeté de l'offre n'est pas acquise. L'offre contient également tous les éléments nécessaires à la conclusion immédiate du contrat alors que la publicité ne les comporte pas.

---

[103] Paris, 20 décembre 1974, JCP, 75, II, 18056.

[104] CA Rennes, 31 mars 2000, 1re ch. : Com. Com. élect. juin 2000, p. 24 ; TI Saint Malo, 18 déc. 2001 : Contrats Conc. Consom. 2002, comm. 131, obs. G. Raymond.

[105] O. Iteanu, Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique, éd. Eyrolles, p. 84.

Or, il est admis en doctrine et en jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation emprunte le même support que l'offre. Le destinataire de l'offre émise via Internet peut répondre par le biais de moyens tels qu'une simple lettre postale, un téléphone ou même un courrier électronique. En d'autres termes, dans l'hypothèse où l'émetteur du message ne laisse pas cet espace, cela n'empêche pas, dans certains cas, de retenir quand même la qualification d'offre. Son destinataire exprime simplement son acceptation par le biais d'un autre moyen de communication[106].

La jurisprudence va dans ce sens car elle qualifie parfois le document publicitaire de véritable offre lorsque son contenu est précis[107]. C'est donc le contenu du message et non l'existence de cet espace, qui permet, au final, de retenir éventuellement la qualification d'offre.

Toutefois, la rédaction du nouvel article 1369-2 du code civil - issu de la LCEN - laisse malheureusement sous-entendre que l'acceptation de l'offre faite en ligne ne peut s'effectuer qu'en ligne et précise les différentes étapes à suivre pour la conclusion du contrat par voie électronique .

La majorité de la doctrine converge, au contraire, vers un critère objectif basé exclusivement sur l'esprit de la loi.

b. La considération objective

Le Conseil d'Etat retient dans son rapport « Internet et les réseaux numériques »[108] deux critères pour la qualification de la publicité en ligne[109] : le message doit, d'une part, avoir pour *finalité* la promotion d'un produit ou d'un service et d'autre part, être *adressé au public.*

C'est donc, en premier lieu, l'objectif commercial du message qui identifie la publicité. Sa finalité doit avoir pour but d'assurer la promotion d'un bien ou d'un service[110]. La jurisprudence est sur ce point constante et ferme. Ainsi, la cour d'appel de

---

[106] Cf., J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité.
[107] J. Ghestin, précité.
[108] Rapport du Conseil d'Etat, « Internet et les réseaux numériques », 8 sept. 1998.
[109] V. notamment Th. Verbiest, La protection juridique du cyber-consommateur, Litec 2002 ; Ch. Féral-Schuhl, Cyber Droit : Le droit à l'épreuve de l'Internet, éd. Dunod 2000, p. 235.
[110] C. Moulin, « Un site de vente sur Internet : de l'installation à l'exploitation », thèse, Aix-Marseille, 1999, p. 206.

Rennes[111] a jugé qu'*« un message publicitaire est une communication qui, outre la présentation informative d'un produit, vise à provoquer sa consommation* ». La chambre criminelle de la cour de cassation a également décidé qu'une publicité inclut *« tout document commercial tel un bon de commande dont les indications et la présentation permettent aux clients potentiels auprès desquels il est diffusé de se former une opinion sur le résultat attendu du bien ou du service proposé »*[112].

Le critère de finalité du message est aussi retenu en droit communautaire. A titre d'exemple, dans la directive télévision sans frontières[113], on entend par publicité télévisée : *« toute forme de message télévisé, que ce soit contre rémunération ou paiement similaire, ou de diffusion à des fins d'auto promotion par une entreprise publique ou privée dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou de profession libérale dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris les biens immeubles, ou de droits et d'obligations »*. D'après ce critère, tout message informationnel (ex. se limitant à faire connaître une marque) doit être écarté de la notion de publicité. Sur Internet, il est cependant parfois difficile de dissocier le message publicitaire de l'offre de vente ou de prestation de service comme, par exemple, la présentation de produits avec indication de leur prix sur le site du vendeur[114].

Le message publicitaire doit, en second lieu, être adressé au public. Ce critère s'applique, semble-t-il, non seulement aux messages publicitaires diffusés sur un site Internet mais aussi à la publicité émise par le biais d'un courrier électronique[115] même si un doute persiste. La répétition d'un message identique semble être l'élément déterminant. En effet, quand il est répété à l'identique un certain nombre de fois et adressé à plusieurs personnes, il est alors public. Ainsi, l'envoi massif de courriers électroniques ou « s*pamming* »[116] pourra être considéré comme publicité dès lors que les autres conditions

---

[111] CA Rennes, 31 mars 2000, précitée.
[112] Cass. Crim. 23 mars 1994 : Bull. crim. N° 114.
[113] Directive 97/36 modifiant la directive 89/552.
[114] Voir Supra p. 27 et s.
[115] Le courrier électronique est défini à l'article 1er alinéa 4 de la LCEN comme *« tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère »* ; L. Rapp, Le courrier électronique (e-mail), Paris, PUF, Collection Que sais je ?, 1998 ; C. Manara, Aspects juridiques de l'e-mail , D. aff. 1999, 278.
[116] Voir Infra p. 50 et s.

sont réunies. En revanche, si le message est personnalisé et envoyé uniquement à une personne, il relève alors de la correspondance privée.

La LCEN n'a apparemment pas retenu le caractère public du message pour la qualification de publicité car elle définit à l'article 22 alinéa 2 la « prospection directe » - notion inspirée directement de celle de la publicité - comme étant *« l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens ou fournissant des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services »*. Un message isolé adressé par courrier électronique constituerait donc, d'après cette définition, une prospection directe où seul le critère de finalité serait pris en compte pour sa qualification[117].

Il faut par ailleurs remarquer que le caractère public de la publicité ne doit, en aucun cas, être confondu avec celui de l'offre adressée au public[118]. En effet, cette dernière est une offre véritable ferme et précise qui peut être assortie de réserves expresses ou tacites et qui, par une simple acceptation d'une quelconque personne du public, débouche sur la conclusion du contrat. Si l'offre peut être adressée au public, elle peut également être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées. Internet pourra servir, dans les deux cas, de support de l'offre. Quant à la publicité, elle est par nature - sauf sous certaines réserves - adressée au public.

En dernier lieu, l'existence d'une « *contre partie financière* » a été retenue par le conseil d'Etat comme critère déterminant pour la publicité télévisée[119].

De l'analyse de ces critères, nous pouvons en déduire que :

- le support de la publicité n'importe pas car les publicités faites en ligne, à la télévision ou paraissant dans un magazine ou journal sont égales en droit. En effet, pour chacun de ces supports, les critères de la publicité ont la même finalité et s'adressent au public. L'Ordonnance du 23 août 2001 converge dans ce sens[120].

---

[117] V. Infra p. 38 s.
[118] A. Vialard, L'offre publique de contrat, RTD civ. 1970, p. 750 ; M. Trochu, Les offres d'achat, RTD com. 1967, 695.
[119] Rapport du Conseil d'Etat, « Internet et les réseaux numériques », précité.
[120] C. consom. art. L. 121-16 : le contrat à distance est celui conclu entre un professionnel et un consommateur sans leur présence physique et utilise « exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

- l'accessibilité du site ne fait pas forcément disparaître la qualification de publicité : la cour d'appel de Rennes précitée énonce que *« le fait que le site ne puisse être consulté qu'après abonnement, et le choix du site par l'usager d'Internet ne changent en rien le caractère publicitaire des annonces qui peuvent y être faites. La situation est exactement identique à celle de l'acheteur d'un journal contenant des publicités, ou à toute personne recevant des annonces à diffusion restreinte, soit par le mode de diffusion, soit par la limitation de l'accès au lieu de diffusion, la démarche volontaire de celui qui va consulter volontairement un message publicitaire accessible au public d'une manière ou d'une autre ne fait pas disparaître le caractère publicitaire de l'information qui lui est délivrée ».*

Si la publicité se distingue de l'offre à distance, il demeure néanmoins un lien juridique étroit entre les deux. Leur coexistence s'appréciera au travers d'enjeux juridiques.

B- Les enjeux juridiques

La publicité comme l'offre à distance sont encadrées par des règles juridiques très variées qui, même quand elles ne concernent que l'une d'entre elles, elles touchent indirectement l'autre. L'enjeu juridique est double : certaines règles générales concernent aussi bien l'offre que la publicité alors que d'autres, plus spécifiques, s'appliquent plus particulièrement à la publicité.

1. Règles générales à respecter

La publicité doit être identifiable et transparente et les informations qu'elle fournit loyales et informatives.

a. Publicité identifiable et transparente

La directive « commerce électronique » prévoit que la communication commerciale doit être clairement identifiée comme telle dès sa réception par le destinataire et rend identifiable la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée (art. 6-a et b.). Il s'agit

d'une exigence minimale que les Etats membres peuvent dépasser en imposant des conditions d'identification plus strictes que la directive.

Cette dernière dispose également : « lorsqu'elles sont autorisées dans l'Etat membre où le prestataire est établi, les offres promotionnelles telles que les rabais, les primes et les cadeaux, (également, les concours et jeux promotionnels : art. 6-d) doivent être clairement identifiées comme telles et les conditions pour en bénéficier doivent être aisément accessibles et présentées de manière non équivoque » (art. 6-c). La licité de ces opérations s'apprécie alors en fonction de la législation du pays d'origine de l'offre promotionnelle[121].

Ces dispositions sont reprises par la LCEN. Ainsi, l'article 20 exige que toute publicité accessible à un service de communication au public en ligne soit clairement identifiable dans sa nature et rend identifiable la personne pour le compte de qui elle est réalisée. Un lien hypertexte permettant d'accéder à ces informations est suffisant pour satisfaire à cette obligation. Lorsque la publicité est réalisée par voie de courrier électronique, l'article 21 précise qu'elle doit être identifiée de manière « claire et non équivoque » dès la réception du message par le destinataire ou, en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message.

D'ailleurs, la « recommandation relative à la publicité sur Internet » du Bureau de vérification de la publicité (BVP)[122] de 1999, rappelle que *« compte tenu du caractère interactif, immatériel et sans frontière d'Internet, il apparaît nécessaire, plus que dans tout autre média, de souligner l'importance d'identifier aussi bien les acteurs que les contenus publicitaires mis en ligne »*. Il est également précisé que l'identification de l'annonceur doit être claire et facile d'accès et que la publicité doit apparaître en tant que telle même dans les courriers électroniques.

L'obligation d'identification a pour but d'éviter la publicité déguisée mais un handicap juridique persiste puisqu'il arrive parfois que des messages commerciaux s'immiscent discrètement sur un forum de discussion.

Pour plus de transparence, l'article 19 de la LCEN impose à l'opérateur de commerce électronique dès lors qu'il mentionne un prix, même en l'absence d'offre,

[121] En droit français, v. Infra p. 61et s.
[122] Disponible sur : www.bvp.org

d'indiquer en plus le prix de manière *« claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus »*. Cette obligation vise principalement à donner des prix transparents permettant surtout aux consommateurs de les comparer à ceux des concurrents et de choisir le plus compétitif.

Toutefois, la transparence recherchée par les législateurs communautaire et français ne peut aboutir que si la publicité est loyale, véridique et compréhensible.

b. Publicité loyale et informative

La publicité, en tant que moyen essentiel d'information, a un impact considérable sur le comportement des consommateurs. C'est pourquoi, le législateur impose que les informations qu'elle contient soient exactes et loyales.

En effet, la publicité trompeuse ou mensongère est prohibée tant en droit national que communautaire[123]. En France, il s'agit de l'article 44 de la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, aujourd'hui codifié sous les articles L.121-1 à L.121-7 du code de la consommation. Est une publicité trompeuse la *« publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires »*[124]. La jurisprudence définit à son tour la publicité comme *« tout moyen d'information du public, portant sur la composition d'un produit mis en vente, s'agirait-il d'une étiquette obligatoire, constitue une publicité au sens de l'article 44 de la loi du 29 décembre 1973, dès lors qu'il accompagne l'objet proposé et le consommateur est conduit à en prendre connaissance pour guider son choix »*[125]. La qualification de ce délit peut être

[123] V. Infra p. 126.
[124] C. consom., art. L. 121-1.
[125] Cass. crim., 25 juin 1984 : D. 1985, jur., p. 80, note J.-C. Fourgoux ; Pour la jurisprudence, est une publicité trompeuse *« tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une*

retenue indépendamment du support utilisé, de la nature de la publicité et de l'émetteur du message, dès lors que la publicité est *« destinée à des consommateurs et qu'elle est perçue ou reçue en France »*[126]. Ainsi, il a été jugé par la jurisprudence que les fausses indications dans un catalogue de vente par correspondance constituaient un délit de la publicité trompeuse[127].

En droit communautaire, la publicité trompeuse est réglementée par la directive du 10 septembre 1984[128], au terme de laquelle est trompeuse la publicité qui *« induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est donc susceptible d'affecter leur comportement économique »*[129].

Le caractère trompeur d'une publicité s'apprécie par référence *« à l'attente présumée (…) d'un consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »*[130]. Cette appréciation, qui prend en compte la perception de l'information par le consommateur, a été préférée à une tromperie objective. La jurisprudence française va dans le même sens puisqu'elle fait, en effet, référence à l'induction en erreur du consommateur moyen[131].

La réglementation de la publicité comparative[132] vise également à donner au consommateur des informations exactes[133]. Est une publicité comparative « *celle qui cherche à persuader les consommateurs de l'intérêt qu'ils ont à se procurer tel bien ou tel*

---

opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service proposé » : Cass. crim. 12 nov. 1986 : Bull. crim., n° 335, p. 861.

[126] Cf. Pierre Noguier, « publicité virtuelle à la télévision : légitimité des prohibitions actuelles ? », Gaz. Pal, 2000, doctr., p. 1816.

[127] Paris, 17 sept. 1997 : Cont. Conc. Consom., Août-septembre 1998, comm. n° 125, p. 22, obs. G. Raymond.

[128] Directive du 10 sept. 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, JOCE L 250/17 du 19 sept. 1984.

[129] Dir., art. 2.2.

[130] CJCE, 16 juillet 1998, Gut Springenheide, Aff. C-210/96, Rec. I, p. 4657 ; CJCE, 13 janv. 2000, Estée Lauder Cosmetics, Aff. C-220/98, Rec. I, p. 135, Europe, mars 2000, p. 16, note D. Simon.

[131] Cass. com., 12 janv. 1999, RJDA, 1999, n° 487, p. 383 ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, précité, n° 117, p. 109.

[132] Elle est l'œuvre de la loi n° 92-60 du 18 janv. 1992, intégrée dans les articles L. 121-1 et s. du code de la consommation. La dernière modification a lieu avec l'Ordonnance du 23 août 2001 qui autorise désormais que la publicité peut comporter une identification implicite ou explicite du concurrent ou des produits ou services qu'il offre, en poursuivant par là, l'orientation jurisprudentielle, par exemple, CA Paris, 4e ch., B, 15 mai 1998 : Contrats, Conc. Consom., 1998, comm. n° 171. L'ancien texte n'autorisait que la citation ou la représentation de la marque, de la raison sociale ou du nom commercial du concurrent.

service de préférence à tel autre bien ou service concurrent »[134]. La publicité comparative est inscrite à l'article L. 121-8 et suivants du code de la consommation[135]. Ces derniers autorisent désormais la citation de manière implicite ou explicite de l'identité du concurrent et de ses produits ou services à condition que la comparaison ne soit pas trompeuse ou de nature à induire en erreur. La publicité comparative doit, d'une part, porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif et doit, d'autre part, objectivement comparer une ou plusieurs caractéristiques *« essentielles, pertinentes, véritables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie »*.

Lorsqu'elle se réfère à une offre spéciale, elle doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens et service offerts, le cas échéant, la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles[136]. La publicité comparative ne doit en aucun cas tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques ou noms commerciaux de concurrents, engendrer la confusion entre l'annonceur et son concurrent, présenter des biens et services comme une imitation ou une reproduction d'une marque protégée[137]. Les annonces comparatives ne doivent figurer ni sur les emballages, factures, billets, titres de transport, ni sur les moyens de paiement[138]. L'annonceur doit être en mesure de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle des informations contenues dans la publicité[139].

Le but final de la réglementation de la publicité comparative est de trouver un juste équilibre entre la nécessité de la concurrence et le besoin d'information des consommateurs[140].

---

[133] M. Ph. Tourneau écrit qu'*« en autorisant, sous certaines conditions, la publicité comparative, le législateur permet au consommateur d'être mieux informé »* : Quelques aspects des publicités commerciales, Gaz. Pal., 1992, 2, doctr. p. 847 et s.

[134] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, précité, n° 121, p. 118.

[135] C. consom., art. L. 121-8 à L. 121-14, les articles L. 121-8 et L. 121- 12. ont été modifié par l'ordonnance n° 2001-7414 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO du 25 août 2001, p. 13645.

[136] C. consom. art. L. 121-8.

[137] C. consom. art. L. 121-9.

[138] C. consom. art. L. 121-11.

[139] C. consom. , art. L. 121-12.

[140] Voir G. Raymond, Ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires en matière de droit de la consommation, JCP E 2001, AR, p. 2025.

La loi Toubon du 4 août 1994 impose l'emploi de la langue française, sous peine de sanction pénale, et ce notamment *« dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou l'utilisation, la description de l'étendue de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances »* et dans *« toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle »*[141]. Cette obligation s'impose à l'ensemble des informations et/ou publicités destinées au territoire français quel qu'en soit le pays de provenance. La publicité sur Internet ne déroge pas à l'exigence de l'emploi de la langue française même si une telle affirmation semble être contraire aux dispositions communautaires et à la LCEN[142].

Les règles précédemment citées sont de portée générale et concernent non seulement la publicité mais aussi l'offre. Même si elles sont énoncées dans le code de la consommation, elles semblent toutefois s'appliquer également aux offres entre professionnels.

Au demeurant, la publicité doit être exacte et loyale et son contenu peut éventuellement faire partie du contrat. Le rapport étroit entre offre et publicité a été récemment confirmé par la jurisprudence française. Une cour d'appel[143] a jugé trompeuse la publicité proposant sur les boîtes d'emballage de fax, modems, Minitels, la gratuité d'un abonnement à Internet pendant trois mois pour tout achat, alors que, sur le coupon d'abonnement contenu à l'intérieur des coffrets était indiqué que la gratuité était soumise à la prescription d'un abonnement de six mois à Internet.

---

[141] Art. 2 al. 1 de la loi n° 94-665, du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JO du 5 août 1994, p. 11392 ; Gaz. Pal. 1994, 2, lég. p. 16.

[142] M.-L. De Cordovez et S. Lipovetsky, La loi Toubon confrontée aux technologies de l'information, Com. Com. électr. , juin 2002, chron. 16, p. 19 ; C. Bernault, Directive commerce électronique, les communications commerciales sur Internet, Expertises, juin 2001, p. 220 ; M-H. Dumeste, Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, Rev. Conc. Consom. janv.-févr. 1998, n° 101, p. 44 ; Pour l'ensemble Voir Infra p. 115 s.

[143] CA Paris, 14e ch. B, 5 avril 1996 : A. Bensoussan et Y. Bréban, Les arrêts-tendances de l'Internet, éd. Hermès 2000, p. 77 et s.

2. Réglementations spéciales de la publicité

La loi lutte contre la pratique de prospection directe dite *« spamming »* et encadre la publicité de certains produits et services ainsi que celle des opérations de crédit à la consommation.

a. La réglementation spécifique du s*pamming*

Le *« spamming »*[144] est une pratique perturbatrice de la tranquillité de la vie privée[145]. Il pourrait être défini comme *« l'envoi massif et non sollicité de messages à vocation commerciale »*[146]. Le législateur a été poussé à réglementer cette pratique du fait que la nuisance qu'elle engendre entraînait l'encombrement de la « boîte mail » de l'internaute, une perte de temps et l'augmentation du coût de la connexion.

En effet, la LCEN consacre de nouvelles règles destinées à la lutte contre la prospection directe - synonyme de spamming - en particulier, contre celle pratiquée par le biais du courrier électronique[147] . C'est en ce sens que l'article 22 alinéa 1er (modifiant l'article L. 121-20-5 du code de la consommation et l'article L. 33-4-1 du code des postes et télécommunications) dispose qu'*« 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 cordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen »*[148].

---

[144] Considérant n° 40 de la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dite directive *« vie privée et communications électroniques »* : JOCE, 13 juillet 2002, n° L 201, p. 37 ; Plusieurs termes ou synonymes sont utilisés pour désigner cette pratique : par ex. pollupostage, multipostage…etc.

[145] S. Crosnier, Le droit à la vie privée à l'épreuve d'Internet, thèse Paris 2001.

[146] *Cf.* TGI Paris, 15 janv. 2002 : D. 2002, AJ, n° 13, p. 1138, obs. C. Manara ; La bonne conduite sur Internet : ne pas spammer ! D 2002, comm. n° 19, note L. Marino.

[147] G. Teissonnière, La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses secteurs, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, avril 2004, n° 168, p. 1 : disponible sur : www.juriscom.net ; Th. Verbiest, Loi pour la confiance dans l'économie numérique : examen du nouveau régime du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 172, sept. 2004, n° 8, p. 2 et s. ; E. Barbry et H. Lebon, Les cookies, les logiciels espions et la prospection commerciale par courriers électroniques prochainement réglementés, Gaz. Pal., 20-24 avril 2003, p. 14 ; Brüning A., Spam - une décision remarquable, Communication Commerce électronique 2000, n° 1, p. 7 ; L. Miguel-Chesterkine, Quelle protection pour l'internaute contre le publipostage informatique, Petites affiches 2000, n° 38, p. 4.

[148] L'ancien article L. 121-20-5 du code de la consommation issu de l'Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, avait juste interdit la prospection directe « *au moyen d'automates d'appel ou de télécopieurs* ». La prospection directe par courrier électronique n'était pas mentionnée ; Article 10 de la directive du 20 mai 1997 et l'article 14 qui pose la « clause minimale »: Voir A. Mole, H. Lebon et A. Bensoussan, Publipostage

Le champ d'application du texte est alors restreint aux seules prospections directes visant des personnes physiques et destinées à *« promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services »*. La protection de la personne physique contre la prospection directe semble être justifiée puisque l'interdiction vise à protéger la vie privée de l'homme qui ne concerne donc pas seulement les consommateurs mais toute personne physique. C'est la raison pour laquelle un auteur[149] aurait préféré que ces dispositions soient intégrées plutôt dans le code civil que dans le code de la consommation. En revanche, la prospection directe entre personnes morales demeure autorisée dans la mesure où cette méthode fait partie intégrante du jeu des affaires. Ces personnes disposent néanmoins d'un droit d'opposition à posteriori.

Le courrier électronique est défini au dernier alinéa de l'article 1er de la LCEN comme étant *« tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère »*[150]. Cette définition est large et permet alors d'inclure par exemple : la vidéoconférence, le téléphone vocal sur Internet ainsi que les messages de type SMS *(Short Message Service)* et de MMS *(Multimedia Messaging Service)* courants en téléphonie mobile[151].

La nouvelle loi consacre le régime dit de l'*« opt-in »* qui subordonne la prospection à un accord préalable du destinataire du courrier électronique conformément à la directive « vie privée et communications électroniques »[152]. Ce système vient remplacer l'ancien dit de l'*« opt-out »*[153] prévu par la directive commerce électronique[154], vivement critiqué par la

---

électronique : entre certitudes et incertitudes, Gaz. Pal. (1re partie), 17-18 avril 2002, I, doct. p. 29 et s. (2e partie), idem, 12-13 juill. 2002; Th. Verbiest, La protection juridique du cyberconsommateur, Litec, 2002.

[149] Cf. D. Fenouillet, Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine, RDC, oct. 2004, p. 955 et s.

[150] Transposition de l'article 2, h de la directive du 12 juillet 2002.

[151] T. Verbiest, « Spamming par SMS », commerce électronique : le nouveau cadre juridique, Litec 2004.

[152] Alors que la directive impose un accord préalable de l'internaute pour l'utilisation du courrier électronique, il prévoit deux exceptions au système de l'*« opt-in »* : la première est relative à l'achat d'un bien ou d'un service auprès d'un commerçant avec lequel le consommateur a déjà contracté, sous réserve que ce dernier ait la possibilité de s'y opposer ; la deuxième concerne la prospection commerciale par téléphone ou par SMS.

[153] Le projet de la LSI appelé plus tard projet de LCEN, optait en faveur de ce système. Mais ce deuxième inverse la donne en consacrant le système de l' « opt-in ». L'alternative a été donnée aux Etats d'adopter l'un ou l'autre système par : la directive 97/66/CE du 15 déc. 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications : JOCE n° L 024, 30 janv. 1998, p. 0001-0008 ; et la directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

doctrine[155] et qui autorisait jusqu'à lors la prospection mais donnait au destinataire un droit d'opposition à posteriori en s'inscrivant sur un registre spécialement prévu à cet effet[156]. L'auteur de messages non sollicités devait le consulter préalablement puisqu'il lui interdisait de les adresser aux personnes qui y étaient enregistrées.

Le consentement préalable d'une personne physique consiste en *« toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à des fins de prospection directe »*. La subordination de la prospection à un consentement notamment « spécifique » est importante car elle permet à la fois que le consentement ne porte que sur l'objet précis de la prospection à savoir de tel bien ou tel service et empêche que la réalisation d'une vente soit conditionnée, par exemple, à l'acceptation des conditions générales de vente.

Par ailleurs, le « groupe de l'article 29 » a donné à cet égard un avis[157] qui rappelle d'abord le considérant 17 de la directive du 12 juillet 2002 : *« le consentement peut être donné selon toute modalité appropriée permettant à l'utilisateur d'indiquer ses souhaits librement, de manière spécifique et informée, y compris en cochant une case lorsqu'il visite un site Internet »*. Ce même groupe précise ensuite que *« les modalités par lesquelles un abonné donne son consentement préalable en s'enregistrant sur un site Internet et à qui l'on demande par la suite de confirmer qu'il était bien la personne s'étant enregistrée et de confirmer son consentement semblent compatibles avec la directive […] d'autres modalités peuvent également être compatibles avec les dispositions légales »*. Le groupe

---

[154] Ce système est déduit implicitement des dispositions de la directive : son article prévoit que *« les Etats membres qui autorisent les communications commerciales non sollicitées par courrier électronique veillent à ce que ces communications commerciales effectuées par un prestataire établi sur le territoire puissent être identifiées de manière claire et non équivoque dès leur réception par le destinataire »* ; le Considérant n° 30 énonce que les communications commerciales non sollicitées ne doivent pas entraîner de frais supplémentaires pour le destinataire. En outre, l'ancien article L. 121-20-5 c. consom. consacrait le système de l'*« opt-in »* seulement pour les automates d'appel et le télécopieur alors que les autres modes de communication à distance tels que le courrier électronique restaient soumis au régime de l'*« opt-out »*.

[155] La critique portait principalement sur l'efficacité pratique des registres d'opposition, faute d'une harmonisation au niveau européen, soit disant qu'il est difficile d'imposer à un commerçant de consulter l'ensemble des registres dans tous les pays membres de l'Union : cf. R. Julia-Bardero, E. Montero et A. Salaun, La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies, *in* Bruylant, Commerce électronique, le temps des incertitudes, Bruxelles 2000.

[156] Cf. La CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) a mis en place une adresse électronique destinée à recevoir les messages non sollicités reçus par les internautes : Voir C. Alvergnat, Rapport de la CNIL : opération « boite à spams » : les enseignements de la CNIL en matière de communications électroniques non sollicitées, adopté le 24 oct. 2002 : www.cnil.fr.

[157] Avis n° 68 du 27 févr. 2004 : avis de Mme Michèle Tabarot, député, fait au nom de la Commission des lois : www.assemblee-nationale.fr.

estime, en revanche, que la simple demande de consentement pour recevoir des courriers électroniques à des fins commerciales par courrier électronique envoyé à l'adresse e-mail du destinataire serait incompatible avec l'article 13 de la directive du 12 juillet 2002. Il en va de même pour les cases « pré-cochées »[158].

L'article 22 alinéa 4 de la LCEN prévoit néanmoins une exception au principe de l'*« opt-in »*. Il n'exige pas un consentement préalable lorsque les coordonnées du destinataire du message ont directement été recueillies auprès de lui *« 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 cordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé »*.

La limitation de la prospection aux *« produits ou services analogues »*[159] vise à la fois à limiter ce régime dérogatoire conformément à la directive « vie privée et communications électroniques » et à renforcer la confiance des consommateurs qui ne comprendraient pas que des entreprises leur envoient, sans leur consentement, des courriers électroniques de prospection de produits ou services totalement différents de ceux qu'ils ont l'habitude d'acheter en ligne. Cette même limitation présente néanmoins un inconvénient dans la mesure où elle empêche le commerçant de proposer d'autres produits et services à ses clients fidèles qui lui ont fourni leurs coordonnées.

Quant à l'interprétation du terme « analogues », le texte n'a fourni aucune précision. A cet égard, le « groupe de l'article 29 » penche vers une interprétation restrictive et prévoit que cette notion *« pourrait en particulier être jugée du point de vue objectif du destinataire* (attentes raisonnables) *plutôt que du point de vue de l'expéditeur »*. Il appartient donc à la jurisprudence de définir cette notion mais il serait alors utile de désigner les produits analogues par grandes familles de produits[160] : produits touristiques,

---

[158] La CNIL préconisait déjà la possibilité d'accueillir le consentement des personnes concernées, en ligne, par l'apposition d'une case à cocher : Voir C. Alvergnat, Rapport de la CNIL : Le publipostage et la protection des données personnelles, adopté le 14 oct. 1999, p. 19 : www.cnil.fr

[159] La directive du 12 juillet 2002 expose dans son considérant 41 *« produits et services similaires »*.

[160] Cf. JO doc. AN, 9 janv. 2004.

biens culturels…etc. Ainsi pourraient être considérés produits analogues : les CD, DVD, cassettes vidéo et éventuellement les livres.

La LCEN prévoit également que le message de prospection directe doit impérativement indiquer les coordonnées valables auxquelles le destinataire peut utilement demander que les communications cessent sans frais autres que ceux liés à la transmission de la demande. Il est également interdit de *« dissimuler l'identité de la personne de laquelle la communication est émise et de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé »*.

Des problèmes pratiques peuvent cependant apparaître pour certains types de messages. Le cas du message SMS montre, par exemple, qu'il n'est pas toujours aisé d'envoyer systématiquement un message permettant au destinataire d'exercer son droit d'opposition. Conscient de ces handicaps, le législateur confère au gouvernement le pouvoir d'agir par décret en Conseil d'Etat pour préciser *« en tant que de besoin les conditions d'application du présent article* (LCEN, art. 22*), notamment eu égard aux différentes technologies utilisées »*.

La LCEN prévoit à l'article 22 alinéa 3 une période transitoire pendant laquelle les titulaires de fichiers clients ou prospects existants disposent d'un délai de six mois à compter de la publication de la loi pour la seule obtention du consentement des personnes physiques concernées à recevoir de futurs messages. A l'expiration de ce délai, l'absence de manifestation expresse de volonté vaut refus (art. 22, III).

Le contrôle du respect de l'ensemble de ces dispositions - articles L. 33-4-1 du code des postes et des télécommunications et L. 121-20-5 du code de la consommation - relève de la compétence de la CNIL qui se voit confier notamment le pouvoir de recevoir par tout moyen les plaintes des destinataires de messages non sollicités.

La pratique « anti-spamming » est réprimée pénalement[161] par l'article R. 10-1 du code des postes et des télécommunications. L'auteur de l'infraction est puni de l'amende

[161] La jurisprudence a sanctionné la pratique de spamming sur plusieurs fondements : - les tribunaux sanctionnent cette pratique sur le fondement des articles 323-1 du code pénal, réprimant l'accès ou les atteintes à un système automatisé de données : voir TGI Paris, 24 mai 2002 ; TGI Lyon, 20 févr. 2001. cf. V. Varet, Le cadre juridique du spam : état des lieux, Communications Commerce électronique, sept. 2002, chron. 21. - Ils condamnent également cette pratique sur le fondement de la responsabilité contractuelle, en permettant au fournisseur d'accès de résilier ou suspendre le contrat d'accès à Internet des spammeurs : TGI Rochefort -sur-Mer, 28 févr. 2001; TGI Paris, 15 janv. 2002: D. 2002, n° 10, p. 1544, note L. Marino, La bonne conduite sur Internet : ne pas spammer ! idem, 2002, AJ, p. 1138, C. Manara ; Gaz. Pal., 12-13 juill.

prévue pour les contraventions de la quatrième classe, sans préjudices toutefois, de l'application du premier alinéa de l'article 226-18 du code pénal.

b. La publicité en faveur de certains produits et services.

La publicité en faveur de certains produits et services est encadrée par des règles spécifiques.

En effet, l'article L. 3511-3 du code de la santé publique prohibe toute publicité directe ou indirecte en faveur du tabac ou de l'un de ses produits. Au terme de l'article L. 3511-4 de ce même code est interdite *« la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac ou un produit du tabac lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac ou un produit du tabac ».* Au sens du texte, on entend par publicité tout acte, quelque en soit sa finalité, ayant pour effet de rappeler ces produits ou leurs marques. La jurisprudence applique strictement ces dispositions[162].

L'article L. 3323-3 du même code interdit également la publicité en faveur de l'alcool[163]. Cette interdiction est cependant assortie d'une exception selon laquelle la publicité est autorisée sur certains supports limitativement énumérés à l'article L. 3323-2 du code de la santé publique. Sont notamment visés : la presse écrite, la radio, les affiches et enseignes.

Il est à noter par ailleurs qu'Internet ne figure pas sur la liste. Toutefois, la loi prévoit que certains professionnels sont autorisés à adresser *« des messages, circulaires commerciales, catalogues et brochures, dès lors que ces documents ne comportent que les mentions prévues par l'article L. 3323-4 et les conditions de vente des produits qu'ils*

2002, p. 46, note B. Misse; Expertises, mai 2002, p. 189, note V. Varet, Pour lutter contre le spam : l'outil contractuel ou législatif ? ; Com. Com. électr. Avril 2002, comm. 59, note L. Grynbaum ; Legalis.net ; 2002 - 3, p. 93, note D. Forest et D. Friedman, Le spamming devant les tribunaux, L'e-mail indésirable. - TGI Paris, 6 juin 2003, le spammeur a été condamné pour non déclaration préalable auprès de la CNIL d'un fichier d'adresse électronique : www.foruminternet.org

[162] Cass. crim. 29 juin 1999 : J.-P. Decaux, Juris-Data, n° 002891 ; Dr. Pén. Nov. 1999, p. 14 ; deux arrêts CA Paris, 13e ch. A., 26 et 27 janv. 2004: le nom d'une marque de cigarettes apparu sur une automobile sportive. La directive n° 2003/33/CE du 26 mai 2003 interdit la publicité pour le tabac dans tout service de la société de l'information y compris Internet.

[163] Introduite par la loi du 10 janv. 1991, dite loi Evin : articles L. 17 et s.

proposent »[164]. Pourrait-on alors assimiler un courrier électronique à la notion de message ?

Le conseil d'Etat considère, en se référant aux rapports parlementaires, que cette assimilation est raisonnable. Il indique que *« le législateur souhaitait inclure dans la liste des messages ceux adressés par Minitel ou par téléphone »*[165] et souhaitait que le législateur lui-même tranche sur la question. Suite aux revendications des commerçants, producteurs et des agriculteurs qui voyaient leur chiffre d'affaires chuter en raison d'une forte concurrence étrangère, des travaux parlementaires sont actuellement en cours de préparation afin d'assouplir les exigences légales en matière de publicité en faveur de l'alcool surtout sur Internet.

La publicité en faveur de certains médicaments est également encadrée et soumise à une autorisation préalable[166] pour éviter d'éventuels risques sur la santé publique. Internet ne peut, dans ce cas, être utilisé comme support publicitaire ou de vente de ces médicaments notamment pour ceux qui sont soumis à ordonnance[167].

Les armes à feu font, elles aussi, l'objet d'une réglementation particulière. Sont particulièrement visés *« les moyens de communications audiovisuels qui mettent à la disposition du public par voie hertzienne ou tout autre moyen qu'il s'agisse de sons, d'images, de documents, de données ou de messages de toute nature »*[168]. Aucune offre à distance ne pourra porter sur ces produits.

Sont également interdites toutes publicités et offres à distances de produits et services portant sur des objets contraires aux bonnes mœurs ou pourtant atteinte à la

---

[164] Art. 3323-2-4° du code de la santé publique.
[165] Rapport du Conseil d'Etat du 8 sept. 1998 « Internet et les réseaux numériques. », précité.
[166] Art. L. 5122- 1 et s. du code de la santé publique.
[167] Voir, CJCE, 11 déc. 2003, affaires Deutscher Apothekerverband : D. 2004, IR, p. 732 ; E. Gardner de Béville, La vente de produits pharmaceutiques par Internet, D. Point de vue, p. 2554 ; En vertu des articles 2 et 3 de la directive du Conseil n° 92/28/CEE du 31 mars 1992 concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain, « *les Etats membres interdisent la publicité auprès du public, notamment pour les médicaments qui ne sont délivrés que sur prescription médicale ou pour les médicaments pour lesquels une autorisation de mise sur le marché conforme au droit communautaire n'a pas été délivrée* » : JOCE, 30 avril 1992, n° L 113 ; B. Fauran, Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet, Gaz. Pal. 24-26 mars 2002, p. 36.
[168] Art. 5 du décret n° 85-1305 du 9 décembre 1985, pris en application de la loi n° 85-706 du 12 juillet 1985 relative à la publicité faite en faveur des armes à feu et de leurs munitions.

dignité humaine. L'interdiction cible ainsi les messages pornographiques, violents, racistes, sexistes, portant atteinte aux dispositions protectrices des mineurs et des enfants et à la vie privée en général.

c. Réglementation spécifique de la publicité du crédit à la consommation

La publicité pour le crédit à la consommation est régie par l'article L. 311-4 du code de la consommation, modifiée par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, sur la sécurité financière (art. 87-I-1), entrée en vigueur le 2 février 2004[169]. Le champ d'application du texte est délimité à : *« toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit son support, porte sur l'une des opérations du crédit à la consommation visées à l'article L. 311-2 »*. Le contenu obligatoire de la publicité du crédit doit présenter deux caractéristiques : être « loyal et informatif ».

1. Champ d'application du nouveau texte

Le texte s'applique à toute publicité « non personnalisée »[170], quel que soit le support utilisé (affichage, presse, dépliants, messages radios ou télévisés, Internet…), destinée aux consommateurs et portant sur l'une des opérations limitativement énumérées à l'article L. 311-2 du code de la consommation. D'après ce dernier, sont concernés : les crédits affectés (crédits destinés à financer un achat préalable), les prêts personnels, les crédits renouvelables appelés aussi crédits permanents assortis souvent d'une carte de crédit, les découverts bancaires, les locations avec option d'achat (LOA, ou Leasing).

En revanche, sont dispensés des mentions obligatoires de l'article L. 311-4 : les crédits à la consommation d'une durée inférieure à trois mois, le crédit où le montant prêté est supérieur à 21.500 € ainsi que la publicité de notoriété (passée en forme authentique) sauf si l'opération est caractérisée par son objet et/ou sa nature. Autrement dit, les mentions de l'article L. 311-4 doivent être respectées quand figure la mention « la banque

[169] Voir P. Bouteiller, La publicité du crédit à la consommation, JCP E, 29 nov. 2004, pratique, 149; M. Jalade, Les nouvelles dispositions applicables à toute publicité portant sur une opération de crédit à la consommation, Gaz. Pal. 28-29 avril 2004, doct. n° spéc. Publicité.
[170] Publicité non personnalisée par opposition à un message envoyé à une personne déterminée.

X…finance votre projet automobile » ou lorsque le message publicitaire s'accompagne d'un dessin ou d'une image suggérant l'objet de financement.

2. Contenu de la publicité du crédit

- **L'exigence d'une publicité loyale et informative**

La publicité du crédit doit être « loyale et informative ». Il s'agit ici d'un véritable principe de transparence selon lequel la publicité doit traduire loyalement et fidèlement toutes les mentions imposées par l'article L. 311-4. A cet égard, la jurisprudence donne une précision utile en décidant que les informations prescrites par ledit article doivent pouvoir être lues par ceux à qui elles sont destinées ; leur lisibilité et leur compréhension s'appréciant en fonction du support de leur diffusion et des caractéristiques techniques du message[171].

Or, le code de déontologie « crédit à la consommation » élaboré en 1990 prévoyait déjà que toute publicité de crédit à la consommation devait être loyale et véridique. En effet, avant de recourir au crédit, les mentions doivent être présentées de manière claire, lisible et compréhensible par le consommateur et que *« la couleur, la sonorité, la taille et l'emplacement des caractères soient choisis en fonction du support et reçus dans des conditions normales de lecture, d'audition ou de visualisation »*.

Les caractères loyal et informatif de la publicité tendent à la fois à protéger le consommateur contre toute information fausse ou incomplète et à fournir au juge un critère d'appréciation lui permettant de condamner tout acte déloyal même dans des domaines où il n'y a pas d'obligations formellement définies et par conséquent, difficilement appréciables. Le problème s'est posé dans le cas de la publicité du crédit par affiches et à la télévision. Le juge peut désormais condamner l'annonceur qui présente les mentions obligatoires susvisées en petits caractères ou lorsque la vitesse de défilement du texte ne permet pas au consommateur d'attention moyenne de prendre immédiatement connaissance des conditions véritablement offertes relatives à l'accès et à l'octroi de ce

[171] CA Paris, 1re ch. B., 19 févr. 1999 : D. 1999, IR, 96 ; Gaz. Pal. 23-27 mai 1999, p. 20, obs. Grelier-Lenain.

crédit[172]. Il en va de même, pour une affiche collée en hauteur sur un panneau publicitaire, ne laissant plus au consommateur que la possibilité de lire le nom du prêt proposé mais pas les conditions obligatoires le caractérisant.

Exiger d'une publicité qu'elle soit loyale et informative a principalement pour but de rendre transparentes les conditions du prêt et de créer un climat de confiance à l'égard du consommateur et surtout de combattre tant que possible le surendettement[173]. Le texte précise, en effet, qu' *« il est interdit, dans toute publicité, quel que soit le support utilisé, d'indiquer qu'un prêt peut être octroyé sans éléments d'information permettant d'apprécier la situation financière de l'emprunteur, ou de suggérer que le prêt entraîne une augmentation de ressources ou accorde une réserve automatique d'argent immédiatement disponible, sans contrepartie financière identifiable ».*

Il en résulte que l'annonceur doit se montrer vigilant[174] et indiquer clairement le caractère onéreux et donc contraignant du crédit. La loi - comme d'ailleurs le code de déontologie - lui interdit surtout de mentionner dans la publicité que le prêt peut être accordé sans considération de la situation financière du consommateur, c'est-à-dire sa solvabilité. Est également déloyale et non-informative toute publicité affirmant qu'un prêt peut être accordé sur-le-champ en appelant simplement un numéro « Vert » ou « Azur » ou en retournant un bon ne comportant aucune demande d'informations sur la solvabilité de l'emprunteur potentiel.

Sous le régime de l'ancien texte, il a été, au contraire, jugé que l'indication dans la publicité du crédit de la mention « facile d'octroi » et laissant à l'emprunteur la faculté de choisir le montant de ses mensualités est une publicité tout à fait loyale dès lors qu'il indiquait précisément que cet octroi est subordonné à l'examen du dossier et le consommateur ne pouvant légitimement croire que le prêt lui était automatiquement accordé[175].

Pour éviter toute confusion, l'article précité dispose dans son dernier alinéa que *« l'offre préalable de crédit doit être distincte de tout support ou document publicitaire ».* Alors même que le texte n'impose apparemment pas de séparation physique entre les deux supports, il est en tout cas conseillé de faire figurer tant que possible l'offre de crédit et le

---

[172] TGI Paris, 13 mars 1998 : Gaz. Pal. 1998, I, somm. p. 331, obs. Antoine-Lalance.
[173] Sur cette notion, voir X. Lagarde, Prévenir le surendettement des particuliers, JCP 2002, I, 163.
[174] Cf. Pollaud-Dullian, Devoir d'information du banquier et crédits au consommateur, RD, banc. Fin., nov.-déc. 2002, p. 341.

message publicitaire sur deux documents séparés physiquement et éviter surtout de faire figurer l'offre et la publicité au recto et au verso l'une de l'autre.

Il faut souligner que l'opération de crédit doit selon l'article L. 311-8 du code de la consommation être précédée par une offre préalable, remise en double exemplaire à l'emprunteur, par laquelle le prêteur s'oblige à la maintenir pour une durée minimale de quinze jours à compter du jour de l'émission de l'offre. Tant que l'opération de crédit n'est pas définitivement conclue, aucun paiement sous quelque forme qu'il soit ne pourra être effectué par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci[176] sous peine de sanction pénale[177]. L'emprunteur dispose d'un délai de sept jours après l'acceptation de l'offre de crédit pour revenir sur son engagement conformément à l'article L. 311-15 du même code.

- **Les mentions obligatoires**

Toute publicité quelle que soit sa forme doit obligatoirement comporter les mentions suivantes :

- l'identité du prêteur ;
- la nature et l'objet du prêt : le prêteur est libre de choisir la forme qui lui semble adéquate, généralement un écrit mais les dessins et photos sont également suffisants à condition toutefois qu'ils suggèrent à quoi est destiné le prêt ;
- la durée du prêt ;
- le coût total du crédit ainsi que son taux effectif global annuel s'il y a lieu, à l'exclusion de tout autre taux (mensuel, nominal, périodique…) ou perceptions forfaitaires. Il n'est pas nécessaire d'écrire en lettres *« le taux effectif global annuel »*, une mention abrégée « TEGA » est jugée suffisante[178]. Ce taux doit être donné à titre indicatif pour permettre au consommateur d'effectuer une comparaison sérieuse entre différents établissements ;
- le montant des remboursements par échéance. En cas d'impossibilité, le moyen de le déterminer ;
- le nombre d'échéances pour les opérations de crédit à durée déterminée.

---

[175] CA Paris, 13e ch. corr. A, 18 juin 2002 : Juris-Data n° 2002-188455.
[176] C. consom. art. L. 311-7.
[177] C. consom. art. L. 311-35 : une peine d'amende de 30 000€.
[178] Civ. 1re, 1er juin 1981: Bull. civ. I, n° 235.

Le texte prévoit ensuite des règles spécifiques concernant uniquement les publicités écrites quel que soit le support (toute forme de publicité est donc concernée à l'exclusion de la publicité radiophonique qui doit néanmoins respecter toutes les mentions générales susmentionnées). Celles-ci doivent comporter toutes les informations concernant les caractéristiques de l'opération de crédit : sa nature, sa durée, son taux effectif global, s'il s'agit d'un taux promotionnel ou pas, période durant laquelle ce taux s'applique au caractère « fixe » ou « révisable » du TEGA et au montant des remboursements par échéance. L'ensemble de ces mentions doit figurer en taille de caractères au moins aussi importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire. L'interprétation de la formule « dans le corps principal » consisterait apparemment à inscrire ces mentions à l'intérieur même du texte et non en marge ou en bas de page. Ces mêmes règles s'appliquent à la publicité télévisée où ces mentions doivent alors apparaître dans une bande passante bien positionnée à l'écran et s'inscrire dans une taille de caractères particulièrement visible.

En résumé, bien que l'offre à distance et la publicité se ressemblent sur certains points, elles diffèrent juridiquement l'une de l'autre puisque seule une offre ferme et précise permet la formation du contrat par une simple acceptation du destinataire. La publicité participe, tout comme les promotions, à attirer une clientèle de masse vers des produits et services proposés à la vente à distance.

§ 2. Offre à distance et promotion des ventes

La publicité n'est pas le seul instrument commercial dont dispose le professionnel pour attirer les consommateurs vers les produits ou services qu'il propose à distance puisqu'il peut également utiliser la technique de promotion des ventes.

Cette méthode de commercialisation est le fruit de l'évolution des techniques de marketing et pourrait se définir comme « *une incitation à l'achat consistant à présenter l'opération comme avantageuse pour le partenaire, professionnel ou non* »[179].

[179] J. M. Mousseron, Droit de la distribution, 4e Litec 1975, n° 526, p. 411.

La promotion diffère de la publicité[180]. En effet, la publicité vise généralement un public indéterminé et base sa réussite sur la répétition à long terme d'un message publicitaire alors que la promotion, elle, est destinée à un public relativement déterminé et repose essentiellement sur les relations directes[181].

Cependant, la promotion des ventes, en plus d'inciter à l'achat, sert également de méthode de provocation et pourrait, par conséquent, influencer le consentement de l'acheteur (professionnel ou consommateur). Afin d'éviter un éventuel risque d'abus ou de tromperie de la part du professionnel, le législateur réglemente cette pratique par des règles juridiques assez complexes. Le but d'une telle intervention est de restaurer une égalité minimum entre les contractants au moment de la formation du contrat[182].

Le contrat à distance ne comporte que peu de particularités en ce domaine. La promotion des ventes repose essentiellement sur des règles de droit commun de la consommation. La LCEN a procédé à certaines corrections dans le code de la consommation concernant spécialement les publicités et offres promotionnelles adressées par le biais de courriers électroniques[183]. Ces nouvelles règles n'exercent que peu d'influence sur les règles communes préexistantes et concernent l'identification des offres promotionnelles ainsi que les différents types de promotion.

A- Identification des offres promotionnelles

Trois articles (L. 121-15-1 à L. 121-15-3) ont été insérés dans le code de la consommation par La LCEN (art. 21) et comportent de nouvelles règles relatives aux publicités et offres promotionnelles adressées par un service de communication au public en ligne, aux termes desquels : « *Art. L. 121-15-1 : les publicités, et notamment les offres promotionnelles, telles que les rabais, les primes ou les cadeaux, ainsi que les concours ou les jeux promotionnels, adressés par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiés de manière claire et non équivoque dès leur réception par leur destinataire, et en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message* ».

---

[180] L. Veyssiere, Publicité et promotion en Europe : exposé introductif, Légicom 1999, n° 18, p. 1.
[181] R. Fabre et D. Mainguy, Promotion des ventes, Gaz. Pal. 1993, I, numéro spécial, Vente par correspondance, p. 193.
[182] V. Lasbordes, Les contrats déséquilibrés, T II, préface C. Saint-Alary Houin, éd. Université Aix-Marseille 2000, n° 465, p. 428.
[183] G. Gallo, Les promotions sur la toile, Rev. Conc. Consom., 2002, n° 149.

Art. L. 121-15-2 : Sans préjudices des dispositions réprimant la publicité trompeuse prévues à l'article L. 121-1, les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles ».

Ces nouvelles dispositions sont particulièrement opportunes puisque si la publicité en tant que telle fait partie de toute une stratégie commerciale, elle doit s'effectuer dans des conditions loyales et transparentes. En effet, si la loi impose que la publicité et les offres promotionnelles adressées par courrier électronique doivent être clairement identifiables dès la réception du message par le destinataire, elle ne précise pas ce qu'il faut entendre par *« doivent pouvoir être identifiés »*. Cela semble signifier que le destinataire doit - sauf impossibilité technique - être en mesure d'identifier l'offre promotionnelle avant même d'ouvrir le courrier électronique.

Quant à l'article L. 121-15-2, il précise les conditions auxquelles sont soumises les offres promotionnelles *« proposés par voie électronique »* devant être *« clairement précisées »* et *« aisément accessibles »*. La portée de ce texte est plus large que celle du précédent puisqu'il ne s'applique pas seulement aux offres promotionnelles, concours et jeux proposés par courrier électronique mais concerne plus généralement toutes les opérations qui seraient accessibles par un service de communication au public en ligne.

L'article L. 121-15-3, 1er prévoit que les dispositions des deux articles précédents s'appliquent également aux publicités, offres, concours ou jeux à destination des professionnels.

Ces nouvelles dispositions qui ont pour but d'établir un climat de confiance et une transparence dans les relations commerciales effectuées à distance sont néanmoins lacunaires :

Tout d'abord, il est incompréhensible que l'article 21 de la LCEN, après avoir consacré la notion de la publicité accessible par un service de communication au public en ligne, introduise ensuite la notion d'offre promotionnelle proposée par voie électronique. La coexistence de ces deux notions laisse planer un doute sur sa portée exacte. Un auteur

évoque une maladresse de rédaction[184]. Nous l'espérons car, dans le cas inverse, si cette coexistence résulte d'une volonté avérée du législateur, cela animerait alors à nouveau le débat sur la limite entre l'offre et la publicité.

Ensuite, il est regrettable de déclarer applicables aux professionnels des dispositions réservées à la protection des consommateurs (art. L. 121-15-3) car cette consécration législative relance à nouveau le débat sur l'éventuelle application des règles protectrices des consommateurs aux professionnels [185] et crée une incertitude sur l'objet restrictif du droit de la consommation : protection des consommateurs ou encadrement des professionnels [186] ?

Enfin, l'article L. 121-15-1 (LCEN art. 21) précise seulement que la publicité et l'offre promotionnelle doivent pouvoir être identifiées comme telles. Cette exigence impose-t-elle que le message détermine la nature publicitaire ou faut-il encore que la personne pour le compte de qui la publicité est réalisée soit identifiable ? La rédaction du texte ne permet pas de trancher en faveur de l'une ou de l'autre interprétation. Il semble cependant opportun d'appliquer, dans ce cas, l'article 20 de la LCEN puisqu'il est de portée générale et s'applique à toute publicité accessible par un service de communication au public en ligne. Autrement dit, la publicité et l'offre promotionnelle adressées par courrier électronique ne doivent pas seulement pouvoir être clairement identifiables dans leur nature mais doivent aussi rendre identifiable la personne pour le compte de qui elles sont réalisées.

B- Différents types de promotion

La LCEN énonce les offres promotionnelles mais ne les définie pas et n'impose, par ailleurs, aucune règle spécifique relative à leur contenu. Ces dernières demeurent alors régies par des règles communes de droit de la consommation. Pour attirer la clientèle, les entreprises de vente à distance proposent trois types de promotions différents : promotion avec avantage sur le prix ou en nature et par participation à un jeu, concours ou loterie.

---

[184] Th. Verbiest, Loi pour la confiance dans l'économie numérique: examen du nouveau régime du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 172, sept. 2004, n° 6, p. 2.
[185] Pour la définition restrictive ou extensive du consommateur, Voir Infra p. 80 et s.
[186] D. Fenouillet, RDC, oct. 2004, n° I, p. 957.

1. Promotion avec un avantage sur le prix

La technique de promotion par la réduction de prix peut présenter des intérêts tant pour l'acheteur que pour le vendeur. En effet, l'achat à bas prix peut d'une part, répondre à l'attente de l'acheteur et l'inciter à contracter. Celui-ci pourra alors acquérir un produit ou un service en payant un prix relativement moins cher que chez d'autres concurrents. D'autre part, pour le vendeur, cela lui permet d'augmenter son chiffre d'affaires tout en gardant une clientèle fidèle. C'est pourquoi, la promotion par la réduction de prix est en principe licite mais le législateur l'a réglementée afin de préserver le consentement de l'acheteur notamment lorsque c'est un consommateur.

Cette technique est fréquente dans les offres proposées à distance, dans des catalogues papiers ou virtuels. Le professionnel qui recourt à elle pourrait être doublement contraint[187] car d'un côté, la mise en œuvre de la promotion par la réduction de prix est bien encadrée et de l'autre côté, il doit respecter certaines règles régissant la concurrence loyale et peut voir, à défaut, sa responsabilité pénale et/ou civile engagée.

a. La mise en œuvre de la promotion par la réduction de prix

La promotion des ventes avec réduction de prix est régie par l'arrêté n° 77-105/P du 2 septembre 1977[188]. Celui-ci réglemente toute publicité à l'égard des consommateurs mentionnant une réduction du prix de vente. Il énonce, en effet, que l'annonce d'un rabais lorsqu'il s'effectue en dehors du lieu de vente (sous-entendu évidemment la vente à distance) doit à la fois faire apparaître l'importance de la réduction de prix offerte, exprimée en valeur absolue ou en pourcentage ; et clairement indiquer les produits et services concernés ainsi que la période de validité de cette promotion[189].

L'annonce de promotion doit se faire par rapport à un prix de référence qui ne doit pas excéder le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur au cours des trente

---

[187] R. Fabre et D. Mainguy, Promotion des ventes, Gaz. Pal. 1993, I, numéro spécial, Vente par correspondance, p. 193.
[188] Arrêté n° 77-105/P du 2 sept. 1977 relatif à la publicité des prix à l'égard du consommateur, BOSP, du 6 sept. 1977.
[189] Art. 2. 1° de l'arrêté.

derniers jours précédant la publicité[190]. Le but de cette restriction est bien d'éviter que le vendeur n'effectue pas une hausse de prix la veille de la mise en place de la promotion.

Le prix de référence peut également être celui du prix conseillé par le fabricant ou l'importateur[191].

La circulaire du 4 mars 1978 concernant les conditions d'application de l'arrêté précité précise d'ailleurs que *« dans le cas des entreprises de vente par correspondance pratiquant une publicité par catalogue saisonnier ou annuel, les offres présentées, qu'il s'agisse d'offres de prix ou de réductions de prix peuvent n'être valables que jusqu'à épuisement des stocks, sous réserve que cette mention figure très lisiblement en tête du catalogue »*. Au sens de ce texte, un catalogue est considéré comme un lieu de vente.

En outre, deux autres règles doivent être respectées dans la mise en œuvre de la publicité portant sur une promotion sur le prix.

D'une part, aucune publicité de promotion ne peut porter sur un article qui n'est pas disponible ou sur une prestation de service qui ne peut être fournie pendant la période de la publicité[192]. L'administration permet, toutefois, de façon dérogatoire, aux entreprises de vente à distance qui publient des catalogues annuels ou saisonniers, d'annoncer une réduction de prix valable dans la limite des stocks disponibles, sous réserve que cette indication figure très lisiblement en tête du catalogue.

D'autre part, le vendeur doit respecter la règle de non discrimination selon laquelle le professionnel se doit de traiter tous les acheteurs sur un même pied d'égalité. Il lui est interdit d'accorder un quelconque avantage sur le prix seulement à l'égard de certains acheteurs[193].

Il faut encore souligner que la promotion avec réduction du prix peut consister simplement en l'octroi d'un crédit gratuit au travers duquel l'acheteur bénéficie d'une facilité de paiement. Cette technique présente un intérêt considérable pour l'acheteur vu qu'elle lui permet de disposer immédiatement d'un produit ou d'un service tout en s'acquittant du prix ultérieurement.

---

190 Art. 3 al 1er de l'arrêté.
191 Art. 3 al 3 de l'arrêté.
192 Art. 5 de l'arrêté.
193 Art 6 de l'arrêté.

Cette méthode de promotion est en principe licite à condition qu'elle se limite au cadre du lieu de vente. Sa mise en œuvre exige, toutefois, le respect de deux règles :

La première : le prix offert avec un crédit gratuit ne doit pas dépasser le prix le plus bas effectivement pratiqué durant les trente derniers jours pour protéger le consommateur d'un éventuel abus[194].

La deuxième : le crédit doit profiter à tout acheteur - à crédit ou comptant - selon la règle de non discrimination. Dans le cas d'un paiement, le vendeur a même l'obligation de proposer un prix inférieur à la somme proposée pour l'achat à crédit[195]. Mais, cette technique ne peut en aucun cas faire l'objet d'une publicité ou d'une offre promotionnelle en dehors du lieu de vente[196].

Lorsque le vendeur remplit l'ensemble de ces conditions, il doit également respecter les règles organisatrices du marché surtout en ce qui concerne la concurrence loyale[197].

b. Les contraintes relatives à l'exigence d'une concurrence loyale

Il y a concurrence déloyale dans deux cas de figure:

- lorsque le vendeur décide de faire une promotion des ventes avec réduction du prix dans le seul but d'endommager les concurrents ;
- lorsque le vendeur revend à perte.

En effet, l'article L. 420-5 du code de commerce[198] incrimine le fait de vendre à un prix abusivement bas et dispose que *« sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché*

---

194 C. consom., Art. L.311-5.
195 C. consom., Art. L. 311-7 et R. 311-4.
196 C. consom., Art. L. 311-5 et s.
197 Touchent, La proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales, Petites affiches, 1e août 2003, n° 153, p. 3.
198 Ord. n° 2000-912 du 18 sept. 2000.

une entreprise ou l'un de ses produits ». La prohibition concerne aussi bien les produits que les prestations de service.

L'article L. 443-2 du code de commerce incrimine aussi la spéculation illicite en interdisant *« le fait, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses, en jetant sur le marché des offres destinées à troubler les cours ou des sur offres faites aux prix demandés par les vendeurs, ou en utilisant tout autre moyen frauduleux, d'opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou d'effets publics ou privés… ».*

La revente à perte[199] est incompatible avec une concurrence seine et loyale et porte atteinte à l'intérêt général des consommateurs[200]. L'article L. 442-2 du code de commerce[201] prohibe *« le fait pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif […] le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport ».* Pour apprécier le seuil de revente à perte, il y a lieu de prendre en considération l'économie générale de l'opération. Ainsi, ce critère a été retenu par la jurisprudence dans une affaire combinant un abonnement au réseau Internet et la fourniture du modem[202]. Quant à l'élément intentionnel du délit, une simple imprudence ou négligence dans le mode de calcul du prix suffit à caractériser l'intention coupable[203].

Il faut souligner enfin que la promotion par la réduction de prix diffère des soldes. Au terme de l'article L. 310-3-I du code de commerce *« sont considérées comme soldes les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annonces comme tendant, par une réduction du prix, à l'écoulement accéléré des marchandises en stock ».*

---

[199] R. Bout et Alii, Lamy droit économique 2002, La revente à perte, p. 507.
[200] Crim. 10 oct. 1996 : Bull. crim. n° 358 ; D. 1997, IR, 20 ; D. affaires 1997, 216. Pour la preuve de la revente à perte, V. Crim. 4 avril 2001 : RJDA 2001, n° 1269.
[201] Ord. n° 2000-912 du 18 sept. 2000. La revente à perte est licite exceptionnellement dans quatre cas prévus à l'article L. 442-4 du code de commerce : les produits saisonniers ; produits dépassés par l'évolution de la mode ou l'évolution technique ; le prix d'achat est en baisse et enfin les produits périssables.
[202] Crim. 7 mai 2002 : Bull. crim. n° 109 ; Contrats Conc. Consom. 2002, Comm. 159, obs. Malaurie-Vignal ; JCP 2003, I, 103, n° 15, obs. Robert ; RTD com. 2002, 738, obs. Bouloc.
[203] Nancy, 8 févr. 1996 : Gaz. Pal. 1996, II, doct. 1179.

La vente en solde suppose le respect de deux types de conditions : le premier concerne les conditions générales selon lesquelles doit s'effectuer l'opération de solde et le deuxième concerne la publicité sur les soldes.

Pour ce qui est des conditions générales de l'opération de solde :

- le solde est, contrairement à la promotion sur le prix, applicable que pendant une période déterminée et fixée selon la région. Cette règle s'impose aux sociétés de vente par correspondance où leurs opérations de soldes saisonnières ne peuvent se dérouler en dehors des périodes de soldes déterminées par le département des siéges sociaux de ces sociétés;
- le solde ne peut porter que sur une quantité de marchandises préexistante et non renouvelable dont l'écoulement rapide est favorisé par une réduction de prix annoncée à l'aide de publicité;
- pendant la période de soldes, la revente à perte des produits est valable[204];
- le prix d'achat du produit à solder devra être payé depuis au moins un mois à la date de début de la période de soldes considérée sauf lorsque le vendeur en est le producteur ou son mandataire[205].

Quant à la publicité portant sur une opération de solde[206], la loi impose qu'elle mentionne obligatoirement la date de début de l'opération et la nature des marchandises sur lesquelles elle porte, si la publicité ne concerne pas la totalité des produits de l'établissement[207]. La publicité doit également être transparente et loyale. Ainsi, lorsque le mot « solde » y figure, il est obligatoire de mentionner une réduction de prix, sous peine d'être qualifiée de publicité trompeuse ou susceptible d'induire en erreur car ce mot est dans l'esprit du consommateur indissociable de la notion de rabais[208]. De plus, est illicite une publicité annonçant un solde en dehors des périodes légales[209].

---

[204] V. DGCCRF, avis n° 99-050, 18 mars 1998 : BID 1999, n° 3, p. 7.
[205] Décret n° 96-1097 du 16 déc. 1996, art. 12.
[206] Dans son arrêt du 19 févr. 2003, la chambre criminelle de la cour de cassation a retenu la notion de publicité implicite, au sens de laquelle est une publicité l'envoi de cartons d'invitation à des milliers de personnes, indiquant une remise importante de prix : RJDA 11/03, n° 1053.
[207] Décret n° 96-1097 du 16 déc. 1996, art. 13.
[208] Sur la publicité trompeuse: v. Pau, 22 juin 1994 : Contrats Conc. Consom. 1994, n° 256, note Raymond ; JCP 1994, IV, 2215. Sur la publicité de nature à induire en erreur : v. Crim. 23 janv. 2001 : Bull. crim. n° 22.
[209] Cass. com, 28 janv. 2004 : Gaz. Pal., 28, 29 avril 2004, juris. n° XVII, note J. Joseph ; Cass. com., 2 juin 2004 : RJDA 8-9/04, doctr., p. 864.

2. La promotion par la prime

La vente avec prime pourrait être définie comme étant l'*« incitation à l'achat en présentant au client la perspective d'obtenir, avec un produit ou un service à titre onéreux, un autre objet ou service remis gratuitement ou à des conditions avantageuses »*[210].

La vente avec prime aux consommateurs est, en principe, interdite mais elle est néanmoins autorisée à titre exceptionnel. La règle générale de celle-ci est consacrée à l'article L. 121-35 du code de la consommation, au terme duquel *« est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faites aux consommateurs et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation ».*

L'élément matériel de l'infraction à la vente avec prime exige la réunion de plusieurs conditions constitutives[211] :

- le bénéficiaire de la prime doit impérativement être un consommateur. A contrario, la vente avec prime entre professionnels demeure licite sous certaines conditions[212], notamment de respect du principe de non discrimination où la prime ne doit pas être de nature à créer « un avantage ou un désavantage dans la concurrence »[213] ;
- le produit ou le service, objet de la vente ou de l'offre de vente, doit faire l'objet d'un contrat principal à titre onéreux dont la conclusion donnera lieu à une prime. Il s'agit alors d'une infraction formelle où la conclusion effective du contrat principal n'est pas nécessaire puisqu'elle ne fait pas partie de l'élément matériel de l'infraction. Une simple offre de vente d'un produit ou d'un service assorti d'une promesse de prime est constitutive de l'infraction alors qu'aucun contrat n'a été conclu par la suite[214]. La seule condition nécessaire est que l'octroi de la prime soit formellement subordonné à la conclusion du contrat principal de manière *« actuelle et définitive portant sur un objet*

---

[210] A. Bensoussan, Le marketing direct et le droit, éd. Hermès 1996, p. 220.
[211] V. M.-P. Dambly, L'interdiction des ventes avec primes depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, Petites affiches, 1er-3 févr. 1989, p. 10. La peine encourue est un amende prévue pour les contraventions de 5e classe. En cas de récidive, l'amende est doublée.
[212] Rép. min. JOAN Q, 21 nov. 1988, p. 3329.
[213] R. Fabre et D. Mainguy, Promotion des ventes, précité, p. 195.
[214] Crim. 12 juillet 1961 : Bull. crim. n° 337.

déterminé »[215]. L'infraction pourrait donc être constituée par une simple annonce ou une publicité donnant droit à une prime ;

- l'infraction suppose encore que la prime soit attribuée au consommateur à titre gratuit[216]. De ce point de vue, les cadeaux offerts gratuitement aux consommateurs ne constituent pas une prime prohibée dès lors qu'ils ne sont pas subordonnés à la conclusion d'un tel contrat[217]. Il en est de même pour les cadeaux de parrainage[218]; pour la remise en espèce ou pratique dite « chèque - ristourne » qui consiste lors de l'achat d'un objet à proposer un bon de réduction à valoir sur l'achat d'un autre produit ou service de nature différente et pour les primes dénommées « autos payantes »[219] qui consistent à offrir un article à un prix avantageux pour l'achat d'un autre produit ou service[220] ;

- la prime offerte doit également être un produit ou un service différent de celui vendu à titre principal puisque la prohibition ne concerne pas la vente avec prime portant sur un produit ou un service identique. On entend par produit identique « *un produit de même nature ou de même genre que le produit ou service offert à titre principal »*[221]. Ainsi, la pratique connue de « treize à la douzaine » illustre parfaitement le terme « identique » même si ce dernier pose parfois un problème d'interprétation. La doctrine semble, sur ce point, être favorable à une interprétation souple de celui-ci puisqu'elle n'exige pas que la prime soit identique de manière absolue mais simplement relativement identique au produit ou au service faisant l'objet du contrat principal. Quant à la jurisprudence, le terme « identique » ne fait pas l'objet d'une interprétation unanime. Il a, par exemple, été jugé

---

[215] Crim., 12 mai 1955 : D. 1955, p. 486.

[216] Ne constitue pas une vente avec prime prohibée, le fait de vendre deux produits, l'un à un prix « normal » et l'autre à un prix symbolique puisque le second ne constitue pas une prime à titre gratuit car le droit pénal est d'interprétation stricte : Rép. min. n° 15532, JOAN Q, 16 nov. 1998, p. 6306 ; Toutefois, le prix global de l'opération ne doit pas être inférieur au prix de revente à perte : à propos d'une opération combinant un abonnement au réseau Internet et la fourniture de modem : Crim. 7 mai 2002 : B. crim., n° 109 ; D. 2002, AJ, 2050 ; Contrats Conc. Consom. 2002, n° 166, obs. Raymond ; JCP 2003, I, 103, n° 15, obs. Robert ; Serinet, Ventes ou prestations de services avec primes : d'une prohibition à l'autre, D. 2002, chron. 3252. V. également, Cass. com. 29 janv. 2002 : Juris-Data n° 2002-012787 ; Contrats Conc. Consom. août-sept. 2002, n° 133, p. 35, note Raymond.

[217] Cette pratique est désormais admise depuis l'Ordonnance du 1er déc. 1986, après avoir été interdite par la loi du 27 déc. 1973 ; Toutefois, Mr. R. Fabre et D. Mainguy préconisent que la distribution des cadeaux ne soit pas de nature à dissimuler une pratique d'envoi forcé : Promotion des ventes, précité, p. 196.

[218] Cette pratique consiste en l'offre d'un cadeau par un commerçant à la personne qui lui amène un ou plusieurs clients dans la mesure où aucune obligation d'achat n'est imposée au bénéficiaire du cadeau.

[219] M. Delbarre réserve toutefois la sanction de la revente à perte, c'est-à-dire, inférieur à son prix d'achat effectif majoré du coût du transport : F. Delbarre, La vente avec primes, nouvelles perspectives, Cah. dr. entrepr., 1987, n° 1, p. 26.

[220] Paris 3 mars 1992 : Contrats Conc. Consom. 1992, n° 169, obs. Raymond ; T. com. Paris, 26 juill. 1995 : RJDA 1996, n° 139.

que l'offre d'une vidange gratuite pour tout changement de pot d'échappement constitue une prime prohibée[222] alors que l'offre d'une jupe ou d'un pantalon pour l'achat d'un blouson a été jugée licite[223]. De plus, ne sont pas considérées comme primes : *« le conditionnement habituel du produit, les biens, produits ou prestations de services qui sont indispensables à l'utilisation normale du produit, du bien ou du service faisant l'objet de la vente »*[224].

Il faut, par ailleurs, indiquer que la vente avec prime comporte néanmoins certaines exceptions. La prime est valable - comme nous l'avons signalé - lorsqu'elle porte sur un produit, un bien ou un service identique à ce qui fait l'objet de la vente ou de la prestation de service. Est également valable la prime « menus objets ou services » de faible valeur et les échantillons offerts lors de la vente d'un produit ou d'un service à condition toutefois que leur valeur maximale ne dépasse pas un certain seuil[225]. Ces menus doivent être « marqués d'une manière apparente et indélébile du nom, de la dénomination de la marque, du sigle ou du logo de la personne intéressée à l'opération de publicité ». En revanche, ne sont pas des primes prohibées les échantillons à condition qu'ils portent la mention « échantillon gratuit ne peut être vendu », inscrite de manière lisible, indélébile et apparente à la présentation [226].

3. La promotion par la participation à un jeu

Le désir de participer à une loterie pourrait parfois être un moyen d'incitation à l'achat[227]. En raison des abus commis par certaines sociétés de vente par correspondance, le législateur l'a réglementée en imposant une interdiction générale aux loteries lorsqu'elles sont basées sur une contrepartie financière ou lorsque la participation au jeu est subordonnée à l'achat d'un produit ou d'un service. Ces loteries ne sont alors autorisées

---

[221] Lamy Droit économique, 1999, n° 3016.
[222] T. com. Nanterre, 6 mars 1991 : Gaz. pal. 1991, II, 639, note Guyot-Sionnest.
[223] Toulouse, 9 juin 1988, BRDA 1989, p. 9.
[224] C. consom., art. R. 121-9 ; Cass. crim. 7 mai 2002 : Bull. crim. n° 108 ; D. 2002, AJ, p. 2050.
[225] Ils ne doivent pas dépasser les 7 % du prix net de l'achat principal lorsque ce dernier est inférieur ou égal à 80 € T.T.C. ou d'une valeur maximum de 5 €, plus 1 % du prix net de l'achat principal lorsque le prix est supérieur à 80 € et ne doit en aucun cas dépasser 60 € toutes charges et taxes comprises.
[226] C. consom., art. R. 121-10.
[227] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 144, p. 14.

qu'exceptionnellement. En revanche, les loteries publicitaires sont, en principe, licites sous certaines conditions.

Les loteries, en général, sont prohibées. Sont réputées loteries *« les ventes d'immeubles, de meubles ou de marchandises effectuées par la voie du sort, ou auxquelles auraient été réunis des primes ou autres bénéfices dus, même partiellement, au hasard et généralement toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort »*[228].

Une loterie prohibée exige la réunion de quatre conditions :

- l'offre ou la publicité offrant le jeu doit être adressée au public : condition facilement remplie sur Internet dès lors que le service de communication ne présente pas un caractère privé[229] ;
- l'espérance d'un gain : c'est faire naître chez le destinataire une croyance légitime de gagner un jeu de loterie. Ainsi, la présentation de façon affirmative par des documents personnalisés d'un éventuel gain d'un lot oblige le promoteur[230] ;
- l'intervention du hasard : même un minimum de hasard rend la loterie prohibée. Ce critère permet de distinguer entre loteries prohibées et concours qui sont, en principe, licites[231]dans la mesure où ils ne laissent aucune place au hasard mais reposent plutôt sur des connaissances techniques, intellectuelles ou d'intelligence. Il ne faut cependant pas que ces concours dissimulent des loteries déguisées.
- le sacrifice pécuniaire du joueur : il faut que la participation au jeu impose un minimum de sacrifice pécuniaire du destinataire de la loterie, même de faible valeur. Par exemple : le prix d'un timbre postal destiné à répondre pourrait être considéré comme un sacrifice pécuniaire[232], le prix de la connexion au réseau ou le prix d'un appel téléphonique

---

[228] Loi du 21 mai 1836, art. 2.
[229] Circulaire du 17 févr. 1988, JO 9 mars 1988.
[230] Civ. 2e, 3 mars 1988, Bull. civ. 1988, II, n° 57 ; D. 1988, somm. 405, obs. Aubert ; Paris, 18 juin 1999 : D. 1999, IR, 225 et AJ, 4, obs. C. R.
[231] Le concours peut être comme « des jeux consistant à poser des questions objectives, et à octroyer aux gagnants des lots » De Chanterac et R. Fabre, Droit de la publicité et de la promotion des ventes, Dalloz, 1986, p. 262.
[232] Douai, 20 sept. 1990, Bull. rapide de droit des affaires, 1990, n°22, p. 8. A l'inverse, le prix d'un timbre n'est pas considéré comme sacrifice pécuniaire.

sauf lorsque l'entreprise propose de rembourser le prix du timbre[233], de l'appel ou de la connexion.

Dans tous les cas, le sacrifice pécuniaire avancé par le consommateur afin de participer au jeu doit intervenir antérieurement au tirage. Le fait d'imposer l'achat d'une quantité minimale de marchandises constitue également un sacrifice pécuniaire.

Cependant, un problème se pose aux loteries dites « à double entrée » qui offrent aux consommateurs la possibilité de participer au jeu par deux voies :

- soit gratuitement en remplissant simplement un bulletin de jeu obtenu sur une simple demande et indépendamment de tout achat ;
- soit en achetant un produit ou un service accompagné d'un bulletin de participation.

La jurisprudence avait souvent condamné cette pratique pour deux raisons : soit le juge considérait que la gratitude n'était que fictive en raison de l'obligation d'achat, soit que la voie gratuite et la voie payante n'offraient pas les mêmes chances de gagner. Mais, une telle pratique semble aujourd'hui être autorisée. Ainsi le Tribunal de commerce de Paris, par son arrêt du 26 juillet 1995[234], pose un principe d'autorisation de cette pratique, selon lequel, il n'est pas nécessaire d'avoir une égalité des chances entre les participants à titre gratuit et à titre onéreux mais simplement une certaine forme d'équité entre les deux . La Cour d'appel de Paris confirme aujourd'hui la licité de cette pratique[235].

Les loteries sont exceptionnellement autorisées dans deux cas :

- lorsqu'elles sont organisées dans un cercle restreint ex : les casinos et la française des jeux ;
- lorsqu'elles sont organisées par les autorités administratives dans un but de bienfaisance, encouragement des arts, sport, jeux télévisés, etc.

Quant à la loterie publicitaire, elle est en principe licite si un ensemble de conditions sont réunies. L'article L. 121-36 al. 1er précise les conditions de sa validité et dispose que : *« les opérations publicitaires réalisées par voie d'écrit qui tendent à faire naître l'espérance d'un gain attribué à chacun des participants, quelles que soient les*

---

[233] En ce sens, V., CA Paris, 13e ch. B., 14 nov. 2003 : Gaz. Pal. 28, 29 avril 2004, juris. n° VIII, note P. Elsen.
[234] Paris, 26 juill. 1995 : Gaz. Pal., 28 nov. 1995, p. 12.
[235] CA Paris, 13e ch. B., 14 nov. 2003, précité.

modalités de tirage au sort, ne peuvent être pratiquées que si elles n'imposent aux participants aucune contrepartie financière ni dépense sous quelque forme que ce soit. ».

L'alinéa 2 de ce même article énonce que *« le bulletin de participation à ces opérations doit être distinct de tout bon de commande de bien ou de service ».*

Les conditions de validité de la loterie publicitaire ne posent pas de problème particulier par rapport aux conditions de la loterie, en général, en ce sens qu'elle exige un support écrit de la publicité adressé au public, l'espérance d'un gain et aucune contrepartie pécuniaire. Il est simplement à remarquer que la jurisprudence fait preuve d'une certaine souplesse au sujet du caractère distinctif des documents publicitaires puisqu'elle n'exige plus que le bon de commande soit séparé du bulletin de participation de façon « matérielle sans pré-découpage »[236]. Ce dernier peut quand même figurer sur la même page à condition qu'il soit indiqué que la participation au jeu n'est subordonnée à aucune commande[237]. Mais il semble toutefois que la jurisprudence soit revenue sur cet assouplissement en exigeant désormais le respect formel des termes de l'article L. 121- 36, alinéa 2. en ce qui concerne l'obligation d'un bulletin de participation distinct de tout bon de commande[238].

Cependant, d'autres conditions sont imposées par la loi pour la validité de la loterie publicitaire. Ainsi l'article L. 121-37 du code de la consommation exige que les documents publicitaires soient produits comme tels de manière claire et de nature à éviter toute confusion avec d'autres documents : administratifs, bancaires libellés au nom du destinataire … etc.

En outre, un officier ministériel assure la régularité des opérations ainsi que celle des documents publicitaires remis au public.

Ces derniers doivent également comporter un inventaire lisible des lots mis en jeu précisant pour chacun d'eux leur nature, leur nombre exact et leur valeur commerciale ainsi que la mention *« le règlement des opérations est adressé à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande »*[239]. Le bon de commande, un extrait du règlement, une présentation des lots, un bulletin ou un bon de participation peuvent éventuellement

---

[236] Paris, 13e ch. B., 30 juin 1995 : RJDA 1996, n° 434.
[237] Crim. 5 oct. 1995, BID 1998, n° 9, p. 47.
[238] V. Cass. crim. 1er oct. 1997: Contrats Conc. Consomm., janv. 1998, comm. n° 13, p. 19, obs. G. Raymond ; aussi, Cass. crim. 25 juin 1997, D. affaires 1997, p. 1181.
[239] C. consom. art. L. 121-37.

s'adjoindre aux documents publicitaires, chacun d'entre eux devant se présenter séparément et de manière particulièrement lisible[240].

Le non respect des dispositions légales régissant la loterie publicitaire[241] constitue un délit puni d'une amende qui s'élève à 37 500 €[242].

Cependant, la loterie publicitaire pourrait également être sanctionnée sur la base de la publicité de nature à induire en erreur notamment lorsque les documents laissent faussement croire au consommateur que le lot lui est d'ores et déjà attribué. La jurisprudence nous a fourni plusieurs exemples, où dans la majorité des cas, les tribunaux sanctionnent des entreprises de vente par correspondance qui se soustraient aux dispositions légales imposées à titre impératif en matière de loterie publicitaire[243].

Les loteries publicitaires peuvent aussi être sanctionnées sur le fondement de l'escroquerie, qui est, comme nous le savons, une infraction complexe. L'élément matériel de cette dernière suppose alors la réunion de deux conditions : les documents publicitaires constituent, à mon sens, le faux d'écriture et ce afin de tirer indûment profit pécuniaire d'autrui.

La violation des dispositions légales de la loterie publicitaire peut également donner lieu à des sanctions civiles[244]. La doctrine et la jurisprudence se sont divisées au sujet du fondement juridique sur lequel il faut se baser pour condamner une société de vente par correspondance à réparer le préjudice subi par un consommateur désigné de façon nominative, répétitive, en gros caractères avec annonce d'un paiement immédiat et bon de validation joint qu'il avait d'ores et déjà gagné un lot important.

En effet, les juges condamnent les gestes des sociétés de vente par correspondance sur plusieurs bases juridiques :

---

[240] Art. R. 121- 11.

[241] Crim. 30 oct. 1995: Bull. crim. n° 344 ; D. 1996, IR, p. 33 ; Gaz. pal. 1996, II, p. 440, note B-Messe ; Crim. 1er oct. 1997 : Contrats Conc. Consom. 1998, comm. 124.

[242] C. consom. art. L. 121-41.

[243] Crim. 4 déc. 2001 : BID 2001, n° 10, p. 29 ; Crim. 14 nov. 2000, BID, n° 11, p. 15 ; Crim. 18 févr. 1998 : Bull. d'actualité Lamy droit économique, mai 1998, p. 7. Dans cette affaire, la loterie publicitaire consiste a annoncer par l'envoi d'un document intitulé « notification officielle » adressé à chaque destinataire sous une enveloppe à entête de la « Trésorerie Générale » ; Crim. 25 juin 1997: Bull. crim., n° 257 ; D. affaires 1997, 1181 ; JCP 1997, IV, 2140 ; Dr. pénal 1997, comm. 145 , obs. J.-H. Robert ; Cass. crim., 11 mars 1993 : Contrats Conc. Consom. 1993, comm. 160, obs. G. Raymond ; Crim. 8 mars 1990: Bull. crim. n° 111 ; JCP 1990, éd G. II, 21542, obs. J.-H. Robert ; JCP 1991, éd. E , I, 11, obs. Arpin-Gonnet.

[244] Voir notamment, D. Autem, Quel fondement pour la responsabilité des sociétés de vente par correspondance en matière de loterie avec pré-tirage ? Contrats, Conc. Consom. 1999, chron. n° 11, p. 4.

- responsabilité délictuelle : en s'appuyant sur le principe de primauté de la volonté réelle en droit français des obligations, les juges trouvent que le contenu du message ne permet pas de révéler la manifestation d'une volonté réelle de la société de vente par correspondance de s'engager immédiatement puisque le message ne comporte pas les caractéristiques d'une offre ferme, précise et non équivoque pour qu'une simple acceptation puisse former un contrat[245]. Mais l'ambiguïté rédactionnelle de ce document (espérance de gain) constitue alors une faute purement délictuelle[246] et devrait être sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Autrement dit, la société de vente par correspondance sera déclarée responsable de sa faute et devra réparer le préjudice matériel et moral[247] subi par le consommateur pour la déception ressentie[248] ;

- responsabilité contractuelle : d'autres juridictions retiennent, au contraire, la responsabilité contractuelle de la société de vente par correspondance en la condamnant à remettre le lot promis au consommateur. Les juges s'attachent, cette fois, à la seule volonté déclarée, déduite de la lettre ou du message émis par la société puisque le consommateur n'aperçoit la volonté de celle-ci qu'au travers de ce message : seule volonté connue par lui en pensant que la société s'est d'ores et déjà engagée à lui remettre le lot promis. En d'autres termes, les juridictions déduisent de la lecture de ce document, l'existence d'une offre ferme et précise qui est acceptée par le consommateur[249]. L'appréciation des caractéristiques de l'offre se fait par rapport au consommateur lui-même. Il suffit, pour la conclusion du contrat, que l'offre litigieuse ait été ferme et définitive à ses yeux pour l'avoir acceptée. Ainsi, le message faisant clairement croire que la société s'est d'ores et déjà engagé à remettre le lot promis, l'envoi d'un bulletin nominatif et affirmatif de

---

[245] Le caractère équivoque de ces documents empêche la qualification d'offre lorsque les documents de la loterie publicitaire donnent lieu à une double lecture contradictoire ; une lecture laissant croire que le particulier est le gagnant ; une lecture plus attentive, le gagnant dépendrait du résultat du tirage au sort : D. Autem, Quel fondement pour la responsabilité des sociétés de vente par correspondance en matière de loteries avec pré-tirage ?, Contrats, Conc. Consom. 1999, chron. n° 11, p. 4, spéc. p. 5.

[246] Le juge apprécie la faute *in concreto* et cela par rapport au destinataire du message et non en se référant au consommateur moyen : Cass. 2e civ. 28 juin 1995 : Bull. civ. n° 225 ; Contrats Conc. Consom. 1995, comm. 195, obs. G. Raymond ; RTD civ. 1995, p. 886, obs. J. Mestre.

[247] Le préjudice indemnisable doit être personnel, direct et certain : J. Charbonnier, Droit civil, T 4, Les obligations, PUF 21e éd. 1998, n° 205. La perte d'une chance pourrait être indemnisée : Cass. 1e civ. 28 juin 1995 : Bull. civ. n° 150.

[248] Cass. 1e civ. 19 oct. 1999 : Bull. civ. I, n° 289 ; JCP G. 2000, II, 10347, note F. Mehrez ; Cass. 2e civ. 11 févr. 1998 : Bull. civ. II, n° 55 ; D. 1999, somm. p. 109.

[249] CA Toulouse, 14 févr. 1996 : D. 1997, somm., 168, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1996, 397 obs. J. Mestre ; Contrats Conc. Consom. 1996, Comm. 133, obs. G. Raymond.

participation puis la réclamation du lot par le consommateur rendent le contrat formé et oblige alors la société à l'exécuter[250] .

- engagement unilatéral : certaines juridictions déduisent de la lecture du document publicitaire l'existence d'un engagement unilatéral[251] et condamnent, sur ce fondement, la société à remettre au consommateur le lot promis. En d'autres termes, lorsque la lecture du document laisse sous-entendre que la société s'était définitivement engagée à remettre le lot promis, les juges la condamnent à exécuter son engagement ;

- quais-contrat et théorie de l'apparence : certains tribunaux sanctionnent encore le comportement de la société de vente par correspondance sur le fondement de l'article 1371 du code civil[252]. Les juges concluent l'existence d'un quasi-contrat par le fait de l'envoi à un destinataire de deux documents le désignant de façon nominative, répétitive, en gros caractères avec une annonce de paiement immédiat et un bon de participation joint qu'il est le gagnant d'un lot. Sur ce fondement, les juges obligent la société à délivrer le lot promis au consommateur[253]. L'emploi de la notion de quasi-contrat semble être une innovation qui n'est pas à l'abri de critiques. En effet, certains auteurs[254] préconisent qu'il aurait été préférable que la cour de cassation fonde sa décision sur la théorie de l'apparence puisque le champ d'application de cette notion demeure incertain et suppose un appauvrissement difficile à repérer de manière claire et certaine.

En somme, l'action du consommateur fondée sur la notion de quasi-contrat exige trois conditions :

- d'abord, prouver l'existence d'un engagement certain ; d'un message adressé nominativement au consommateur le désignant de manière affirmative comme gagnant d'un lot ;

---

[250] Cass. 1e civ. 26 oct. 1991: Bull. civ. I , n° 232. Cass. com. 28 mars 1995 : Contrats Conc. Consom. 1995, comm. 121. Cass. 2eciv. 11 févr. 1998: Bull. civ. II, n° 55 : JCP G. 1998, I, 185, obs. G. Viney ; Defrénois 1998, art. 36860 n° 108, 1044, obs. Mazeaud.

[251] Cass. 1e civ. 28 mars 1995, précité.

[252] Le régime général du quasi-contrat se trouve établi à l'article 1371 du code civil : deux cas de quasi-contrat sont prévus dans le code civil : Les gestions d'affaires et la répétition de l'indû. La jurisprudence par son pouvoir d'interprétation a inventé d'autres cas, le plus important celui de l'enrichissement sans cause et par laquelle un fait personnel (un appauvrissement) bénéfique à autrui oblige le bénéficiaire à indemniser l'appauvri, le but ici est de garder l'équilibre entre deux patrimoines. Il entre également dans la même catégorie la récompense dans les régimes matrimoniaux, la convention d'assistance bénévole, la doctrine ajoute encore le maintien de locataires dans le lieu.

[253] Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002 : Communication-Commerce Electronique, déc. 2002, comm. 156, p. 24, note Ph. Stoffel-Munck; Contrats Conc. Consom., oct. 2002, comm. 151, p. 29 ; JCP E., 2002, chron., n° 5, p. 38, note D. Mainguy.

[254] Ph. Stoffel-Munck, note sous Cass. ch. mixte du 6 déc. 2002, précité.

- ensuite, prouver l'existence d'une croyance légitime de la réalité du gain chez le destinataire de bonne foi[255] ;
- enfin, prouver l'existence d'un préjudice matériel ou/et moral[256].

En conclusion, les méthodes de promotion des ventes demeurent, en grand partie, licites et ce pour son utilité en marketing. Mais pour préserver une concurrence loyale et protéger les consommateurs moins expérimentés que leurs contractants, les professionnels doivent au moins respecter certaines règles légales. A cette fin, deux volets pénal et civil sont mis en place pour sanctionner les comportements déloyaux des entreprises qui abusent délibérément de la faiblesse du consommateur afin de tirer indûment profit.

[255] Parce qu'en l'absence de cette croyance ou à défaut de bonne foi, le consommateur ne pourra être indemnisé : CA Orléans, 9 févr. 1998 : Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, aff. Marchewskac/ Sté MFD.
[256] Le destinataire pourrait avoir engagé des dépenses puisqu'il est persuadé qu'il a gagné le lot : CA Paris, 18 juin 1999 : JCP G, 2000, II, 10322, note M.-C. Psaume.

Chapitre II : L'obligation précontractuelle d'information

Les exigences de loyauté et de bonne foi du droit commun ne suffisent pas à protéger efficacement le consommateur qui contracte à distance. Il en est de même de l'obligation générale d'information établie aux articles L. 111-1 et suivants du code de la consommation. Le législateur encadre alors l'offre à distance, en imposant à la charge du professionnel, une obligation d'information renforcée en faveur du consommateur **(Section I)** ayant pour objectif d'éclairer son consentement en amont de la formation du contrat à distance afin de lui permettre de s'engager en toute connaissance de cause. Ces informations précontractuelles sont édictées à titre impératif et leur respect est d'ordre public et toute violation de cette obligation devra être sanctionnée **(Section II)**.

Section I : L'encadrement de l'offre à distance

La loi impose que le bénéficiaire des informations précontractuelles doit obligatoirement être un consommateur **(§1)** et précise par ailleurs le contenu et les modalités de communication de celles-ci **(§2)**.

§ 1. La notion de consommateur : bénéficiaire de l'information précontractuelle

Il est important de définir précisément la notion de « consommateur » en matière de contrats à distance puisque de cette définition dépend la détermination du champ d'application de nombreux textes[257] qui imposent, surtout aux professionnels, une obligation précontractuelle d'information édictée en faveur des consommateurs.

Tout en prévoyant une protection renforcée en faveur du consommateur qui contracte à distance, la loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par consommateur. Ainsi, l'article L. 121-16 du code de la consommation définit le contrat à distance comme un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur sans la présence physique des

[257] Le consommateur bénéficie également d'un droit de rétractation ; délai de réflexion ou la suppression des clauses abusives…etc.

parties. La LCEN suit le même schéma malgré qu'elle reconnaît les contrats électroniques comme des contrats à distance mais n'apporte pas non plus de définition du consommateur.

En effet, jusqu'à présent, en France, il n'existe pas de définition unique et générale du consommateur[258]. Il incombe alors à la jurisprudence et à la doctrine de préciser sa signification et sa portée juridiques. Une controverse surgit sans cesse à ce sujet et les divise à tel point que certains auteurs ont déclaré la notion de consommateur « indéterminée »[259], « insaisissable »[260] ou encore « introuvable »[261].

Un auteur exprime la difficulté à définir précisément la notion de consommateur par le fait que celle-ci est *« plus proche du genre que de l'espèce en ce sens que tous les hommes sont des consommateurs et que l'activité de consommation n'est pas en soi spécifique »*[262].

La complexité à définir cette notion est aggravée par l'utilisation, dans certains textes, des termes « consommateur » et « non professionnel »[263] côte à côte dont on ne sait

---

[258] D. Ferrier, Mélanges, en l'honneur de J. Calais-Auloy, D. 2004, p. 373 et s ; G. Paisant, A la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère de « rapport direct », JCP G 2003, I, 121, étude, p. 549 ; G. Vigneau, Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, Gaz. Pal., 3 août au 3 sept. 2002, p. 3 ; A. Boujeka, L'influence du droit commun sur la distinction entre professionnel et consommateur, Petites affiches 2004, n° 168, p. 6 ; M. Liger, La notion de non-professionnel ou consommateur, Revue de la concurrence et de la consommation 1999, n° 107, p. 19 ; N. Sauphanor, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ 2000, n° 389 et s ; M. Luby, Sommes-nous tous des consommateurs ?, Droit et Patrimoine, oct. 2002, p. 44 ; N. Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM, 2002, n° 391 et s. ; J.-P. Chazal, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron. p. 260 ; D. Pombieilh, L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats, th. Pau, 2002, n° 466 et s ; J. Mestre, Des notions de consommateur, RTD civ. 1989, p. 62 ; J.-P. Pizzio, L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, chron. p. 91 ; L. Leveneur, Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité, Contrats, Conc. Consom. 1994, chron. n° 3 ; A. Cathelineau, De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive, Contrats Conc. Consom. 1999, chron. n° 13, p. 4 ; M. Luby , La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance…, Contrats Conc. Consom. 2000, chron. 1, p. 4 ; J.-P. Pizziot, L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, chron. 91 ; A. Oillic-Lepetit, La notion de consommateur, Rev. Conc. Consom. 1988, n° 44, p. 3 ; Ch. Giaume, Le non-professionnel est-il un consommateur ? ou des problèmes de la redondance en droit de la consommation, Petites Affiches, 23 juill. 1990, p. 25 ; G. Paisant, Essai sur la notion de consommateur, JCP G 1993, I, 3655 ; H. Causse, De la notion de consommateur, *in* Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Litec 1994, p. 21 ; R. Martin, Le consommateur abusif, D. 1997, chron. p. 150.

[259] G. Cas et D. Ferrier, Traité …, éd PUF 1986, n° 8, p., 9.

[260] C. Noblot, La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative, préface F. Labarthe, éd LGDJ 2002, n° 439, p. 222.

[261] R. Martin, précité, p. 150.

[262] J. Beauchard, Remarques sur le code de la consommation, écrits en hommage à Gérard CORNU, Droit civil, procédure, Linguistique juridique, éd. PUF 1994, p. 9.

[263] Article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative aux clauses abusives, il précise que son domaine d'application est réservé au « consommateur ou non-professionnel », le terme « non-professionnel » a été interprété par certains comme visant les professionnels agissant en dehors de leur spécialité. Cet article devenu l'article L. 132-1 du code de la consommation par la loi n° 95-96 du 8 février 1995, sans aucune modification.

pas exactement si chacun est doté d'une signification propre ou s'il s'agit d'une expression simplement redondante[264].

Préciser la notion de consommateur en matière de contrats à distance exige, d'une part, de trouver les critères qui permettent de l'identifier en général et, d'autre part, d'étudier l'impact de cette définition sur le contrat à distance. Nous allons essayer de répondre de manière pragmatique à deux questions :

- la première étant, est-ce que le consommateur est protégé en tant que personne physique à l'exclusion de toute personne morale ?
- la deuxième étant, est-ce qu'un professionnel peut être considéré comme consommateur, tout au moins dans certains cas, notamment lorsqu'il contracte en dehors de son activité professionnelle ?

A- Le consommateur est-il une personne physique ?

En l'état actuel du droit français, il est impossible d'affirmer avec certitude que le consommateur est protégé en tant que personne physique car les définitions textuelles sont impropres à fournir une notion restrictive du consommateur. Cette difficulté est amplifiée par le fait que certaines juridictions ont étendu la qualité de consommateur aux personnes morales[265] ; le champ d'application des lois consacrées aux clauses abusives, au démarchage à domicile et au crédit à la consommation.

A ce sujet, la position de la doctrine est ambiguë. Les auteurs sont divisés en deux camps, pour ou contre une notion restrictive du consommateur.

En effet, certains auteurs trouvent qu'il est opportun de retenir une notion restrictive du consommateur. Ainsi, Mon. G. Raymond écrit que *« l'extension à des personnes morales des mesures de protection du consommateur ne paraît pas être dans l'esprit du droit de la consommation qui veut être un ensemble de mesures destinées à*

[264] Ch. Giaume, précité, n° 88 ; Le non-professionnel « ce n'est certainement pas, malgré le sens littéral, celui qui n'exerce pas de profession mais plutôt celui qui agit hors de sa profession » : P. Gode, RTD civ., 1978, p. 744.

[265] J. Amar, Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, Contrats Conc. Consom. 2003, chron. 5, p. 7.

permettre à une personne physique […] de donner un consentement en connaissance du cause »[266].

D'autres auteurs, au contraire ne s'opposent pas à un élargissement de cette notion. Ainsi, M. Pizzio déduit des dispositions relatives aux clauses abusives et aux contrats de crédit que les textes « *ne s'opposent pas formellement à l'élargissement de la notion de consommateur aux personnes morales »*[267]. Pour être claire et efficace, il conviendrait de s'intéresser à la position du droit communautaire à l'égard de la notion de consommateur et voir ensuite si elle n'exercerait pas une éventuelle influence sur le droit français.

1. En droit communautaire

A la simple lecture des dispositions communautaires, nous nous apercevons qu'elles retiennent une conception restrictive du consommateur et ne visent qu'à protéger le consommateur en qualité de personne physique.

Ainsi, la directive n° 97-7 du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance[268] définit le « consommateur » à l'article 2, 2 comme *« toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »*. Le consommateur est donc appréhendé par opposition au professionnel ou « fournisseur » qui, lui, est défini à l'article 2, 3 comme « *toute personne physique ou morale qui agit dans le cadre de son activité professionnelle »*.

Quant à la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique[269], elle distingue entre « destinataires » de services de la société de l'information visant indifféremment des personnes physiques ou morales (art. 2-d) et le « consommateur » visant uniquement des personnes physiques agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle (art. 2-e) .

---

[266] G. Raymond, obs. sous Cass. civ. 1re, 10 juillet 1996, Contrats Conc. Consom. 1996, n° 157, p. 17.
[267] J. P. Pizzio, Code de la consommation commenté, éd Montchrestien, 1996, p. 71.
[268] JOCE, n° L. 144, 4 juin 1997 : texte de la directive, D. aff. 1997, p. 803 ; commentaires, voir M. Trochu, D 1997, chron., p. 17 ; Gatsi., D. aff., 1997, p. 1378 ; Storrer, Lamy droit économique, juin n° 96, p.1.
[269] JOCE n° L. 178, 17 juillet 2000.

Le législateur communautaire, fidèle à cette définition restrictive du consommateur, consacre des définitions similaires dans d'autres actes :

- la directive du 20 décembre 1985 sur la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux [270] ;
- la directive du 22 décembre 1986 modifiée les 22 février 1990 et 16 février 1998 en matière de crédit à la consommation[271] ;
- la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[272] ;
- la directive du 16 février 1998 sur l'indication des prix des produits offerts aux consommateurs[273] ;
- la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation[274] ;
- la directive du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs[275] et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et CE…etc.

La cour de justice des communautés européennes (CJCE) avait été saisie à plusieurs reprises afin de se prononcer si en vertu des textes communautaires, la qualité de consommateur pourrait être attribuée à des personnes morales. Et, à chaque fois, elle a prouvé son attachement à une définition restrictive du consommateur visant à protéger celui-ci en tant que personne physique.

En effet, dans son arrêt Cape du 22 novembre 2001[276], la cour a été saisie par le juge italien pour préciser si au sens de l'article 2-b de la directive européenne n° 93/13/ CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, une société (personne

---

[270] Art. 2.
[271] JOCE, 12 févr. 1987, L 42, p. 49 : art. 1er, 2-a.
[272] Directive n° 93-13 du 5 avril 1993 du conseil : JCP G 1993, III, 66199 ; Pour les commentaires, V. M. Trochu, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, D 1993, chron. p. 315 ; J. Huet, Propos armes sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP E 1994, I, 309.
[273] JOCE n° L 80, 18 mars 1998 : art. 2, 2.
[274] Art. 1er, 2-b : Dir. n° 99/44/CE, JOCE n° L. 171, 7 juillet. 1999 : voir M. Trochu, Vente et garanties des biens de consommation : directive n° 1999-44 du 25 mai 1999, D. 2000, chron. p. 119 ; Tounafond, Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommations, D. 2000, chron. p. 159.
[275] Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil, JOCE. L 271, 9 oct. 2002, p. 16 ; Lamy droit de l'informatique et des réseaux, nov. 2002, G. n° 152, p. 26.

morale) agissant hors de sa spécialité pouvait être considérée comme consommateur. La cour a répondu au terme de cet arrêt par la négative. Le consommateur visé par ce texte « doit être interprété comme visant exclusivement les personnes physiques ». Une solution identique a été déjà retenue par la même cour dans l'arrêt *Océano* du 27 juin 2000[277].

Pourtant, une telle solution n'est pas étonnante puisque l'article 2, b précité définit le consommateur comme étant *« toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »*. Le terme « personne physique » ne peut être interprété qu'à l'opposé du terme personne morale. L'article 2, c ne laisse aucun doute sur la portée de la directive puisqu'elle définit le professionnel comme étant « toute personne physique ou morale ». Par conséquent, la protection du consommateur en matière de clauses abusives ne peut le protéger qu'en tant que personne physique.

La question qui se pose, à ce stade, est de savoir si cette conception restrictive du consommateur en matière de clauses abusives peut être appliquée dans toutes les autres directives, dont celle sur le contrat à distance, qui reproduisent à l'identique des définitions du consommateur. Il semble qu'on ne peut répondre à cette question que par l'affirmative.

Cette conception semble pourtant injuste car une telle restriction laisse entendre que toute personne morale doit être traitée comme un professionnel. Or, nous pouvons constater qu'un certain nombre de personnes morales telles des associations n'exercent aucune activité professionnelle et peuvent se trouver dans le même état d'ignorance et de faiblesse que n'importe quelle autre personne physique lorsqu'elles contractent avec un professionnel. En matière de contrats à distance, la faiblesse des associations s'accroît encore plus. Nous pouvons donc nous demander s'il est possible que le juge national élargisse la notion de consommateur à certaines personnes morales non professionnelles au même titre que les consommateurs personnes physiques.

De prime abord, d'après les dispositions communautaires, on peut douter d'une telle possibilité. Mais nous pouvons néanmoins trouver des éléments pouvant servir de passerelle entre une conception restrictive du consommateur et une notion plus large qui englobe certaines personnes morales.

---

[276] Rec., CJCE, I, p. 3541 : JCP G 2002, II, juris., n° 10047, p. 555, note G. Paisant ; D. 2002, Juris. comm., n° 1, p. 2929, obs. J. P. Pizzio ; D 2002, AJ., n° 1, p. 90, obs. C. Rondey.

[277] Rec., CJCE, I, p. 4941 : JCP G 2001, II, 10513, note Carballo Fidalgo et Paisant ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. Mestre et Fages ; Petites Affiches, 24 juillet 2001, p. 25, note S. Hourdeau.

On peut, dans un premier temps, s'appuyer sur un argument textuel de droit communautaire tiré du règlement (CE n° 44/2001) du 22 décembre 2000 concernant la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs[278]qui remplace la convention de Bruxelles entre les Etats membres. L'article 15 évoque *« le contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »* mais sans préciser si cette personne doit forcément être une personne physique.

La CJCE avait précisé, en ce sens, que l'application de l'article 13 de la convention de Bruxelles ne visait que « *le consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles »*[279]. On peut donc en déduire que des personnes morales agissant dans un but non professionnel ne semblent pas être exclues. Mais, la cour a ultérieurement modifié sa position en se référant désormais « *aux contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu »*[280]. Le terme « individu » ne correspond qu'à une personne physique.

La contradiction entre les dispositions de l'article 15 de la convention de Bruxelles et celles de la position de la CJCE ne permet pas de dégager une base juridique solide sur laquelle le juge national peut élargir la protection du consommateur aux personnes morales.

La directive sur le commerce électronique, dans un deuxième temps, définit de manière large, le « destinataire » du service de la société d'information en le désignant comme toute personne physique ou morale utilisant ce service (art. 2-d). Mais le juge national ne peut, une fois de plus, se servir de cette disposition comme base légale dans la mesure où cette directive donne une autre définition propre au « consommateur » en qualité de personne physique (art. 2-e).

Enfin, on peut évoquer le principe de caractère minimal des dispositions communautaires, consacré par certaines directives européennes. Ainsi, en matière de démarchage à domicile, de contrats à distance ou de clauses abusives, les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus strictes compatibles avec l'article 14 du

[278] JOCE n° L. 12, 16 janv. 2001.
[279] CJCE, 19 janv. 1993, Shearson Lehman Hutton : Rec. CJCE, I, p. 183.

traité pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. La CJCE confirme ce principe et reconnaît ainsi la faculté des Etats membres à prendre des mesures plus rigoureuses au profit d'un commerçant[281].

Il semble donc qu'à partir du moment où les dispositions communautaires en matière de consommation ont un caractère minimal de protection, cela n'empêche pas au droit national d'établir un système de protection du consommateur plus élevé qu'en droit communautaire, en étendant celui-ci non seulement à des personnes physiques mais aussi à certaines personnes morales.

M. Passa[282] pense, au contraire, que l'emploi du caractère minimal afin d'élargir la notion de consommateur à d'autres personnes non protégées ne se conforme pas à l'esprit des textes communautaires. Il avance pour cela deux arguments :

- le caractère minimal ne permet qu'une extension du niveau de protection et non de son domaine d'application
- si un professionnel est protégé dans un Etat membre et pas dans les autres, cela pourrait aboutir à des distorsions de concurrence incompatibles avec le Traité.

M. Pizzio[283] fait, en revanche, une certaine nuance. En comparant l'arrêt du 22 novembre 2001 à l'arrêt du 14 mars 1991 (décisions de la CJCE), l'auteur conclut que le principe d'harmonisation minimale interdit au juge national d'élargir la notion de consommateur au delà de celle retenue par les directives communautaires car, d'après l'auteur, le juge national est tenu de respecter le principe d'interprétation conforme[284]. Ce principe, en effet, l'oblige à interpréter son droit à la lumière des dispositions communautaires de manière conforme à leur finalité. C'est-à-dire que toute extension

---

[280] CJCE, 3 juill. 1997, Benincasa : Rec. CJCE, I, p. 3767.

[281] CJCE 14 mars 1991, arrêt Di Pinto : Rec. I, P. 1189 ; D. 1991, IR, p. 100 : Dans cet arrêt, la cour de justice a été appelée à se prononcer sur la notion de consommateur protégé par la directive du 20 décembre 1985, sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux dite directive sur le démarchage à domicile. Dans cet arrêt, la cour a jugé qu' au sens de cette directive, ne peut être qualifié de consommateur un commerçant démarché en vue d'un contrat de publicité relatif à la vente de son fonds de commerce, au motif que ce contrat reste rattaché à son activité professionnelle. Mais elle a également précisé que la directive sur le démarchage à domicile, en raison du caractère minimal de l'harmonisation, ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale étende la protection qu'elle établit à d'autres personnes que le consommateur agissant à des fins extra-professionnelles et notamment à des commerçants agissant certes dans l'intérêt de leur entreprise mais en dehors de leur spécialité.

[282] Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, n° 6, p. 555.

[283] D. 2002, Juris., obs. sous CJCE du 22 nov. 2001, p. 2929 ; en ce sens encore, C. Nourissat, Consommateur et clause attributive de juridiction, la CJCE, entre précisions et interrogations, Petites affiches 22 mai 2002, n° 102, p. 16 et s..

d'origine jurisprudentielle de la notion de consommateur à d'autres personnes que physiques doit être rejetée. Par contre, un tel élargissement demeure valable s'il trouve sa source dans des dispositions législatives, réglementaires ou administratives.

Quoi qu'il en soit, la clarté de la définition de consommateur en droit communautaire ne coïncide pas avec le droit positif français qui étend la protection en qualité de consommateur à certaines personnes morales.

2. En droit français

Il n'existe pas, en France, d'arguments textuels désignant clairement les personnes morales comme consommateurs[285]. En revanche, certains textes du code de la consommation laissent supposer qu'ils ne s'opposent pas formellement à l'extension de la notion de consommateur aux personnes morales. Ainsi, l'article L. 311-3-3° du code de la consommation en matière de crédit à la consommation et l'article 312-3-1° en matière de crédit immobilier excluent de leur champ d'application « *les prêts consentis aux personnes morales du droit public* ». A *contrario*, les prêts consentis par des personnes morales du droit privé ne sont donc pas exclus.

L'article L. 132-1 du code de la consommation - issu de la loi du 1er févr. 1995 qui transpose la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives - ne précise pas non plus si le consommateur doit être forcément une personne physique. Il est donc possible d'élargir la notion de consommateur aux personnes morales[286].

La jurisprudence s'est parfois appuyée sur ces textes pour faire bénéficier certaines personnes morales des dispositions protectrices des consommateurs[287]. Cependant, les

---

[284] CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, Rec. I, P.4135.

[285] Certains textes ne visent pas toujours le consommateur mais tout simplement la personne physique . Certains auteurs déduisent que dans le cas où la loi vise le consommateur, elle peut s'attribuer indifféremment à une personne physique et à une personne morale, interprété à contrario de la personne physique ; Ainsi, l'article L. 121-21 c. consom. relatif au démarchage à domicile ; l'article L. 221-1 et s. c. consom. relatif à la sécurité des produits et des services et l'article L. 331-1 et s. c. consom. relatif à des situations de surendettement ; pour l'ensemble voir, C. Noblot, la qualité du contractant comme critère légal de protection, essai de méthodologie législative, éd LGDJ 2002, préface F. Labarthe , n° 385, p. 199.

[286] En ce sens, G. Cas, R. Bout et E. Petit, Lamy droit économique, 2001, n° 4649, p. 1660 ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 167, p. 169 ; Dans les travaux préparatoires de la loi L. n° 95-96 du 1er févr. 1995, il a été expressément refusé de donner une définition stricte du consommateur: v. Sénat, JO, 16 nov. 1994, Rapp. n° 64, 9 nov. 1994, p. 26.

[287] J-P Pizzio, Code de la consommation commenté, précité, n° 109, p. 71.

décisions successives et ambiguës de la cour de cassation ne permettent pas de dégager une réponse claire et tranchée en faveur de l'élargissement de la notion de consommateur aux personnes morales.

En effet, la cour retient quelques fois une interprétation restrictive de la notion de consommateur alors que dans d'autres cas elle penche plutôt vers une conception extensive. Cette hésitation a parfois conduit à des conséquences illogiques et incompréhensibles.

Ainsi, la 1re chambre civile de la cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que l'article L. 121-21 relatif au démarchage à domicile était réservé à la protection du consommateur en tant personne physique : par exemple une maison des jeunes (personne morale) démarchée n'est pas protégée[288]**.** La cour de cassation a également jugé que les dispositions consommatrices concernant les clauses abusives ne s'appliquaient pas à un groupement agricole d'exploitation en commun[289].

En revanche, certaines juridictions de fond ont donné droit à des personnes morales et ce au même titre que des personnes physiques. Ainsi, la protection a été reconnue en faveur d'une association [290], d'un syndicat[291], d'une agence immobilière[292], d'un comité d'entreprise[293], d'un comité d'établissement[294], d'un parti politique[295] ainsi qu'à des commerçants[296].

On peut finalement conclure que la notion de consommateur, en droit français, n'est ni claire ni précise. Elle ne l'est pas davantage en matière de contrats à distance où la

---

[288] Cass. 1recIV. du 15 déc. 1998 : Bull. civ. I, n° 366 ; D.2000, somm. p. 40, obs. J-P Pizzio ; D. aff. 1999 p. 413, obs C-R ; Contr. Conc. Consom., 1999, comm., n° 80, obs. G. Raymond ; V. également, Cass. Com., 8 mars 1977: Bull. civ., IV, 78; RTD com. 1977, p. 573, obs. J. Hémard ; CA Paris, 7 nov. 2001, RG, n° 1999/23262 : la cour a exclu du domaine de la protection une association ayant conclu un contrat de location de matériel de télésurveillance.

[289] Cass. 1re civ., 10 juillet 1996: Bull. civ., I, n° 318 ; D. 1996, IR, p. 191; Cont. Conc. Consom. 1996, n° 157, note G. Raymond ; D. 1997, somm., p. 173, obs. Ph. Delebecque.

[290] CA Paris, 4 juill. 1996, D aff., 1996, p. 1057.

[291] Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : D. 2005, juris., p. 887, obs. C. Rondey : clauses abusives pour un contrat de location de matériel informatique avec option d'achat ; CA Paris, 28 mai 1999 : Gaz. Pal., 19-20 nov. 1999, p. 40 ; CA Paris, 13 nov. 1997, D aff., 1998, chron., n°100, p. 61, note E-P.

[292] Cass. 1re civ., 28 avril 1987: Bull. civ., I, n° 134 ; D. 1987, somm., p. 455, obs. Aubert ; D. 1988, juris., p. 1, note Delebecque ; JCP G 1987, II, 20893, note Paisant ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. Mestre.

[293] Cass. 1re civ., 10 juillet 1996, Cont. Conc. Consom., août-septembre 1996, n° 157, p. 18.

[294] Paris, 22 oct. 1991: Cont. Conc. Consom., 1992, n° 63, p. 15, obs. G. Raymond.

[295] Paris, 5 juill. 1991: JCP E 1991, pan., p. 988 ; RTD civ. 1991, p. 388, obs. G. Raymond. Dans le même sens, voir, CE, 11 juillet 2001, Sté des Eaux du nord : RJDA, déc. 2001, n° 1272, p. 1060 ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. Mestre et Fages ; AJDA 2001, p. 853, note Guyomar et Collin.

[296] CA Toulouse, 8 févr. 1996, BID 1996, n° 12, p. 43 ; CA Rennes, 7 mai 1998, BRDA 1998, n°12, p. 11.

controverse personne physique - personne morale persiste. En effet, attribuer la qualité de consommateur aux personnes morales ou plutôt à certaines d'entre elles reste jusqu'à présent contestable tant en droit communautaire qu'en droit positif français.

En ce qui nous concerne, nous pensons que l'attribution de la qualité de consommateur à une personne morale ne doit pas être systématiquement écartée du domaine de protection du droit de la consommation, du moins en matière de contrats à distance, puisque la motivation incitant à la protection en ce domaine est différente.

La loi n'a d'ailleurs pas omis d'évoquer la spécificité des dispositions protectrices en matière de contrats à distance[297] qui se traduit par l'éloignement physique entre les parties contractantes et l'absence de contact direct avec l'objet de la vente.

L'obligation d'information prévue en la matière doit, à notre avis, faire profiter non seulement le consommateur en tant que personne physique mais attribuer aussi cette qualité à certaines personnes morales, le but d'imposer une telle obligation est de garantir le consentement du consommateur quelle que soit sa qualité de personne physique ou morale. Cette position est approuvée par une partie de la doctrine[298] qui définit les consommateurs comme *« les personnes physiques ou morales de droit privé, qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non professionnel »*.

Cependant, l'élargissement de la notion de consommateur à des personnes morales ne signifie pas pour autant que ces dernières doivent être protégées en tant que consommateurs puisque, parmi elles, se trouvent des professionnels qui ne sont généralement pas considérés comme consommateurs, où d'ailleurs, la jurisprudence se montre à cet égard très sélective.

B- Un professionnel peut-il être considéré comme un consommateur ?

Le fondement de la protection du consommateur réside dans l'inégalité des connaissances entre professionnels et consommateurs[299] à tel point qu'une présomption

[297] C. consom. art. L. 121-16.
[298] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, 4 éd. 1996, n°4, p. 4.
[299] Cette protection du consommateur « repose sur la constatation que de façon générale, les professionnels sont en situation de supériorité par rapport aux consommateurs, en raison de leurs connaissances techniques, des informations dont ils disposent et souvent, de leurs capacités financières » : J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 7.

irréfragable d'incompétence est établie en faveur des consommateurs[300]. Pourtant, cette inégalité pourrait également exister entre professionnels[301]. En effet, dans les rapports entre professionnels, chaque contractant est présumé compétent et capable de contracter à armes égales. Mais, en réalité, il y a des situations où un professionnel ne dispose pas des mêmes compétences que son partenaire surtout lorsqu'il agit en dehors de sa spécialité ou lorsque l'objet du contrat suppose une technicité particulière. Dans ces deux cas, est-ce que le droit tient compte de cette inégalité de compétences et protège le professionnel le moins compétent en tant que consommateur ? Est-ce que cette même inégalité pourrait être prise en compte dans le cas particulier des contrats à distance ?

En matière de contrats à distance, l'éloignement physique entre les parties contractantes prive le professionnel, même compétent, de la possibilité de vérifier la réalité du produit mis en vente et se retrouve, dans ce cas, dans le même état d'ignorance ou d'incapacité que le consommateur à contrôler l'objet de la vente. Peut-on lui attribuer, dans ces conditions, la qualité de consommateur et, par conséquent, lui faire bénéficier des informations précontractuelles ?

La réponse à cette question dépend, une fois de plus, de la précision de la notion de consommateur. Faute d'une définition légale précise, il faudra chercher une éventuelle réponse dans la jurisprudence et la doctrine.

Le seul critère qui caractérise le contrat de consommation est la qualité des parties : le contrat de consommation est celui conclu entre un professionnel et un consommateur[302]. Dans ce domaine, le législateur se contente de citer le consommateur sans le définir ou d'exclure, du champ d'application de certains textes, les opérations accomplies à des fins professionnelles.

Il aurait été plus simple de préciser la qualité de consommateur si la notion de professionnel était précise[303]. En effet, la majorité de la doctrine s'accorde à identifier le

---

[300] J-P. Chazal, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, chron.et p. 26 et s., spéc., n° 28.

[301] D. Mazeaud, Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ?, Mélanges en l'honneur de J. Calais- Auloy, D. 2004, p. 697 et s ; Y. Strickler, La protection de la partie faible en droit civil, Petites Affiches, 25 oct. 2004, n° 213, p. 7.

[302] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation , précis Dalloz, 4 éd 1996, n°4, p. 4 : « Les consommateurs sont les personnes physiques ou morales de droit privé, qui se procurent ou qui utilisent des biens ou des services pour un usage non-professionnel » ; C. consom. art. L. 121-16.

[303] La directive sur les contrats à distance considère comme « fournisseur », la personne qui agit dans le cadre de son activité professionnelle (art. 2-3). La directive sur le commerce électronique définit le « prestataire » comme toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information (art. 2-b). Une définition très large semble conférer cette qualité à un simple particulier qui propose occasionnellement une

professionnel par rapport au consommateur au travers, notamment, de l'exercice d'une activité professionnelle : c'est-à-dire, par la réunion cumulative de deux conditions : l'habitude[304] et la rémunération[305].

Une telle position ne semble pas être pertinente dans la mesure où la qualité de professionnel ne concerne pas seulement le commerçant car, dans la réalité, on peut être professionnel sans être commerçant. Or, la jurisprudence[306] et une partie de la doctrine[307] soutiennent que le professionnel s'identifie simplement par l'habitude dans l'exercice de sa profession, la rémunération n'étant pas une condition nécessaire mais : *« le caractère habituel et organisé de l'activité qui fait la force du professionnel : il est dans sa spécialité, plus compétent que le consommateur »*.

La jurisprudence et la doctrine ont établi trois critères permettant de dégager la notion de consommateur : un reposant sur la finalité de l'acte ; un basé sur l'incompétence et l'ignorance de l'un des contractants ; et le dernier sur le rapport direct

1. Critère de finalité de l'acte

Le critère de finalité de l'acte est un critère objectif qui prend en considération la nature des besoins à satisfaire et selon lequel le consommateur est celui qui agit pour satisfaire des besoins personnels ou familiaux.

Ainsi, M. Amiel[308] définit le contrat de consommation comme *« contrat par lequel un consommateur se procure auprès d'un professionnel un bien ou un service qu'il destine à un usage personnel ou familial »*. Le professionnel est, au contraire, celui qui agit à des

---

fourniture de service et même en dehors de toute activité professionnelle. Cette définition de prestataire s'applique également à la fourniture de biens. Mais les termes « fournisseur » et « prestataire » ne sont pas identiques : alors que le premier vise toujours un professionnel, le deuxième vise indifféremment un professionnel ou un non professionnel agissant occasionnellement. En revanche, la LCEN ne propose aucune définition du professionnel ; elle se limite simplement à définir « le commerce électronique » comme, *« l'activité économique par laquelle une personne* (physique ou morale : art. 15-1) *propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »* (art. 14, alinéa 1er).

[304] Cf. G. Endreo, L'habitude, D. 1981, chron. p. 313.

[305] Cf. L. Vogel, Traité du droit de la consommation, sous la direction du M. Germain, 18e éd. LGDJ 2001, t. 1, vol. 1, n° 118; N. Pzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, PUAM 2002, préf. G. Wiederkeher, n° 378.

[306] Est un professionnel mais profite de la protection du droit de la consommation, le curé d'une paroisse: Cass. 1re, civ., 8 juill. 2003 : JCP G 2004, II, 10107, p. 1239, note C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud.

[307] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz 6e éd. 2003, n° 3.

[308] J-Cl. Concurrence-Consommation, Fasc. 800, Contrat de consommation, Formation, 1989, n° 16.

fins professionnelles : *« c'est donc le but de l'acte accompli qui permet de classer son auteur, soit parmi les professionnels, soit parmi les consommateurs »*[309].

Le critère de finalité de l'acte se trouve consacré par la loi. Ainsi, la Circulaire du 19 juillet 1988[310] prise en application de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix[311] précise : *« s'agissant des produits, par consommateur, on entend le consommateur final qui les emploie pour satisfaire ses propres besoins […] et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession. Pour les prestations de services, il s'agit de leur bénéficiaire, au titre de son activité non professionnelle, sous forme de travaux sur les biens corporels lui appartenant ou de services dont sa personne ou ses intérêts sont l'objet ».* Ce même critère a parfois été appliqué par la jurisprudence[312] en élargissant la protection du consommateur à une catégorie particulière de personnes : le « non professionnel »[313]. Celui-ci peut être indifféremment une personne physique ou morale et bénéficie alors de la protection accordée au consommateur dès lors qu'il est réputé avoir agi, dans la conclusion du contrat en cause, en dehors de sa spécialité.

Le critère de finalité de l'acte a été délaissé au profit du critère de l'incompétence ou de l'ignorance afin de faire bénéficier certains professionnels, non spécialistes, des dispositions du droit de la consommation.

2. Critère de l'ignorance ou de l'incompétence

Le critère de l'incompétence trouve son origine à l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif aux clauses abusives[314] précisant que son domaine d'application est réservé au « consommateur ou non professionnel ». Le terme « non professionnel » a été interprété par certains comme le professionnel agissant en dehors de sa spécialité[315].

---

[309] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 7.
[310] Circ. 19 juill. 1988 : JO, 4 août 1988.
[311] Arrêté, 3 déc. 1987 : JO, 10 déc. 1987.
[312] Cass. 1re civ., 15 avr. 1986, Bull. civ., I, n° 90, p. 91 ; RTD civ. 1987, p. 86, obs. J. Mestre.
[313] C. Giaume, Le non-professionnel est-il un consommateur ? précité, p. 29.
[314] Cet article est devenu l'article L. 132-1 du code de la consommation sans être modifié depuis la loi n° 95-96 du 8 févr. 1995.
[315] La doctrine est bien controversée : alors que pour certains, c'est une « redondance malencontreuse », pour d'autres, c'est une possibilité d'extension des règles protectrices à certains professionnels agissant en dehors de leur spécialité : voir pour l'ensemble, J-P. Chazal, Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, Chron., p. 260 ;

Ce critère ne conteste pas la protection accordée au consommateur agissant pour satisfaire des besoins personnels ou familiaux car celui-ci est doté d'une présomption irréfragable d'incompétence. Il vise, au contraire, à étendre la notion de consommateur en élargissant le domaine de protection du droit de la consommation à certains professionnels dès lors qu'ils agissent à l'occasion de leur activité professionnelle mais en dehors de leur spécialité[316].

La jurisprudence a parfois été favorable à cette extension. Ainsi, la cour de cassation[317] a jugé qu'en matière de clauses abusives le professionnel agissant à l'occasion de son activité professionnelle se trouve dans *« le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur »* par rapport à l'objet respectif du contrat. Cette jurisprudence a plus tard été appliquée à d'autres domaines comme, par exemple, aux petits commerçants démarchés pour l'acquisition de systèmes d'alarme[318].

Le critère de l'incompétence a finalement été rejeté[319] suite à deux critiques principales :

- d'une part, le duo professionnel/consommateur tendait à être remplacé par celui de compétent/profane du fait que tout professionnel qui contractait en dehors de sa spécialité était souvent assimilé à un consommateur. Ce qui est bien évidemment contraire à la finalité du droit de la consommation.
- d'autre part, si le critère de l'incompétence était décisif, cela aurait conduit à des conséquences illogiques. En effet, si le professionnel incompétent est protégé, par une interprétation *a contrario*, le consommateur compétent ne devrait pas être protégé, ce qui

---

Leveneur, Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives, Contr. Conc. Consom. avr. 1996, chron, p. 1 ; C. Giaume, Le non-professionnel est-t-il un consommateur ?, précité, n° 88, p. 25 et s..

[316] Mon. D. Mazeaud a écrit que : « le critère qui conduit le juge à assimiler le professionnel au consommateur ne réside ni dans la finalité de l'acte - besoins privés-besoins professionnels - ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle mais bien dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle dans l'exercice de sa profession » : le juge face aux clauses abusives ; in le juge et l'exécution du contrat, colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 23, spéc. p. 47.

[317] Cass. 1re civ., 28 avr. 1987: Bull. civ., I, n° 134, p. 103 ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre ; JCP G 1987, II, 20893, note Paisant ; D. 1987, somm., p. 455, obs. Aubert ; idem, 1988, I, p. 1, note Delebecque. Il s'agissait en l'espèce d'un professionnel non spécialiste et d'un abonnement téléphonique.

[318] Cass. 1re civ., 25 mai 1992 : Bull. civ. , I, n° 162, p. 111 ; D. 1992, somm. p. 401, obs. Kullmann ; D. 1993, juris., p. 87, note Nicolau.

[319] Cass., 1re civ., 5 mars 2002 : JCP G, II, 10123, note, G. Paisant.

est tout à fait contraire à l'esprit de la loi puisque ce dernier est, dans tous les cas, doté d'une présomption d'incompétence[320].

Pour éviter qu'une telle confusion ait lieu, les deux critères précédents ont finalement été abandonnés par la jurisprudence au profit d'un nouveau : celui de rapport direct.

3. Critère de rapport direct

Depuis 1995, la cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une conception stricte de la notion de consommateur en appréciant, selon un critère objectif, l'existence d'un rapport direct entre le contrat conclu et l'activité professionnelle exercée. Autrement dit, le professionnel ne sera pas protégé en tant que consommateur si un rapport direct avec son activité professionnelle est établi.

Ainsi, dans son arrêt du 24 janvier 1995[321], la cour de cassation a jugé que l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, relatif aux clauses abusives, n'était pas applicable à un professionnel concluant un contrat de fourniture d'électricité avec E.D.F au motif qu'il existe un rapport direct entre ce contrat et son activité professionnelle.

La cour confirme également, par deux arrêts des 3 et 30 janvier 1996, son attachement au critère de rapport direct en refusant de faire profiter des professionnels de la loi contre les clauses abusives. Dans l'arrêt du 3 janvier 1996[322], l'objet du contrat portait sur la distribution d'eau par une entreprise fabricant des bouteilles et dans celui du 30 janvier[323], il s'agissait en l'espèce d'un contrat portant sur l'acquisition d'un logiciel pour organiser le marketing client.

---

[320] Voir. C. Noblot, La qualité du contractant, précité, n° 449, p. 227 ; H. Aubry, L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Presses universitaires d'Aix Marseille 2002, préface A. Ghozi, n° 63, p. 33.

[321] Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : Bull. civ., I, n° 54, p. 38 ; D. 1995, somm. p. 229, obs. Ph. Delebecque ; idem, somm. p. 310, obs. J-P. Pizzio ; Juris. p. 327, note G. Paisant ; Contr. Conc. Consom., 1995, n° 84, obs. L. Leveneur.

[322] Cass. 1re civ., 3 janv. 1996 : Bull. civ. I, n° 9, p. 6 ; D. 1996, juris., p. 228, note Paisant ; JCP G 1996, II, 22654, note Leveneur ; D. 1996, somm. p. 325, obs. D. Mazeaud ; Defrénois, 1996, I, art. 36354, p. 766, obs. D. Mazeaud ; Contr. Conc. Consom., 1996, n°46, note G. Raymond.

[323] Cass. 1ère civ., 30 janv. 1996 : Bull. civ. I, n° 55 ; Contr. Conc. Consom., 1996, n°46, note G. Raymond ; D. 1996, juris. p. 228, note G. Paisant ; JCP, G, 1996, n° 3929, obs. Labarthe.

Le critère de rapport direct semble être, aujourd'hui, le seul critère utilisé par les tribunaux[324] pour décider si le professionnel peut être considéré comme tel ou assimilé à un consommateur[325]. L'assimilation en question dépend donc de la définition du terme « rapport direct ». La cour de cassation ne donne aucune précision là-dessus mais laisse le juge du fond apprécier souverainement l'existence ou non de ce rapport[326]. Elle précise néanmoins que : l'appréciation de ce rapport doit être dissociée du fait que le contrat ait été conclu en dehors de la sphère habituelle de compétences du professionnel en cause, dès lors qu'il aurait contracté dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur[327].

L'appréciation du critère de rapport direct par les juges du fond a conduit, par la suite, à des divergences d'interprétations :

- alors que certains juges penchent vers une interprétation *in concreto* de ce rapport selon laquelle le seul fait que le contrat ait été conclu par un professionnel ou à l'occasion de l'exercice d'une activité professionnelle présume de l'existence d'un rapport direct et exclut alors toute possibilité d'assimiler un professionnel à un consommateur[328]. Ainsi, l'achat d'un extincteur ou d'un système d'alarme pour un magasin de vêtements ne justifie pas que le professionnel soit protégé en tant que consommateur. Cette conception restrictive a pour avantage d'éviter la dénaturation du droit de la consommation et de se conformer aux règles communautaires et pour inconvénient d'être rigoureuse à l'égard de certains professionnels tels que les petits commerçants et les artisans.
- d'autres juges, à l'inverse, apprécient *in abstracto* l'existence de ce rapport direct en cherchant si tout autre professionnel de la même spécialité est conduit, dans l'exercice normal de son activité, à conclure des contrats analogues. L'analyse des décisions

---

[324] Cass. 1re civ., 23 janv. 1999: Bull. civ., I, n° 59 ; 10 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 209; 22 mai 2002, Bull. civ., I, n° 143 ; 5 mars 2002: Bull. civ., I, n° 78 ; JCP G 2002, II, 10123, note Paisant; Contrats Conc. Consom., 2002, comm. n° 118, note Leveneur ; Cass. com. 14 mars 2000 : BRDA 2000, n° 8, p. 10 ;

[325] La qualité de consommateur a été accordée à un kinésithérapeute ayant acquis un logiciel pour la gestion de son cabinet à l'occasion d'un démarchage à domicile : CA Toulouse, 3ème ch. 9 janv. 1997 : Contr. Conc. Consom. , juin. 1997, n° 106 , note G. Raymond.

[326] Cass., 1ère civ., 17 juillet 1996 : Bull. civ. I, n° 331 ; JCP G 1996, II, 22747, note G. Paisant ; Cass., 1ère civ., 1er déc. 1998 : D. aff., 1999, P. 117, obs. C. R.

[327] Civ. 1re, 10 juill. 2001: Bull. civ., I, n° 209 ; JCP G 2001, IV, 2674.

[328] Par exemple, il y a un rapport direct entre le contrat conclu et l'activité professionnelle dans le cas d'une acquisition d'un matériel destiné à la surveillance des locaux : CA Rennes, 1re ch., B, 18 janv. 2002, SA CIPE France : Juris-Data n° 2002-170867 ; dans le même sens, CA Lyon, 3e ch., 9 nov. 2001: Juris-Data n° 2001-181145.

juridictionnelles montre le retour déguisé soit du critère de l'incompétence soit du critère de finalité du contrat conclu. Selon le premier, le juge considère que le contrat est sans rapport avec l'activité professionnelle quand le professionnel agit en dehors de sa spécialité[329] alors que selon le deuxième, le juge s'attache, au contraire, à la motivation commerciale qui a poussé le professionnel à contracter. Celui-ci sera , dans ce cas, assimilé à un consommateur sauf s'il conclut le contrat exclusivement dans l'intérêt de sa profession.

Ces divergences d'interprétation menacent l'unité et la prévisibilité des règles du droit et par conséquent, la sécurité juridique. Il est donc impératif de trouver une définition unique du consommateur mais comment ? La doctrine avance certaines lignes directrices pour distinguer le rapport direct de l'indirect avec l'activité professionnelle.

M. Mazeaud propose de faire la différence entre « *les contrats qui sont nécessaires et inhérents à l'exercice de l'activité professionnelle du contractant et ceux qui sont, certes, conclus à l'occasion de l'activité professionnelle du contractant, mais qui sont extérieurs à l'objet spécifique de cette activité, à tel point que n'importe quel professionnel pourrait les conclure pour l'exercice de sa propre profession* »[330]. A la différence des premiers, les seconds relèveraient de la législation sur les clauses abusives.

Par exemple : un contrat de vente de tissus conclu par un tailleur correspond à l'activité spécifique de celui-ci ; le rapport direct est donc établi. Par contre, l'installation d'un système d'alarme dans son local ne peut participer à la fabrication de vêtements : dans ce cas, le professionnel pourrait prévaloir des dispositions consommatrices et la clause contractuelle pourrait être considérée non écrite. Cette proposition renvoie au critère de l'incompétence spécifique qui, comme nous le savons, a été rejetée.

M. Raymond propose, pour établir l'existence d'un rapport direct, de tenir compte de la cause exclusive et déterminante du contrat[331]. Le professionnel ne peut alors prévaloir de la qualité de consommateur lorsque le contrat a été conclu exclusivement dans l'intérêt de l'entreprise. Autrement dit, les contrats passés uniquement pour des besoins

---

[329] Est un consommateur le fleuriste qui se procure un lecteur de chèques : CA Chambéry, ch. civ. 26 sept. 2001, SA Finalion : Juris-Data n° 2001-173689 ; JCP G 2002, IV, 2645. Mais celui-ci est considéré comme un professionnel devant une autre juridiction : CA Montpellier, 2e ch. A, 20 mars 2001, SA Prefi : Juris-Data n° 2001-15617. Pour d'autres exemples, voir, G. Paisant, précité, n° 8 et s. .

[330] D. Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95, spéc., n° 12, p. 101.

[331] G. Raymond, note sous Cass., 1re Civ., 2 févr. 1994 : Contr. Conc. Consom., 1994, n° 90 et 131.

professionnels seront systématiquement écartés. Cette proposition est critiquable car elle serait trop compliquée à mettre en oeuvre[332].

Quant à M. Pizzio[333], il définit les contrats ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle comme ceux *« qui, par leur nature, participent au processus économique de fabrication, de distribution ou de commercialisation des produits ou des services »*. A l'inverse, les actes sans rapport direct avec l'activité professionnelle sont ceux qui *« par leur objet et leur nature, […] participent plus à la protection du patrimoine commercial du commerçant et de son entreprise qu'au développement de son activité professionnelle »*. Selon cette proposition, l'objet du contrat est déterminant dans l'existence ou non d'un rapport direct avec l'activité professionnelle. L'achat, par exemple, d'une machine par une entreprise participe à valoriser sa capacité de production, le rapport direct est encore une fois établi. En revanche, la souscription d'un contrat d'assurance ou l'achat d'un système d'alarme ne participent pas directement à augmenter la capacité de production de l'entreprise mais constituent plutôt des actes conservatoires du patrimoine de celle-ci. Cette proposition serait non seulement difficile à mettre en application mais le professionnel pourrait, dans les deux cas, se retrouver faible face à son cocontractant. Le protéger dans un cas et pas dans l'autre paraît injuste.

La jurisprudence ne semble rien retenir de ces propositions doctrinales. En effet, dans son arrêt du 23 février 1999, la cour de cassation a écarté l'application de l'article L. 132-1 du code de la consommation à un contrat d'assurance fait au profit d'un professionnel de location de bateaux alors que l'objet de ce contrat constitue l'exemple même de l'acte conservatoire.

Il semble donc que le critère de rapport direct demeure un « leurre »[334]. Les divergences d'interprétation entre les juridictions du fond auront pour conséquence l'accroissement de l'insécurité juridique[335]. Pour éviter une telle situation, l'intervention de la cour de cassation semble être indispensable.

---

[332] Cette difficulté se résume dans le fait qu'il est difficile de distinguer entre intérêt exclusivement professionnel et personnel puisque le professionnel cherche toujours l'intérêt de son entreprise. Celle-ci ne pourrait être appliquée que lorsque le contrat passé est à la fois pour un besoin professionnel et privé.
[333] J-P. Pizzio, note sous Cass., 1re civ., 24 janv. 1995 : D. 1995, somm. p. 310.
[334] D. Mazeaud, L'attraction du droit de la consommation, précité, p. 95.
[335] G. Paisant, La protection par le droit de la consommation, *in* les clauses abusives entre professionnels, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 27.

En effet, M. G. Paisant[336] pense que cette dernière a décidé à tort que l'appréciation du critère de rapport direct est une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond. L'auteur pense, au contraire, que le critère de rapport direct est une question de droit soumise au contrôle de la cour de cassation puisque c'est l'équilibre contractuel qui est en jeu. Cette dernière doit alors intervenir pour donner une juste définition de ce qu'il faut entendre par rapport direct en se référant soit à la qualité de professionnel soit aux besoins de l'exercice de la profession.

Au demeurant, le critère de rapport direct semble, aujourd'hui, être le seul critère reconnu par la jurisprudence pour donner ou non raison au professionnel de prévaloir de la qualité de consommateur. Rien n'est pourtant moins sûr car la chambre commerciale de la cour de cassation, dans un arrêt du 23 nov.1999[337], a refusé d'appliquer l'article L. 132-1 du code de la consommation dans un litige entre professionnels sans faire aucune référence à la notion de rapport direct. S'agissait-il là d'un abandon de la jurisprudence antérieure[338] ? Dans un autre arrêt[339], la cour de cassation a jugé, dans le cas de l'acquisition d'un photocopieur par le curé d'une paroisse, qu'elle n'avait pas de rapport direct avec l'activité de ce dernier tout en faisant abstraction du but de cette acquisition.

En résumé, la notion encore floue de consommateur a créé une brèche dans l'équilibre contractuel recherché par le législateur dans les relations entre professionnels et consommateurs. Si l'envie d'équité du juge l'a poussé à élargir la notion de consommateur à certains professionnels, qui se trouvent en situation de faiblesse par rapport à leur cocontractant, il a néanmoins rendu les règles de droit imprévisibles. En l'état actuel de la jurisprudence, un prestataire ou un vendeur de biens et services, même de bonne foi, n'a aucune certitude quant à la manière dont sera considéré son cocontractant (consommateur ou professionnel). Il est alors conseillé aux professionnels, surtout ceux qui vendent leur produits et leur services sur Internet, d'être extrêmement prudents pour éviter qu'ils se retrouvent, sans le savoir, confronter à la réglementation spéciale concernant les consommateurs. Les conséquences rattachées à la distinction entre professionnel et

[336] Précité, n°19.
[337] Cass. com., 23 nov. 1999 : Bull. civ., IV, n° 210 ; JCP G 2000, II, 10326, p. 1030, note J. P. Chazal.
[338] En ce sens, J. P. Chazal, obs. sous l'arrêt précité, n° 4, p. 1031.
[339] Cass. 1re Civ., 8 juill. 2003, précité.

consommateur sont désormais relativement atténuées par l'article 19 de la LCEN qui prévoit des informations précontractuelles - par ailleurs, moins élaborées que celles prévues en matière de contrats à distance - en faveur de tout destinataire d'une offre électronique et indépendamment de sa qualité. Elles doivent lui être communiquées avec une certaine rigueur.

§ 2. Communication et contenu des informations précontractuelles

La teneur des informations préalables en matière de contrats à distance est bien précisée par la loi. Mais, pour s'assurer que le consommateur prend connaissance de celles-ci, la LCEN comme le code de la consommation imposent certaines conditions relatives à leur communication.

A. Communication des informations

La transparence est un élément essentiel à l'établissement des rapports de confiance entre vendeur et client dans les contrats conclus à distance surtout en ligne. La clarté du contenu de l'information fournie ainsi que la méthode d'accès sont d'une importance capitale dans la détermination du consentement du client, notamment du consommateur. C'est pourquoi la loi impose au vendeur (prestataire) à la fois de communiquer aux clients potentiels ses conditions contractuelles de manière à permettre leur conservation et reproduction et de rendre l'accès à celles-ci facile, direct et permanent.

1. Reproduction et conservation des conditions contractuelles

L'article L.121-18 du code de la consommation prévoit que le professionnel doit communiquer au consommateur les informations précontractuelles *« de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée »*[340]. L'article L. 121-19-I du même code l'oblige également à confirmer *« par écrit*

[340] La directive « commerce électronique » prévoit des dispositions similaires, en ajoutant « non équivoque » : art. 10.

ou sur un support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison » certaines informations.

La directive n° 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs[341] prévoit dans son article 5 que les conditions contractuelles et informations préalables doivent être communiquées *« sur un support papier ou un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès en temps utile et avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre »*

La LCEN énonce des dispositions similaires relatives aux contrats électroniques. En effet, dans son nouvel article 1369-1 du code civil, elle impose à tout prestataire de biens ou services par voie électronique de mettre *« à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction »*. L'obligation du prestataire consiste donc simplement à mettre « à disposition » ses conditions contractuelles : l'insertion d'un lien hypertexte sur son site Internet permettant de les consulter ou de les télécharger est suffisante. Parallèlement à cette obligation peu contraignante, la loi lui impose également de prendre les mesures nécessaires pour leur reproduction et leur conservation.

La reproduction et la conservation ne peuvent être assurées que par l'existence d'un support durable[342]. Pour comprendre le terme « support durable », il est particulièrement opportun de se référer à la directive sur la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. Le « support durable » est défini à l'article 5 comme *« tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y rapporter 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 »*. Alors qu'au sens du considérant n° 20 de la directive, un site Internet n'est pas un support durable, *« les disquettes informatiques, CD ROME, DVD, et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké »* sont des supports durables où peuvent être stockées les conditions contractuelles.

[341] JOCE, 9 oct. 2002, n° L 271, p. 16.

Le simple affichage des conditions contractuelles ne suffit donc pas à satisfaire l'obligation de conservation et de reproduction. Mais, ces deux conditions sont-elles suffisantes à protéger le client surtout lorsque celui-ci est un consommateur ?

Il semble que non car la loi (C. consom. art. L. 121-18) impose que les informations doivent être communiquées au consommateur de manière « claire et compréhensible » et « par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ». Donc le fait d'insérer un lien hypertexte pour accéder à ces informations pendant la connexion ne suffit pas et ne se conforme pas non plus aux exigences de la loi.

Un consommateur, qui contracte occasionnellement, qui néglige souvent ou n'a pas assez d'expérience en informatique, ne prendra pas forcément connaissance de ces informations à moins de cliquer sur l'icône adéquat. Il paraît donc nécessaire de mettre en place un système qui permettra au consommateur de consulter les informations par un défilé de pages successives avant d'exprimer son acceptation. Le nouvel article 1369-2 du code civil penche vers cette solution[343].

En tout cas, la prise de connaissance de ces informations par le client est importante pour connaître leur opposabilité à son égard. En effet, l'article 1369-1 du code civil qui n'exige, sur ce point, que la mise « à disposition » de ces informations, leur opposabilité au client ne dépend donc pas de leur consultation préalable à l'acceptation électronique. Il aurait été préférable de la subordonner à l'existence d'une connaissance effective, surtout face au consommateur[344], en lui permettant de valider progressivement et par des clics successifs les principales clauses contractuelles pour que le consentement à la conclusion du contrat concorde avec son contenu[345].

Pour établir une très grande confiance dans les transactions électroniques, certains sites emploient une technique simple consistant à intégrer les conditions contractuelles dans le processus de la commande. L'écran se divise alors en deux parties:

- d'un côté, figurent les conditions générales du contrat restant en permanence accessibles au consommateur et qu'il peut, à tout moment au cours de la commande, consulter par défilement des pages du site.

---

[342] M. Demoulin, La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ?, Revue européenne de droit de la consommation 2000, n° 4, p. 361.
[343] Voir Infra p. 153.
[344] O. Cachard, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Lamy droit civil, sept. 2004, contrat, n° 8, p. 5, n° 13.
[345] Ph. Le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2004, n° 23, p. 293.

- de l'autre côté, s'affiche le bon de commande que le consommateur ne peut remplir qu'après avoir cliqué sur une icône située de l'autre côté de l'écran et qui prouve que celui-ci a eu connaissance de l'ensemble des conditions contractuelles. Cette technique permet au prestataire de prouver facilement que le consommateur a bien pris connaissance de ces conditions.

2. Accès facile et permanent

Pour garantir une très grande transparence des transactions électroniques, l'article 9 du projet de loi prévoyait que l'accès aux informations contractuelles devait exister non seulement sur la page d'accueil mais aussi sur chaque page consultée par le client à partir du moment où il commence la transaction. Les parlementaires ont révélé lors de l'amendement de la loi que ce mode opératoire, pourtant réaliste, se heurtait à un obstacle d'ordre technique concernant les messages SMS et MMS courants sur les téléphones portables, vecteurs potentiels de commerce électronique[346]: téléchargement de musiques, jeux, etc.

Le texte final adopté, conformément à l'article 5 de la directive « commerce électronique » ne prévoit désormais qu'« un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert ». Il s'agit bien de conditions neutres par rapport à la technologie utilisée s'appliquant aussi bien à un site web, qu'à un message SMS de téléphone portable.

Toutefois, ce dernier pose un problème pratique relatif à la quantité d'informations qui doit être affichée à l'écran : informations sur les conditions générales du contrat, processus de la commande,…etc. Pour éviter un tel blocage, la loi prévoit à l'article 28 que *« les obligations d'information et de transmission des conditions contractuelles visées aux articles 19 et 25 sont satisfaites sur les équipements terminaux de radiocommunication mobile selon des modalités précisées par décret »*.

L'« accès facile » implique que l'information soit disponible et facilement repérable par le client. Cette exigence est proche de celle déjà prévue à l'article L. 121-18 du code de la consommation précité qui veut que le consommateur ait certaines informations par *« tout moyen adapté à la technique de communication à distance*

[346] Cf. Rapp. AN, n° 612.

utilisée ». On peut se demander, toutefois, si l'accès facile à l'information pourrait être assuré par l'insertion d'un lien hypertexte prévu spécialement à cet effet ou faudrait-il que l'accès soit accessible directement et en permanence sur l'écran ?

Il semble qu'il n'est pas nécessaire que les informations soient directement et en permanence sous les yeux de l'internaute puisque, dans le cas contraire, il serait impossible de lui assurer un accès facile avec certaines techniques de communication à distance : c'est ce que les parlementaires ont précisément voulu éviter avec le téléphone portable.

Le Sénat ajoute, à ce sujet, que l'accès facile doit être fait par référence à un standard ouvert et cela conformément au principe de transparence des conditions contractuelles imposé par la directive. Cette précision a donc pour but d'éviter que l'internaute ne soit contraint d'acquérir des logiciels spéciaux pour accéder à ces informations obligatoires. Quant au terme « standard ouvert », il est définit à l'article 4 de la LCEN comme *« tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données inter opérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »*.

L'exigence d'un accès permanent aux conditions contractuelles implique que le client puisse, à tout moment au cours de la transaction, revenir facilement sur ces conditions et les consulter : un lien hypertexte prévu à cet effet semble suffir même si certains préfèreraient que ces informations figurent sur tout document électronique pour s'assurer que l'internaute y a accès[347].

B- Le contenu des informations précontractuelles

Dans un souci de transparence et de protection du consommateur, la loi précise la teneur des informations précontractuelles en matière de contrats à distance. La LCEN vient de reconnaître une obligation d'information non seulement en faveur du consommateur mais aussi de tout acheteur lorsque l'offre est adressée par voie électronique. La teneur de ces informations précontractuelles se divisent en quatre catégories :

- les informations destinées à identifier l'auteur de l'offre;
- les informations portant sur l'ensemble des conditions contractuelles;

[347] L. Grynbaum, Après la loi « économie numérique », pour un code européen des obligations…raisonné, D. 2004, chron., n° 30, p. 2213.

- les informations concernant le délai de validité de l'offre;
- une fois ces informations fournies, le professionnel doit encore adresser au consommateur une confirmation écrite de la majorité d'entre elles.

1. Identification du professionnel : auteur de l'offre

Nombreux sont les sites qui ne peuvent être identifiés en raison de l'absence des coordonnées du professionnel auxquelles il peut être contacté en cas de litige. C'est également le cas de cybervendeurs qui, après paiement, tentent de disparaître sans rendre compte aux destinataires de leur biens ou services.

Pour éviter un tel risque, la loi impose à tout professionnel émetteur d'une offre à distance d'être identifiable comme tel et ce afin de permettre au consommateur d'être en mesure de connaître précisément l'identité de son cocontractant et savoir à qui une éventuelle réclamation peut être adressée[348].

Ainsi, l'article 121-18 du code de la consommation impose que l'offre comporte *« 1° le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre »*[349].

L'article 19 de la LCEN impose à tout prestataire proposant des produits ou des services par voie électronique de s'identifier, même en l'absence d'une offre véritable[350].

---

[348] Voir Le Forum des droits sur Internet, Premier rapport de l'observation de la cyberconsommation, mars 2004, p. 8.

[349] Le non-respect de cette obligation est sanctionné par une peine d'amende prévue pour la contravention de cinquième classe (c. consom. art. R. 121-2).

[350] Une obligation d'identification était déjà imposée par la loi à toute personne inscrite au registre du commerce et des sociétés ; en indiquant sur ses factures, notes de commande, tarifs et documents publicitaires ainsi que sur toutes les correspondances et tous les récépissés concernant son activité et signés par elle ou en son nom, le numéro d'identité qui lui est attribuée lors de son inscription au répertoire des entreprises et de leurs établissements, la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe où elle est immatriculée, et si elle est une société commerciale dont le siège est à l'étranger, sa dénomination, sa forme juridique, le lieu de son siège social, s'il y a lieu son numéro d'immatriculation dans l'Etat où elle a son siège et, le cas échéant, qu'elle est en état de liquidation : décret du 30 mai 1984 modifié par le décret du 16 mai 1997, art. 72 , il serait nécessaire de modifier cet article et faire apparaître ces mentions non seulement sur les « papiers d'affaires » mais ajouter aussi le site internet ; C. com. art. L. 441-3 ; La Chambre de commerce et de l'industrie de Paris (CCIP) dans son contrat type prévoit également une clause d'identification de l'auteur de l'offre, il doit faire figurer les mentions suivantes : le nom et la dénomination sociale, un numéro d'identification unique, l'adresse du siège social ou, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre, l'adresse électronique, les coordonnées téléphoniques et de télécopie.

Il s'agit d'une obligation générale d'identification indépendante de la qualité du destinataire (professionnel ou consommateur). En effet, le prestataire doit indiquer ses noms et prénoms, sa raison sociale s'agissant d'une personne physique, s'agissant d'une personne morale : son lieu d'établissement défini par l'article 14 comme le lieu où celui-ci est *« installé de manière stable et durable pour exercer son activité, quelque soit le lieu d'implantation de son siège social »* ainsi que son adresse électronique et son numéro de téléphone ; le cas échéant, son numéro d'inscription au registre du commerce ou au répertoire des métiers, son capital social et l'adresse de son siège social ; le numéro d'identification TVA quand les personnes y sont assujetties.

Les personnes exerçants une activité soumise à autorisation (casino virtuel par exemple) doivent fournir le nom et l'adresse de l'autorité l'ayant délivré et les membres de professions réglementées (avocat ou notaire par exemple) doivent faire référence aux règles professionnelles applicables et mentionner leur titre professionnel ainsi que l'Etat dans lequel il leur a été octroyé et le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel ils sont inscrits.

Pour rendre l'identification de l'auteur de l'offre électronique effective (dans le *B to B* et *B to C*), la nouvelle loi , tout comme la directive (article 5), impose que l'accès à ces informations soit *« direct, facile et permanent »* et sous le contrôle de la DGCCRF[351].

D'après ces nouvelles exigences, l'identification du professionnel par le biais d'un « nom de domaine »[352] ne suffit pas mais reste utile : par exemple, l'adresse Internet des « 3 suisses » est : « http://www.3suisses.fr ». Pour se procurer un nom de domaine dans la zone « .fr », il faut s'adresser à l'AFNIC (Association Française pour le Nommage Internet en Coopération)[353].

Dans sa « charte de nommage » sont décrites les procédures à suivre pour l'enregistrement. L'AFNIC exerce un véritable contrôle et requiert une attestation d'immatriculation au registre français du commerce et des sociétés. Le nom attribué se

[351] Voir Supra p. 103.
[352] G. Loiseau, nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, chron., p. 245 ; C. Manara, A propos des noms de domaine, D. 2000, n° p. 11.
[353] www.nic.fr.

terminera par « .fr » et devra être choisi par l'organisme demandeur soit par un signe ou une marque.

En revanche, il faudra, pour l'enregistrement d'un nom de domaine dans la zone «.com » (zone commerciale), s'adresser à l'Internic, géré par le NSI (Network Solutions Inc.). Cette société privée américaine est la seule habilitée à attribuer des noms de domaine dans la zone « .com. »[354].

L'identification de l'auteur de l'offre électronique peut encore poser des difficultés. Les éléments d'identification imposés par la nouvelle loi permettent bien évidemment d'identifier le prestataire de produits ou services dans une simple vitrine ou boutique virtuelle. Mais lorsque celui-ci s'installe dans une galerie marchande virtuelle, il est alors, parfois difficile, de savoir avec qui on contracte. L'identification du prestataire, dans ce dernier cas, s'effectue selon deux hypothèses :

- la première : si la galerie est composée de plusieurs boutiques différentes; chaque cybervendeur est seul en position d'offrant pour les produits et services qu'il propose et doit alors s'identifier comme tel selon les règles susmentionnées. Pour éviter toute confusion, il est même préférable de montrer à l'écran un message en ce sens : par exemple, *« la présente offre est faite au nom de la boutique X à laquelle vous êtes connectés »*, ou encore *« la galerie marchande virtuelle par laquelle vous avez pu accéder à notre boutique reste absolument étrangère à celle-ci »* ;

- la deuxième : si la galerie marchande apparaît pour les internautes comme une sorte de grande surface ou de supermarché composé simplement de plusieurs rayons mais avec une enseigne unique, dans ce cas, c'est la galerie qui est en position d'offrant et doit alors s'identifier comme tel.

L'obligation d'identification s'impose également lorsque le consommateur est démarché par téléphone ou par toute autre technique assimilable (courrier électronique). Le

[354] A ce sujet ; Voir M. E. Haas, l'usurpation d'une dénomination sociale et la règle de nommage dite du « premier arrivé, premier servi », Gaz. Pal. n° 20-21, janv. 1999, p. 25 ; La jurisprudence française sur les conflits entre noms de domaines et marques, Gaz. Pal., 19 et 21 avril 1998, p.30 ; N. Naimi, La problématique des noms de domaine ou l'attribution des adresses sur le web (la toile), Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/2, p. 6 ; Pour la jurisprudence française voir TGI, Bordeaux, Ordon. Réf. 22 juillet 1996, Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/2, juris., p.14 ; T.G.Inst. de paris, 12 mars 1998, D., 1998, IR, p. 173.

professionnel devra lui indiquer explicitement, au début de la conversation, son identité et le caractère commercial de son appel[355].

Il faut souligner, enfin, que si le prestataire doit toujours s'identifier, le consommateur doit, lui aussi, dans certains cas, s'identifier immédiatement surtout dans les contrats d'abonnement à Internet : donner son nom et ses coordonnées tant physiques qu'électroniques afin de contrôler son âge lorsque le produit proposé à la vente est interdit aux mineurs, par exemple, un matériel à caractère pornographique.

2. Informations sur les conditions contractuelles

Pour que le consommateur qui contracte à distance puisse s'engager en toute connaissance de cause, il faudra lui fournir des informations loyales, complètes et précises sur les conditions contractuelles du futur contrat.

Les articles L. 121-18 et L. 121-19 du code de la consommation imposent à l'auteur professionnel de l'offre de donner au consommateur des conditions précises préalablement à la conclusion du contrat. Il s'agit d'informations concernant les conditions générales de vente ou de prestation de service ; les caractéristiques essentielles des biens ou services ; des informations sur le prix et les modalités de paiement ; sur les modalités de livraison, d'exécution et d'existence d'un droit de rétractation. Toutes ces informations s'appliquent également à l'offre électronique. La LCEN prévoit encore d'autres informations relatives à cette dernière.

a. Les conditions générales du contrat à conclure

L'article 1602 du code civil pose un principe général selon lequel *« le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige »*. Ce principe, tout comme celui de bonne foi, demeure applicable à tout contrat dont le contrat à distance.

Ces deux principes ne suffisent pas à assurer l'intégrité du consentement du consommateur qui contracte à distance. C'est pourquoi, la loi impose en ce domaine des informations spéciales à la charge du professionnel offrant ses produits et services,

[355] Art. L. 121-18 al. 3, 23 août 2001.

d'informer de manière précise et non équivoque le consommateur sur les conditions générales du contrat préalablement à tout engagement.

Ces informations doivent être fournies selon la spécificité et l'objet du contrat envisagé qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou de prestation de service. Pour ce qui est des informations du droit commun de la consommation (C. consom., art. L. 111-1 et s.) et celles prévues en matière de contrats à distance (C. consom., art. L. 121-18 et s.) : elles portent sur l'objet du contrat, les caractéristiques essentielles des produits ou services proposés, le prix et la TVA applicable, les moyens et modalités de paiement, le prix de livraison ; le coût de la communication à distance ; les modalités d'engagement et procédures de passation de commandes ; les moyens et délais de livraison des produits ou d'exécution des services ; l'existence d'un droit de rétractation et les modalités et conditions d'exercice ; les modalités et conseils d'utilisation ; les garanties et services après-vente ; clauses limitatives de responsabilité, la loi applicable et la juridiction compétente en cas de litige ; les réserves de propriété et enfin les conditions de résiliation et de rectification.

S'ajoutent à cela d'autres conditions concernant spécifiquement les contrats de prestations de service : la durée minimale du contrat proposé, les dates de mise à jour dont la plus récente, les conditions d'accès s'il s'agit d'un abonnement, signaler s'il y a un code de bonne conduite auquel le professionnel est soumis et indiquer comment le consulter même par voie électronique.

Si l'offre s'accompagne de promotions et de réductions de prix, de primes, de jeux , de cadeaux et de concours, le consommateur doit en être informé.

Lorsque l'offre est adressée par voie électronique, elle doit répondre également aux conditions générales imposées par l'article 25 de la LCEN (C. civ. nouveaux articles : 1369-1 à 1369-3) stipulant que l'offre électronique doit énoncer :

« 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;

2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et les corriger ;

3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ;

4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;

5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

Ces informations sont édictées en faveur de tout acheteur, professionnel ou consommateur à la différence près qu'aucune dérogation n'est possible lorsque l'offre électronique est destinée au consommateur alors que le professionnel peut y déroger dans les rapports entre professionnels et lorsque les contrats sont exclusivement conclus par échange de courriers électroniques.

L'article 23 de la LCEN modifie l'article L. 121-20-4 du code de la consommation et prévoit, contrairement à la rédaction antérieure concernant les offres de contrat ayant pour objet *« la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournies à une date ou selon une périodicité déterminée »*, que l'auteur de l'offre électronique fournisse désormais les informations prévues aux articles L. 121-18 et L. 121-19 du code de la consommation : c'est-à-dire ses coordonnées, les frais de livraison, les modalités de paiement et de livraison et surtout l'existence et les conditions d'exercice du droit de rétractation, etc.

Il est cependant regrettable qu'à l'occasion de l'adoption de la LCEN, le législateur n'ait pas fait un petit effort supplémentaire pour donner à tout acheteur même professionnel certaines informations précontractuelles utiles : sur les produits et services, prix et modalités de paiement et de livraison, garanties et réparations…etc. puisque celui-ci quand il contracte à distance et par voie électronique n'a pas la possibilité de se renseigner lui-même et de vérifier la réalité de l'objet du contrat…

b. Caractéristiques essentielles des biens et services

Le consommateur doit, préalablement à la formation du contrat, être informé sur les caractéristiques essentielles du bien ou service proposé à la vente. En effet, l'article L. 111-1 du droit de la consommation - issu de la loi du 18 janvier 1992 - impose au professionnel une obligation générale d'information selon laquelle *« tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».*

L'article L. 111-2 du même code ajoute, que le professionnel doit faire connaître au consommateur la « *période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché* ». Il faut entendre par « caractéristiques essentielles » celles *« qui déterminent le consentement du consommateur et qui permettent l'utilisation correcte du bien ou du service »*[356].

Selon la circulaire du 19 juillet 1988 portant sur l'application des dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix, *« les produits ou services doivent être décrits de manière aussi précise que possible, dans leurs éléments tant qualitatifs* (dénomination, nature, qualité) *que quantitatifs* (dimension et poids notamment) ».

La jurisprudence impose encore que les photographies qui illustrent la présentation du produit offert à la vente le reproduisent fidèlement et surtout ne comportent pas d'ambiguïté, d'équivoque de nature à induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques essentielles et composants du bien[357]. Le code professionnel va également dans ce sens et précise que les dessins doivent reproduire loyalement le produit offert sans ambiguïté et surtout en ce qui concerne ses dimensions ou son poids[358].

L'étendue de l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des produits et services oblige le professionnel à fournir des informations loyales, véridiques, objectives et complètes pour garantir l'intégrité du consentement du consommateur qui contracte à distance et se trouve dans l'impossibilité de vérifier la réalité des produits et services proposés à la vente.

Dans ces conditions, le terme « éléments essentiels » doit être interprété de manière extensive afin que le consommateur puisse s'engager en toute connaissance de cause. Ainsi, selon la directive du 25 mai 1999 sur la vente, les biens achetés par le consommateur doivent présenter *« la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les*

---

[356] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, droit de la consommation, 4 éd. Dalloz 1996, n° 53.

[357] Orléans, 15 nov. 1995 : Cont. Conc. Consom., 1996, n° 118, obs. Raymond ; Voir aussi, Paris, 4 oct. 1996 : Contrats Conc. Consom. 1997, n° 33, obs. Raymond.

caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage »[359].

En effet, l'article 1135 du code civil prévoit que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Les éléments essentiels varient en fonction de l'objet spécifique du contrat proposé : lorsqu'un produit suppose par exemple une technicité particulière, le professionnel doit fournir une fiche technique et le mode d'emploi…etc. Chaque professionnel doit s'efforcer à prendre les mesures adéquates adaptées à sa propre activité professionnelle afin de bien informer le consommateur et répondre à l'attente de celui-ci. Ainsi, le professionnel qui offre sur Internet ses produits et services peut se référer à un contrat type de commerce électronique.

c. Informations sur le prix et les modalités de paiement

Le consommateur doit impérativement être informé du prix des produits et services de manière précise car il est l'un des éléments essentiels de l'accord de volontés[360]. En effet, le principe général de l'indication de prix en droit de la consommation consacré par l'article L. 113-3 s'applique aux contrats à distance et dispose que *« tout vendeur de produits ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur le prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente »*.

L'information sur le prix en matière de contrats à distance est plus particulièrement régie par l'article 14 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix de tout produit ou toute prestation de services proposés selon une technique de communication à distance[361]. Il dispose en effet, que le prix doit être indiqué « *de façon précise au consommateur, par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat* ».

---

[358] Code de l'Union Française de marketing direct du 8 déc. 1993 : voir, L. Bochurberg, Internet et commerce électronique, éd. Delmas 1999, n° 908.
[359] Direct., art. 2-2, d.
[360] N. Molfessis, Les exigences relatives au prix endroit des contrats, Petites affiches, n° spécial : Le contrat, 2000, n° 90, p. 42.
[361] JO, 10 déc. 1987.

La circulaire du 9 juillet 1988 énonce également que les professionnels *« peuvent faire connaître publiquement leurs prix de diverses manières, notamment par le relais même de la technique de communication à distance qui permet la prise de commande. Ainsi, le prix peut apparaître sur l'écran ou sur le lecteur de « vidéo catalogue », d'appareils télématiques type « Minitel », de « bornes » télématiques ou de « vidéo kiosques », il peut également être mentionné sur les publipostages assortis de bons de commande.*

Différemment, l'entreprise peut faire connaître ses prix de façon distincte de la commande, par exemple, par l'envoi préalable aux consommateurs de listes de produits, d'imprimés ou du catalogue mentionnant les prix. La commande ultérieure passée, par exemple, par télématique, téléphone ou voie postale, fait alors référence aux indications portées dans ces documents. Dans le même sens, les prix peuvent être annoncés par le relais d'un réseau de télévision, les commandes étant passées par le canal du téléphone ou du télématique ».

Quelles que soient les modalités d'information utilisées, elles ne doivent laisser place à aucune équivoque quant à la relation entre les produits ou services offerts et les prix correspondants ».

L'essentiel est donc l'indication précise du prix, peu importe ensuite le procédé utilisé à cet effet. Le professionnel est donc libre de choisir le procédé qui lui semble le plus adéquat (exemple : sur un site Internet).

L'obligation d'information sur le prix s'étend également à l'affichage du prix sur un support électronique. En effet, pour établir une grande transparence, l'article 19 de la LCEN impose au cybervendeur *« même en l'absence d'offre de contrat, dès lors* (qu'il) *mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ».* Il en résulte que le cybervendeur peut, en faisant simplement figurer sur son site le prix, le prix hors taxes et frais de livraison, satisfaire à cette obligation.

Pourtant, dans un autre endroit, cette même loi prévoit des dispositions qui laissent sous entendre que le prix indiqué inclut les taxes et frais de livraison. Ainsi, le nouvel article 1369-2 du code civil (LCEN art. 25) énonce : *« pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa*

commande et son prix total… »[362]. Le terme « prix total » n'a pas été défini par le texte. Est-ce le « prix total » incluant toutes les charges financières que le consommateur doit payer en contrepartie du produit acheté ou du service fourni, taxes et frais de livraison inclus ? Ou est-ce le prix hors taxes et frais de livraison?

Dans la pratique, c'est au cybervendeur de le préciser. Mais, lorsque l'offre vise les consommateurs, il doit observer les dispositions de l'article 1er de l'arrêté du 3 décembre 1987 qui impose à tout vendeur d'exprimer le prix « en monnaie française »[363] et « la somme toutes taxes comprises qui devra être effectivement payée par le consommateur ».

Le professionnel doit alors indiquer précisément le prix global que le consommateur doit effectivement payer : tous les droits, taxes et coûts supplémentaires, surtout les frais de livraison devant être inclus. A défaut de leur indication, le consommateur peut légitimement croire que le prix est calculé frais de livraison inclus.

C'est pourquoi, l'article 2 alinéa 4 de l'arrêté du 3 décembre 1987 prévoit que le vendeur émetteur d'une offre à distance doit informer le consommateur *« de façon complète du montant des frais de livraison, par tout moyen approprié, avant la conclusion du contrat »*.

La règle est donc simple, le consommateur est obligé de payer ces frais qu'à condition qu'il ait été préalablement et expressément informé de leur existence et les a accepté avant la conclusion du contrat. Sinon, le vendeur ne peut plus réclamer ultérieurement une telle somme d'argent puisque les frais de livraison seront alors considérés comme inclus dans le prix communiqué au consommateur.

L'information sur le prix en matière de contrats à distance comprend également le coût d'utilisation de la technique de communication à distance lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base (C. consom. art. L. 121-18, 6°).

L'offre à distance doit apporter une précision sur les modalités de paiement surtout lorsque elle s'accompagne d'une possibilité d'octroi d'un crédit, auquel cas, elle doit répondre aux exigences légales en la matière.

---

[362] Ces dispositions visent surtout à donner aux comparants de prix, l'ensemble des informations, qui leur permet de choisir les sites proposant le prix le plus compétitif.

[363] L'indication du prix en monnaie française n'est plus valable. L'indication du prix doit désormais être faite en Euros avec ou sans l'indication du franc français.

Le prix indiqué reste, dans tous les cas, valable pour toute la durée de l'offre et toute augmentation de prix due par exemple à l'augmentation de taxes ou autres pendant cette période est à la charge exclusive du vendeur.

Dans les contrats à distance, la preuve que le consommateur a été informé sur le prix incombe - comme en droit commun - à la charge du professionnel (débiteur de l'information) ; est libre et pourrait être rapportée par tout moyen (courriers, enregistrements…).

d. Information précontractuelle et emploi de la langue française

L'objectif de l'obligation d'information en matière de contrats à distance est d'éclairer le consentement du consommateur avant de s'engager. Mais, cela ne pourra réellement être efficace que lorsqu'il aura été informé dans une langue qui lui est compréhensible. En effet, chaque professionnel, même étranger, doit utiliser le français lorsque, par son offre, il souhaite cibler les consommateurs français. Cette obligation découle de la loi du 4 août 1994, dite loi Toubon[364] : l'article 2 impose l'emploi de la langue française sous peine d'amende de 4e classe[365], *« dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou l'utilisation, la description de l'étendue de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances »* et dans *« toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle »*.

La Circulaire ministérielle du 19 mars 1996 prise pour l'application de la loi Toubon précise que les dispositions susvisées sont destinées à *« assurer la protection du consommateur afin qu'il puisse acheter et utiliser un produit ou bénéficier de services en ayant une parfaite connaissance de leur nature, de leur utilisation, de leurs conditions de garantie »*[366].

Par ailleurs, selon la directive européenne du 20 mai 1997, l'*« emploi des langues en matière de contrats négociés à distance relève de la compétence des Etats*

[364] L. n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française : JO, 5 août 1994, p. 11392 : J.-M. Pontier, La nouvelle loi sur la langue française, D. 1994, AJ, 195 ; Il a été jugé que la loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française ayant pour but de sauvegarder la langue française et non de protéger les consommateurs : Cass. crim., 20 oct. 1986, n° 85-90-934.
[365] Décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665.

membres »[367]. Jusque là, la loi Toubon pouvait pleinement jouer son rôle et rien n'empêchait alors d'imposer à toute entreprise étrangère ciblant le marché français de rédiger intégralement son offre en français surtout pour celle véhiculant sur Internet[368]. Pourtant, une telle affirmation n'est pas possible, tout au moins, pour les entreprises situées dans un Etat faisant partie de l'Union européenne car une pareille exigence pourrait être considérée comme contraire au principe de libre circulation des marchandises dans le marché commun, garanti par le traité de Rome[369] . C'est la raison pour laquelle, la CJCE a jugé que la loi Toubon est incompatible avec les règles communautaires de libre circulation[370].

Or, il a été précisé dans la proposition de la directive du Conseil du 21 mai 1992 qu'*« un consommateur français répondant à une publicité parue dans un journal de langue anglaise ou à une émission de vente par télévision en langue allemande ne peut pas s'attendre à recevoir toutes les informations dans la langue de son pays…Si le média est diffusé en dehors de sa zone linguistique, et que le consommateur décide de commander, il ne faut pas que la règle linguistique soit un obstacle à ce type de contrat international »*[371].

En poursuivant cette logique, la directive « commerce électronique » propose que le prestataire offre à ses clients la possibilité de conclure le contrat en plusieurs langues[372]. La LCEN transpose cette règle en droit français. Ainsi, l'article 1369-1 du code civil

---

[366] Art. 2-1-3 de la Circulaire du 19 mars 1996 concernant l'application de la loi n° 94-665, JO 20 mars 1996, p. 4258.

[367] Dir. n° 97/7, 20 mai 1997 : JOCE 4 juin 1997, n° L. 144, p. 19, 8e considérant.

[368] V. P. Martin -Lalande, Internet, un vrai défi pour la France, Rapport de mars 1997, La documentation française 1998 ; H. Dumeste, Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, Revue de la concurrence et de la consommation, n° 101, janvier-février 1998, p. 44 ; P. Gioux, La protection de la langue française et l'Internet marchande, Expertises, août-sept. 1997, doct., p. 267 ; P. Gioux, Internet et l'emploi de la langue française, RDIT 1998/2, 34 ; H.-L. de Cordovez et S. Lipovetsky, La loi Toubon confrontée aux technologies de l'information, Comm. Com. élect., 2003, chron., n° 16, p. 16 ; A propos d'Internet, Madame le ministre de la culture et de la communication avait précisé à une époque que *« les publicités commerciales répondant à l'obligation de l'emploi de la langue française (…) le sont indépendamment du support utilisé. (…) En effet, le droit communautaire comme le droit national considèrent que les langues officielles du pays de commercialisation constituent, sauf rares exceptions, le moyen le plus adéquat pour assurer efficacement la protection du consommateur. Le respect de cet objectif conduit donc à ne pas traiter différemment des autres supports, au regard des obligations crées par la loi du 4 août 1994, les publicités diffusées par l'intermédiaire de l'Internet* : Rép. min., n° 2110, JOAN 22 juin 1998, p. 3394.

[369] Art. 30, devenu art. 28 CE : V. Claret, Conformité de la loi Toubon au droit communautaire?, Contrats Conc. Consom., 2001, chron. n° 5.

[370] CJCE, 12 sept. 2000, Sté Casino France : L. Bernardeau, Cont. Conc. Consom. 2001, chron. n° 10 ; D. 2001, juris., p. 1458, note J.-M. Pontier.

[371] Projet de directive du Conseil du 21 mai 1992 sur la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance : JOCE, 23 juin 1992, n° C 156, p. 14.

[372] La directive relative aux services financiers à distance précise que les langues utilisées doivent être celles employées dans le cadre des relations avec le consommateur.

(LCEN art. 25) impose au cybervendeur de préciser dans l'offre *« 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat »*.

Il ressort de cette nouvelle disposition que le cybervendeur est libre de choisir les langues qui valent sur son site Internet pour la conclusion du contrat électronique. Faut-il alors comprendre que la langue française n'est plus obligatoire, du moins dans le cadre du commerce électronique ?

Pour certains, il s'agit d'un abandon des dispositions de la loi Toubon[373] mais cela ne reflète pas notre point de vue puisque la loi Toubon n'est pas abrogée par la nouvelle loi. En entrant dans les détails, on s'aperçoit que la formule « langues proposées pour la conclusion du contrat » n'est pas claire et laisse sous entendre qu'elle vise la langue du futur contrat[374] alors que la portée de la loi Toubon est plus large et s'applique aussi bien à la phase précontractuelle que contractuelle. Or, cette dernière n'interdit pas formellement que l'offre présentée en français le soit également dans une ou plusieurs langues étrangères à condition toutefois que la présentation en français soit aussi *« lisible, audible et intelligible que la présentation en langue étrangère »*[375].

Il importe donc d'interpréter cette nouvelle disposition à la lumière de la directive « commerce électronique ». En effet, l'exigence des langues est, selon la LCEN, facultative dans les rapports entre professionnels et selon la directive, dans ceux entre non consommateurs. Donc, dans les contrats de consommation, cette exigence reste applicable.

Cependant, la LCEN prévoit encore une autre exception selon laquelle, l'exigence des langues ne s'applique pas aux contrats de consommation conclus exclusivement par échange de courriers électroniques.

Mis à part ces deux exceptions, le cybervendeur doit, à notre avis, assigner le consommateur des langues qu'il propose pour la conclusion du contrat électronique dont l'une d'elles doit obligatoirement - selon la loi Toubon - être le français[376].

---

[373] L. Grynbaum, La loi « confiance dans l'économie numérique » : une version définitive proche de la version originale de la directive « commerce électronique », Comm. Com. élect. 2004, comm., 28.
[374] M. Vivant, Entre ancien et nouveau une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, n° 171, p. 9.
[375] Loi Toubon, art. 4 al. 2.
[376] L'emploi de la langue française n'est pas applicable à la dénomination des produits typiques et spécialisés d'appellation étrangère connus d'un plus large public : art. 2. dernier alinéa de la Circulaire du 19 mars 1996.

La loi Toubon reste également applicable à tous les supports d'offre à distance excepté Internet. Il est, en somme, conseillé au cybervendeur de prévoir parmi les langues proposées une version française !

3. Information sur le délai de validité de l'offre

Parmi les informations précontractuelles que l'émetteur de l'offre doit donner au consommateur figure *« la durée de validité de l'offre »*[377]. La LCEN fournit à cet égard, une précision utile. En effet, en droit commun, l'émetteur de l'offre peut - mais n'est pas obligé- prévoir un délai de validité de l'offre. En revanche, lorsqu'il décide de contracter à distance, la loi lui impose d'assortir son offre d'un délai de validité selon les termes qu'il juge adéquats.

A cet égard, la doctrine admet que le délai de validité de l'offre pourrait être précisé de manière expresse ou tacite[378]. Il est expresse lorsque l'offrant utilise, par exemple, les termes suivants « l'offre est valable jusqu'à … », « offre valable à partir de… » ou « offre valable 15 jours par exemple ». Il est tacite dans le cas où l'offrant prévoit que l'offre est valable jusqu'à la réalisation d'un événement (l'épuisement des stocks par exemple).

Dans ces conditions, l'offrant en tant que débiteur de cette obligation peut juger suffisant l'indication des termes « jusqu'à l'épuisement des stocks » puisque cette formule indique indirectement la durée de validité de l'offre. Une telle affirmation est contestable :

- car, d'une part, aucune obligation n'impose à l'offrant de montrer expressément l'état de son stock. Par contre, le délai de validité de l'offre à distance doit obligatoirement être indiqué de manière expresse car il est impossible de le déduire implicitement. De plus, la jurisprudence n'a jamais rendu compte de l'état des stocks afin d'apprécier le délai raisonnable.
- d'autre part, la formule « offre valable jusqu'à l'épuisement des stocks » n'est pas suffisamment informative puisque le consommateur, qui ne peut connaître l'état des

[377] L'article 4, Dir. CE n° 97/7/CE, 20 mai 1997, JOCE 4 juin, n° L. 144, p. 19 ; l'article L. 121-18-5: Ord. n° 2001-741, 23 août 2001, JO 25 août 2001, p. 13645.

[378] Bénabent, Les obligations, 9e éd. 2003, n° 62 ; F. Terré., Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 8e éd. 2003, n° 115 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Les obligations, Tome 1, L'acte juridique, Armand Colin, 10e éd. 2002, n° 144 ; J. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, L.G.D.J., 3e éd., 1993, n° 395 ; P. Chauvel, Consentement, Rép. civ., n° 62.

stocks, n'est pas à même d'apprécier la durée pendant laquelle l'offre pourra être maintenue[379].

On peut donc affirmer que l'offrant ne répond pas à l'obligation d'indication du délai de validité de l'offre lorsqu'il utilise les termes « jusqu'à l'épuisement des stocks ». Il est donc obligé de prévoir un délai de validité de l'offre à distance de manière expresse, claire et sans équivoque afin de se conformer convenablement à l'esprit de la loi et à son titre impératif. Car, dans le cas contraire, on ne voit pas bien l'intérêt de ce texte.

Lorsque l'offrant respecte l'exigence de la loi[380] en prévoyant un délai de validité de l'offre, deux conséquences juridiques en découlent :

- une acceptation, qui interviendrait pendant cette période, déboucherait sur la formation du contrat et les parties devront alors l'exécuter sinon l'auteur de l'offre sera poursuivi sur la base de la responsabilité contractuelle même si l'offrant prétendait avoir retiré son offre[381]
- l'offrant ne peut plus retirer son offre durant le délai imparti et sa révocation anticipée peut donner lieu au paiement de dommages-intérêts alors que pour une partie de la doctrine[382], elle constitue une faute et devra être sanctionnée non pas par une condamnation en dommages-intérêts mais par une formation forcée du contrat.

A l'inverse, si l'offrant ne prévoit pas un délai de validité de l'offre, la jurisprudence l'oblige à maintenir quand même son offre pendant un délai dit « raisonnable » [383] pour permettre à son destinataire de l'examiner et éventuellement d'y répondre. Le juge du fond apprécie souverainement ce délai « raisonnable » au cas par cas et en tenant compte des circonstances, de la nature du contrat et des usages[384].

Cette appréciation pose souvent une difficulté en matière de contrats à distance surtout dans le contexte du commerce électronique car le juge doit à la fois prendre en

---

[379] Lamy informatique et réseaux 2002, p. 1650.

[380] C. consom. art. L. 311-8 : l'offre de crédit à la consommation doit obligatoirement être maintenue au moins 15 jours .

[381] Cass. 1e civ., 17 déc. 1958 : JCP G 1959, IV, 12 ; Cass. 3e civ., 10 mai 1968. Bull. civ. III, n° 209.

[382] C.Gavalda, L'information et la protection des consommateurs dans certaines opérations de crédit, D. 1978, chron. 197.

[383] Req., 28 févr. 1870, DP, 1871, I, p. 61 ; Cass. civ. , 7 janv. 1959, Bull. civ. I, n° 15 ; Soc. 22 mars 1972, D. 1972, p. 468 ; Cass, 3e civ., 21 oct. 1975, Bull. civ. III, n° 302 ; Cass. 3e, civ., 12 févr. 1975, Bull. civ., III, n° 60 ; Cass. 3e civ., 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164 ; D. 1992, Somm. com., p. 397, obs. J.-L. Aubert; D. 1993, p. 493, note Virassamy G. ; RTD civ. 1993, p. 345, obs. J. Mestre.

considération les caractères mouvant et éphémère du réseau[385] mais aussi les circonstances particulières de chaque espèce. « *Une galerie marchande virtuelle installée et durable ne peut à l'évidence, être traitée comme l'offre de particulier à particulier* »[386]. La détermination du point de départ de ce délai est également délicate en matière de commerce électronique dans la mesure où il n'existe pas de support incontestable auquel il est possible de se référer. Il faudrait pour cela imposer la stipulation d'une durée de validité de l'offre[387].

Pour élucider toute incertitude sur ce point, la LCEN énonce à l'alinéa 1er du nouvel article 1369-1 du code civil : *« sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait »*.

Il s'agit de dispositions de droit commun s'appliquant indépendamment de la qualité du destinataire. L'amendement du Sénat précise que les termes *« sans préjudice des conditions de validité »* visent à rappeler que cette nouvelle disposition n'entend pas déroger au droit commun et interdire que l'offre porte en elle même ses propres limitations[388].

L'offrant demeure donc le maître de son offre et s'il décide d'assortir son offre en ligne par un délai de validité, il sera engagé aussi longtemps que celui-ci n'est pas expiré mais à son expiration l'offre est caduque[389] et ne liera plus son auteur même si elle reste accessible.

Une telle précision a été jugée nécessaire du fait que la disposition initialement envisagée pouvait laisser entendre que l'offrant restait engagé par le seul fait que son offre était accessible. Ce qui risquait d'entraîner *« une discrimination par rapport à l'univers « papier », dans la mesure où seul le cybervendeur serait tenu indéfiniment par une offre qui serait encore disponible, d'autant qu'en raison de techniques qui lui sont propres*

---

[384] Cass. 3e civ., 8 févr. 1968, Bull. civ., III, n° 52 ; Cass. 3e civ., 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 297; RTD civ., p. 773 , obs. Y. Loussouran.
[385] P. Breese, Guide juridique de l'Internet, Vuibert, 2000, p. 187.
[386] Lamy informatique et réseaux, 2002 p. 1650.
[387] O. Itéanu., Internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique, Eyrolles, 1996, p. 83.
[388] Voir A. Türk, Rapp, Sénat, p. 99.
[389] Cass. 1re civ., 17 déc. 1958 : JCP G 1959, IV, 12.

(mémoire cache des moteurs de recherches), *une information peut être supprimée du réseau survit souvent à l'insu et contre la volonté de son auteur »*[390].

En revanche, s'il ne prévoit aucun délai de validité, l'offre en ligne ne sera pas présumée limitée à un délai « raisonnable » apprécié souverainement par le juge mais la loi par contre l'engage *« tant qu'elle est accessible par voie électronique »*. Cette disposition incite l'émetteur de l'offre en ligne à rester vigilant et à retirer l'offre de son site dès lors qu'elle est caduque ou qu'il veut la révoquer. Cependant, l'auteur de l'offre n'a pas toujours la maîtrise totale de l'information qu'il diffuse sur Internet et se retrouve parfois en toute bonne foi dans l'impossibilité de retirer immédiatement son offre.

En effet, il arrive souvent que l'opérateur technique mette à la disposition des internautes plusieurs copies de l'offre pour en faciliter l'accès. Même quand l'offre est supprimée de sa page d'origine, son contenu subsiste sur un site web dans des mémoires « cache » pendant des mois à l'insu de l'offrant. C'est la raison pour laquelle, l'article 1369-1, alinéa 1er dispose que l'émetteur de l'offre électronique *« reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait »*[391]. L'offrant sera alors libéré de son offre s'il prouve qu'elle est restée accessible du fait d'un tiers non complice ou d'un cas fortuit relatif notamment à la technique.

L'intérêt de cette nouvelle disposition est marginal dans les cas où la loi impose un délai de validité de l'offre comme en matière de contrats à distance et de crédit à la consommation. Mais, si au mépris de la loi, l'auteur de l'offre en ligne ne prévoit aucun délai, cette disposition s'applique.

La Chambre de commerce et d'industrie de Paris recommande dans son contrat type de commerce électronique que *« compte tenu de la spécificité de l'offre en ligne, il est recommandé aux commerçants de veiller à la retirer lorsqu'elle n'est plus valable ou que les stocks sont épuisés »* [392].

---

[390] Th. Verbiest, Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique, Communication-Commerce électronique, févr. 2003, chron. , n° 4, 9.

[391] L'assemblée nationale ajoute la formule « de son fait » pour « lever le risque qu'une obligation s'impose à l'auteur de l'offre, alors que l'information sur sa proposition n'est maintenue en ligne que par l'effet d'un système de « cache » : JOAN Débats, 27 févr. 2003, p. 1468, avis de J. Dionis du Séjour.

D'autres règles de droit commun restent applicables au délai de validité des offres à distance : l'incapacité de l'offrant ou son décès intervenant avant l'acceptation rend l'offre caduque. La caducité s'explique par le fait que l'auteur de l'offre ne pourrait plus s'engager contractuellement (c'est néanmoins l'opinion dominante) et son appréciation relèvera du pouvoir souverain du juge du fond.

4. Confirmation écrite des informations

L'une des innovations la plus marquante introduite par l'ordonnance du 23 août 2001 - et qui n'a pas d'équivalent dans la LCEN - est celle de l'exigence d'une confirmation écrite des informations déjà fournies dans l'offre faite à distance[393].

L'exécution de l'obligation d'information en matière de contrats à distance se déroule en deux étapes:

- dans la première : le professionnel doit fournir obligatoirement un certain nombre d'informations préalables (prévues à l'article L. 121-18 du code de la consommation) dans l'offre dans le but de déterminer le consentement du consommateur ;
- dans la seconde : le professionnel doit en temps utile et au plus tard au moment de la livraison confirmer par écrit ou sur tout autre support durable la teneur des informations fournies lors de la première phase (C. consom. article L. 121-19, I).

Dans ce mécanisme, il ne s'agit pas d'une confirmation de la teneur de l'offre avant la conclusion du contrat mais, au contraire, d'un mécanisme de confirmation par écrit des informations relatives à un contrat déjà formé[394]. La loi impose que la confirmation écrite intervienne « en temps utile », c'est-à-dire dans un délai raisonnable et « au plus tard lors de la livraison » donc éventuellement après la conclusion du contrat. Ce qui paraît un peu étonnant puisque l'intérêt d'une information précontractuelle est d'éclairer le consentement du consommateur préalablement à la formation du contrat et non après ! De

---

[392] V. M.Vivant, Commerce électronique : un premier contrat type, le contrat commerçants-consommateurs de CCIP, Lamy dr. aff., 1998, n° 8, chron. n° 475 et Cahiers Lamy août-sept. 1998, E, p. 1.

[393] Transpositions de l'article 5 de la directive du 20 mai 1997.

[394] Le mécanisme de confirmation écrite existe déjà en droit de la consommation en matière de démarchage à domicile mais elle consiste à confirmer la teneur de l'offre avant que le contrat soit conclu et c'est de là que vient la différence avec la confirmation écrite en matière de contrats à distance. Ainsi l'article 121-27 du code de la consommation impose « à la suite d'un démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable » que le professionnel doit « adresser au consommateur une confirmation de l'offre ». Le client ne sera engagé que par retour de cette offre signée.

plus, le terme « livraison » évoque des biens corporels et non des contrats s'exécutant en ligne ou des prestations de service en général!

La confirmation écrite du contenu de l'offre n'est pas toujours exigée. En somme, les informations relatives au prix, aux caractéristiques du produit ou du service, à l'identité du professionnel, aux frais de livraison, aux modalités de paiement, de livraison ou d'exécution et d'exercice d'un droit de rétractation, n'auront pas à être confirmées si elles ont déjà été transmises par écrit ou sur tout autre support durable[395] car le professionnel a satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat. C'est le cas, par exemple, lorsque la technique de communication à distance utilisée au cours du processus de formation du contrat a permis au consommateur de se doter de ces informations par écrit (une lettre postale, courrier électronique …).

Le consommateur doit recevoir une confirmation écrite d'un certain nombre d'informations complémentaires dont certaines n'étaient pas exigées lors de la présentation de l'offre et ce indépendamment de la technique utilisée pour la conclusion du contrat. Il s'agit d'informations relatives aux conditions et modalités d'exercice du droit de rétractation, à la communication de l'adresse du fournisseur où le consommateur peut éventuellement adresser des réclamations, au service après-vente, aux garanties commerciales et aux conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an[396]. Le mécanisme de confirmation des informations préalables n'est pas applicable aux services fournis en une seule fois au moyen d'une technique de communication à distance et facturés par l'opérateur à l'exception toutefois de l'adresse à laquelle le consommateur peut envoyer ses réclamations[397].

L'exigence d'une confirmation écrite s'impose également dans le cadre du commerce électronique à l'égard duquel, on peut faire une remarque : sur un téléphone portable[398], il est techniquement difficile d'effectuer une confirmation écrite tant à cause de la quantité d'informations que de l'altérabilité du message. On peut alors se demander s'il s'agit là vraiment d'un support durable?

---

[395] Pour la notion de support durable, voir Infra p. 101.
[396] C. consom. art. L. 121-19, I, C.
[397] C. consom. art. L. 121-19, II.

Les infractions commises en violation de l'obligation d'information dont la confirmation écrite sont constatées et poursuivies par les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF). Le professionnel qui ne respecte pas cette obligation sera poursuivi pénalement et même parfois civilement. Mais, à la différence des autres informations, l'absence d'une confirmation écrite entraîne un prolongement considérable du délai d'exercice du droit de rétractation qui sera porté à trois mois[399].

Section II : Le non-respect de l'obligation d'information

L'obligation précontractuelle d'information, en matière de contrats à distance, est imposée à titre impératif et son respect est d'ordre public. Sa violation doit alors être sanctionnée **(§2)** mais il conviendrait au préalable de s'interroger sur sa nature juridique **(§1)**.

§ 1. Nature juridique de l'obligation d'information

La nature juridique de l'obligation d'information est controversée. En effet, certaines doctrines et juridictions considèrent qu'elle est de nature précontractuelle et donc délictuelle parce que l'information doit être donnée préalablement à la formation du contrat et ne devient contractuelle que dès l'instant où le contrat se forme[400].

D'autres doctrines et juridictions considèrent, en revanche, qu'elle est de nature contractuelle même si ces informations interviennent pour l'essentiel durant la période précontractuelle. Elles justifient cela par une obligation générale de loyauté et de bonne foi[401] qui devrait exister tout au long du processus contractuel : de la période précontractuelle jusqu'à l'exécution du contrat[402].

---

[398] Voir Th. Verbiest et E. Wéry, Commerce électronique par téléphone mobile (m-commerce) : un cadre juridique mal défini, D. 2004, chron. n° 41, p. 2981.
[399] C. consom., art. L. 121- 20. al. 3.
[400] V. J. Ghestin, Traité de droit civil, Les obligations, le contrat, formation, 2 éd., n° 457.
[401] J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, n° 51 ; J. Mestre, L'exigence de la bonne foi dans la conclusion des contrats, RTD civ. 1989, 736.

La distinction entre la nature précontractuelle ou contractuelle de l'obligation d'information ne sert pas, à notre avis, à grand chose pour le contrat à distance car cette obligation est prévue en la matière par un texte spécial qui protége efficacement le consommateur de tout risque de tromperie et de mauvaises surprises.

La loi impose un contenu détaillé pour ces informations en ne différenciant pas entre éléments essentiels et éléments accessoires[403] . Le respect de cette obligation est d'ordre public[404] : toutes ces précautions sont jugées nécessaires par le législateur pour permettre au consommateur de donner, en toute connaissance de cause en amont et au moment de la formation du contrat à distance, un consentement éclairé[405].

Dans ces conditions, on peut légitimement dire qu'en imposant autant d'informations, le législateur n'a concrètement pas voulu distinguer entre obligations précontractuelles et contractuelles. Cette tendance est d'ailleurs approuvée par certains auteurs[406] qui écrivaient à juste titre que *« les obligations spéciales concernant l'information des consommateurs ne se divisent pas en obligations précontractuelles et obligations contractuelles. Elles ont indistinctement les deux caractères, car elles visent à la fois à éclairer le consentement du consommateur, avant la conclusion du contrat, et à permettre, après celle-ci, une utilisation correcte du bien ou du service acquis ».*

Ce n'est, quoi qu'il en soit, pas seulement la nature juridique de l'obligation d'information en matière de contrats à distance qui pose problème mais aussi la sanction en cas de violation de cette obligation.

§ 2. Sanction de la violation de l'obligation précontractuelle d'information

Les informations précontractuelles en matière de contrats à distance influent directement sur le consentement du consommateur. C'est pourquoi la loi sanctionne pénalement la violation de cette obligation ainsi que l'inexactitude des informations

---

[402] En ce sens, P.-H. Antonmattei et J. Raynard, Droit civil, Contrats spéciaux civils et commerciaux, 2000, n° 178 ; A. Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 4e éd., 1999.
[403] C. consom. art. L. 121-18.
[404] C. consom. art. L. 121-20-7, C.
[405] V. Supra p. 80 et s.
[406] J. C. Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, éd. 2000, n° 55.

fournies, sans préjudice toutefois, du droit du consommateur de demander la nullité du contrat et/ou l'octroi des dommages-intérêts selon les règles de droit commun.

A- Sanctions pénales

Le décret n° 2003-137 du 18 février 2003[407] prévoit des sanctions pénales en cas de violation de l'obligation d'information en matière de contrats à distance. Ainsi, les articles R. 121-1 et R. 121-1-1 du code de la consommation sanctionnent la violation des dispositions des articles L. 121-18 et L. 121-19 par l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe (soit 1500 € ou 3000 € en cas de récidive).

Outre ces sanctions spécifiques, le débiteur de l'information s'expose à des peines encore plus lourdes s'il s'avérait qu'il a fourni des informations inexactes. En effet, l'absence ou l'inexactitude de ces dernières pourrait être sanctionnée sur le fondement : du délit de la publicité mensongère ; de la tromperie (notamment sur le fondement de la loi du 1er août 1905 (article L. 213-1 et s. du code de la consommation)) sur les caractéristiques essentielles des produits ou services. Le non-respect de l'obligation d'information pourrait également donner lieu à une sanction pénale basée sur l'escroquerie si cette violation s'accompagne de circonstances particulières. Toutes les infractions commises portant atteinte à l'obligation d'information en matière de contrats à distance sont recherchées et constatées par les agents de la DGCCRF.

1. Le délit de la publicité trompeuse

L'incrimination de la publicité trompeuse vise à la fois à protéger les concurrents et les consommateurs. Le délit est issu d'un article 44-I de la loi dite Royer du 27 décembre 1973, aujourd'hui codifié à l'article L. 121-1 et suivants du code de la consommation et qui dispose *« est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou*

[407] JO, 20 févr. 2003, p. 3106.

services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires ». L. article L. 121-5 alinéa 2 du même code ajoute que *« le délit est constitué dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France »*.

Le délit a un caractère très général puisque ni le support de la publicité ni les moyens utilisés pour tromper[408] importent. Il suffit, en effet, que la publicité porte sur l'un des éléments limitativement énumérés par la loi pour que le délit soit constitué.

La qualité de l'auteur de l'infraction importe également peu : celui-ci pourrait être un simple particulier diffusant un message publicitaire de nature à induire en erreur un acheteur potentiel d'un bien ou d'un service proposé à la vente[409]. La qualité de la victime n'a encore aucune importance sur l'incrimination puisque le délit ne serait pas limité à la seule publicité visant les consommateurs mais également à celle visant les commerçants[410].

Le délit de publicité trompeuse est une infraction formelle : son élément matériel n'exige pas que la publicité induise effectivement en erreur car il suffit que la publicité ait été propre à produire cet effet[411].

Il est également instantané : il est constitué à un moment précis. Ce moment remonte à l'instant de la diffusion du message au public[412] et la modification ultérieure du message ou la suppression des indications fallacieuses initialement données ne changent en rien l'incrimination puisque l'appréciation du caractère trompeur du contenu du message sera fait à l'époque de sa diffusion[413].

Le dommage n'est pas encore un élément constitutif de ce délit[414].

---

[408] Pour la définition de la publicité, V. Supra p. 39 et s.
[409] Crim., 27 mars 1996 : Bull. cim. n° 139 ; D. 1996, IR, 168.
[410] Crim., 2 oct. 1980 : D. 1981, IR, 292 ; Crim., 14 nov. 2000 : Dr. pénal., 2001, Comm. 34, obs. J.-H. Robert.
[411] Crim., 8 déc. 1987 : D. 1988, IR, 43.
[412] Crim., 30 mai 1989 : Bull. crim. n° 226 ; D. 1989, IR, 226 ; Crim., 5 janv. 1994 : Dr. pénal 1994, Comm. 188, obs. J.-L. Robert.
[413] Crim., 4 oct. 1990 : Dr. penal 1991, Comm. 21.
[414] Crim., 26 juin 2001 : Bull. crim., n° 160 ; JCP, 2002, I, 107, obs. J.-L. Robert ; Dr. pénal 2001, Comm. 143, obs. J.-L. Robert.

Le délit de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur est sanctionné dans tous les cas sans chercher si son auteur a agi de bonne ou mauvaise foi[415] : une faute d'imprudence ou de négligence suffit à caractériser l'infraction[416].

Ainsi, la cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 9 mars 2004, trompeuse une offre « connexion illimitée » faite par un fournisseur d'accès à Internet qui s'est retrouvé par la suite dans l'impossibilité technique d'assurer un accès à tous ses abonnés et qui, de ce fait, installait des moyens techniques engendrant une déconnexion automatique après un certain temps de connexion[417].

La CA de Paris, dans son arrêt du 5 avril 1996 précité, a jugé que « lors de la vente de coffrets fax, modem, Minitel, l'offre de gratuité de trois mois d'abonnement au réseau Internet sans conditions, constitue une publicité mensongère dès lors que l'offre est conditionnée par l'envoi d'un chèque couvrant un abonnement de six mois »[418].

L'auteur de ce délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 37 500 € d'amende ou de l'une de ces deux peines[419]. L'amende maximale encourue peut être portée à 50 % des dépenses de la publicité constituant le délit[420]. Le complice de l'infraction sera puni des mêmes peines. Les personnes morales sont également punissables (C. consom. art. L. 121-6 et L. 213-6 : Loi n° 2001-504 du 12 juill. 2001).

2. Le délit de tromperie

L'inexactitude des informations fournies au consommateur peut être sanctionnée sur le fondement de la tromperie. Ainsi, l'article L. 213-1 du code de la consommation dispose que *« sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 37 500 € ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen et procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :*

---

[415] Crim., 4 déc. 1978 : D. 1979, IR, 180, obs. Roujou de Boubée ; Crim., 5 avril 1995 : Bull. crim. n° 151 ; JCP E, 1995, Panor. 814.
[416] Crim., 3 janv. 1984 : JCP E, 1984, I, 13188. CA. Paris, 9 juin 1993, BID 1994, n° 10, p. 18.
[417] Civ. 1re, 9 mars 2004 : D. 2004, n° 24, juris. p. 1727, note Ch. Riefa.
[418] Précité.
[419] C. consom. art. L.121-6 et L. 213-1.
[420] C. consom. art. L. 121-6.

1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;

2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;

3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre ».

L'incrimination de la tromperie nécessite la réunion de deux éléments tant matériels qu'intentionnels.

L'élément matériel de ce délit consiste en une tromperie portant sur des marchandises ou services[421]. Le terme « marchandise » est interprété de manière large par la jurisprudence et s'applique à tout objet mobilier. Sont par contre exclus tous les biens immobiliers.

Il faut également que la tromperie se produise en vue d'un contrat ou d'un acte à titre onéreux ou à leur occasion. Cependant, il n'est pas indispensable qu'un contrat soit effectivement conclu par la suite puisque la simple tentative est punissable. Il faut alors établir qu'il y avait au moins une offre de vente ou une prestation de service caractérisant un commencement d'exécution[422].

La tromperie incriminée doit porter sur un ou plusieurs éléments limitativement énumérés par la loi. Il s'agit essentiellement d'une fraude sur les qualités substantielles, la nature, la composition du produit, les renseignements sur l'utilisation des produits et les précautions à prendre. Le juge doit se référer à la réglementation en vigueur et parfois même à l'usage commercial pour discerner la conformité ou pas de la marchandise.

Pour caractériser l'élément matériel du délit, il semble que la qualité de la victime ou de l'éventuelle victime n'est pas importante. Bien que la loi tende ici à protéger les consommateurs et que le texte lui même a pour objectif d'assurer une forte protection et information des consommateurs, il ne semble pas nécessaire de restreindre l'application

---

[421] Le délit réprimé par la loi de 1905 était exclusivement réservé à une tromperie portant sur des marchandises. La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 a élargi l'incrimination aux services : articles L. 213-1 et L. 216-1 du code de la consommation ; les services fournis par les agences de voyages sont aussi concernés : Crim. 17 mars 1993 ; D. 1993, IR, 144 ; JCP 1994, II, 22192, note Couvrat.

[422] Crim., 20 mai 1985 : D. 1986, IR, 401, obs. Roujou de Boubée. Pour le cas inverse où il n'avait pas de commencement d'exécution : Rouen, 18 juin 1992 : BID 1993, n° 2 p. 20.

aux tromperies dirigées vers les consommateurs. Une telle position demeure incertaine puisque le droit pénal est d'interprétation stricte.

Le délit de tromperie exige, pour être punissable, de prouver également l'existence d'une intention frauduleuse. Même si cette dernière ne devrait, en principe, pas être présumée, les tribunaux montrent à cet égard une certaine souplesse en déduisant parfois de la mauvaise foi, l'intention de tromper. La jurisprudence nous procure plusieurs exemples à ce sujet : les juges du fond peuvent souverainement déduire la mauvaise foi du fait que le prévenu n'a pas effectué les vérifications qui lui incombaient[423] ou induites des manœuvres frauduleuses avérées. La tromperie peut s'effectuer par quelque moyen ou procédé que ce soit. Il est, en effet, admis en jurisprudence que la simple réticence d'information peut être constitutive de tromperie[424]. Cependant, la preuve de la bonne foi peut toujours être rapportée[425].

L'auteur de la tromperie est l'auteur de l'infraction qu'il soit une partie ou pas au contrat. La personne morale peut également être déclarée responsable de ce délit et encourir la peine prévue à l'article L. 213-6 du code de la consommation.

3. Le délit d'escroquerie

La violation de l'obligation d'information pourrait également être sanctionnée pénalement sur la base du délit d'escroquerie si les éléments matériel et intentionnel de l'infraction sont réunis. En effet, l'article 313-1 du nouveau code pénal dispose que *« l'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice*

[423] Crim., 12 avril 1976 : D. 1977. 239, note Fourgoux ; Crim., 5 nov. 1985 : D. 1986, Somm. 402, obs. Roujou de Boubée ; Crim. 11 oct. 1989 : Bull. crim. n° 355 ; D. 1990, Somm. 362 ; Crim. 17 mars 1993 : Bull. crim. n° 123 ; D. 1993, IR, 144 ; Crim., 17 janv. 1997 : Bull. crim., n° 30 ; Contrats Conc. Consom. 1996, n° 211, obs. Raymond.
[424] Crim., 29 déc. 1988 : D. 1988, IR, p. 67 ; Toulouse, 10 janv. 1999, D. 2000, IR, P. 137. Caen, 12 janv. 1996 : Contrats Conc. Consom. 1997 , n° 56, obs. Raymond.
[425] Paris, 24 juin 1997 : Contrats Conc. Consom. 1998, n° 36, obs. Raymond ; Douai, 23 févr. 1999 : Contrats Conc. Consom. 1999, n° 122, obs. Raymond.

d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».

Le délit d'escroquerie est une infraction complexe. L'élément matériel exige :

● l'emploi de manœuvres frauduleuses : l'utilisation, par exemple, d'une publicité par voie de presse ou prospectus ou même sur Internet afin d'accréditer un produit ou un service et d'attirer des clients potentiels. Il en va de même pour la création d'une entreprise fictive avec l'aide ou pas d'un tiers : emploi du nom ou de la marque d'une autre entreprise connue dans un domaine déterminé pour avoir plus d'adhérents et par conséquent tirer indûment profit. Par contre, un mensonge même écrit ne suffit pas, en l'absence de toute autre manœuvre frauduleuse extérieure lui donnant créance[426], à caractériser l'élément matériel du délit d'escroquerie[427].

● l'extorsion de fonds ou de biens à la victime (personne physique ou morale) [428]. Les manœuvres frauduleuses doivent être déterminantes dans la remise des fonds ou marchandises[429] et intervenir antérieurement à celle-ci.

Le délit d'escroquerie est aussi intentionnel : une intention de fraude est nécessaire et se manifeste par un acte positif du fraudeur. Le délit ne peut alors être légalement constitué par simple omission ou négligence[430] et tout comme la tentative d'escroquerie, puni de 5 ans d'emprisonnement et d'une très lourde amende.

Entre les trois délits évoqués ci-dessus, il peut y avoir conflit de qualification.

● Dans certains cas, un même fait tombe sous le coup de plusieurs textes pénaux. Ainsi, une publicité pourrait concurremment correspondre aux éléments constitutifs du délit de la publicité trompeuse, de la tromperie ainsi qu'à un élément matériel du délit d'escroquerie : (concours idéal d'infractions)[431]. Le principe *non bis in idem* interdit qu'un même fait, autrement qualifié, donne lieu à une double déclaration de culpabilité. L'auteur

[426] Crim., 19 avril 1983 : Bull. cim. n° 108.
[427] Crim., 20 juill. 1960 : Bull. crim. n° 382.
[428] Crim., 15 juin 1992 : D. 1993, Somm. 15, obs. Azibert ; RS cim. 1993, 783, obs. Bouzat.
[429] Crim., 3 déc. 1998 : Gaz. Pal. 1999, Chron. 62, Doucet.
[430] Crim., 5 juill. 1956 : Bull. cim. n° 520.
[431] Crim., 3 mars 1960 : Bull. crim. n° 138 ; RS crim. 1961, 105, obs. Légal.

de l'infraction sera déclaré coupable d'une seule infraction et seule une qualification devra être retenue. Le juge retiendra, en principe, le fait constitutif de l'infraction la plus lourdement sanctionnée[432]. Dans les cas précédents, le délit d'escroquerie doit être retenu. Cependant, la jurisprudence criminelle précise, à cet égard, la mise en œuvre de cette règle *« lorsque l'un et l'autre de ces faits procédant à la protection d'une même valeur sociale, individuelle ou collective, et que l'attitude psychologique de l'auteur peut être tenue comme indivisible dans l'action ayant mis en péril cette valeur »* [433].

Donc, l'unification de la sanction de l'ensemble des délits par une seule déclaration de culpabilité semble difficile à admettre puisque chacun de ces délits protége un intérêt différent : la publicité trompeuse et la tromperie protégent plutôt les consommateurs et l'escroquerie plutôt la victime en tant qu'individu.

La cour de cassation a tranché sur la question en décidant de retenir seulement la qualification d'escroquerie alors que l'acte incriminé présentait à la fois l'élément constitutif de l'escroquerie et de la publicité trompeuse[434].

● Dans d'autres cas, plusieurs infractions distinctes dans leurs éléments matériel et intentionnel et commises à des moments différents sont poursuivies simultanément (concours réel d'infractions). Le principe de non cumul des peines oblige le juge à retenir l'infraction la plus sévèrement sanctionnée. La cour de cassation semble, toutefois, admettre des solutions inverses puisqu'elle admet le cumul de qualifications dès lors que les délits sont matériellement distincts et caractérisés par des éléments différents[435] .Une

---

[432] Par dérogation à ce principe, la jurisprudence retiendra dans deux cas d'autres qualifications que l'infraction la plus grave : lorsqu'une infraction est le moyen par lequel une autre est accomplie, par exemple une escroquerie commise au moyen d'un faux, quoique l'escroquerie est moins sévèrement sanctionnée que le faux, le juge retiendra quand-même la qualification d'escroquerie puisqu'elle correspond au but de l'auteur et non à celle incriminant les moyens employés, V. Crim. 9 déc. 1993, Bull. crim. n° 383 ; Lorsque l'une des qualifications en concours absorbe l'autre, par ex. en présence de vol et recel, le premier absorbe le deuxième.

[433] Bordeaux, 5 mars 1992 : D. 1994, 305, note Mirabail.

[434] Crim., 5 juin 1975 : Bull. crim. n° 146 ; D. 1975, IR, 157 ; Gaz. Pal. 1975, II, 789, note Delaisi ; Crim. 27 janv. 1992 : BID 1996, n° 3, p. 33. Dans le cas contraire, voir arrêt de principe, Crim., 3 mars 1960 précité : dans cet arrêt, la jurisprudence assimilait le concours idéal d'infractions au concours réel ; il s'agissait en l'espèce d'un lancement d'une grenade dans un café, ce fait tombe à la fois sous le coup de textes réprimant l'homicide volontaire et la destruction d'immeuble par explosifs. Alors qu'il y a un seul acte, les juges estimaient qu'il s'agissait de deux infractions différentes caractérisées par la volonté de porter atteinte à des valeurs sociales différentes et sont réprimées par des textes différents : les juges déclarent alors la personne coupable de toutes les infractions en concours ; C. Carreau, Publicité et escroquerie, D. 1996, chron., 257.

[435] Délits d'escroquerie et de publicité trompeuse : Crim. 27 déc. 1973 : Bull. crim. n° 148 ; D. 1978, IR, 348, obs. Roujou de Boubée ; Rennes, 28 sept. 2000, JCP. 2001, II, 10592, note Geoffroy et Belloir.

double déclaration de culpabilité et de double peine peut être formulée et cela même si les deux délits ont été commis à des moments différents[436].

En résumé, la violation de l'obligation d'information en matière de contrats à distance n'est pas seulement sanctionnée en tant que telle car l'auteur de l'offre est aussi responsable pénalement de l'exactitude des informations fournies au consommateur. Ce dernier peut, dans tous les cas, demander la nullité du contrat en prouvant que son consentement a été vicié par l'absence ou l'inexactitude des informations fournies.

B- Sanctions civiles

L'obligation précontractuelle d'information en matière de contrats à distance établie à l'article L. 121-18 du code de la consommation est dépourvue de toute sanction civile[437]. L'article L. 111-1 du même code n'envisage pas non plus de sanctions. Il ne reste plus, dans ces conditions, qu'à agir selon les règles de droit commun pour demander la nullité du contrat[438].

En effet, l'article 1602 du code civil relatif à la vente impose à tout vendeur une obligation générale d'information[439]. Cet article ne prévoit aucune sanction en cas de non respect de cette obligation mais prévoit une règle selon laquelle *« tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur »*. Devant l'insuffisance de cette règle et afin de demander la nullité du contrat, le créancier de l'information (le consommateur) devrait agir selon la théorie des vices du consentement où l'accent sera mis soit sur le fondement du

---

[436] Crim., 27 mars 1996 : Contrats Conc. Consom. 1996, n° obs. Raymond.

[437] L'article 1369-1 du code civil ne prévoit également aucune sanction : rédaction, LCEN.

[438] Orléans, 15 nov. 1995 : Contrats, Conc. Consom., 1996, n° 118, obs. Raymond ; Paris, 4 oct. 1996 : Contrats Conc. Consom. 1997, n° 35, obs. Raymond. Il existe deux types de nullité, une nullité relative (destinée à protéger une personne ou un intérêt déterminé, par ex. nullité pour incapacité) par opposition à une nullité absolue (destinée à protéger un intérêt général, par ex. l'exigence d'un écrit authentique pour la validité des actes solennels). En matière de contrats à distance, il est difficile de trancher si la nullité pour faute d'information pourrait être qualifiée de nullité relative puisque le consommateur peut justement demander l'annulation d'un seul contrat (intérêt particulier). Mais, l'obligation d'information est destinée à la protection de l'ensemble des consommateurs (intérêt général), ce qui impose une nullité absolue de plein droit. Mais, lorsque le consommateur agit selon le droit commun, il semble qu'il ne s'agit que d'une nullité relative ! ; J. Schmidt, La sanction de la faute précontractuelle, RTD civ. 1974, 46.

[439] Celle-ci ne concernait au départ que le contrat de vente. Elle a été généralisée par la jurisprudence à toutes sortes de contrats. Au terme de l'article 1602 « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ».

dol soit sur celui de l'erreur sur une qualité substantielle de la chose vendue[440]. Le consommateur peut également - en demandant ou pas la nullité du contrat - demander l'octroi de dommages - intérêts pour le préjudice qu'il a subi[441].

1. Le dol

L'absence ou l'inexactitude de l'information serait considérée comme constitutif du dol. Le contrat sera alors annulé pour vice de consentement sur la base de l'article 1116 du code civil. Ce dernier dispose que *« le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et doit être prouvé. »*

La nullité du contrat pour dol suppose la réunion de trois types de conditions :

- les conditions liées à la qualité de l'auteur du dol. Celui-ci doit, en principe, être l'une des parties au contrat mais est également responsable du dol provoqué son représentant légal ou son complice[442]. L'auteur du dol doit avoir eu l'intention de tromper son cocontractant[443]. Faute de cette intention, aucun dol ne serait constitué. On peut alors se demander si l'exigence de mauvaise foi ne pourrait pas être réduite à une faute lourde reprochée au professionnel qui ne respecterait pas son obligation légale d'information surtout à l'égard d'un consommateur.

Une réponse négative s'impose au vu de la clarté du texte (art. 1116 du code civil) qui exige de prouver la mauvaise foi. Cependant, devant l'impossibilité du consommateur de prouver la mauvaise foi du vendeur, la jurisprudence a établi via le visa de l'article 1315 du code civil une règle générale en ce domaine selon laquelle le fardeau de la preuve

---

[440] D. Rendeau, L'impact de « l'erreur » dans les contrats de vente passés sur Internet, Gaz. Pal., 20-24 avril 2003, p. 23. J. Mouly, Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable, D. 2003, chon., 2023 ; Y.-M. Serinet, Erreur et vice caché : variations sur le même thème, LGDJ 2001, 789

[441] Le consommateur peut également mettre en œuvre la responsabilité du vendeur pour la garantie des vices cachés en prouvant que la violation de l'obligation d'information est à l'origine d'un vice caché ; X. Pradel, Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, thèse Paris : LGDJ 2004.

[442] Civ. 1re, 3 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 288, p. 201 ; D. 1996, Somm., 323, obs. Delebecque ; Contrats, Conc. Consom., 1996, 181, note Leveneur ; RTD civ. 1996, 895, obs. Mestre ; Defrénois, 1997, 920, note Dagorne-Labbe.

[443] Cass. 1re civ., 7 mars 1979 : JCP, G, 1979, IV, p. 167 ; Civ. 3e , 3 févr. 1981, D. 1984, 457, note Ghestin.

d'information incombe au professionnel : *« celui qui est contractuellement ou légalement tenu d'une obligation particulière d'information doit apporter la preuve de l'exécution de cette obligation »*[444].

Il s'agit là d'une preuve libre où l'exécution de l'obligation d'information peut être apportée par tout moyen surtout par présomptions. Celle–ci est facile à apporter en matière de contrats à distance : par toute sorte d'écriture (sur support papier ou électronique) ou par présomptions.

- les conditions liées au dol lui-même. Pour être efficace et entraîner la nullité du contrat, les manœuvres trompeuses[445] (tels que les artifices, ruses, représentation inexacte de la vérité ou autres) constitutives du dol doivent être destinées à provoquer une erreur de nature à vicier le consentement du cocontractant et à conduire ce dernier à contracter.

La jurisprudence admet aujourd'hui que le dol peut résulter d'une simple réticence[446], d'un silence gardé par une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter[447].

- les conditions liées à la victime du dol. Les manœuvres doivent être déterminantes dans le consentement du cocontractant. Sans ces manœuvres, il n'aurait pas contracté ou alors à des conditions plus avantageuses. Le caractère déterminant du dol sera

---

[444] Civ. 1re, 15 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 132 ; D. 2002, IR, 1811 ; JCP 2002, I, 184, n° 1 et s., obs. Labarthe ; Contrats Conc. Consom. 2002, 135, note Leveneur ; Civ. 1e, 25 févr. 1997 : D. com. 319, obs. Penneau ; RTD civ. 1997, 434, obs. Jourdain ; RTD civ. 1997, 924, obs. Mestre ; Civ. 1e, 9 déc. 1997 : Bull. civ. I, n° 356 : RTD civ., 1999, 83, obs. Mestre.

[445] Civ. 1re, 10 juill. 1995 : D. 1997, 20, note Chauvel ; Contrats Conc. Consom., 1996, 2, note, Leveneur ; RTD civ. 1996, 390, obs. Mestre. Le terme « manœuvre » existe dans le texte incriminant l'escroquerie ; la jurisprudence considère que les manœuvres dolosives en droit civil doivent être interprétées en matière pénale. Le simple mensonge édicté par écrit, des allégations délibérément inexactes même non appuyées d'actes extérieurs peuvent constituer le dol et entraîner la nullité de la convention : Cass. 3e Civ., 6 nov. 1970 : JCP 1971, II, 16942, note Ghestin ; Déclaration mensongère sur le confort d'une villa louée : Civ. 3e, 23 avril 1971, JCP 1971, II, 16841. Dans une autre affaire, la jurisprudence ne reconnaît pas les mensonges comme dols : Civ. 1re, 29 nov. 1978, Bull. civ., I, p. 285. Toutefois, depuis le droit romain, on distingue entre « le mauvais dol » *« dolus malus »* qui est grave et constitue un vice de consentement et le « bon dol » *« dolus bonus »* qui est toléré car ne constitue, en principe, pas un vice de consentement. Ce dernier consiste en des exagérations commises dans la limite habituelle, il a été jugé que l'exagération commise dans le descriptif publicitaire ne dépassait pas ce qui est habituel dans les pratiques commerciales : Com. 13 déc. 1994, Contrats Conc. Consom., 1995, 48, note Leveneur. Mais le droit actuel qui exige une grande loyauté devrait limiter même le bon dol.

[446] Civ. 3e, 15 janv. 1971 : Bull. civ., III, n° 38, p. 25 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Loussouarn ; Civ. 3e, 2 oct. 1974 : Bull. civ. III, p. 251 ; D. 1974, IR, p. 252; Civ. 3e, 3 févr. 1981 : D. 1984. J., 457, note Ghestin ; Civ. 1e, 19 juin 1985 : JCP, E., 1985, I, 14834 ; Civ. 3e, 4 janv. 1991 : D. 1992, Somm., 196, obs. Tournafond.

[447] Civ. 1e , 12 nov. 1987 : D. 1987, IR, 236; Versailles, 22 oct. 1999, IR, 282.

apprécié *in concreto* : c'est-à-dire par rapport aux compétences et capacités réelles de la victime et ce en raison de l'origine délictuelle du dol. La mauvaise foi sera plus facile à établir face au plus faible et au profane[448].

Toutefois, le caractère déterminant du dol est difficile à admettre face à un consommateur qui contracte à distance puisque les informations précontractuelles sont d'un intérêt primordial car elles guident son choix et éclaircissent son consentement. Cette exigence devrait être retenue à son égard de manière souple car prouver le caractère déterminant du dol dans son consentement est impossible.

Une présomption de ce caractère doit être établie en sa faveur. La mauvaise foi de l'auteur du dol et, par conséquent, le caractère déterminant du dol auraient dû être déduits du fait, par exemple, d'une condamnation en pénal devenue définitive pour délit de publicité trompeuse ou de tromperie.

2. L'erreur

Le consommateur peut également demander l'annulation du contrat sur la base de l'erreur (article 1110 du code civil). Il faut prouver alors que l'absence ou l'inexactitude des informations a entraîné une erreur sur une qualité essentielle et que celle-ci était déterminante dans le consentement au contrat. L'erreur est définie généralement comme : croire vrai ce qui est faux et croire faux ce qui est vrai. Elle est à l'inverse du dol qui suppose une erreur provoquée, fortuite et pour qu'elle puisse, selon le droit commun, entraîner la nullité du contrat, il faut d'une part prouver son existence et d'autre part prouver qu'elle était déterminante à amener le contractant à conclure le contrat.

S'agissant d'abord de l'existence d'erreur, on distingue :

● erreur obstacle à la formation du contrat : c'est une erreur sur la nature du contrat quand l'acheteur veut louer une chose alors que le vendeur veut la vendre ; sur sa cause qui

[448] F. Terré, P. Simler , Y. Lequette , Les obligations, Dalloz, 1999, n° 224 : une distinction est faite entre dol principal qui aurait empêché la victime de contracter et dol incident dont la dissimulation d'un fait n'aurait pas empêcher de contracter mais à des conditions moins onéreuses. Mais il est difficile d'analyser la volonté pour savoir lequel est considéré comme tel. Cependant, il semble que cette distinction doit être abandonnée puisque celle-ci va à l'encontre de l'exigence de la loyauté et de bonne foi qui dominent actuellement le domaine contractuel.

est le motif déterminant qui a conduit la partie à contracter et, dans ce cas, l'erreur n'est prise en compte qu'exceptionnellement puisque les mobiles ou les motifs ne sont pas pris en compte. L'erreur n'entraîne l'annulation du contrat que si elle porte sur la substance de la chose objet du contrat ou si la qualité du contractant est déterminante ; sur son objet quand par malentendu, l'acheteur contracte pour une chose autre que celle proposée par le vendeur.

● erreur sur la substance ou sur les qualités substantielles de l'objet du contrat[449]. Elle est interprétée de manière large par la jurisprudence et n'est pas exclusivement réservée à une appréciation objective (composition du bien) mais surtout subjective où le juge cherche si l'erreur porte sur une qualité attendue et considérée comme substantielle par la partie et sans laquelle il n'aurait pas contracter[450].

● erreur sur la personne du cocontractant. Elle est prise en compte pour les contrats *« d'intuitu personae »*. La nullité du contrat n'est possible que lorsque la qualité de partenaire est tenue pour essentielle pour une partie qui l'a déterminé à contracter.

L'erreur doit ensuite être déterminante dans le consentement du cocontractant et être excusable[451]. Le caractère déterminant sera apprécié *in concreto* par rapport à l'individu lui-même, sans qui s'il ne s'était pas trompé, il n'aurait pas contracté. L'erreur peut résulter de l'insuffisance des informations précontractuelles nécessaires à guider le choix du destinataire. L'absence de ces informations a entraîné une erreur sur une qualité essentielle de l'objet de la vente.

Cependant, le caractère déterminant de l'erreur doit porter sur une qualité expressément ou tacitement convenue. Toutefois, le juge peut, dans certains cas, déduire qu'une qualité est tenue pour substantielle en raison même de la nature des choses : leur utilité courante, les usages ou pratiques commerciales.

L'erreur de la victime devrait également être excusable. Ce point attire particulièrement notre attention par rapport à sa mise en œuvre en matière de contrats à distance. En effet, l'erreur est généralement considérée comme excusable lorsque la victime n'a commis aucune faute.

---

[449] Ph. Malinvaud, De l'erreur sur la substance : D. 1972, chron. 2145.
[450] Com., 20 oct. 1970 : JCP 1971, II, 16916, note Ghestin.
[451] G.Vivien, De l'erreur déterminante et substantielle, RTD civ. 1992, 305.

En matière de contrats à distance, le caractère excusable de l'erreur devrait être appréhendé différemment de celui des contrats conclus entre présents où le contractant peut généralement se renseigner lui-même. Pour se prononcer sur ce caractère, les tribunaux font appel à la compétence du contractant victime de l'erreur : cela se traduit par l'appréciation *in concreto* de l'erreur où ils décident que la faute est excusable pour un profane mais pas pour un professionnel spécialisé présumé savoir se défendre. Cela veut concrètement dire que l'erreur est excusable lorsqu'elle est légitime puisque si la situation des parties qui contractent face à face était prise en compte, ce serait à fortiori davantage au bénéfice du consommateur qui contracte à distance.

D'ailleurs, l'obligation précontractuelle d'information édictée en faveur du consommateur qui contracte à distance a pour objectif d'éclairer son consentement. L'absence de ces informations fausse inévitablement son consentement et donc son erreur serait tout à fait légitime. Dans ces conditions, il est souhaitable de ne pas se référer au caractère excusable de l'erreur mais plutôt à son caractère légitime[452] !

En somme, l'annulation ou pas du contrat pour dol ou pour erreur n'empêche pas le juge de condamner éventuellement, sur le fondement de l'article 1382 du code civil, le débiteur de l'information à payer des dommages intérêts à l'autre contractant pour les préjudices subis résultant de la violation de l'obligation précontractuelle d'information[453]. La responsabilité, dans ce cas, est de nature délictuelle puisque la faute est commise avant même la formation du contrat. Si la nullité du contrat à distance reste selon les règles de droit commun envisageable, le droit de rétraction reconnu aux consommateurs rend, en ce domaine, la demande d'annulation du contrat bien marginale.

En conclusion, l'offre à distance constitue le premier pas de l'accord de volontés entre un professionnel et un consommateur, physiquement éloignés l'un de l'autre. C'est pourquoi, elle doit être ferme et précise pour que son acceptation débouche sur la formation du contrat.

---

[452] Pour cette notion, voir D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, préface H. Muir-Watt, éd. PUAM 2001, t. II, n° 975 et s.

[453] Com. 4 janv. 2000 : Contrats Conc. Consom. 2000, n° 79, note Leveneur ; Civ. 3e, 22 avril 1997, Bull. civ. I, n° 129, p. 85 ; JCP 1997, II, 22944, note Bolard ; Com. 18 oct. 1994 : D. 1995, 180, note Atias ; Defrénois 1995, 332, obs. Mazeaud D. ; JCP 1995, I, 3853, n° 4, obs. Viney ; Civ. 1e, 4 févr. 1975: JCP 1975, II, 18100, note Larroumet ; Civ. 1e, 4 oct. 1988, : Bull. civ., I, n° 265 ; D. 1989. somm., 229, obs. Aubert.

Préalablement à l'émission d'une offre à distance ferme et précise, le professionnel recourt souvent à une publicité pour informer les consommateurs de certaines caractéristiques de ses produits et services. L'influence de cette dernière sur les comportements des consommateurs est considérable. C'est la raison pour laquelle, le législateur, tout en négligeant de la définir, l'encadre par des règles strictes qui tendent à donner aux consommateurs des informations loyales et véridiques.

Lorsque la publicité emprunte un support électronique, la LCEN consacre des règles plus spécifiques. Elle oblige d'une part, le professionnel à s'identifier notamment en cas d'offres promotionnelles et consacre d'autre part, le système de l'opt-in pour les prospections directes qui nécessite désormais une autorisation préalable du cyberconsommateur.

Lorsque le message émis à distance est qualifié d'offre, la loi impose au professionnel - sous peine de sanctions pénales - une obligation précontractuelle d'information renforcée au bénéfice du consommateur qui a pour but d'éclairer son consentement en amont à la formation du contrat à distance. La LCEN ajoute encore d'autres informations concernant les offres électroniques. Pour garantir une prise de connaissance effective de ces dernières par l'acheteur, la loi prévoit qu'elles doivent être communiquées de manière claire et accessible en permanence.

Nous avons été amenés, dans ce titre, à nous interroger sur l'éventuel élargissement de la notion de consommateur à certains professionnels et personnes morales, se trouvant en situation de faiblesse par rapport à leurs cocontractants, pour leur faire bénéficier des dispositions consommatrices surtout des informations préalables. Si un tel élargissement semble, aujourd'hui, non envisageable tant en droit positif français qu'en droit communautaire, l'influence réciproque du droit de la consommation et du droit commun des obligations est nettement marquée dans la LCEN qui prévoit une obligation précontractuelle d'information en faveur de tout acheteur en ligne[454].

Cette nouvelle attitude législative se justifie par l'exigence de plus en plus de transparence dans les relations contractuelles surtout lorsque les parties contractent à

[454] J. Calais-Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil, RTD civ. 1994, 239 ; N. Rzepecki, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, thèse Strasbourg 1998.

distance. En effet, si la volonté individuelle doit être préservée, elle ne doit pas pour autant prévaloir sur l'équilibre contractuel qui exige que le contrat réponde à l'attente légitime des deux contractants. Certes, il ne s'agit là que d'une petite évolution mais qui en promet une autre plus grande. Nous ne serons pas étonnés de voir, dans les années à venir, le droit civil ou commercial prévoir une obligation d'information similaire à celle du droit de la consommation même dans les relations entre professionnels et entre particuliers[455] surtout lorsque ceux-ci contractent à distance et par voie électronique.

En bref, si dans leur structure générale, les contrats à distance dont électroniques ne dérogent qu'en partie au droit commun des contrats, ils exercent réciproquement une influence sur ce dernier pour qu'il s'adapte aux contrats électroniques. Cette influence ne se limite pas seulement à l'offre mais également à la conclusion du contrat.

[455] Dans un rapport du 30 mars 2004 appelé « Cyber-consommation : les nouvelles tendances », le forum des droits sur Internet entame une étude spéciale sur les régimes de soldes et d'encadrement juridique des relations commerciales entre particuliers, elle même poursuivie par un autre projet lancé le 17 juin 2004 relatif à l'encadrement juridique des relations commerciales entre particuliers conclues à distance ; Devillard A., Le commerce entre particuliers dans un vide juridique : www.01net.com

TITRE DEUXIEME

L’acceptation de l’offre à distance

En tant qu’acte bilatéral, l’acceptation de l’offre est un élément fondamental de la formation du contrat à distance. Si l’offre s’inscrit dans la phase préparatoire, avec la manifestation de l’acceptation se noue la relation contractuelle. C’est seulement à partir de ce moment là que les droits et obligations énoncés dans l’offre deviennent effectifs. Toutefois, dans la mesure où les contrats à distance dont électroniques mettent en relation des parties physiquement éloignées l’une de l’autre, cela implique que l’échange des consentements s’effectue à distance. Ainsi, l’acceptation de l’offre à distance prend souvent la forme d’un bon de commande papier ou virtuel signé et envoyé à l’adresse de l’offrant. Cependant, pour entraîner la formation du contrat à distance, ce bon doit traduire de manière parfaite la volonté certaine et non équivoque du contractant, surtout du consommateur, d’accepter le contenu de l’offre proposée.

Cette forme d’acceptation s’est rapidement avérée insuffisante à protéger le consommateur qui contracte à distance, et notamment en ligne. C’est pourquoi pour s’assurer qu’il s’engage en toute connaissance de cause, le législateur adopte conformément aux actes communautaires de nouvelles dispositions spécifiques relatives à la conclusion du contrat électronique. Ces nouvelles règles viennent s’ajouter à celles déjà existantes en matière de contrats à distance qui ne sont d’ailleurs pas toutes d’importance égale.

Nous allons étudier successivement la notion d’acceptation émise **(chapitre II)** à distance (**chapitre I)** et soulever certaines questions spécifiques relatives à son contenu.

Chapitre I : La notion d'acceptation émise à distance

Avant de déterminer le moment de la formation du contrat à distance **(Section II)**, il convient de préciser au préalable la définition de l'acceptation à distance et la forme dans laquelle elle peut s'exprimer (**Section I)**.

Section I : Définition et forme de l'acceptation à distance

Alors que la définition de l'acceptation faite à distance reste inchangée **(§1),** sa forme est en pleine extension **(§2)**.

§ 1. Définition de l'acceptation

L'acceptation est l'agrément pur et simple de l'offre. C'est, plus précisément, l'expression de l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions déterminées par l'offrant.

Pour être efficace, l'acceptation doit intervenir pendant le délai imparti de validité de l'offre. Elle doit également porter sur tous les éléments essentiels du contrat ou sur ceux qui ont été tenus pour essentiels par l'une des parties. Ainsi, l'article 1583 du code civil relatif à la vente dispose que l'accord des parties sur la chose vendue et sur le prix rend le contrat de vente parfait. L'accord des parties sur les autres éléments dits accessoires n'est, en principe, pas nécessaire pour la conclusion du contrat. Toute modification - limitation ou addition - de l'offre sera considérée comme rejet de cette offre et constitue en même temps une contre-proposition qui exige à son tour d'être acceptée pour que le contrat puisse se former.

Ces règles sont de portée générale et s'appliquent à tous les contrats aussi bien à ceux entre professionnels, particuliers ou professionnels et consommateurs ; que les contrats soient conclus entre présents ou à distance.

Toutefois, dans les contrats de consommation, l'acceptation de l'offre doit obligatoirement porter sur tous les éléments du contrat tant essentiels qu'accessoires

puisque l'offre est dès son émission encadrée dans son contenu. En ce sens que l'ensemble de ses éléments doivent être acceptés pour que le contrat soit formé. Cette règle s'applique avec plus de clarté lorsque ces contrats sont conclus à distance et qui sont souvent des contrats d'adhésion[456] excluant toute négociation. Autrement dit « c'est à prendre ou à laisser ».

Les entreprises de vente à distance emploient souvent des contrats « types » ou « modèles »[457] rédigés de manière détaillée et unilatérale sur support papier ou diffusé en ligne qui seront proposés à l'ensemble des clients en les invitant à y adhérer. La forme d'acceptation, dans ce cas, est réduite à une simple passation de commande[458].

§ 2. Evolution de la forme d'acceptation à distance

A côté des formes classiques de la manifestation de l'acceptation à distance, une nouvelle forme, par des clics, a été crée pour l'expression de l'acceptation par voie électronique.

A- La forme classique de l'acceptation à distance

La forme de l'acceptation dans les contrats consensuels est en principe libre[459] : les parties peuvent exprimer leur volonté d'une manière quelconque puisqu'aucune forme n'est requise à titre de validité. La loi exige simplement l'existence d'un accord de volontés. Il est alors nécessaire que l'acceptation soit extériorisée pour que l'autre partie puisse en prendre connaissance et pour que les volontés se rencontrent[460]. La forme dans laquelle l'acceptation s'exprime n'importe pas. Ainsi, un signe rudimentaire admis par

---

[456] S. Yadini-Naudot, Le contrat non négocié, thèse, Nantes, 2000.
[457] J. Ghestin, précité, n° 79 et s : l'auteur parle de « standardisation des contrats ».
[458] M. Demoulin, La passation d'une commande sur le réseau, *in* Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyses et propositions de mise en œuvre de la directive sur commerce électronique, Les Cahiers du CRID, Bruxelles : Bruylant 2001, n° 19, p. 245.
[459] Les articles 1109 à 1118 du code civil n'envisagent le consentement que sous l'angle des vices du consentement : Cass. 1re civ., 27 nov. 1990, D. 1992, somm. 195, note G. Paisant.
[460] G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, 1965, n° 98 et s ; F. Limbach, Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats, thèse Toulouse 2003, Paris LGDJ 2004 ; A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg 1958 : Paris LGDJ 1961 ; J. Chabas, La déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris 1931.

l'usage ou un simple « oui »[461] prononcé ou écrit peut, dans un certain contexte, être analysé comme une acceptation sous réserve toutefois que ceux-ci traduisent sans équivoque la volonté de contracter.

Les contrats à distance ne posent pas de problèmes spécifiques sur ce point car la plupart de ces contrats sont consensuels et n'exigent aucune forme particulière pour leur formation. Cependant, à la différence des contrats conclus entre présents où les parties peuvent exprimer leurs volontés de façon expresse ou tacite[462], l'acceptation dans les contrats à distance ne peut s'exprimer que de manière expresse. L'acceptation ne sera jamais déduite d'une attitude passive ou tacite du moins dans les contrats de consommation. Le silence du consommateur ne pourra jamais être interprété comme acceptation conformément au principe selon lequel le silence ne vaut acceptation[463].

C'est la raison pour laquelle l'envoi forcé de produits et services sans commande préalable est interdit. En effet, l'article L. 122-3 du code de la consommation (Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001) dispose que *« la fourniture de biens ou de services sans commande préalable du consommateur est interdite lorsqu'elle fait l'objet d'une demande de paiement »*. Le consommateur n'est pas obligé d'y répondre, son silence ne s'interprète pas en acceptation[464].

L'infraction est réprimée pénalement par l'article R. 635-2 du code pénal[465] au terme duquel « *le fait d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant que cet objet peut être accepté contre versement du prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si ce renvoi peut*

---

[461] A. Bénabent définit l'acceptation comme étant « l*e oui donné à l'offre, qui réalise une conjonction des consentements, caractéristique du contrat » :* Droit civil, les obligations, Montchrestien, 5e édition 1995, p. 41.

[462] P. Gode, Volonté et manifestations tacites, thèse Lille 1977.

[463] Civ., 25 mai 1870 : DP 1870, I, 257. Dans cet arrêt, le silence ne vaut pas acceptation « …en l'absence de toute autre circonstance » ; Civ. 1re, 16 avril 1996 : JCP, 1996, IV, 1366 ; Bull. civ., I, n° 181, p. 126 : la règle selon laquelle le silence ne vaut acceptation est déduit de son caractère équivoque parce qu'en matière contractuelle, « l'acceptation suppose une volonté certaine dont le silence n'apporte pas la preuve » ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux., Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 9 éd. 2000, n° 151, p. 102 ; M.-J. Littmann, Le silence et la formation du contrat, thèse Strasbourg, 1969.

[464] On trouve des dispositions similaires à l'article 9 de la directive du 20 mai 1997 : *« les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour : - interdire la fourniture de biens ou de services à un consommateur sans commande préalable de celui-ci, lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement ; - dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement »*.

[465] Cass. crim., 14 avril 1972 : Bull. crim., 1972, n° 120 ; D. 1972, jurisp. p. 478 ; Cass. Crim., 25 oct. 1972 : Bull. crim. n°313; JCP 1973, II, 17308, note Guérin.

être fait sans frais pour le destinataire, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de 5e classe ». Cette interdiction a été instaurée dans le but de protéger le consommateur d'un consentement forcé ou surpris[466].

Si, en règle générale, le silence ne signifie rien en raison de son caractère équivoque, il ne peut s'interpréter comme refus ou acceptation. D'ailleurs, dans les rapports entre professionnels, l'interprétation systématique du silence comme refus doit être écartée.

On trouve quelques rares exceptions dans la loi où le silence peut être considéré comme une acceptation : en matière d'assurance, l'art. L. 112-2 alinéa 4 du code des assurances dispose *« est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui soit parvenue »*.

La jurisprudence donne plusieurs exemples d'acceptation de l'offre par le silence :
- l'absence de réponse par le destinataire d'une offre équivaut acceptation lorsqu'elle s'inscrit dans un courant d'affaires entre les parties à défaut d'un refus exprès[467] ;
- lorsque l'usage donne une signification au silence comme acceptation[468];
- le silence gardé par le bénéficiaire d'une offre faite dans son intérêt exclusif (ex : remise partielle de dettes)[469].

Dans ces différents cas, le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain pour donner au silence une telle signification[470].

Sur le plan pratique, le client exprime son acceptation en remplissant et signant un bon de commande papier adressé à l'entreprise : un formulaire détachable se trouve dans le catalogue, dans le journal ou accompagne l'offre personnellement adressée au client. Ce

---

[466] Paris, 27 oct. 1965 : JCP 1966 : JCP 1966, II, 14662, Guérin.
[467] Civ., 1re, 3 déc. 1985 : Bull. civ., I, n° 330 ; Metz, 12 nov. 1998 : Juris-Data 055237.
[468] Cass. com., 9 janv. 1956, Bull. civ., III, n°13.
[469] Cass. 1re civ., 1er déc. 1969, JCP, 1970, II, 16445, note Aubert ; Colmar, 27 mars 1980 : JCP, 1981, IV, 390 : une partie de la doctrine a critiqué cette interprétation qui souligne le caractère fictif et inexistant de la volonté comme par exemple la remise de dettes ou de prix.
[470] Cass. com. ,24 avril. 1987, n° 85-10, 865.

dernier peut également passer commande par des modes plus sophistiqués tels que le téléphone, le fax, la télématique ou le courrier électronique.

Toutefois, l'acceptation exprimée par voie électronique s'est avérée problématique au regard des règles classiques de droit commun. C'est pourquoi on a inventé un nouveau système d'acceptation : par simple clic.

B - L'acceptation par simple « clic »

Le principe de consensualisme devrait naturellement jouer en matière de commerce électronique. Ainsi, l'article 9 §1 de la directive du 8 juin 2000 condamne tout formalisme exigé à titre de validité de l'acte[471] et la LCEN vient de permettre la conclusion des contrats par voie électronique même dans les domaines où un écrit était requis *ad validitatem*[472]. En effet, l'acceptation par voie électronique se réalise par un simple clic[473]. Cependant, ce simple clic est-il suffisant à exprimer une intention certaine de s'engager ?

Une réponse positive s'impose puisque la doctrine et la jurisprudence affirment depuis longtemps que l'homme peut exprimer sa volonté de diverses manières : un geste non équivoque ou un comportement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de s'engager. Il a été jugé, en effet, que le fait de monter dans un autobus ou dans un taxi en stationnement constitue bel et bien une acceptation expresse de l'offre de transport[474]. La doctrine va dans le même sens : hocher la tête dans une vente aux enchères peut être considéré comme une acceptation si dans une telle circonstance l'usage donne à ce geste la qualification d'acceptation.

L'acceptation par un simple clic ne pose donc pas de problèmes. Mais pour qualifier ce geste d'acceptation, il faut qu'il soit voulu, c'est-à-dire, qu'il exprime une volonté interne de s'engager. Il doit également présenter une volonté consciente des conséquences attachées à cet engagement[475].

---

[471] Voir notamment, L. Grynbaum, La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, JCP E, 11 oct. 2001, étude, n° 41, p. 1617.
[472] Nouveaux articles 1108-1 et 1108-2 du code civil.
[473] Civ. 3e, 5 janv. 1996 : RTD civ. 1996, p. 446, P-Y. Gautier, sur la valeur de la mention « ok » écris en marge d'un document.
[474] Nancy, 1er mars 1950, JCP 1950, II, 5892 ; Cass. 1re civ., 2 déc. 1969, Bull. civ., I, 1969, I, p. 303, n° 381.
[475] Pour Mon. J. Ghestin, *«les manifestations de la volonté expresses et tacites se caractérisent ainsi par l'intention de communiquer, c'est à dire par le but poursuivi par leur auteur» :* précité, p. 302.

Toutefois, qualifier ce simple clic d'acceptation peut engendrer un risque, surtout pour le consommateur, qui peut prétendre n'avoir cliqué que par erreur de manipulation sans vouloir manifester une volonté de s'engager. Dans ce cas, il peut nier la valeur de son clic tout simplement parce qu'il ne signifie rien en soi. Il lui sera alors difficile d'invoquer l'erreur ou le dol parce que ce n'est pas la validité du contrat qui est en cause mais son existence[476].

Il y a donc deux intérêts contradictoires : d'un côté, un simple clic est insuffisant à manifester le consentement du consommateur et de l'autre côté, imposer des procédures et formalités complexes - par exemple une confirmation écrite de l'acceptation - auront pour conséquence d'affaiblir considérablement le recours au mode électronique pour contracter. Il convient alors de trouver un juste milieu.

Afin de préserver le consentement de l'acheteur, surtout du consommateur, les entreprises qui proposent de passer commande de produits ou services en ligne ont, à l'appui de leur expérience, mis en place une procédure claire et minutieusement préparée pour que le consommateur puisse exprimer sa volonté d'accepter de façon libre et éclairée. Elles lui assurent surtout que le simple clic ne vaut acceptation qu'à condition que son auteur ait été préalablement averti.

Dans le même sens, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris[477] prévoyait que le vendeur prépare « un système d'acceptation par pages écran successives proposant une série de saisies de données qui amènerait progressivement le client vers un consentement définitif ».

Le Conseil d'Etat[478] a également proposé un système de confirmation où l'acceptation se réalise soit par l'envoi d'un courrier électronique avec obligation de conservation du message, soit par deux clics distincts sur deux icônes différentes : « j'accepte l'offre » et « confirmez-vous bien votre commande ? ».

La LCEN vient définitivement régler la question de la conclusion du contrat par voie électronique en prévoyant les modalités à suivre. Les nouvelles règles qu'elle dispose

---

[476] A. Raynouard, La formation du contrat, *in* Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 15 et s.
[477] CCIP: « Pour un contrat type de commerce électronique », 27 mars 1997, p. 12.
[478] Conseil d'Etat, Internet et réseaux numériques, la documentation française, 1998, p. 65.

n'échappent qu'en partie aux règles traditionnelles relatives à la détermination du moment de la formation des contrats à distance dont le contrat électronique fait parti.

Section II : Le moment de la formation du contrat à distance

En droit commun, le contrat se forme par l'accord de deux volontés concordantes. Lorsque les parties ou leurs représentants sont présents, il se réalise de manière instantanée au moment et au lieu même où les parties expriment leurs volontés définitives de se lier dans un rapport contractuel déterminé. Cette même règle s'applique aux accords définitifs entre offre et acceptation réalisés à la suite d'une période de pourparlers puisque le contrat sera considéré comme étant conclu instantanément au moment de l'accord final entre les parties.

En revanche, lorsque le contrat se forme à distance ou entre absents, les parties expriment leurs volontés définitives de s'engager par l'intermédiaire d'un moyen de communication à distance tel qu'une lettre postale, un téléphone, un fax, un télégramme, Internet …etc. Il y a forcément un intervalle temporel séparant l'offre de l'acceptation - sauf dans le cas du téléphone et d'Internet - et une absence de contact physique entre les parties - téléphone et Internet inclus - puisque celles-ci se trouvent dans des lieux différents[479] au moment de l'échange des consentements. Il convient, à ce stade, de déterminer le moment exact de la formation du contrat à distance[480] **(§1)** et de mesurer ensuite l'impact de l'existence d'un droit de rétractation sur ce moment **(§2)**.

---

[479] J.-L. Aubert, précise que les questions de la date et du lieu de formation du contrat sont deux questions distinctes. Associer les deux questions n'est qu'artificiel alors que la Cour de cassation semble les associer : « *dans les conventions qui se lient par correspondance, la fixation du moment et en conséquence du lieu où le contrat est devenu parfait est généralement une question du fait dont la solution dépend des circonstances de la cause »*, Soc. 20 juill. 1954 : JCP, 1955, II, 8775, note A. Rabut ; RTD civ. 1955, 165, obs. Hébraud ; La détermination du lieu de formation du contrat en général a perdu beaucoup de son intérêt depuis le NCPC, puisque la compétence territoriale des juridictions en matière contractuelle ne dépend plus du lieu de la formation du contrat. L'article 46 NCPC donne au demandeur le choix entre les juridictions du lieu du domicile du défendeur ou le lieu de livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service. L'intérêt est toutefois gardé pour les contrats de travail pour saisir le Conseil de prud'hommes : l'article R. 517-1 al 3 du code du travail ; En droit international privé, la détermination du lieu de formation du contrat permet parfois de déterminer la juridiction compétente et la loi applicable : si les parties négligent de prévoir leur choix, une loi régissant le fond du contrat et surtout sa forme selon la règle *« locus regit actum »* régit par la loi le lieu de conclusion du contrat. Ainsi l'article 9-1 et 2 de la convention de Rome du 17 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1er avril 1991.

[480] L. Grynbaum, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D. 2003, chron., n° 26, p. 1706 ; Girault, Des contrats par correspondance, 1880 ; Valery , Des contrats par correspondance, thèse paris 1895 ; Cohen, Des contrats par correspondance en droit français, anglais et nord

§1. Détermination du moment de la formation du contrat à distance

La détermination du moment de la formation d'un contrat a un intérêt majeur car elle permet de connaître la validité de l'offre et de l'acceptation : révocabilité, caducité, capacité ou incapacité de l'un ou l'autre des contractants au moment de la formation du contrat. Dans les contrats de vente, elle permet surtout de connaître le moment exact du transfert de propriété et par conséquent des risques.

Cette détermination permet aussi de fixer les points de départ de certains délais : délai de prescription, d'exécution, de garantie et de rétractation. Le contrat est en principe régi par la loi en vigueur au moment de sa formation[481].

Si la détermination du moment de la formation de contrats à distance se règle toujours selon les solutions classiques élaborées par la doctrine et la jurisprudence, celles-ci ne résolvent cependant pas le problème relatif aux transactions dématérialisées.

A- Stabilité des solutions classiques

Nous allons rappeler, sans entrer dans le débat doctrinal sur la question, les solutions proposées par la doctrine et la jurisprudence au sujet de la détermination du moment de la formation des contrats à distance.

En effet, la doctrine propose, pour résoudre ce problème, deux systèmes reposant en grand partie sur l'analyse plus ou moins rigoureuse du terme « accord de volontés ».

- Le premier dit de *l'émission* de l'acceptation où l'accord de volontés se réalise par une simple coexistence. Ce système comporte deux modalités :

- l'une dite théorie de *la déclaration.* D'après ses partisans, le contrat est considéré formé dès l'instant même où le destinataire de l'offre a pris sa décision définitive de s'engager et avant même d'extérioriser son acceptation. Devant la difficulté d'apporter une preuve certaine de l'expression de la volonté, on a songé à une autre modalité qui serait facilement prouvable.

---

américain, thèse Paris 1921 ; J.-L. Aubert, Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse paris, LGDJ 1970, n° 377 et s.

[481] Encore, la détermination du moment de la formation du contrat est importante pour les créanciers : puisque un créancier ne peut attaquer un contrat frauduleux par le moyen de l'action paulienne (art. 1167 du code civil) que s'il justifie d'un droit antérieur à la conclusion du contrat.

- l'autre dite de *l'expédition* : le contrat est considéré conclu au moment où le destinataire de l'offre se déssaisit de son acceptation verbale ou écrite, par exemple, au moment de déposer la lettre à la poste.

- Le deuxième dit de *la réception* : il exige pour la conclusion du contrat une véritable rencontre de volontés. Ses partisans avancent également deux modalités :

- l'une dite théorie de *l'information* : on considère le contrat conclu du moment où l'offrant a effectivement eu connaissance de l'acceptation. Faute de preuve certaine de cette connaissance et afin d'éviter la malhonnêteté, des auteurs ont préféré recourir à une autre modalité.
- l'autre dite de *la réception* de l'acceptation : le contrat se forme dès que l'offrant reçoit l'acceptation et sa prise de connaissance sera immédiatement présumée.

Faute d'une solution légale précise quant à la date de formation du contrat à distance[482], la jurisprudence - sans donner de solutions unitaires - écarte les systèmes les plus extrêmes et applique concurremment et selon les intérêts en cause celle de *l'expédition*[483] ou celle de la *réception*[484] de l'acceptation stricto sensu.

Ces solutions trouvent jusqu'à aujourd'hui tout leur intérêt.

---

[482] Pour le système de l'émission : art. 1121, 1984 al. 2, 1985 du code civil ; pour le système de la réception : art. 932, al. 2 du code civil.

[483] Req. 21 mars 1932 : DP, 1933, 1, 65, note Sallé de la Marnièrre ; Soc. 2 juill. 1954, Bull. civ. IV, n° 485, p. 365; Com. 7 janv. 1981: Bull. Civ. IV, n° 14: « *faute de stipulation contraire, une convention destinée à devenir parfaite non pas par la réception par le sollicitant de l'acceptation par l'autre partie mais par l'émission par celle-ci de cette acceptation* » ; Gaz. Pal. 1981, I, pan. 146 ; RTD civ. 1981, 849, obs. Chabas; Com. 6 oct. 1990 : JCP 1990, II, 21583, note B. Gross.

[484] Cass. com. 21 nov. 1966 : JCP 1967, II, 15012, note Level ; Cass. 3e civ., 24 oct. 1978 : Gaz. Pal. 1979, I, som. 18; La Convention de Vienne du 11 avril 1980 adopte le système de la réception : l'art. 18 dispose *« l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre ».* Cependant ce système sera écarté dans le cas particulier de rétractation de l'offre, l'art. 16-1 précise qu' *« une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation ».* Certaines juridictions jugent que la question de la détermination du moment de la formation du contrat est une question de fait qui relève alors du pouvoir souverain du juge du fond : Civ. 1re, 21 déc. 1960 : D. 1961. 417, note Malaurie. Solution vivement critiquée par la doctrine ; le moment de formation du contrat est une question de droit puisqu'il concerne en premier lieu les conditions nécessaires à la validité de la convention.

1. Formation du contrat à distance proposé par voie postale ou par distribution d'imprimés

La conclusion du contrat à distance proposé par voie postale ou par distribution d'imprimés se fait par bon de commande signé et envoyé à l'adresse de l'offrant. Le moment de la conclusion du contrat dépend, en principe, de la volonté des parties puisqu'il s'agit d'une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[485].

A défaut d'une stipulation particulière aménagée par les parties, les tribunaux appliquent soit la théorie de la déclaration par laquelle le contrat sera considéré conclu lors de l'expédition de la réponse par le destinataire de l'offre[486], soit la théorie de la réception qui est le moment où le vendeur reçoit la lettre d'acceptation de l'acheteur[487].

2. Formation du contrat à distance proposé par les réseaux de télécommunications

Avant la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, la règle était : le moment de la conclusion du contrat passé par téléphone est assimilé au contrat entre présents car l'échange des consentements se réalise de manière instantanée. L'échange ultérieur de lettres confirmatives n'offrait d'intérêt que pour la preuve du contrat[488].

Cette règle reste applicable dans les rapports contractuels entre professionnels ou entre particuliers. En revanche, lorsque l'offre a été transmise par téléphone par un professionnel à un consommateur, le moment de la formation du contrat est retardé jusqu'à ce que le consommateur signe son acceptation écrite en retour de l'offre écrite que le professionnel est tenu de lui adresser. L'article L. 121-27 du code de la consommation relatif au démarchage dispose, en effet, que « *le professionnel doit adresser une confirmation de l'offre qu'il a faite. Le consommateur n'est engagé que par sa signature* ».

---

[485] Cass. com., 21 nov. 1966 : JCP, G, 1967, n° 15012, note P. Level ; Cass. Com., 22 juin 1976 : Bull. Civ. IV, n° 215, p. 184.
[486] Cass. com., 7 janv. 1981 : Bull. civ. IV, n° 14, p. 11 ; RTD civ., 1981, p. 849, obs. F. Chabas.
[487] Civ., 2 févr. 1932, S. 1932, I, p. 68 ; Cass. civ., 21 déc. 1960 : Bull. civ. I, n° 558, p. 455 ; D. 1961, juris., p. 417, note Ph. Malaurie.
[488] Cass. req., 14 mai 1912, DP 1913, I, p. 281, note Valéry.

En réalité, dans ce cas, le contrat ne se forme pas par téléphone mais par correspondance. La loi ne vise pas uniquement le téléphone mais aussi *« tout moyen technique assimilable »* s'appliquant au démarchage télématique ou par télécopie. Cependant, au sens de la LCEN, ces opérations ne constituent plus des contrats à distance mais bien des contrats de démarchage.

B- Particularité de l'acceptation électronique

Le professionnel qui propose par voie électronique des biens ou services doit en vertu de l'article 1369-1 du code civil - issu de l'article 25 de la LCEN - communiquer non seulement ses conditions contractuelles mais aussi les étapes à suivre pour la conclusion du contrat électronique. Quant à l'article 1369-2 du même code, il organise les modalités de conclusion du contrat électronique[489] et prévoit ainsi que *« pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation».*

« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

« La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

La loi consacre donc le système dit du « double clic » pour l'acceptation de l'offre par voie électronique[490]. Mais la conclusion du contrat électronique exige également de s'interroger sur le rôle du fameux accusé de réception instauré par le nouveau texte.

[489] Certains auteurs préfèrent que les nouveaux textes soient plutôt intégrés dans le code de la consommation que dans le code civil : A. Penneau, Contrat électronique et protection du cybercontractant, Du code de la consommation au code civil, LPA, 13 mai 2004, n° 96, p. 3 et s ; L. Grynbaum, projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : encore un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique fiable, D. 2003, point de vue, p. 746 et s.

1. L'acceptation électronique par « double-clic »

La conclusion du contrat électronique exige désormais que le destinataire de l'offre clique deux fois consécutives pour exprimer sa volonté de s'engager. L'instauration de ce système est justifiée par l'inadaptation ou plutôt l'insuffisance des règles de droit commun à manifester une volonté certaine en matière de contrats électroniques. En effet, le droit commun, n'imposant aucune forme spécifique d'acceptation, se contente d'un acte exprimant de façon certaine et non-équivoque l'acceptation : un clic isolé est alors suffisant.

Mais, comme nous l'avons précédemment signalé - un simple clic ne suffit pas puisque le risque d'un clic accidentel sur Internet est grand et ne manifeste aucune acceptation effective du destinataire de l'offre d'où de fausses manipulations : l'acceptant clique compulsivement deux fois sur la même icône et conclut, ainsi, sans le savoir, deux contrats consécutifs portant sur des objets similaires.

Le système de double-clic élimine ce risque puisqu'il exige la réitération de la volonté déclarée de l'acceptant pour que le contrat électronique se forme[491]. Le double clic est donc obligatoire pour qu'un tel contrat soit valide.

Font toutefois exception à ce système, les contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques (article 1369-3 al. 1er du code civil) ou par dérogation expresse prévue dans les conventions conclues entre professionnels[492] (articles 1369-3 al. 2e du code civil).

Avec le double-clic[493], la formation du contrat électronique s'opère en deux étapes successives : l'acceptant sélectionne d'abord le produit ou le service qu'il souhaite acquérir et manifeste une première fois son acceptation par un premier clic. Ensuite, le destinataire de l'offre, après avoir eu *« la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix*

---

[490] M. Demoulin et E. Montero, La conclusion des contrats par voie électronique, éd. LGDJ, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 693.

[491] Le système de double-clic risque d'ouvrir à nouveau le débat relatif à la discordance entre volonté interne et volonté déclarée : V. Ph. Le Tourneau, précité, n° 23, p. 293 : *« alors que la tradition du droit français était de privilégier la volonté interne, la volonté déclarée semble prévaloir dans le monde numérique »*.

[492] La loi vise donc implicitement à interdire les conventions contraires dans les rapports contractuels professionnels-consommateurs.

[493] *Cf.* Avis, n° 608, 2002-2003, de Mme Tabarot, député, commission des lois, déposée le 11 févr. 2003.

total, et de corriger d'éventuelles erreurs » confirme sa commande en exprimant son acceptation par un deuxième clic. C'est donc cette confirmation qui fait guise de formation du contrat électronique et la loi la présente comme « un processus de consolidation » du consentement[494] mais sans s'être pour autant intéresser à la détermination effective du moment de la conclusion du contrat électronique. Elle se borne uniquement à préciser le moment où la commande et sa confirmation peuvent être considérées comme reçues.

Cependant, l'article 1369-2 alinéa 2 du code civil, ajoute une troisième étape : *« l'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée »*[495]. La détermination du moment de la formation du contrat électronique devient alors complexe[496].

Alors que la directive semble être favorable à la théorie de la réception, le droit français penche vers la théorie de l'émission. En effet, l'article 11 de la proposition de la directive du 23 décembre 1998 relative à certains aspects juridiques de commerce électronique[497] avait adopté, pour la conclusion du contrat en ligne, le principe de la réception[498] - sauf dans les relations entre professionnels où les parties sont libres d'en disposer autrement - selon lequel le contrat est considéré formé dès que l'internaute reçoit par voie électronique l'accusé de réception et confirme sa réception[499].

Cette disposition a été délaissée lors de l'adoption du texte final de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique au profit d'un titre intitulé « passation d'une commande » : seuls la commande, l'accusé de réception et les moyens de corriger d'éventuelles erreurs de saisies des données sont désormais traités[500].

---

[494] A. Penneau, précité, n° 13.

[495] La formule « *sans délai injustifié et par voie électronique* » conduit à considérer que l'accusé de réception ne peut être envoyé que par un procédé électronique.

[496] Ph. Stoffel-Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, JCP E, 16 sept. 2004, n° 28, p. 1428, n° 28 et s. ; O. Cachard, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit civil, Contrat, sept. 2004, n° 8, p. 5, n° 16 et s.; E. Grimaux, La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique, Com. Commerce électronique, 2004, n° 10, p. 1 4 ; M. Vivant, Entre ancien et nouveau une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique, juill. 2004, n° 171, p. 2 ; L. Grynbaum, Après la loi « économie numérique », pour un code européen des obligations…raisonné, D. 2004, chron., n° 30, p. 2213.

[497] JOCE, 30/04, 5 févr. 1999.

[498] L. Grynbaum, La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, précité, p. 12.

[499] Un décalage temporel serait ainsi instauré entre le moment de l'échange des consentements et celui de la formation du contrat électronique. V. P. Leclerq, Le commerce électronique immatériel, Communication-commerce électronique, 2000, chron. n° 3, p. 10.

[500] Art. 11 de la directive sur le commerce électronique.

En revanche, le projet initial de la loi française qui inclinait à la théorie de l'émission ; le texte, dans sa rédaction d'origine, avait envisagé de retenir comme date de formation du contrat la date de confirmation de commande par le destinataire de l'offre[501] Cette idée a finalement été écartée par les parlementaires au motif que cette question est traditionnellement abandonnée aux juges : *« en droit français des contrats, la question du moment de la conclusion du contrat entre absents est traditionnellement régie par la jurisprudence, le juge appréciant chaque cas d'espèce »*[502].

Le Sénat rappelle à cet égard que *« faire de la confirmation de la commande l'événement déterminant le moment de la conclusion du contrat risquerait de créer un régime spécifique pour les contrats passés sur Internet par rapport aux autres contrats négociés à distance (…) Il convient donc de supprimer dans la loi toute référence au moment effectif de la conclusion du contrat et recentrer l'article sur son objet, à savoir préciser les principes devant régir la conclusion du contrat par voie électronique ».*

La détermination du moment de la formation du contrat électronique n'est donc pas entièrement résolue. Les solutions classiques, en termes de théories de l'émission et de la réception, sont sans portée véritable dans le cadre du commerce électronique car, en disposant à l'article 1369-2 alinéa 3 que *« la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès »* fait que la rapidité du réseau Internet, opérant une fusion entre la distance et le temps, rend le décalage temporel de l'échange des consentements quasiment inexistant : la validation de l'acceptation par le destinataire de l'offre se voit - sauf incident technique - de manière quasi instantanée par l'offrant.

Il est donc peu important de savoir si le deuxième clic formant le contrat est le moment où ce clic est effectué ou si c'est le moment où le message de confirmation est reçu par l'offrant puisque sur Internet le laps de temps séparant les deux est infime.

Toutefois, l'expression *« sont considérés comme reçus »* est imprécise : le moment où le destinataire est supposé avoir reçu l'acceptation correspond-t-il au moment où il a

[501] L'article 1369-4 du projet de loi sur la société de l'information, modifié et devenu l'article 1369-2 du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. Sénat, 2003-2004, n° 144 (2e lecture) ; L. Grynbaum, Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique », D. 2002, Le point, p. 378 ; B. Gross, La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation, Mélanges R. Roblot, Paris LGDJ 1984, p. 433.
[502] Cf. Rapp. Sénat, n° 232, p. 37.

virtuellement la possibilité d'y accéder ou, au contraire, au moment où il a effectivement accès ?

Il semble que la première interprétation doit être retenue[503]. Les termes même du texte penchent vers la fiction plus que vers le réel : un accès effectif au message n'est pas nécessaire. Le risque, si on retient cette exigence d'effectivité, est d'interpréter le moment où le destinataire a accès au message comme étant le moment où il le consulte. Ce qui est totalement absurde et prive le texte de son utilité.

Cette analyse, ne réglant toujours pas la question de la détermination du moment de conclusion du contrat électronique, nous pousse à nous demander si le contrat électronique se forme dès l'émission de l'acceptation après vérification et confirmation de la commande par l'acceptant (double-clic) ou, au contraire, dès réception de l'acceptation par l'offrant voire même de l'envoi de l'accusé de réception ?

Autrement dit : l'accusé de réception est-il une exigence du fond dans le processus de conclusion du contrat électronique qui retarde le moment de sa formation jusqu'à ce qu'il soit envoyé [504] ? Si oui, l'accusé de réception détermine alors ce moment. Si non, s'agit-il simplement d'une nouvelle formalité de protection exigée uniquement à titre probatoire ?

En réalité, un doute sur le rôle et la portée exacte de l'accusé de réception dans le processus contractuel résulte de la formulation imprécise de la loi. En effet, les termes *« pour que le contrat soit valablement conclu »* peuvent être interprétés différemment par les juges[505]. S'il est possible qu'un juge considère le contrat comme étant conclu dès que l'acceptant confirme son acceptation par double-clic, il n'est pas exclu qu'un autre juge déduise que la formation du contrat électronique est effectivement retardée à l'accusé de réception voire à sa réception par l'acceptant.

Or, les dispositions relatives au démarchage peuvent conforter cette dernière interprétation. Ainsi, l'article L. 121-27 du code de la consommation dispose que le consommateur n'est pas engagé tant que la confirmation écrite que le professionnel doit lui adresser n'est pas acceptée. La formation du contrat ne résulte donc pas de l'échange des

[503] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 39.
[504] Voir, A. Penneau, précité, n° 13.
[505] M. Vivant, précité, n° 23.

consentements mais de la signature d'un écrit confirmatif. Il est aussi probable que le juge rapproche l'accusé de réception électronique à une confirmation.

En tout cas, pour retenir l'interprétation la plus juste, la loi ne fournit des solutions qu'indirectement. Lorsque l'article 1369-2 alinéa 2 impose à l'auteur de l'offre d'accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été adressée et ajoute à l'alinéa 3 du même article - qui régit également les contrats conclus par échange de courriers électroniques - que *« la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès »* : c'est dire que la commande ainsi que la confirmation de l'acceptation sont les seules conditions nécessaires à la conclusion du contrat électronique.

L'accusé de réception imposé par la loi reste alors extérieur à la conclusion du contrat. Cette analyse se confirme par l'article 1369-2:

● prévoyant d'abord que par le deuxième clic, le destinataire de l'offre exprime son acceptation, l'accusé de réception étant alors qu'une simple obligation professionnelle.

● ensuite que l'accusé de réception ne peut être une condition nécessaire à la perfection du contrat électronique puisque, dans le cas inverse, il suffit à l'offrant de ne pas l'envoyer pour faire échouer la conclusion du contrat électronique. Ce qui est absolument dénué de sens ! Nous pouvons, à cet égard, citer l'exemple de la confirmation écrite prévue à l'article L. 121-19 du code de la consommation où il est stipulé que le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable certaines informations. Cette confirmation doit intervenir « en temps utile » et au plus tard au moment de la livraison à moins que le professionnel n'ait déjà satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat. Même si le terme « en temps utile » laisse perplexe, la doctrine a malgré tout conclu que la confirmation ne peut être une condition du fond affectant le moment de la formation du contrat car la référence à la livraison exclut une telle interprétation[506].

● enfin si l'accusé de réception avait été une condition du fond, il aurait à priori fallu précisé son contenu[507] : ce que la loi passe sous silence. Cette précision est d'autant plus nécessaire que le rôle de l'accusé de réception dépend de son contenu respectif. Si celui-ci exprime une volonté certaine et non équivoque de l'auteur de s'engager, le contrat

[506] Lamy informatique et réseaux, Guide ; La formation du consentement, la preuve et les EDI, n° 2957, p. 1663.

se forme. Par contre, s'il se limite exclusivement à constater la réception du message émis par l'acceptant, il ne suffira pas à la conclusion du contrat. L'assimilation de l'accusé de réception à une confirmation de commande n'est donc pas possible. Car, d'une part, *« la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception* » prévues dans le texte, sont trois notions distinctes et d'autre part, si l'accusé de réception devait être considéré comme une condition du fond, la loi obligerait alors l'offrant à conclure le contrat sans volonté ferme et non équivoque de sa part, ce qui est contraire à la liberté contractuelle[508].

En résumé des analyses précédentes, on peut dire que l'accusé de réception n'a aucune valeur de fond et ne constitue pas une étape nécessaire à la perfection du contrat électronique puisque celui-ci est d'ores et déjà formé par le double-clic avant même qu'un accusé de réception ne soit adressé. Ce qui était déjà énoncé dans les travaux préparatoires : l'accusé de réception n'a qu'un « *rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle »*[509].

De plus, la loi française incline à la théorie de l'émission où le contrat est conclu dès émission de l'acceptation en ne tenant plus compte des incidents techniques pouvant survenir postérieurement et qui empêcheraient le message de données de parvenir jusqu'à l'offrant[510]. Ce qui, au bout du compte, favorise l'acceptant.

L'accusé de réception n'a donc qu'une valeur strictement probatoire[511] et son rôle se limite exclusivement à constater que la commande a bien été reçue par l'offrant.

2. Le rôle probatoire de l'accusé de réception

Si la loi impose au fournisseur d'accuser réception de la commande qui lui a été adressée « sans délai injustifié », c'est pour que l'acceptant puisse facilement prouver la formation du contrat. En effet, dans le monde numérique, il n'est pas toujours facile au

---

[507] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 42.
[508] L. Leveneur, La liberté contractuelle en droit privé, AJDA 1998, p. 676.
[509] Ch. Rapp. Tabarot, précité.
[510] L. Grybaum, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D. 2003, p. 1707 ; O. Cachard préconise qu'en matière de preuve du contrat électronique, la théorie de l'émission va à l'encontre de l'intérêt du client puisqu' il n'est pas certain que ce dernier détienne encore la preuve du contrat sur son ordinateur, précité, n° 19.
[511] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 43.

destinataire de l'offre de prouver son acceptation : lorsqu'elle est formulée par le biais d'un courrier électronique, la conservation de ses traces est facile à établir. Réciproquement, le client pourra difficilement prouver la formation du contrat lorsqu'il exprime son acceptation directement sur le site du fournisseur. Il pourrait enregistrer et archiver les pages successives du site contenant l'offre mais il lui sera difficile de prouver qu'il a effectivement émis son acceptation en cliquant une deuxième fois pour exprimer sa volonté de contracter d'où l'intérêt de l'accusé de réception qui lui facilitera radicalement la tâche. De plus, la preuve de la formation du contrat électronique est aussi importante pour fixer le point de départ de certains délais : délai de rétractation et d'exécution par exemple[512].

Il est également regrettable que la loi impose d'accuser réception sans avoir prévu de sanctions pour autant. Si le non respect de cette obligation est régi par les règles de droit commun - octroi de dommages et intérêts - comment alors prouver le fait générateur alors que l'envoi d'un accusé de réception est subordonné à l'émission de l'acceptation, mais cet accusé étant justement le moyen de prouver l'émission de l'acceptation[513] ?

Pour éviter un tel risque et gagner la confiance des clients, surtout des consommateurs, deux solutions sont envisageables :

- la première consiste à mettre en place un système sophistiqué sur le site du fournisseur qui permet automatiquement l'envoi d'un accusé de réception dès réception de la commande. Cette pratique est déjà utilisée par la majorité des entreprises de vente à distance.
- la deuxième est d'origine légale. La LCEN prévoit au nouvel article L. 134-2 du code de la consommation que dans les contrats de consommation dont le montant dépasse un seuil fixé par décret, le cocontractant professionnel doit conserver l'écrit électronique constatant le contrat. L'article 1369-1, 4° oblige aussi celui-ci à préciser dès la formulation de l'offre, les modalités d'archivage ainsi que les conditions d'accès au contrat archivé. Ces nouvelles dispositions ont pour objectif de garantir l'intégrité de la volonté des contractants - consommateurs voire professionnels - et de faciliter leur tâche en leurs procurant une preuve des transactions qu'ils ont souscrites par voie électronique.

[512] C. consom., art. L. 121-20-3 : la commande doit être exécutée en matière de contrats à distance dans un délai de trente jours.

D'ailleurs, au sens du nouvel article L. 121-20-4 du code de la consommation (issu de l'article 23 de la LCEN), les contrats électroniques sont des contrats à distance où le consommateur bénéficie donc d'un droit de rétractation. Nous allons au préalable nous interroger sur l'influence de son existence et de son exercice sur la formation du contrat à distance.

§ 2. Incidence du droit de rétractation sur le moment de la formation du contrat à distance

L'un des piliers du droit de la consommation est la reconnaissance d'un droit (ou plutôt d'une faculté) de rétractation au consommateur. Ce droit permet à ce dernier de revenir sur son engagement et a pour objectif de protéger une partie - le consommateur - se trouvant en situation de faiblesse par rapport à son cocontractant professionnel.

En effet, le législateur tant français que communautaire a remarqué que le consommateur est confronté à des situations complexes et qu'il fallait le protéger efficacement. Il exige de plus en plus que le consentement du consommateur soit libre et éclairé pour qu'il s'engage en toute connaissance de cause. Pour atteindre cet objectif, le législateur juge qu'il est insuffisant de fournir des informations complètes préalablement à la formation du contrat et de prévoir parfois un délai de réflexion permettant au consommateur d'apprécier l'opportunité de son engagement avant même de l'inscrire. Mais le législateur prévoit à posteriori un droit de rétractation par lequel le consommateur peut résoudre de manière unilatérale un contrat auquel il a consenti.

Le fondement de la reconnaissance juridique d'un droit de rétractation au consommateur est donc celui d'établir des relations contractuelles équilibrées dans des domaines où le consommateur pourrait être confronté à un danger ou à une fraude qui conduirait à des conséquences néfastes sur son consentement.

Ainsi, en matière de contrats à distance, l'absence de contact direct aussi bien avec l'objet de la vente qu'avec le partenaire du contrat pourrait amener le consommateur à s'engager à la légère. En matière de démarchage, le professionnel pourrait forcer le consentement du consommateur en le poussant à contracter sans que ce dernier ne veuille

[513] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 44.

effectivement s'engager. En matière de crédit, la rapidité de l'opération pourrait empêcher le consommateur d'apprécier l'opportunité véritable de celle-ci.

La multiplication des contrats d'adhésion à notre époque augmente considérablement le risque de vicier le consentement du consommateur. Dans toutes ces situations, les règles générales de droit commun sont insuffisantes à protéger le consommateur notamment selon la théorie des vices du consentement car une action intentée en justice, même si elle réussit, reste marginale du fait qu'elle ne protège qu'un individu et non l'ensemble des consommateurs. Le droit de rétractation se présente alors comme une alternative dont le but est de protéger à posteriori l'ensemble des consommateurs.

Ce droit - dérogatoire aux règles de droit commun - est d'ordre public et permet au consommateur insatisfait ou pensant que son consentement a été vicié de se dégager unilatéralement pendant un délai déterminé du contrat auquel il a consenti. Le consommateur n'a ni besoin d'avancer un motif particulier ni besoin de payer une quelconque contrepartie financière, à l'exception, le cas échéant des frais de retour des produits.

L'existence de ce droit pose toutefois un réel problème juridique relatif à la détermination du moment de la formation du contrat de consommation conclu à distance. En droit commun, le contrat se forme de manière instantanée dès l'échange des consentements des parties alors qu'en droit de la consommation, il ne devient parfait et ne produit pleinement ses effets qu'après écoulement d'un délai de rétractation assurant l'intégrité du consentement du consommateur après l'acceptation. L'existence de ce droit affecte-t-elle la formation instantanée du contrat à distance par l'acceptation ? Si « oui », à quel moment exactement ce contrat se forme-t-il ? Autrement dit, le contrat à distance se forme-t-il seulement par l'échange des consentements même quand le délai de rétractation n'est pas expiré, ou au contraire, après son expiration ?

Pour répondre à ces questions, il conviendrait de préciser la nature et le régime juridique du droit de rétractation.

A- Nature juridique du droit de rétractation

La nature juridique du droit de rétractation a fait l'objet d'un grand débat au sein de la doctrine[514]. Pour certains auteurs, l'existence du droit de rétractation d'origine légale constitue un obstacle à la formation instantanée du contrat par l'échange des consentements. Elle entraîne une formation successive du contrat qui ne devient parfait et ne produit pleinement ses effets qu'après expiration du délai de rétractation.

Pour d'autres auteurs, l'existence de ce droit n'empêche pas la formation instantanée du contrat dès l'échange des consentements mais suspend simplement la force obligatoire du contrat tout au long du délai de rétractation imparti.

1. Le droit de rétractation conduit-il à une formation instantanée ou progressive du contrat ?

Le droit de rétractation remet en cause, selon une partie de la doctrine, la formation instantanée et définitive du contrat par le simple échange des consentements car, en présence de ce droit, le contrat cesse d'être instantané pour devenir successif ou progressif[515]. Pour entraîner la formation définitive du contrat, le consentement du consommateur n'existe pas durant le délai de rétractation en raison du fait que le contrat pourrait, au cours de sa formation, être interrompu à tout moment. Il se forme alors progressivement dans le temps : un consentement entame sa formation et reste inchangeable durant le délai de rétractation et c'est uniquement à l'expiration de ce dernier que le contrat est définitivement conclu[516].

Cette position a été critiquée par la majorité de la doctrine qui pense que le délai de rétractation - alors même d'origine légale - ne fait pas obstacle à la formation instantanée

---

[514] V. R. Baillod, Le droit de repentir, RTD civ. 1984, p. 227 ; Ph. Malinvaud, Droit de repentir et la théorie générale des obligations, Milan 1994, p. 743 et s. ; J.-P. Pizzio, Un apport législatif en matière de protection des consommateurs : la loi du 22 déc. 1972 sur la protection des consommateurs sollicités à domicile, RTD civ. 1973, p. 66 ; V. Christianos, Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D. 1993, chron, p. 28 ; H. Aubry, L'influence du droit communautaire…, précité, n° 62 et s ; V. G. Paisant, La loi du 6 janv. 1988 sur les opérations à distance et le télé-achat, JCP, E, 1988, 15229, p. 472 ; D. Mainguy, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p. 1.

[515] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 102.

[516] J-M. Mousseron, Technique contractuelle, éd. Francis Lefebvre 1998, n° 266, p. 124.

du contrat[517]. Les auteurs s'appuient, en effet, sur les termes même des textes légaux qui imposent un délai de rétractation. Dans le code de la consommation, on trouve plusieurs exemples : en matière de crédit, l'article L. 311-15 disposant que *« le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre »* ; en matière de contrat à distance, l'article L. 121-20 du même code prévoit que *« le délai* (de rétractation) *court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services »* ; ou encore de *« la signature»* du contrat[518] ou de *« la commande ou de l'engagement d'achat »*[519].

Dans le même sens, le nouvel article 1369-2 du code civil, issu de la LCEN dispose que *« pour que le contrat* (électronique) *soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer son acceptation »*.

Ces exemples montrent bien qu'il ne s'agit donc pas de retarder le moment de la formation du contrat jusqu'à l'expiration du délai de rétractation mais bien de remettre en cause par une volonté unilatérale un contrat déjà conclu. Le droit de rétractation paralyse simplement sa mise en œuvre durant le délai de rétractation et à l'échéance de celui-ci, le contrat produit de plein droit ses effets.

2. Le droit de rétractation suspend-il la force obligatoire du contrat ?

La majorité de la doctrine[520] considère que le délai de rétractation n'empêche pas la conclusion instantanée du contrat par l'échange des consentements mais paralyse sa force obligatoire durant le délai de rétractation. Les auteurs comparent, en effet, la faculté de rétractation à une faculté de dédit[521] qui permet l'anéantissement rétroactif du contrat ou la qualifient de simple condition suspensive ou résolutoire[522].

---

[517] Cass. 1re, civ., 10 juin 1992 : Contrats Conc. Consom., 1992, n° 195.
[518] C. consom., art. L. 121-27.
[519] C. consom., art. L. 121-25.
[520] J. Carbonnier, Droit civil, t. IV : Les obligations, Paris, 21e éd. 1998, n° 114, p. 221; J. Flour et J.-L. Aubert, précité, p. 195 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer : Droit civil, Les obligations, 2, 6e éd. Litec 1998, n° 410 ; J.-P. Doll et H. Guérin, Le demarchage et la vente à domicile, JCP G, 1973, I, 2524.
[521] A. Bietrix et H. Birbes, Vente à domicile et protection des consommateurs, Cah. Dr. Entrepr. 1973, I, p. 9 ; D. Ferrier, Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. 1980, chron. p. 177.

■ **Le droit de rétractation est-il une faculté de dédit?**

Une partie de la doctrine considère que le droit de rétractation doit être analysé comme une faculté de dédit surtout lorsqu'il est d'origine conventionnelle et accompagné de versement d'arrhes[523]. Mais que faut-il entendre par « arrhes » vu qu'elles peuvent remplir plusieurs fonctions ? Laquelle de ces fonctions doit-on retenir ?

En effet, le versement d'arrhes peut accompagner une convention déjà formée. Les arrhes viennent donc renforcer l'engagement pris. Elles peuvent être considérées comme un commencement d'exécution surtout lorsque les parties les ont expressément mentionnées dans la convention[524] ou être qualifiées de clause pénale à titre de dommages et intérêts en cas d'inexécution ou de résolution.

En revanche, en l'absence de convention définitive, elle peuvent être interprétées comme une faculté de dédit permettant à chacune des parties de renoncer à son engagement en perdant simplement la somme versée. Ainsi, l'article 1590 du code civil dispose que *« si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir. Celui qui les a données, en les perdant. Et celui qui les a reçues, en restituant le double »*.

Les juges du fond qualifient les arrhes en fonction de l'usage et de la commune intention des parties. Ils peuvent considérer la somme versée comme un véritable commencement d'exécution ou comme une faculté de dédit.

La même solution s'applique dans les contrats de consommation. Ainsi, la loi n° 92-60 de la loi du 18 janvier 1992, concernant les opérations portant sur les biens meubles et les fournitures de services entre professionnel et consommateur, dispose à l'article L. 114-1, alinéa 2 du code de la consommation : *« sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double »*.

---

[522] G. Raymond, Vente à distance, Juris-cl., contrats. distribution, Fasc. 1390, n° 96; Cas et Ferrier, Traité de droit de la consommation, Paris, 1986, n° 474; L. Bernardeau, Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble, JCP G, 2000, doct., I, 218, p. 623.
[523] A. Triclin, La reconnaissance des arrhes : JCP 1994, I, 3732.
[524] Civ., 23 mars 1966 : RTD civ., 1967, 183, obs. Cornu.

L'assimilation du droit légal de rétractation à une faculté de dédit n'est donc pas pertinente et peut être concevable que lorsque la faculté de rétractation trouve sa base juridique dans une convention car les parties peuvent s'accorder sur les conditions et modalités de son exercice. Elles peuvent, en effet, prévoir par une clause particulière que la somme versée est bien des arrhes et préciser leurs fonctions.

Il est par contre impossible d'appliquer une telle solution au droit de rétractation d'origine légale car ce dernier est imposé à titre impératif et qu'aucune convention contraire n'est concevable. Le consommateur peut bien évidemment exercer son droit de rétractation sans payer aucune contrepartie financière ou pénalité, à l'exception le cas échéant, des frais de retour du produit. Qualifier le droit de rétractation de faculté de dédit est donc irréaliste. C'est pourquoi certains auteurs le considèrent comme essai !

- **Le droit de rétractation est-il un essai ?**

Certaines ventes se font à l'essai dans le but de permettre à l'acquéreur d'apprécier l'objet de la vente avant de l'acquérir. Dans ce cas, le contrat ne se forme pas immédiatement par échange des consentements puisque selon l'article 1588 du code civil *« la vente à l'essai est toujours présumée faite sous condition suspensive »*.

Il en résulte que les risques de la chose pèsent sur le vendeur jusqu'à ce que l'essai soit accompli. Cependant, il ne s'agit que de dispositions à caractère supplétif où les parties peuvent s'accorder à ce que l'essai soit une condition résolutoire. Dans ce dernier cas, le contrat de vente est définitivement conclu même si l'essai n'est pas encore accompli. Les risques de la chose vendue pèsent désormais sur l'acheteur.

C'est pourquoi le droit de rétractation a été assimilé à un véritable essai qui repousse la date de conclusion définitive du contrat à l'échéance du délai de rétractation[525].

L'assimilation peut être envisageable quand la faculté de rétractation est fondée sur une convention puisque, selon l'article 1584 du code civil, les parties peuvent convenir que le contrat de vente soit assorti d'une condition suspensive ou résolutoire. Elles peuvent soit suspendre la formation définitive du contrat jusqu'à ce que l'essai soit accompli ; soit se

[525] J. M. Mousseron, La durée dans la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974, p. 522 ; R. Baillod, précité, p. 227.

placer à l'intérieur du contrat en donnant droit à une partie de revenir sur son engagement, un véritable droit de rétractation[526].

Cette assimilation serait néanmoins erronée en présence d'une faculté de rétractation d'origine légale parce qu'à l'inverse du contrat à l'essai :

- la faculté de rétractation n'affecte pas la formation du contrat mais suspend seulement sa force obligatoire durant le délai imparti pour se rétracter. Elle est imposée à titre impératif et permet au consommateur de résoudre le contrat alors que le professionnel est définitivement engagé dès l'échange des consentements.
- si l'essai concerne les contrats de vente, le droit de rétractation en droit de la consommation porte non seulement sur ces derniers mais aussi sur les contrats de fourniture de services (par ex. en matière de contrats à distance).
- la faculté de rétractation ne peut en aucun cas être considérée comme une condition résolutoire ou suspensive car celles-ci sont des modalités de contrat et non des éléments essentiels de l'accord de volontés[527].

Deux autres théories, plus originales, ont été avancées par la doctrine pour expliquer l'impact de l'existence d'un droit de rétractation sur le moment de la formation du contrat. Elles s'accordent sur le fait que le contrat se forme instantanément dès l'échange des consentements et que la force obligatoire, suspendue durant le délai de rétractation, est subordonnée à la réalisation d'un événement extérieur à la volonté (un élément du temps). La différence entre les deux théories réside dans le fait que l'une fait appel à la notion de cause et l'autre distingue entre perfection et efficacité du contrat.

■ **Le droit de rétractation et la notion de cause**

M. Aubry soutient que la nature juridique du droit de rétractation s'explique par la notion de cause ou plus précisément par la cause efficiente par opposition à la cause finale

[526] Il existe un rapprochement entre la condition suspensive de l'essai et celle de la faculté de rétractation : l'absence de réponse de son bénéficiaire rend le contrat de vente parfait à l'expiration du délai imparti ; Pour les contrats à l'essai voir : Civ. 1re, 13 oct. 1998 : Bull. civ., I, n° 304, p. 211 ; JCP 1998, IV, 3339 ; Contrats Conc. Consom., 1998, 161, note Leveneur ; RTD civ. 1999, 376, obs. Mestre; TGI Paris, 19 avril 1972:D. 1973, juris. p. 202, note H.Thuillier.

[527] G. Cornu, La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, *in* Travaux de l'Association H. Capitant, 1973, 131 et s. ; V. Christianos, précité, p. 29.

de la convention[528]. L'auteur précise que malgré l'existence d'un accord de volontés entre les parties, le contrat n'a pas de force obligatoire tant que le délai de rétractation n'est pas expiré. C'est donc parce que la volonté des contractants n'est pas suffisante pour créer des effets de droit que le temps, élément objectif, joue un rôle fondamental dans le processus de création d'effets juridiques. Autrement dit, c'est seulement à l'expiration du délai que la rencontre des volontés devient effective. Le délai de rétractation peut être qualifié de cause efficiente du contrat.

Est une cause efficiente : *« tout événement à la survenance duquel l'effet contractuel envisagé est impérativement et spécialement subordonné »* [529]. La principale cause efficiente est la rencontre des volontés puisqu'elle constitue un événement à la survenance duquel tous les éléments du contrat sont subordonnés. L'écoulement du délai de rétractation est aussi une cause efficiente à laquelle l'effet obligatoire de l'accord de volontés est subordonné.

Il en résulte que le consentement donné par le consommateur ne serait efficace qu'après écoulement d'un certain délai. En d'autres termes, *« la cause résulte d'une combinaison de la volonté et des éléments objectifs et normatifs en vue de produire un effet du droit. Bien que les partenaires se soient accordés sur les éléments essentiels du contrat, le contrat ne peut pas produire d'effets de droit car un élément objectif n'existe pas encore dans le temps : cet élément est l 'écoulement d'un délai imposé par la loi. C'est seulement à l'expiration de ce délai que la cause de l'obligation du démarcheur et la cause de l'obligation remplissent les conditions d'efficience »*[530] .

C'est pourquoi, aucune obligation d'exécution n'est imposée tant que le délai n'est pas écoulé du fait que l'accord de volontés n'est pas encore efficient. L'acheteur ne doit pas payer le prix et la propriété de la chose ne doit pas être transférée. Les risques de la chose vendue pèseront toujours sur le vendeur. Si celui-ci décide toutefois de remettre la chose vendue au consommateur, avant même l'écoulement du délai imparti, ce dernier ne devient qu'un simple dépositaire[531].

---

[528] H. Aubry, précité, n° 72. L'auteur soutient également que le mécanisme du droit de rétractation peut être intégré dans la théorie générale des obligations grâce à la notion de cause efficiente.
[529] Cf. Ph. Reigne, La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, thèse, Paris II, 1993, précité, H. Aubry, précité, note n° 307.
[530] H. Aubry, précité, n° 75.
[531] H. Aubry, précité, n° 76.

■ **Le droit de rétractation et la distinction entre perfection et efficacité du contrat**

M. Christianos[532] explique que l'existence d'un droit de rétractation n'empêche pas la *« perfection »* du contrat par échange des consentements mais la présence d'un contrat valide ne signifie pas pour autant son exécution automatique puisque le droit de rétractation - élément extérieur à la relation contractuelle - suspend simplement l'*« efficacité »* juridique du contrat durant le délai de rétractation. A l'expiration de ce dernier, le contrat acquiert son efficacité juridique de plein droit pour l'avenir. En revanche, si le consommateur se rétracte pendant le délai imparti, le contrat déjà valide ne sera pas nul mais caduc. L'impact du droit de rétractation sur le contrat coïncide exactement avec la situation d'un testament - acte unilatéral[533] - valide qui ne deviendrait efficace qu'à la mort du testateur.

Ces deux théories touchent, à notre avis, le fond du problème tout en respectant l'esprit des dispositions législatives qui convergent vers une seule réponse, celle de la formation instantanée du contrat dès l'échange des consentements. Le droit de rétractation ne fait que paralyser l'efficacité juridique du contrat durant le délai imparti. Il demeure justement extérieur à l'accord de volontés sinon comment pourrait-on expliquer l'engagement définitif du professionnel si le contrat n'était pas à priori formé !

Ce constat montre que le droit légal de rétractation n'intervient donc pas dans le processus d'échange des consentements mais joue par contre un rôle à posteriori en permettant de mettre fin à un engagement d'ores et déjà souscrit.

La détermination de la nature juridique du droit légal de rétractation exige alors de prendre en considération deux éléments essentiels :

● ce droit est avant tout une exception qui déroge aux règles de droit commun. De cette caractéristique découle des conséquences juridiques : l'application de ce droit en tant qu'exception est prioritaire à condition que son exercice se limite au domaine strictement dessiné par le législateur ; il est d'interprétation stricte et son assimilation à un essai ou à

[532] Délai de réflexion, précité, p.30.

une faculté de dédit doit être écartée. La gratitude dans son exercice confirme davantage sa particularité.

● ce droit comporte bien évidemment un élément temporel (élément extérieur à l'accord de volontés) qui n'affecte pas à lui seul l'efficacité du contrat. Autrement dit, ce n'est pas le temps qui suspend l'efficacité du contrat mais surtout le pouvoir attribué par la loi au contractant - le consommateur - de mettre fin ou pas de manière unilatérale au contrat auquel il a consenti pendant le délai imparti. Le temps joue ici un double rôle : il sert de passage entre efficacité juridique du contrat, qui dépend totalement de la volonté unilatérale du consommateur, et efficacité juridique de plein droit ; il délimite dans le temps l'efficacité de la volonté unilatérale du consommateur et la rend inefficace à l'expiration du délai imparti.

En revanche, lorsque la loi prévoit un délai de réflexion en interdisant de conclure le contrat avant l'expiration d'un certain délai, la volonté des parties n'a aucune influence sur le temps qui joue alors un rôle indépendant : la volonté des deux contractants reste passive tout au long du délai puisque elle ne peut pas l'arrêter. L'élément temporel du droit de rétractation est, au contraire, subordonné à la volonté unilatérale du consommateur qui peut décider à tout moment d'arrêter ce délai. Le temps, n'a dans ce cas, aucun effet sur la force obligatoire du contrat du moins à l'égard du consommateur. Il en résulte, à notre avis, que le droit de rétractation ne peut pas être attaché à la notion de cause efficiente car l'efficacité du contrat dépend directement de la volonté unilatérale du consommateur et qu'indirectement du temps.

Nous sommes plutôt partisans de la théorie qui distingue entre perfection et efficacité du contrat, à notre avis, plus pertinente car elle explique l'impact de l'existence d'un droit légal de rétraction sur la force obligatoire du contrat. Cette théorie est confortée par les conditions d'exercice très particulières du droit légal de rétractation prévues en matière de contrats à distance.

---

[533] A. Seriaux, L'engagement unilatéral de volonté en droit positif français actuel, Paris, éd. Economica 1999, p. 11 ; A. Seriaux, La notion de contrat synallagmatique, Paris LGDJ 2001, p. 777.

B- Régime juridique du droit de rétractation

La justification de l'existence d'un droit de rétractation en matière de contrats à distance se résume à l'impossibilité matérielle pour le consommateur de vérifier la réalité du produit proposé à la vente avant la conclusion du contrat. Sa décision initiale pourrait être erronée ou non éclairée en décidant de contracter sur la seule description photographique ou sur des informations exagérées[534].

En effet, la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance dispose à son considérant n° 14 que *« lorsque le consommateur n'a pas la possibilité in concreto de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat ; qu'il convient de prévoir un droit de rétractation, sauf disposition contraire dans la présente directive ; que, pour que ce droit ne reste pas de pure forme, les éventuels frais supportés par le consommateur lorsqu'il exerce son droit de rétractation doivent être limités aux frais directs de renvoi des marchandises ; que ce droit de rétractation ne doit pas préjuger de l'application des droits dont le consommateur bénéficie en vertu de sa législation nationale, notamment en ce qui concerne la réception des produits endommagés, de services défectueux ou de produits ou services qui ne correspondent pas à la description qui en est faite dans l'offre ; qu'il appartient aux Etats membres de déterminer les autres conditions et modalités consécutives à l'exercice du droit de rétractation »*.

Le droit de rétractation en matière de contrats à distance est un droit dérogatoire aux règles générales de droit commun en ce sens que son exercice doit répondre à certaines conditions du fond. Sa forme, en revanche, est libre.

1. Conditions du fond

Lorsque le contrat est conclu à distance selon les descriptions prévues à l'article L. 121-16 du code de la consommation[535], et à l'exception de certains contrats[536], le

[534] J. Calais-Auloy et F.Steinmetz, 6e éd. Dalloz, 2003, n° 105.

[535] Le droit de rétractation en matière de contrats à distance ne se limite plus aux contrats de vente mais concerne depuis l'ordonnance du 23 août 2001 les contrats de prestation de service. Cet élargissement est dû à

consommateur dispose selon l'article L. 121-20 du même code 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 »*.

Le droit de rétractation en matière de contrats à distance est donc pour le consommateur un droit unilatéral, discrétionnaire, gratuit qui doit être exercé pendant un certain délai. Mais ce droit ne concerne que certains produits et services.

- Ce droit *unilatéral* est reconnu au consommateur - partie réputée faible dans le rapport contractuel - que la loi tend à protéger. Par ce droit, il met fin à l'engagement auquel il a déjà consenti. Par contre, son cocontractant - le professionnel - est privé de toute possibilité de se rétracter et demeure engagé tout au long du délai imparti. Il en résulte que toute clause ou stipulation donnant au professionnel un droit de rétractation est nulle de plein droit. Par conséquent, pour demander la nullité du contrat, le professionnel doit obligatoirement poursuivre les règles générales de droit commun en prouvant, par exemple, l'existence d'un vice de consentement, la défaillance de l'objet ou de la cause du contrat. A ce sujet, ce droit légal de rétractation diffère des règles conventionnelles de rétractation qui peuvent donner indifféremment droit à l'un ou l'autre contractant de revenir sur son engagement, avec ou sans pénalités.

- Le droit de rétractation est *discrétionnaire* : le consommateur, insatisfait ou qui ne veut plus acquérir le produit ou bénéficier du service, peut décider selon son gré de revenir sur son engagement de manière pure et simple sans avoir nul besoin d'avancer un motif particulier ou de payer une quelconque pénalité, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour de la marchandise. Ce caractère présente un double intérêt : d'une part, l'exercice de ce droit n'est pas une obligation mais une simple faculté pour le consommateur qui peut donc librement décider de mettre fin à l'engagement qu'il a souscrit ou s'abstenir d'exercer son droit de rétractation pendant le délai imparti pour s'engager définitivement. D'autre part, lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, il peut anéantir le contrat de manière unilatérale sans pour autant se justifier

---

l'influence du droit communautaire, ainsi, l'article 2 de la directive du 20 mai 1997 relative aux contrats à distance.

ou avoir à démontrer qu'il avait éventuellement été influencé par le professionnel. Autrement dit, la rétractation du consommateur ne sera jamais considérée comme abusive, excessive ou de mauvaise foi car ce droit découle justement et directement des dispositions impératives.

Il s'agit donc pour le consommateur d'un droit purement potestatif[537] où le droit de rétractation d'origine légale diffère des règles conventionnelles de rétractation :

- son exercice n'exige aucune motivation. De ce point de vue, ce droit diffère de celui de la demande de nullité du contrat pour dol ou erreur. Le caractère déterminant de ces vices sur le consentement du contractant doit être démontré sinon la validité du contrat est maintenue.

- quant au droit de rétractation conventionnel, il doit impérativement être motivé pour justifier l'anéantissement du lien contractuel. A défaut de cette motivation, le juge peut déclarer sans valeur le dédit exercé de mauvaise foi ou de légèreté blâmable.

- selon l'article 1174 du code civil, le droit conventionnel de rétractation ne doit pas être potestatif à peine de nullité : la validité des clauses ou stipulations, donnant droit à l'un ou aux deux contractants de se rétracter, est conditionnée à ne pas être potestative. Est potestative toute condition *« qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher »*[538]. Quant à la doctrine, elle définit les conditions potestatives comme « *des pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale »*.

- le droit de rétractation des consommateurs est imposé à titre impératif et son respect est d'ordre public en ce sens que toute convention ou stipulation contraire qui a pour effet de priver le consommateur de cette faculté serait nulle de pleine droit. Il s'agit donc d'un droit autonome par rapport à la volonté des parties.

● Le droit de rétractation d'origine légale est également un droit *gratuit* : le consommateur n'est pas contraint à payer une contrepartie pécuniaire, à l'exception, le cas

[536] C. consom., art. L. 121-17 ; Art. 3 de la directive du 20 mai 1997.
[537] L. Bernardeau, précité, n. 23 et s.

échéant, des frais de retour des produits. Dans le cas contraire, il y aurait une entrave à l'exercice de son droit de rétractation. Le caractère impératif de la gratitude assure l'efficacité de ce droit et rend nulle toute clause en cas de stipulation contraire. A cette occasion, la CJCE a jugé que les directives communautaires s'opposent *« à ce qu'un contrat comporte une clause imposant le paiement par le consommateur d'une clause forfaitaire pour dommages causés au commerçant au seul motif qu'il a exercé son droit »*. Le droit légal de rétractation diffère alors des clauses de dédit et des clauses pénales.

Au demeurant, lorsque le consommateur se rétracte régulièrement, le professionnel doit lui rendre la totalité du prix versé au plus tard trente jours suivant l'exercice de ce droit[539]. Faute de remboursement dans ce délai, la somme devient productive d'intérêts de plein droit au taux légal en vigueur. Le professionnel encourt aussi une amende[540]. Ces mesures ont pour but d'éviter l'abus et la fraude du professionnel en tirant indûment profit des sommes importantes versées par les consommateurs.

La cour de cassation a toutefois jugé, sous l'empire des textes anciens antérieurs à l'ordonnance du 23 août 2001, que les frais destinés à vérifier la marchandise retournée n'étaient pas des frais de retour et que le vendeur peut dès lors les retenir[541].

● L'exercice du droit de rétractation est limité dans le temps : au delà du délai légal, le consommateur se trouve définitivement engagé. Ainsi, en matière de contrats à distance, il dispose en principe d'un délai de sept jours francs ouvrables pour exercer son droit de rétractation. Ce délai commence à courir à compter de la réception des biens achetés et de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services[542]. En cas de conflit sur le point de départ de ce délai, la charge de la preuve - libre - incombe au professionnel. Le délai de sept jours sera porté à trois mois si le professionnel ne satisfait pas à son obligation d'adresser au consommateur une confirmation écrite des informations prévues à l'article L. 121-19 du code de la consommation. S'il remplit finalement cette obligation pendant le délai des trois mois, à compter de la réception du produit ou de l'acceptation de l'offre

---

[538] Art. 1170 du code civil.
[539] C. consom., art. L. 121-20-1 al. 1er.
[540] C. consom., art. R. 121-1.
[541] Civ., 1re, 23 juin 1993 : Bull. civ., I, n° 232, p. 160 ; Defrénois 1994, art. 35746, n° 26, obs. Ph. Delebecque.
[542] C.consom., art. L. 121-20.

pour la prestation de service, le délai de sept jours commence à courir à partir de cette date. Plusieurs remarques peuvent cependant être faites :

- rien n'empêche le professionnel d'accorder au consommateur un délai plus long que celui fixé par la loi. Par contre, il ne peut ni priver le consommateur de se rétracter, ni raccourcir le délai prévu par la loi car le respect de ces règles est d'ordre public, toute stipulation contraire est nulle de plein droit.

- le point de départ du délai de rétractation est calculé différemment selon qu'il s'agit d'un bien ou d'une prestation de service. Cette dichotomie de traitement est tout à fait justifiée dans la mesure où le point de départ du délai est la date de réception des biens. Ce qui permet au consommateur de profiter du délai le plus favorable car c'est à ce moment là que le consommateur peut vérifier la réalité du produit acheté.

- pour fixer le point de départ d'un délai de rétractation, il est indispensable de qualifier au préalable l'objet du contrat de bien ou de service car dans certains cas, ce n'est pas évident : ainsi, l'acquisition d'un logiciel en ligne est-elle un contrat de vente ou de prestation de service ? Il semble que la seconde qualification s'impose car il s'agit, dans ce cas, d'une licence d'exploitation[543].

- le point de départ du délai commence-t-il à courir le jour même de la réception du bien ou de l'acceptation de l'offre de prestation de service ou le jour d'après?

La Cour de cassation[544] a jugé en matière de démarchage que *« sauf disposition législative contraire, lorsqu'un délai est exprimé en jours, celui de l'acte qui le fait courrir ne compte pas »*. Dans un autre arrêt[545], elle répond l'inverse au sujet d'un délai de réflexion en jugeant que *« le contrat est formé dès la commande, et la faculté de renonciation est limitée à sept jours à compter de celle-ci »*. Cette contradiction ne permet pas d'en déduire une réponse tranchée. Il faut donc, à notre avis, respecter strictement les termes du texte (art. L. 121-20 C. consom.). En ce sens que le délai de rétractation en

[543] J. Passat, Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, chron. n° 17 p. 560 ; B. May, Contrats informatiques : gare au charivari des licences de logiciel, JCP E 2004, 827 ; H. Croze et Y. Bismuth, Le contrat de licence de logiciel, JCP E 1986, I, 14659 ; M.-A. Ledieux, Et si la licence de logiciel était une location ?, Communication Commerce électronique 2003, chron. 27, p. 12 ; Ph. Le Tourneau, Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels, JCP 1982, I, 3078 ; E. MacKaay, Le marché du logiciel-licence ou vente ?, Les Cahiers de propriété intellectuelle 1994, vol. 6, p. 401.

[544] Cass. crim., 5 oct. 1987 : Gaz. Pal. 1988, I, juris., P. 307 ; Revu. sc. crim., 1989, p. 132, obs. J. Pradel.

[545] Civ. 1re, 10 juin 1992 : Contrats Conc. Consom. 1992, n° 195, p. 17 ; RTD com., 1993, p. 351, obs. B.Bouloc.

matière de contrats à distance commence à courrir le jour même de la réception du bien ou de l'acceptation de l'offre pour la prestation de service.

● Le droit de rétractation ne concerne pas tous les contrats de vente de biens ou de fourniture de services conclus à distance. En effet, l'article L. 121-20-2 du code de la consommation exclut de son domaine d'application certains contrats où les parties peuvent prévoir une faculté conventionnelle de rétractation. Il s'agit :

«1° De fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours » : le but est, comme l'a souligné le Conseil d'Etat[546], d'éviter l'abus du consommateur en demandant de se faire rembourser sans frais un service dont il a déjà profité. Par exemple, le téléchargement en ligne de logiciels informatiques et d'œuvres littéraires ou artistiques.

« 2° De fourniture de biens ou de services dont le prix est en fonction des fluctuations des taux du marché financier » ;

« 3° De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;

« 4° De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur ».

Le terme logiciel « descellé » pose un problème d'appréciation[547]. Il semble ne pas se limiter seulement à l'emballage matériel ou physique mais aussi à l'encodage couvrant un logiciel puisque celui-ci pourrait être chargé en ligne[548].

« 5° De fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines ;

6° De services de paris ou de loteries autorisés ».

Le consommateur ne bénéficie pas non plus d'un droit de rétractation pour les contrats ayant pour objet : *« 1° 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 ; 2° La prestation de services d'hébergement, de*

[546] Rapport du Conseil D'Etat « Internet et les réseaux numériques, précité, p. 63.
[547] Ce point a été soulevé dans le rapport du conseil d'Etat précité. p. 63.
[548] En ce sens, J. Passat, précité, n° 17.

transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon un périodicité déterminée »[549].

Il arrive, dans certains cas, que le consommateur découvre pendant le délai de rétractation que les biens achetés - un logiciel par exemple - contenait des vices cachés. Lui est-il alors possible d'agir après l'expiration du délai selon les règles générales de droit commun pour demander la nullité du contrat ?

Alors que certains auteurs[550] décident que cela est impossible car le consommateur est censé accepter le produit tel qu'il est, d'autres[551] se prononcent à juste titre pour puisque la protection spéciale du droit de la consommation ne fait pas obstacle à la protection générale de droit commun.

2. La forme de rétractation.

L'exercice du droit de rétractation en matière de contrats à distance est en principe libre. Aucune forme particulière n'est exigée. En effet, si l'article L. 121-19 du code de la consommation inclut dans les informations que le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable en temps utile et au plus tard au moment de la livraison *« 7° une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation »*, aucune précision supplémentaire sur sa forme n'y est donnée. Une sanction pénale est prévue en cas de non-respect de cette obligation ainsi qu'un prolongement considérable du délai de rétractation (art. L. 121-20 al. 3 du code de la consommation). Mais il semble quand même que la forme de rétractation reste libre en ce sens qu'elle est laissée à la libre appréciation du vendeur.

Celui-ci peut donc satisfaire à cette obligation en mettant en place des procédures qui lui paraissent adéquates pour permettre au client de se rétracter[552]. L'exercice du droit de rétractation prend, le plus souvent, la forme d'un formulaire détachable, rempli, signé et renvoyé à l'adresse du vendeur qui peut également être diffusé en ligne. Il suffit alors de le

[549] C. consom., art. L. 121-20-4.
[550] Calais-Auloy et Steinmetz, précités, n° 106.
[551] V. J. Passat, précité, p. 560.
[552] J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, précité, n° 356 ; J.-P. Pizzio, Code de la consommation, Montchrestien 1996, p. 315.

remplir et de l'envoyer à l'adresse électronique du vendeur. La jurisprudence[553] admet toutefois en matière de crédit que le formulaire détachable n'était pas obligatoire et que la rétractation pourrait s'exercer selon toute forme appropriée.

Il est donc possible pour le consommateur de se rétracter en retournant le produit au magasin du vendeur ; en écrivant une simple lettre, signée et renvoyée à l'adresse postale du vendeur , par lettre recommandée avec ou sans accusé de réception ; ou même par un courrier électronique. Une seule condition est nécessaire, le mode employé doit exprimer une volonté certaine et non ambiguë de se rétracter[554].

En revanche, en matière de démarchage téléphonique ou par tout moyen technique assimilable[555], des procédures plus complexes concernant la forme de rétractation sont imposées. Ainsi, l'article L. 121-23 prévoit que le contrat soit fait par écrit et qu'un exemplaire soit remis au consommateur au moment de la conclusion de ce contrat qui doit comporter, à peine de nullité, plusieurs informations dont celles sur la *« 7° faculté de renonciation (…) ainsi que les conditions d'exercice de cette faculté et, de façon apparente »*.

La renonciation du consommateur est facilitée par l'existence d'un formulaire détachable accompagnant le contrat écrit[556] où *« dans les sept jours , jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception…»*[557].

Le décret du conseil d'Etat précise aux articles R. 121-3 à R. 121-6 du code de la consommation que l'exemplaire détachable doit pouvoir en être facilement séparé et doit comporter la mention suivante *« si vous annulez votre commande, vous pouvez utiliser le formulaire détachable ci-contre »*. Le même décret exige également que le formulaire comporte sur une face l'adresse exacte et complète à laquelle il doit être envoyé et sur l'autre face, certaines informations en caractères très lisibles dont celles prévues à l'article

---

[553] Civ. 1re, 12 févr. 1991 : D. 1991, IR, 87 ; RTD civ. 1991, 525, obs. J. Mestre ; Contrats. Conc. Consom., 1991, comm., n° 95, obs. G. Raymond ; D. 1992, somm., p. 269, obs. A. Penneau. La Cour estimait dans cet arrêt que le formulaire détachable avait pour but « tant d'attirer son attention (l'emprunteur) sur ce droit (de rétractation) que de lui en faciliter l'exercice ».

[554] Cf. Lamy droit économique, Démarchage et vente à domicile, 2003, n° 5287, p. 1977. La jurisprudence va dans le même sens, voir par ex. Civ. 1re, 15 avril 1982: Bull. civ. I, n° 133, p. 118.

[555] C. consom., art. L. 121-27, modifié par la LCEN du 21 juin 2004 : Les opérations de démarchage ne sont plus des contrats à distance.

[556] C. consom., article L. 121-24, al. 1er.

[557] C.consom., art. L. 121-25.

R. 121-5 du même code. Cependant, l'utilisation du formulaire détachable ne constitue pour le consommateur qu'une faculté et non une obligation[558]. Celui-ci peut alors renoncer au contrat par tout autre moyen approprié.

En somme, si la forme d'expression de l'acceptation a évolué, le problème des contrats à distance reste classique et porte sur la détermination du moment de leur formation. La LCEN consacre de nouvelles règles concernant la conclusion du contrat électronique mais confirme que les solutions classiques sont fiables pour déterminer le moment de la formation des contrats à distance même pour les contrats dématérialisés. Si l'incidence du droit de rétractation sur le moment de la conclusion du contrat est toujours d'actualité, le contenu de l'acceptation émise à distance pose encore plus d'interrogations.

[558] V. en matière du crédit à la consommation, Civ. 1re, 17 juill. 2001: D. 2002, juris. n° 1, p. 71, note D. Mazeaud.

Chapitre II : Contenu de l'acceptation émise à distance

L'absence de contact physique entre les parties au moment de l'échange des consentements donne une importance particulière au contenu de l'acceptation émise à distance. Deux problèmes se posent alors : l'un concerne l'auteur de l'acceptation **(Section I)** et l'autre l'acceptation des conditions contractuelles contenues dans l'offre **(Section II).**

Section I : Problème relatif à l'auteur de l'acceptation

L'auteur de l'acceptation émise à distance soulève des difficultés dans deux cas : quand l'acceptation est exprimée par une machine **(§1)** et quand elle est donnée par un mineur ou par un tiers **(§2)**.

§ 1. Les transactions automatisées

La société actuelle est une société où les systèmes informatiques automatisés sont présents dans tous les domaines aussi bien commerciaux que bancaires, administratifs, culturels et même juridiques. Des appareils automatiques, de plus en plus intelligents, sont capables de conclure et d'exécuter des contrats à l'aide de logiciels spécifiques et cela sans intervention humaine.

Dans un rapport contractuel, cette automatisation se présente sous plusieurs formes :

● La première concerne les offres commerciales et permanentes présentées au public par des appareils automatisés. Les caractéristiques des biens et services proposés ainsi que les conditions contractuelles apparaissent à l'écran lors de la connexion grâce à un logiciel fonctionnant selon des données présélectionnées comme par exemple une indication de prix ou encore un questionnaire (les billetteries automatiques de la SNCF).

● La deuxième concerne le système de l'EDI (Echange de données informatisées). L'ordinateur devient alors un véritable agent électronique spécialement programmé pour conclure des contrats commerciaux : par exemple, le programme de commandes automatique utilisé par les grandes surfaces pour leur approvisionnement ou celui utilisé

par les établissements bancaires ou les agences de voyages. En effet, l'offre et l'acceptation ayant été automatisées, l'intervention de l'homme n'est plus qu'accessoire. Cependant, l'EDI préconise l'existence d'un contrat d'affaires avant toute mise en œuvre de cet échange.

● La troisième concerne un programme spécifique de recherches instantanées d'offres particulières sur le réseau selon des données prédéterminées. Lorsqu'il trouve une offre, il manifeste immédiatement une acceptation.

On peut donc constater que l'automate joue un rôle primordial dans l'établissement du rapport contractuel. Une machine peut-elle alors contracter et donner un consentement valable ? Le système juridique du droit des obligations est-il remis en cause du fait qu'il exige pour la validité d'une convention, l'accord de deux ou plusieurs volontés appartenant à des parties dotées d'une personnalité juridique ? La réponse à ces questions dépend en grande partie du statut attribué à la machine.

Plusieurs théories ont été avancées :

● <u>conférer et attribuer à la machine la qualité de personne juridique</u>

L'idée est fondée sur la définition de la personnalité juridique qui ne serait pas seulement réservée à l'homme puisque le droit intègre également dans cette notion les personnes morales telles que les organisations, associations, groupements syndicaux, les sociétés et même l'Etat…etc. La machine comme la personne morale aurait donc une personnalité juridique !

Mais il semble qu'il serait vain de lui attribuer une telle qualité dès lors qu'il est impossible pour la machine de répondre aux critères légaux nécessaires à l'existence de cette personnalité juridique, à savoir : avoir un patrimoine, des droits extrapatrimoniaux ainsi que le droit d'agir en justice.

D'après la théorie du « patrimoine » consacrée par Aubry et Rau[559], l'ensemble des biens d'une personne constitue son patrimoine. Il se compose des droits et des obligations d'une personne physique ou morale. Alors que l'ordinateur ou la machine ne peut posséder

[559]Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 5ème éd. tome 2, 1897, 6162, p. 3.

de patrimoine, il devient alors impossible de lui attribuer une telle personnalité du fait que lui même fait parti d'un patrimoine. Peut-on alors envisager à l'avenir la création d'une nouvelle personnalité juridique, virtuelle cette fois, dotée d'une propre volonté au même titre que les personnes morales ?

Sur le plan pratique, il semble que non car les personnes morales sont bien des sujets du droit alors que l'ordinateur ne peut exister qu'en tant qu'objet du droit. Seule une loi pourrait lui attribuer la qualité de sujet[560]. Sur le plan théorique, le droit subjectif peut être défini comme étant *« une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt personnel »*[561]. En somme, la volonté ne peut être attribuée à une machine. De plus, en distinguant entre volonté et consentement, Mme Frison-Roche[562] confirme ce point de vue en affirmant que *« la volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté.*

La reconnaissance de la personnalité juridique d'une machine n'est donc pas concevable ni sur le plan théorique ni sur le plan pratique. En effet, la machine même automatisée ne peut, à elle seule, donner un consentement éclairé dans le sens où elle ne peut pas juger des avantages et inconvénients d'une opération économique avant de s'engager définitivement dans un rapport contractuel.

La machine ne peut, que de façon standard, répondre à un questionnaire déjà programmé ou évaluer les critères attachés à une personne. L'ordinateur ne possède pas non plus de signature ou de marque personnelle qui pourrait servir d'identification et de signe d'intégrité du consentement de son auteur. Même dans le cas de la signature électronique, la signature est attribuée à la personne qui possède la clé privée correspondant à la clé publique.

---

[560] E. Caprioli, Consentement et systèmes d'information, RRJ (droit prospectif), 1999, 2, p. 1080.
[561] G. Cornu, Droit civil, Introduction. Les personnes, les biens, Paris, éd. Montchrestien, 7ème éd., 1994, n° 35.
[562] M.-A. Frison-Roche, Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ., 1995, p. 573.

On remarque enfin que la machine même automatisée ne pourra jamais avoir la qualité de personne juridique. Cela n'est pas cohérent et reste de la pure fiction. En effet, les personnes morales, au contraire de la machine, ont une personnalité juridique reconnue puisqu'elles répondent aux critères acquis de possession de patrimoine et de possibilité d'agir en justice[563].

On peut ajouter que selon l'article 1108 du code civil, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain et une cause licite.

La doctrine[564] définit la convention comme : l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit. Pour M. Ghestin, l'échange de consentements a un sens plus spécifique : *« c'est l'action pour deux ou plusieurs personnes d'exprimer tour à tour leurs volontés communes afin d'extérioriser l'accord de leurs volontés destiné à créer des effets de droit »*. Il est inconcevable d'établir la capacité et le consentement chez une machine.

● <u>la machine automatisée est qualifiée de mandataire des acteurs du commerce électronique.</u>

Dans ce cas, on considère que la machine a été mandatée pour agir en leur nom et pour leur compte[565]. Le mandat est défini à l'article 1984 du code civil comme *« (…) un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (…) le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire »*.

Ce même code prévoit la possibilité de condamner le mandataire par dommages et intérêts en cas d'inexécution[566], de dol ou faute de gestion[567]. Dans ce rapport mandant/ mandataire, ce dernier doit avoir la volonté non entachée de vices et la capacité juridique d'agir pour le compte du mandant et exprimer une acceptation.

---

[563] La responsabilité des personnes morales: art. 121-2 NCP.
[564] J. Ghestin, Introduction, in Colloque de Deauville organisé par l'association Droit et commerce, L'échange des consentements, R.J.com, n° spécial, nov. 1995, p. 14.
[565] Cette position semble être celle qui est adoptée par la loi type de la CNUDCI qui stipule dans son art. 12, intitulé « Attribution des messages de données », qu' « *un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé (…) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement* ».
[566] C. civ., art. 1991.
[567] C. civ., art. 1992.

Cette théorie paraît aberrante puisque le rapport de mandat ne peut s'établir qu'entre des parties dotées de personnalité juridique et non pas avec une machine. En conséquence, les critiques évoquées précédemment suffisent à montrer la fragilité de cette théorie.

● L'ordinateur ou la machine est considéré comme moyen supplémentaire de communication tout comme le téléphone ou le fax.

L'ordinateur n'exprime pas sa propre volonté mais la transmet et l'extériorise dans l'intérêt de la personne qui l'a programmé pour contracter à son compte[568]. Cette position semble être cohérente et surtout fiable puisqu'elle correspond au système juridique relatif au droit des obligations. Celui-ci exige pour la perfection d'une convention d'avoir été conclu par des parties dotées de personnalité juridique et de propre volonté et d'avoir la capacité juridique de donner un consentement en toute connaissance de cause[569].

Cette position va de paire avec la définition donnée aux contrats à distance dans le code de la consommation à l'article L. 121-16. La vente à distance y est définie comme étant : *« 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 »*. L'article L. 121-17-2° du même code exclut de son domaine d'application les contrats conclus *« au moyen de distributeurs automatiques ou pour des prestations fournies dans des locaux commerciaux automatisés »*.

Cette exemption paraît évidente pour des raisons pratiques d'impossibilité d'exercer le droit de rétractation. Cependant cette dispense sous-entend que ces contrats conclus avec des systèmes automatisés sont des contrats à distance puisqu'il n'y a pas de présence physique simultanée des parties contractantes. De plus, cette exception ne concerne qu'une partie des systèmes informatiques automatisés mis en place dans le cadre

[568] Cette assimilation est critiquée que par une partie de la doctrine, dit-on, parce qu'à la différence du fax ou du téléphone qui ne peut que transmettre la simple volonté d'une partie, la machine peut en plus combler des zones de vide. Voir, C. Moulin, Un site de vente sur Internet : de l'installation à l'exploitation, thèse, d'Aix Marseille, 1999, p. 245.

[569] E. Caprioli, Consentement et systèmes d'information, op. cité., p. 1084 ; A. Raynouard, La formation du contrat électronique, in journées nationales de l'association Henri Capitant, « Le commerce électronique », tome 4, Toulouse 2000, p. 23.

du commerce électronique[570]. Lorsque la machine provoque une faute dans la formation du contrat, la responsabilité de son propriétaire sera engagée pour réparer les dommages causés par celle-ci et ce sur la base de la responsabilité du fait des choses[571].

En somme, c'est l'homme qui se trouve derrière la machine[572] qui joue le rôle déterminant[573] : *« c'est lui qui sélectionne et saisit les données, qui les organise, le système n'est en quelque sorte qu'un substitut »*.

L'automatisation est importante pour l'accélération de l'échange économique. Tant mieux. Néanmoins, cette accélération a un prix. M. Terré[574] constate que l'intervention de la machine dans le domaine contractuel conduit à une *« dépersonnalisation »* et *« entraîne un changement radical car elle entraîne une déperdition de la volonté contractuelle. c'est à prendre ou à laisser »*.

Malgré tout, ce changement radical ne suffit pas à bouleverser le système juridique du droit des obligations. La dépendance de la machine à l'homme va de paire avec le principe de consensualisme selon lequel tous les modes d'expression du consentement sont égaux. L'homme peut naturellement exprimer sa volonté de manière verbale, écrite, par un geste ou par l'intermédiaire d'un système informatique[575]. L'essentiel est l'accord de volontés entre offre et acceptation. Lorsqu'il se fait via l'ordinateur, le contrat s'est formé entre des parties non présentes. Le système automatisé dans un rapport contractuel peut jouer un double rôle : d'une part, exprimer la volonté des parties et d'autre part, faire preuve de l'obligation inscrite.

En cas de litige, le juge cherche la volonté réelle des parties et ce au travers des éléments et empreintes de programmation ou par référence aux usages et pratiques commerciales. Les erreurs engendrées par la machine engagent bien évidemment la responsabilité de son propriétaire.

---

[570] Voir Directive n° 97/7/CE du 20 mai 1997, article 2, 1 et 4 ; Voir également, annexe I de la même directive et considérant n° 9.
[571] C. civ., art. 1384.
[572] Cette expression revient à M. J. Huet, Le consentement échangé avec la machine, *in* L'échange des consentements, colloque organisé à Deauville par l'association Droit et commerce, RJ com. 1995 , n° spécial, p. 124. L'auteur évoque que la qualité du consentement peut être affectée d'une erreur, voire d'un dol ou d'un abus provoqué par un professionnel au travers de la machine.
[573] E. Caprioli, Consentement et systèmes d'information, précité, p. 1077.
[574] F. Terré. Le contrat à la fin du XXème siècle, Rev. Sciences morales et juridiques, 1995, p. 299 et s.
[575] A. Raynouard, Le commerce électronique, précité, p. 23.

En résumé, dans le domaine contractuel, le système juridique n'est pas menacé par l'intervention de la machine puisque le contrat demeure le fruit de l'accord de volontés entre des parties dotées de personnalités juridiques. La machine présente simplement une certaine originalité par rapport aux autres modes de communication connus jusqu'à présent que certains auteurs n'ont pas manqué d'exprimer. Ainsi, pour le savant Jean Carbonnier[576] : « *l'essentiel du consentement, c'est le déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit* ».

M. Le Tourneau[577] ajoute également que *« l'évolution des contrats ne découle pas seulement de l'affinement de notions juridiques (…) ; elle résulte aussi, au moins indirectement de l'apparition de nouvelles techniques ou appareils »*.

§ 2. L'acceptation donnée par un mineur ou par un tiers

La spécificité du commerce à distance est d'établir des rapports contractuels entre des parties physiquement éloignées l'une de l'autre. Cela ne permet bien évidemment pas au commerçant de vérifier l'identité et la capacité de son cocontractant car, en cas de doute, il n'a pas la possibilité de demander des pièces justifiant éventuellement l'identité et l'âge de son interlocuteur. Quelle est alors la valeur juridique de l'acceptation donnée par un mineur ou par un tiers ?

A- L'acceptation donnée par un mineur

La majorité en France est fixée à l'âge de dix-huit ans révolus[578]. A cet âge, on est présumé être capable de décider tout seul pour s'engager dans un rapport contractuel. En revanche, les mineurs et les incapables majeurs ne peuvent, en principe, contracter que par l'intermédiaire de leurs représentants légaux qui peuvent être par exemple leurs parents.

Cependant, ce principe n'a pas été appliqué avec rigueur par la jurisprudence puisqu'elle valide les contrats conclus par les mineurs dans deux cas :

- lorsque l'objet du contrat est considéré comme « acte de la vie courante »

[576] J. Carbonnier, précité, p. 84.
[577] Gaz. Pal. 1985, 2, p. 165 et s.

- lorsque le juge présume l'existence d'un « mandat tacite » où le mineur est considéré comme le mandataire de ses parents.

1. La notion d'« acte de la vie courante »

La jurisprudence autorise le mineur à accomplir directement certains « actes de la vie courante ». La base légale de cette dernière se trouve consacrée dans deux articles du code civil : l'article 389-3 relatif à l'administration légale et l'article 450 en matière de tutelle. Ils envisagent expressément le cas où *« la loi ou l'usage autorisent les mineurs à agir eux-mêmes »*.

Le juge doit alors apprécier au cas par cas l'objet du contrat pour décider si l'acte accompli par le mineur constitue ou non « un acte de la vie courante » puis se prononcer pour la validité ou la nullité du contrat. Mais, la jurisprudence prend apparemment en considération l'importance du prix à payer. Ainsi, il a été jugé[579] que l'achat d'un vélomoteur constitue un acte de la vie courante et que le mineur peut contracter tout seul. En revanche, le contrat d'achat d'une automobile par un mineur a été annulé au motif que l'acte ne constitue pas un acte de la vie courante[580].

La majorité des biens vendus à distance constitue bien évidemment des biens de consommation courants : jeux, disquettes, livres, cadeaux, logiciels. Un mineur peut donc conclure directement et sans intermédiaire un contrat portant sur l'un ou l'autre de ces objets.

2. La notion de « mandat tacite »

La jurisprudence emploie également la notion de « mandat tacite » prévue à l'article 1990 du code civil pour valider un contrat conclu par un mineur selon laquelle le mineur est considéré comme le mandataire de ses parents.

En effet, il a été jugé[581] que le vendeur par correspondance de biens de faible valeur destinés aux enfants peut invoquer, en cas de commande passée par un mineur, un mandat

---

[578] C. civ., art. 488.
[579] CA, Rennes, 19 nov. 1980, Juris-Data n° 80220.
[580] Cass. 1ère civ., 9 mai 1972 ; Bull. civ. 1972, I, n° 122.
[581] Nîmes, 29 juin 1982, D. 1983, Juris., p. 13, note J. Pansier.

à la fois apparent, tacite et oral de ses parents. Cependant, la notion de mandat tacite ne sera présumée que lorsque l'offre à distance sera envoyée aux parents du mineur mais si c'est ce dernier qui a rempli le bon de commande, le commerçant pourra légitimement croire que le bon de commande a été rempli par les parents. En revanche, elle sera difficilement applicable dans le cas où l'offre a été directement adressée au mineur[582].

La difficulté d'appliquer cette notion de manière générale et sans limites se résume selon la jurisprudence[583] dans le fait que les parents n'étaient pas tenus des obligations contractées par leur enfant mineur même dans le cadre d'actes de la vie courante. Le recours à la théorie de mandat tacite permet uniquement à l'entreprise de vente à distance d'avoir un recours direct contre les parents du mineur présumés plus solvables.

L'objectif de l'emploi par la jurisprudence de manière concurrente de l'une ou l'autre de ces notions pour se prononcer sur la validité ou la nullité d'un contrat conclu par un mineur est double : d'une part, protéger le mineur dans la limite du nécessaire et d'autre part, essayer de ne pas paralyser le vendeur à distance et le protéger dans certains cas lorsque l'ignorance au sujet de la capacité de son partenaire est légitime.

Les notions d'« actes de la vie courante » et celle de « mandat tacite » devraient être appliquées non seulement aux contrats de vente mais également aux contrats de prestations de service. Cependant, un problème d'appréciation relatif au seuil que le juge doit prendre en considération pour se prononcer sur la validité ou la nullité du contrat de prestation du service conclu par le mineur se pose.

En tout cas, si l'action du vendeur n'a pas abouti et que le juge se prononce pour la nullité du contrat, il reste possible au vendeur de bonne foi de demander réparation du préjudice qu'il a subi sur la base de la responsabilité délictuelle. La réparation consiste en des dommages- intérêts. Dans la pratique, le fournisseur peut identifier son contractant et sa capacité par le titre de paiement qui accompagne la commande.

---

[582] L. Azancot, Formation du contrat, Gaz. Pal., 25 févr. 1993, n° spécial sur la vente à distance, p. 209 ; Il faut souligner que la loi pénale réprime d'emprisonnement et d'une amende, le délit qualifié d'atteinte à la moralité d'un mineur, ainsi, « le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire du commerce d'un tel message, (…) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». L'article 227-24 du nouveau code pénal.

[583] Cass. 1ère civ., 21 juin 1977 ; Bull. civ., I, n. 285, p. 225 ; Le principe est prévu à l'article 1119 du code civil au terme duquel « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». L'article 1134, du même code prévoit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

B- L'acceptation donnée par un tiers

Le contrat se définit généralement comme l'accord d'au moins deux volontés concordantes. Il ne produit, en principe, d'effets qu'entre les parties contractantes et ne peut créer des droits ou des obligations en faveur ou à l'encontre de ceux qui n'ont été ni des parties ni des représentés.

Un réel problème se pose en matière de contrats à distance puisque, comme on l'a dit précédemment pour l'incapacité du contractant, le vendeur à distance ne dispose pas toujours de moyens adéquats lui permettant de vérifier l'identité de son cocontractant. En effet, on peut imaginer par exemple qu'un bon de commande d'un produit paru dans un catalogue papier ou sur Internet a été rempli et envoyé par le salarié au nom de son patron, ou même qu'il a été rempli par un étranger au nom d'un autre. Ce bon de commande, signe de l'accord de volontés, oblige-t-il la partie au nom duquel le bon de commande a été rempli ? Autrement dit, le contrat consenti par un tiers engagerait-il la personne qui a été désignée comme contractant ?

On peut affirmer qu'en principe, on ne sera pas responsable pour les contrats conclus à notre nom par un tiers sous réserve toutefois de prouver qu'il n'existe pas de rapport de représentation. Cependant, la loi oblige parfois une partie pour les contrats conclus par un tiers : d'une part, si un rapport de représentation a été établi et d'autre part, lorsque le juge présume l'existence d'une représentation apparente surtout un rapport de mandat apparent.

1. La notion de représentation

La représentation au sens juridique est la permission donnée par la loi à une personne (le représenté) d'être représentée par une autre (le représentant) pour accomplir certains actes en son nom et pour son compte. C'est plus justement *« la substitution, que la loi ordonne ou permet, d'une personne à une autre : la personne substituée n'est alors que le prolongement de celle à qui elle a été substituée »*[584].

[584] Chabas, précité, 7e leçon, n° 155, p. 147.

Dans le rapport de représentation, c'est le représentant qui manifeste sa volonté, mais cette volonté lie le représenté. Cependant, pour que l'acte accompli par le représentant puisse engager le représenté, il faut que le représentant remplisse trois conditions :

- avoir reçu un pouvoir, peu importe qu'il soit d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle ;
- avoir la volonté de représenter ;
- avoir la volonté de contracter.

A la réunion de ces conditions, les actes contractés par le représentant engagent directement le représenté. Ce dernier devient alors lui seul créancier ou débiteur de ces actes[585]. Toutefois, dans le rapport de représentation, le représentant peut avoir sa responsabilité engagée à l'égard du représenté pour les fautes commises pendant la formation et/ou l'exécution de l'engagement et les conséquences de celles-ci.

Le représenté n'est tenu que dans la limite du pouvoir donné[586]. Tout acte accompli par le représentant au-delà du pouvoir qu'il a reçu n'engage en principe pas le représenté[587]. Ce dernier ne sera pas non plus engagé dans les contrats consentis par le représentant à la suite d'un accord frauduleux intervenu entre celui-ci et le tiers[588].

Toutefois, certains actes accomplis par le représentant au-delà du pouvoir reçu ou même sans pouvoir peuvent exceptionnellement engager le représenté. Ce sera le cas si le juge décèle qu'il existe un rapport de représentation apparente surtout de mandat apparent.

---

[585] Civ. 1ère, 13 janv. 1965 : Gaz. Pal. 1965, I, 327 ; Civ. 2ème, 21 jan. 1966: JCP, 1966, IV, 30; Civ. 1ère, 2 févr. 1999 ; Resp. civ. assur., 1999, p. 123.
[586] Civ. 1ère, 26 janv. 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 30, p. 20; JCP 1999, IV, 1509.
[587] Civ. 3ème, 4 juill. 1972 : Bull. civ. III, n° 443, p. 323; JCP 1972, IV, 220.

2. La notion de mandat apparent

Sur le fondement de mandat apparent[589], le juge peut déclarer le mandant apparent comme faisant partie du contrat conclu par le mandataire apparent, si aux yeux du tiers, ce dernier n'apparaissait que comme le substitut du représenté apparent.

Cependant, pour engager le mandant dans le rapport contractuel consenti par le mandataire, il faut deux types de conditions :

- le tiers qui a traité avec le mandataire apparent doit, d'une part, avoir agi de bonne foi et avoir cru aux pouvoirs de celui-ci ;
- d'autre part, le mandant apparent doit avoir commis une faute[590]. La faute peut se caractériser par le simple fait de choisir un représentant inapte ou créer une apparence susceptible de tromper le tiers.

Toutefois, le mandataire peut engager le mandant même en l'absence de toute faute susceptible de lui être reprochée si l'erreur commise par le tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire apparent a été « légitime »[591].

Le caractère légitime de l'erreur suppose que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes du pouvoir. L'engagement du représenté exige aussi que les juges du fond puissent pouvoir caractériser ces circonstances[592]. Ainsi, il y a mandat apparent résultant du fait que la commande a été passée sur papier à entête de la société et que le matériel a été en partie conservé par celui qui l'a payé.

On peut citer, à ce sujet, un arrêt récent de la chambre commerciale de la cour de cassation[593] qui illustre parfaitement notre analyse : un préposé d'une société avait réservé par télex une chambre d'hôtel en précisant que la facture serait prise en charge par la

---

[588] Civ. 3ème, 29 nov. 1972 : Bull. civ. N° 647, p. 476; JCP 1973, IV, 75.
[589] J.-L. Sourioux, La croyance légitime : JCP, I, 1982, I, 3058 ; Le mandat apparent est applicable même dans le domaine où le mandat écrit est obligatoire : Civ. 1ère, 6 janv. 1994 : Contrats Conc. Consom., 1994, 49, note Leveneur.
[590] Com. 5 déc. 1989, RTD civ. 1990, 272, obs. Mestre.
[591] Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962 : JCP, 1963, II, 13105, note Esmein ; D. 1963, 277, note Calais-Auloy ; Civ. 3ème, 20 avril 1988, RTD civ. 1990, 270, obs. Mestre ; Com. 12 juill. 1993 : JCP 1994, éd. E, II, 559, note Lecène-Marénaud.
[592] Com. 27 juin 1995: Contrats Conc. Consom. 1995, 199, note Leveneur ; Civ. 1ère, 3 juin 1998 : Bull. civ., I, n° 194, p. 133 ; JCP, IV, 2676.
[593] Cass. com., 13 mai 1986, n° 84-12-79.

société. Cette dernière avait refusé le paiement au motif que le préposé n'était autorisé à utiliser son appareil télex que pour la prospection de la clientèle. Le juge déclare la société engagée car elle avait la possibilité de vérifier l'authenticité des messages émis dont une copie était conservée et qu' elle n'avait pas demandé l'annulation des réservations faites en son nom par une personne qui était autorisée à utiliser son télex. Même si cet arrêt est relatif à la valeur du télex en tant que preuve, il permet quand même d'approfondir notre analyse.

La jurisprudence n'applique pas la théorie du mandat apparent lorsqu'il apparaît, après une simple vérification, que le prétendu mandataire n'était pas habilité[594].

Il est donc possible que l'acceptation donnée à distance par un tiers puisse engager une autre personne désignée comme partie au contrat si un rapport de représentation même apparente a été établi. Malgré qu'il s'agisse d'une preuve libre, il est difficile pour le vendeur de l'apporter. Le juge peut alors prendre en considération la preuve par présomptions : par exemple, le fait que l'employé a l'habitude de contracter au nom et pour le compte de son patron. Si le vendeur à distance n'a pas pu prouver ce rapport, il peut se retourner vers la personne qui a signé la commande si elle est connue. Sinon, il ne peut que supporter seul les pertes financières engendrées par l'opération. Donc, le bon de commande même faux, peut néanmoins servir de preuve qu'il n'y avait pas d'envoi forcé du produit.

Le problème d'identification du contractant peut également surgir sur Internet, surtout lorsque le paiement s'effectue à distance par carte bancaire. Par contre, lorsque la transaction exige une signature électronique sécurisée, un tel risque est quasiment impossible.

En tout cas, si l'auteur de l'acceptation émise à distance pose certaines difficultés, le contenu de cette dernière n'est pas moins problématique.

[594] CA. Paris, 5 ch. janvier 1990.

Section II : Problème relatif à l'acceptation des conditions contractuelles

Le contenu du contrat suscite une importance particulière en matière de contrats à distance notamment dans le cadre du commerce électronique. Cela vient du fait que le droit français exige un consentement éclairé surtout lorsque le contractant est un consommateur. L'acceptation doit traduire parfaitement la volonté de son auteur d'adhérer aux conditions contractuelles proposées par l'offrant. Une telle exigence consiste à ne lui imposer que les conditions contractuelles et clauses auxquelles il a expressément consenti **(§1)** et à éliminer du contrat toutes celles qui pourraient être considérées abusives par la loi ou par le juge **(§2)**.

§ 1. L'opposabilité des conditions contractuelles

Les contrats conclus à distance se caractérisent non seulement par l'absence de contact physique entre les parties au moment de l'accord de volontés mais aussi par la multiplicité de documents informatifs (sur support matériel ou virtuel) échangés entre les parties en amont et au moment de la formation du contrat : documents publicitaires, devis, lettres de confirmations, garanties, bons de commande, factures…etc. Tous ces documents doivent être considérés contractuels[595] dès qu'ils influent sur le consentement du consommateur[596].

---

[595] J. Raynard, Le concept de document contractuel appliqué au commerce électronique, *in* Le consentement électronique, Actes du colloque de Bruxelles organisé pa le Centre de droit de la consommation de Louvain - La - Neuve, 23 et 24 sept. 1999, éd., B. de Nayer et J. Laffineur 2000, p. 199 ; F. Labarthe, La notion de document contractuel, thèse Paris I, LGDJ 1994, préface J. Ghestin, p 106 et s ; J. Mestre, Documents contractuels, RTD civ. 1997, p. 118.

[596] L'intégration de documents annexes dans les documents contractuels n'est pas systématique : dans les rapports entre professionnels, leur intégration prend souvent la forme d'une clause de référence inscrite dans le contrat principal ou dans l'inventaire où les parties précisent le lien contractuel entre les différents documents ainsi que leur valeur juridique. La jurisprudence va dans le même sens, et reconnaît leur valeur à partir du moment où ceux-ci sont signés par les parties et une clause dans la convention principale y fait expressément référence : Cass. 1re civ., 3 déc. 1991 : Bull. civ. I, n° 342 ; Cass. com., 9 oct. 1984 : JCP 1984, G, IV, 344. Il est également admis qu'en l'absence de signature, les clauses de référence suffisent pour faire produire effet aux documents annexes, sous réserve qu'ils soient suffisamment précis et que les parties reconnaissent leur existence et leur contenu. Deux conditions sont donc nécessaires pour qu'ils puissent avoir une valeur contractuelle : le contractant doit savoir qu'ils font partie du contrat et qu'il peut en prendre connaissance : J. Ghestin, précité, n° 413. La même solution s'applique en droit de la consommation. Le conseil d'Etat a, en effet, annulé le décret du 24 mars 1978 qui tenait pour abusif le renvoi à des documents non signés : Conseil d'Etat, 3 déc. 1980 : D. 1981, p. 228, note Larroumet. Il s'agit d'une question de fait qui

Mais, il arrive parfois qu'ils contiennent certaines conditions et clauses contractuelles qui, avant la conclusion du contrat, n'ont pas été expressément acceptées par le consommateur. Une telle situation peut facilement se produire en matière de contrats à distance : soit parce que ces conditions et clauses sont vagues ou parce que le consommateur ignore leur existence ; soit tout simplement qu'elles étaient mises en ligne mais le consommateur ne les a pas consulté car il a omis de cliquer sur l'icône spécialement conçue à cet effet. A quelles conditions et à quel moment ces conditions et clauses contractuelles sont-elles opposables au client surtout au consommateur ?

Conformément à la directive « commerce électronique »[597], la LCEN (nouvel article 1369-1 du code civil) impose au fournisseur exerçant une activité de commerce électronique de mettre à disposition ses conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction et d'assurer un accès facile et direct à celles-ci et certaines informations préalables.

Mais, la loi ne se prononce pas sur leur opposabilité au client (professionnel ou consommateur). Celle-ci n'est pas subordonnée à la consultation en ligne des conditions et clauses contractuelles avant l'acceptation du client. En effet, l'unique obligation du fournisseur est de les mettre à disposition. Il lui suffit alors d'insérer sur son site un lien hypertexte permettant à l'internaute de les consulter puis de les accepter. Quelle sanction pourrait être infligée au fournisseur qui omettra de mettre à disposition ses conditions contractuelles ou qu'il les rendra ni reproductibles, ni susceptibles d'être conservées ?

La jurisprudence présume que les conditions et clauses contractuelles sont opposables au contractant à partir du moment où elles figurent dans les documents contractuels signés par les parties dont un exemplaire est remis à chacune d'elles[598] et produisent leur effet lorsqu'elles sont connues et comprises par l'acceptant[599].

---

relève de la compétence souveraine du juge de fond : Civ. 3e , 5 juin 1970 ; JCP 1970, II, 16537, note Guillet. En revanche, en présence d'une clause de référence vague ou en son absence, les juges disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation, sous réserve d'une part, d'éviter la dénaturation des clauses claires et précises sous le contrôle de la cour de cassation : Civ. 1re, 27 avr1994 : Bull. civ. I, n° 152, p. 11 ; d'autre part, d'interpréter la clause vague selon l'intention commune des parties. En l'absence de clause de référence, la partie qui trouve que ces documents annexes ont une influence directe et décisive sur son consentement, peut agir sur la base des vices du consentement surtout sur le fondement de l'erreur ou du dol.

[597] Dir. 8 juin 2000, art. 10-3: v. J. Huet, La problématique juridique du commerce électronique, in Le droit des affaires au XXI siècle. RJ .com. 2001, n° spécial. janv. 2001, p. 17 et 28.

[598] Cass. 1re civ., 3 mai 1979 : Bull. civ. I, n° 128; D. 1980, IR, p. 262, obs. J. Ghestin.

[599] Cass. 1re civ. 20 janv. 1993 : Contrats Conc. Consom. 1993, com. n° 77, note G. Raymond.

La jurisprudence exige aussi la connaissance de l'existence ainsi que du contenu - dont les clauses litigieuses[600]- des annexes dont une copie est fournie au contractant. Elle n'exige traditionnellement pas une remise effective de ce document mais une mise à disposition du public[601].

Les conditions et clauses contractuelles sont inopposables à l'acceptant quand elles sont illisibles ou écrites en petits caractères : quand elles sont noyées dans le texte des conditions générales en petits caractères[602] ou quand elles figurent au verso d'un document (ex. facture ou bon du commande…) signé au recto[603].

Le juge dispose, à cet égard, d'un pouvoir souverain d'interprétation. Il peut en effet écarter la présomption d'inopposabilité quand il apparaît des circonstances de l'espèce où les clauses sont connues et comprises par l'autre contractant[604]. Il faut souligner que dans le rapport professionnel/consommateur, le juge, en cas de doute, les interprète dans le sens le plus favorable au consommateur[605].

En somme, la jurisprudence reconnaît l'opposabilité des conditions et clauses contractuelles au contractant dans deux cas de figure : lorsque le document contractuel comportant la clause litigieuse est effectivement remis au contractant ou mis à la disposition du public en vue d'être consulté ou lorsque malgré l'absence de remise effective de ce document, la clause est bien connue et comprise du contractant.

La transposition des solutions jurisprudentielles au commerce électronique permet de conclure que l'opposabilité des clauses contractuelles au contractant suppose que celui-

---

[600] Cass. com., 9 oct. 1984 : JCP 1984, G, IV, 344; Cass. 1re civ. 17 mars 1992 : RTD civ. 1993, p. 115, obs. Mestre.

[601] Cass. civ. 11 févr. 1908 : Gaz. Pal. 1909, I, p. 253.

[602] Cass. 1re civ., 27 févr. 1996 : Defrénois 1996, p. 742, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1997, 119, obs. J. Mestre.

[603] Cass. 1re civ., 28 avril 1971 : JCP 1972, II, 17280, note Boitard et Rabut ; Civ. 1re , 3 mai 1979, D. 1980, IR., 262 , obs. J. Ghestin ; Cass. com., 26 févr. 1991 : Contrats Conc. Consom., 1991, com., n° 105, note L. Leveneur; RTD civ. 1992, p. 78, obs. J. Mestre 21 et 22.

[604] Cass. 1re civ., 8 févr. 1984 : Bull. civ. I, n° 57 ; Cass. 1re civ. 20 janv. 1993 : Contrats Conc. Consom., 1993, n° 77, note Raymond.

[605] C. consom. art. L. 133-2 : V. A propos d'un contrat d'assurance sur une obligation de garantie, Cass. 1re civ. 21 janv. 2003, juris. n° 10, p. 693, obs. de V. Avena-Robardet ; L'application de cet article est impérative pour le juge puisqu'elle vise essentiellement à sanctionner le professionnel, rédacteur de la clause : V. G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des clauses dans la loi n° 95-96 du 1er févr. 1995, D. 1995, chron., p. 99. L'article 1162 du code civil comporte une règle générale d'interprétation selon laquelle la clause ambiguë s'interprète toujours contre celui qui a stipulé, et en faveur de son cocontractant, mais l'application de ce texte n'est pour le juge que facultative : V. Cass. 1re civ. 22 oct. 1974, Bull. civ. I, n° 271.

ci ait le moyen de les consulter en ligne avant de les accepter . C'est d'ailleurs de là que vient l'intérêt de leur reproduction et de leur conservation. Dans le cas contraire où le client, en raison d'un lien hypertexte inactivé, n'a pas la possibilité de consulter les différentes clauses, celles-ci ne s'opposent alors pas à lui puisqu'il est difficilement concevable de soutenir qu'il a accepté ce qu'il ignore[606] sauf si la preuve contraire est apportée. La jurisprudence présume l'ignorance et met la preuve de la connaissance effective à la charge de celui qui s'en prévaut.

Même si la loi ne se prononce pas sur l'opposabilité des clauses contractuelles au client, ce mal est faible puisque le contrat électronique emprunte souvent la forme d'un contrat type qui permet facilement d'établir la connaissance des clauses contractuelles. Les fournisseurs adhérent souvent à un code de bonne conduite, ce qui permet d'éviter qu'une telle situation se reproduise.

Cependant, il aurait été préférable malgré tout de subordonner l'opposabilité des conditions et clauses contractuelles à l'existence d'une connaissance effective de leur contenu notamment à l'égard du consommateur[607]. Car, la mise en ligne de ces conditions ainsi que leur archivage n'assurent pas leur acceptation[608]. Pour assurer leur transparence et leur opposabilité, la page de commande doit permettre, par une fenêtre spéciale ou par le biais d'un lien hypertexte, de consulter non seulement les conditions contractuelles mais aussi le détail des différentes clauses qui seront consultées puis acceptées par des clics successifs. La consécration juridique du système de double clic pour la conclusion du contrat électronique ainsi que l'envoi d'un accusé de réception confirmatif de la commande rend l'opposabilité des conditions contractuelles au client presque certaine.

Cette démarche satisfait d'ailleurs aux exigences des articles L. 121-18 et L.121-19 du code de la consommation concernant les contrats à distance. Rappelons-nous qu'en vertu du premier texte, le professionnel doit fournir certaines informations au consommateur avant tout engagement « de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée ». Le deuxième impose au professionnel d'adresser au consommateur une confirmation écrite ou sur une autre support durable - sauf exception - devant intervenir en temps utile et au plus tard au

[606] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 25 et 26.
[607] O. Cachard, précité, n° 13.
[608] Ph. Le Tourneau, précité, n° 23.

moment de la livraison. Les dispositions de ces deux articles sont d'ordre public, leur violation est sanctionnée pénalement. Leur but est d'éclairer son consentement et d'apprécier la portée de son engagement surtout l'opposabilité des différentes clauses contractuelles. Ces dispositions s'ajoutent aux règles générales de droit de la consommation notamment à celles concernant l'interdiction des clauses abusives selon lesquelles le juge contrôle le contenu du contrat et en élimine éventuellement les clauses abusives.

§ 2. La suppression des clauses abusives

Les contrats à distance sont généralement des contrats d'adhésion où le professionnel fixe unilatéralement ses conditions et clauses contractuelles et invite le consommateur à y adhérer. Il arrive que le contrat conclu contienne des conditions et clauses désavantageuses pour lui. C'est pourquoi, pour éviter un éventuel abus et rétablir des relations contractuelles équilibrées, les législateurs tant français que communautaires prohibent les clauses abusives et donnent au juge le pouvoir de contrôler le contenu du contrat. Ils reconnaissent également à certains organes et associations habilités un pouvoir d'action préventive par le biais de recommandations ou en justice pour demander la suppression des clauses abusives.

A- La suppression des clauses abusives à posteriori par le juge

Sous le régime de l'article 35 issu de la loi du 10 janvier 1978[609], le juge ne pouvait déclarer abusives que les clauses préalablement interdites par décret[610]. Cependant, sous la

[609] La loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services : JO, 11 janv. 1978. l'article 35 fut codifié à l'article L. 132-1 du code de la consommation par la loi du 26 juillet 1993 : H. Bricks, Les clauses abusives, thèse Montpellier, LGDJ 1982, préface J. Calais -Auloy ; J.-C. Tahita, La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats, thèse Poitiers, 1985.

[610] Le seul décret qui a été pris est celui du 24 mars 1978 : aux termes de son article 1er, sont prohibées les clauses « ayant pour objet ou pour effet de constater de manière irréfragable, l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ». Cet article a été annulé par la suite par le Conseil d'Etat le 8 déc. 1980 pour le motif suivant : « le gouvernement a interdit une clause dont l'objet peut porter sur des éléments contractuels autres que ceux limitativement énumérés par cet alinéa (art. 35 al. 1er), qui ne révèle pas dans tous les cas un abus de la puissance économique et qui ne confère pas nécessairement un avantage excessif aux professionnels ». l'article 2 interdit dans le contrat de vente : « la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de

double impulsion de la directive n° 93/13/CE du conseil du 5 avril 1993[611] et de la cour de cassation[612] soutenue par la doctrine[613] qui a reconnu au juge le pouvoir de déclarer abusive une clause alors même qu'elle n'aurait fait l'objet d'aucune interdiction par décret, une nouvelle définition des clauses abusives fut posée en France par la loi du 1er février 1995[614].

En effet, même lorsqu'une clause est acceptée par le consommateur, le juge peut la déclarer d'office[615] comme abusive dès qu'elle répond au critère objectif consacré à l'article L. 132-1 alinéa 1re du code de la consommation, au terme duquel : *« dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et*

---

réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à une quelconque de ses obligations ».

[611] Dir. concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE, 21 avril 1993, L 95, p. 29 : J. Ghestin et I. Marcheschaux-Van Melle, L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire, REDC consom., 1993, p. 65 ; M. Trochu, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, D. 1993, chron., p. 315 ; J. Huet, La directive européenne relative aux clauses abusives, JCP G 1993, act., p. 26 ; M. Tenreiro, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, Europe, mai 1993, p. 1 ; F. Sage, Le droit français au regard de la directive 93/13 du Conseil des Communautés Européennes du 5 avril 1993, Gaz. Pal., 28 et 29 oct. 1994, doct. p. 1.

[612] Civ. 1re, 16 juill. 1987 : D. 1987, somm. p. 456, obs. J.-L. Aubert. Civ. 1re, 14 mai 1991 : Bull. civ. I, n° 153 ; JCP 1991, II, 21763, note G. Paisant ; D. 1991, juris. p. 449, note J. Ghestin ; Idem. 1991, somm., p. 320, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1991, p. 526, obs. J. Mestre. Civ. 1re, 26 mai 1993: D. 1993, juris. p. 568, note G. Paisant ; JCP 1993, II, 22158, note Bazin. Civ. 1re, 6 janv. 1994 : Contrats Conc. Consom. 1994, n° 58, obs. Raymond ; JCP 1994, II, 22237, note G. Paisant.

[613] J. Huet, Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, D. 1993, chron. p. 331 ; G. Paisant, De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives, D. 1985, chron., p. 299 ; Ph. Malinvaud, La protection des consommateurs, D. 1981, chron. p. 49 ; G. Berlioz, Droit de la consommation et droit des contrats, JCP G 1979, I, 2954.

[614] Loi n° 95-96, 1er févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant les diverses activités d'ordre économique et commercial, JO, 2 févr. 1995, p. 1755 : B. Gelot, Clauses abusives et rédaction des contrats, Incidences de la loi du 1er février 1995, Defrénois 1995, 1re partie, p. 1201 ; J. Ghestin et I. Marcheschaux-Van Melle, L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1er février 1995, JCP G 1995, I, n° 3854 ; G. Paisant, Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995, D. 1995, chron. p. 99; G. Raymond, Commentaire de la loi du 1er février 1995 sur les clauses abusives, Contrats Conc. Consom., 1995, n° 56 ; D. Mazeaud, La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ?, Droit et Patrimoine, juin 1995, p. 42 ; F-X, Testu, La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, D. aff., 1996, p. 372 ; L. Leveneur, Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives, Contrats Conc. Consom., avril 1996, chron., p. 4 ; A. Karimi, L'application du droit commun en matière de clauses abusives, JCP G, 1996, I, n° 3918.

[615] V. sur l'office du juge à l'égard des clauses abusives: CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 : BICC, n° 1013 ; JCP G, 2001, II, n° 10513, note M. Carballo Fidalgo et G. Paisant ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages. Dans le même sens, CJCE, 21 nov. 2002 : D. 2003, 486, note Nourrissat. L'appréciation du caractère abusif d'une clause par le juge est une question du droit et donc soumise au contrôle de la cour de cassation : Civ. 1re, 26 mai 1993 : D. 1994, somm., p. 12, obs. Delebecque.

obligations des parties ». L'alinéa 2 du même article prévoit également que certaines clauses peuvent être expressément déterminées comme abusives par décret en Conseil d'Etat et énonce dans son alinéa 3 une annexe comprenant une liste non exhaustive des clauses abusives. L'ensemble de ces dispositions s'applique aux contrats conclus à distance.

L'appréciation du caractère abusif d'une clause s'effectue selon un critère subjectif et la loi impose alors au juge le respect de deux règles :

● d'une part, le juge doit apprécier le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en se référant uniquement au moment de la conclusion du contrat. En ce sens que l'appréciation d'abus ou de déséquilibre significatif échappe au juge lorsqu'il résulte des circonstances entourant par exemple l'exécution du contrat. En revanche, le juge doit prendre en considération toutes les circonstances particulières relatives à la conclusion du contrat dans lesquelles le consentement du consommateur a été donné et toutes les clauses contenues dans le contrat lui-même ou dans un autre dont il dépend (C. consom. art. L. 132-1 al. 5).

● d'autre part, l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne doit selon les termes de la loi porter « *ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* » L'interdiction faite au juge ne vaut que « *pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* »[616]. Il est donc interdit au juge de déceler le déséquilibre dès qu'il trouve son origine dans les prestations principales des parties dont le prix et la rémunération sous réserve toutefois qu'une telle clause soit rédigée de façon claire et compréhensible. Dans ce cas, le rôle du juge se limite à apprécier le caractère abusif d'une clause en faisant uniquement référence à l'ensemble des droits et obligations des parties. A l'inverse, à partir du moment où ces clauses sont rédigées de manière vague ou incompréhensible, le juge peut intervenir pour les déclarer abusives. A cet égard, La CJCE a jugé qu'en cas de doute, la clause écrite (art. 5 de la directive 93/13/CE relative aux clauses abusives) s'interprète dans le sens le plus favorable au consommateur sauf dans le

[616] Les termes « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » ont été ajouté par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, pour que les dispositions françaises se conforment aux dispositions communautaires sur les clauses abusives: Dir. « clauses abusives », art. 4-2.

cadre des actions en cessation tentées par des personnes ou organisations représentatives de l'intérêt collectif des consommateurs[617].

Lorsque le juge déclare abusive une clause en raison du déséquilibre contractuel qu'elle engendre à l'égard du consommateur ou non professionnel, elle ne sera pas annulée mais sera au sens de la loi réputée non écrite et censée ne jamais avoir existée. Le contrat restera applicable dans toutes les autres dispositions à condition qu'il puisse subsister sans les dites clauses. Autrement dit, la suppression des clauses abusives ne doit pas affecter l'économie générale du contrat.

D'ailleurs, leur suppression présente un double avantage pour le consommateur ou non professionnel par rapport à la nullité du contrat :

- d'une part, l'annulation du contrat peut l'endommager alors que la suppression des clauses abusives lui permet au contraire de maintenir le contrat avec plus d'équilibre.
- d'autre part, si la nullité du contrat s'apprécie subjectivement et exige de démontrer le caractère déterminant des clauses litigieuses sur le consentement de l'une des parties. Cela risque également d'endommager le consommateur puisque le professionnel peut dans certains cas prétendre qu'il n'aurait pas accepté de conclure le contrat sans ces clauses et par conséquent échapper à l'exécution de ses obligations. Réciproquement, dans la mesure où le respect des dispositions protectrices des consommateurs est d'ordre public, le juge décèle, non par référence à l'intention des parties mais selon un critère objectif, que certaines clauses sont abusives et les considère alors non écrites. Ceci permet à la fois de rétablir l'équilibre contractuel sans annuler le contrat et de déjouer la tentative du professionnel de mauvaise foi de se soustraire à l'exécution du contrat.

B- La suppression préventive des clauses abusives

Pour lutter préventivement contre les clauses abusives, une autorité administrative indépendante appelée Commission des clauses abusives[618] a été créée en 1978. Elle est

[617] CJCE, 9 sept. 2004, aff. C-70/03, Comm. c/Royaume d'Espagne : Europe 2004, comm. 376, note L. Idot ; S. Poillot-Peruzzetto, Droit international et européen, JCP G., I, chron., 110, p. 212.

[618] Disponible sur le site: www.clauses-abusives.fr : Actes de la journée d'étude du 29 mai 1998 organisée à Chambéry, Vingt ans de la commission des clauses abusives, Revue Conc. Consom., sept.-oct. 1998 ; Kerninon, Réforme de la Commission, Rev. Conc. Consom., 1993, n° 76 ; A. Sinay-Citermann, La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, RTD civ., 1985, p. 471 et s.

habilitée à agir sur demande[619] ou d'office pour rechercher les clauses abusives dans les modèles de contrats habituellement proposés par les professionnels aux non professionnels ou consommateurs et recommande leur suppression ou leur modification.

Alors que ces recommandations ont pour objectif de rétablir un équilibre dans le contenu des contrats de consommation, elles n'ont en principe pas de force obligatoire[620] ni à l'égard du juge, ni à l'égard des professionnels mais constituent néanmoins une source d'inspiration pour les juges du fond[621] saisis d'un litige concernant le contenu d'un contrat de consommation.

Ces recommandations sont nombreuses et concernent des domaines spécifiques très variés. Nous n'entendons pas procéder ici à un inventaire descriptif de ces dernières dont la majorité s'applique aux contrats de consommation conclus à distance mais juste en citer une qui intéresse particulièrement les contrats à distance : la recommandation n° 03-01 du 26 septembre 2002 relative aux contrats de fourniture d'accès à Internet[622].

La commission recommande notamment la suppression des clauses :

- qui font prévaloir les conditions générales en ligne, non acceptées par le client, sur les conditions générales imprimées ;
- qui autorisent le fournisseur à modifier l'adresse électronique du client ;
- qui exonèrent ou limitent excessivement la responsabilité du professionnel ;
- qui permettent la modification unilatérale du service ou du tarif définis dans le contrat à durée déterminée ;
- qui limitent les obligations du fournisseur à de simples obligations de moyens ;
- qui imposent enfin au consommateur un mode de paiement unique.

---

[619] La commission peut être saisie : par le ministre chargé de la consommation ; par les associations agréées de défense des consommateurs ; par les professionnels intéressés ; par le juge saisi d'un litige sur une clause abusive, la commission doit alors rendre son avis dans un délai de trois mois de la saisine ; la commission peut être saisie sur un projet de décret par le ministre chargé de la consommation ; elle avance également des propositions de modifications législatives souhaitables.

[620] Civ. 1re, 13 nov. 1996 : Bull. civ., I, n° 399; D. 1997, somm., 174, obs. Delebecque.

[621] V. J. Ghestin, Les recommandations de la commission, *in* Actes de la journée d'étude du 29 mai 1998 organisée à Chambéry, Vingt ans de la commission des clauses abusives, Revue Conc. Consom., sept.-oct. 1998, p. 14 et s. ; La jurisprudence applique parfois la recommandation de la commission, mais sans y faire expressément référence ; pour une application de la récommandation n°86-01 du 17 janv. 1986 concernant les contrats de location avec option d'achat : v., Civ. 1re, 13 nov. 1996, Bull. civ. n° 399 ; RTD civ., 1997, p. 424, obs. J. Mestre ; D. 1997, comm., p. 174, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1997, I, 4015, chron., n° 1, obs. C. Jamin.

[622] BOCCRF du 31 janv. 2003, p. 8 et s ; ou BOCCRF du 7 avril 2004, annexe II, p. 252.

Parallèlement à la Commission des clauses abusives, les associations agréées de consommateurs jouent également un rôle préventif contre les clauses abusives contenues dans les contrats de consommation[623]. En effet, la loi leur reconnaît un pouvoir d'agir en justice pour défendre l'intérêt collectif des consommateurs et surtout de demander au juge la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur[624].

Leurs actions préventives sont, d'une part, recevables indépendamment de toute action individuelle ou réclamation d'un consommateur[625]. D'autre part, elles ont un caractère dissuasif qui implique au sens de la CJCE[626] que de telles actions peuvent être exercées alors même que les clauses dont l'interdiction est réclamée n'auraient pas été effectivement utilisées dans des contrats déterminés.

Le caractère préventif de ces actions suppose également que leur exercice soit permis même si aucune clause n'a pas encore été concrètement utilisée dans un contrat de consommation : cela a pour but de faire constater le caractère abusif d'une clause contenue dans un projet de contrat futur ou dans un type de contrat de consommation proposé par une organisation professionnelle.

En revanche, lorsque le projet ou type de contrat n'est plus proposé, aucune action de suppression des clauses abusives ne peut être exercée puisqu'elle est devenue sans objet[627].

Il en est de même pour l'action par laquelle une association de consommateurs demande la suppression matérielle de clauses abusives contenues dans un contrat de consommation déjà conclu[628].

Par ces actions, les associations de consommateurs exercent aujourd'hui un véritable contrôle sur les contenus des contrats de consommation proposés à distance[629]. En effet, plusieurs actions ont été récemment portées contre des sociétés de vente à distance pour demander la suppression des clauses abusives.

---

[623] V. Chabot, Petites Affiches, 10 oct. 2000, p. 16 ; G. Paisant, D. 1988, chron., p. 253.
[624] C. consom. art. L. 421-6, modification ord. n° 2001-741 du 23 août 2001.
[625] TGI Albertville, 17 janv. 1997 : JCP G, 1997, IV, 2501; Dans le même sens, v. CA Paris, 2 oct. 1998 : D. aff. 1998, 1851, obs. V. A.-R.
[626] CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-372/99 : D. 2002, AJ, p. 1065, obs. E. Chevrier.
[627] Civ. 1re, 13 mars 1996 : Bill. civ., I, n° 134 D. 1996, IR, p. 95.
[628] CA Paris, 23 mai 2003 : Juris-Data n° 2003-217480.
[629] V. Le commerce électronique et la protection des consommateurs : J.-Cl. Commercial, 2003, fasc. n° 860.

Ainsi le TGI de Paris[630] a été saisi par une association de consommateurs agréée (Assoc. Familles de France) pour qu'il déclare abusives certaines clauses de conditions générales de vente de deux sociétés de vente à distance (Sté Père-Noël.fr et Sté Voyages Père-Noël.fr).

Le tribunal a déclaré abusives les clauses suivantes:

- clauses permettant au professionnel la modification unilatérale des termes du contrat sans raison valable et spécifiée ;
- clauses d'affranchissement de son obligation précontractuelle d'information en violation des dispositions impératives ;
- clauses d'apport de restrictions à la faculté légale de rétractation ;
- clauses de réserves sur la conformité des biens livrés et d'obtenir un droit de réparation en cas de retard de livraison ;
- clauses de fixation d'un délai indicatif de livraison.

En revanche, ne sont pas jugées abusives les clauses:

- d'acceptation figurant en préambule des conditions générales de vente dès lors que le consommateur était invité préalablement à toute commande ou paiement à les accepter ;
- d'exonération de responsabilités relatives aux difficultés techniques surtout des bogues que le consommateur peut rencontrer en navigant sur le site ;
- prévoyant que les photos de présentation des produits proposées dans les catalogues électroniques reproduisent fidèlement ces produits mais que les variations minimes dans la représentation des articles n'engagent pas le professionnel dans la mesure où le consommateur insatisfait dispose d'un droit de rétraction en retournant le produit non conforme.

[630] TGI Paris, 4 févr. 2003 : D. 2003, AJ., p. 762, obs. C. Manara ; Lamy droit de l'informatique et des réseaux, avril 2003, n° 157 ; JCP E., 22 janv. 2004, p. 129, J.-M. B. ; Comm. Commerce électronique 2003, comm., n° 42, obs. Grynbaum.

Dans le même sens, le TGI de Nanterre[631] a également été saisi par une association de consommateurs (UFC Que Choisir c/Sté Orange France) pour déclarer abusives certaines clauses contenues dans un type de contrat de consommation relatif à un abonnement de téléphonie mobile. Le tribunal a jugé abusives les clauses :

- imposant un dépôt de garantie sans en prévoir les modalités de restitution à la fin du contrat ;
- ne prévoyant pas la résiliation du contrat d'abonnement pour motif légitime ;
- prévoyant que seule la date de réception de l'information écrite fait foi pour la demande de suspension de la ligne en cas de perte ou de vol de la carte SIM ;
- réduisant l'obligation du professionnel - service téléphonique - à une obligation de moyens ;
- donnant droit au professionnel de modifier unilatéralement et arbitrairement un élément du contrat en cours d'exécution dont le numéro d'appel attribué au client ;
- prévoyant, automatiquement à l'insu du client et sans formalités, une pénalité en cas de non-paiement ;
- prévoyant la perception de frais de gestion en cas d'impayés ;
- prévoyant que la résiliation à l'initiative de l'abonné prend effet un mois après la date de la première facture qui suit la réception de sa demande par le professionnel.

Par contre, ne sont pas déclarées abusives les clauses qui :

- permettent à l'opérateur de demander au cours du contrat la restitution d'un dépôt de garantie ;
- prévoient qu'en l'absence de faute de l'opérateur, l'abonné est responsable de l'utilisation et de la conservation de sa carte SIM ;
- limitent la responsabilité du professionnel quant aux conséquences des perturbations rencontrées par le service à l'occasion des travaux d'entretien faits dans l'intérêt général des consommateurs ;
- limitent la responsabilité du professionnel au sujet de la confidentialité des messages déposés dans la messagerie de l'abonné ;

[631] TGI Nanterre, 10 sept. 2003 : Juris-Data, n° 2003-221400 ; Contrats Conc. Consom., janv. 2004, n° 18, obs. Raymond.

- prévoient en cas de défaillance du tiers payeur que l'abonné n'est pas exonéré de son obligation de paiement.

En conclusion, l'acceptation à distance se caractérise par sa complémentarité de l'offre, c'est pourquoi elle s'exprime souvent par un simple bon de commande. Ce dernier n'entraîne la formation du contrat que s'il traduit une volonté certaine de s'engager. Lorsque l'acceptation est émise en ligne, elle doit s'effectuer selon le système du double clic consacré par la LCEN.

L'acceptation à distance reste en grande partie régie par les règles de droit commun : ainsi, la détermination du moment de la formation du contrat à distance et l'incidence du droit de rétraction sur celle-ci ; la valeur des engagements souscrits par des mineurs, par des tiers ou par la machine.

En revanche, lorsque le contrat à distance est qualifié de contrat de consommation, il est soumis - en plus des règles de droit commun - aux règles du droit de la consommation surtout en ce qui concerne la prohibition des clauses abusives qui permet au juge de supprimer, de modifier d'office ou à la demande de certains organismes habilités, les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations du consommateur. Après la suppression des clauses abusives, le contrat est présumé équilibré et doit être exécuté. Mais, la formation du contrat à distance ne s'arrête pas là et s'étend au règlement de litiges contractuels ainsi qu'à sa preuve.

DEUXIEME PARTIE

Eléments extrinsèques de la formation des contrats à distance par voie électronique : *éléments de sécurisation*

La formation du contrat à distance par voie électronique ne se limite pas à l'étude exclusive de l'accord de volontés traduit par une offre et une acceptation au sens juridique du terme mais intègre aussi dans une plus large mesure les règles relatives au conflit de lois et de juridictions ainsi que la preuve sous forme électronique.

Bien que ces deux derniers points ne relèvent pas de la formation du contrat à distance par voie électronique, à proprement parler, ils entretiennent néanmoins un rapport étroit avec elle et servent de corollaire nécessaire et indispensable à l'accord de volontés.

Dans cette perspective, nous étudierons dans un premier temps le règlement de conflits de lois et de juridictions **(Titre I)** puis, dans un deuxième temps, la preuve sous forme électronique **(Titre II)**.

TITRE PREMIER

La loi applicable et la juridiction compétente en matière de contrats à distance

Le nouvel aspect de vente à distance tel le commerce électronique soulève des questions délicates relatives à la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente[632]. La complexité provient en fait du caractère immatériel et peu localisé d'Internet. Ces deux critères affectent, en effet, les règles classiques du droit international privé relatives au règlement du conflit de lois et de juridictions car ces dernières reposent essentiellement sur la notion de frontière et de localisation physique du contrat qu'Internet ignore précisément. Le caractère immatériel d'Internet ne remet, certes, pas en cause l'ensemble de ces règles car seules certaines d'entre elles doivent être modifiées pour être compatibles avec ce nouveau phénomène.

---

[632] Voir O. Cachard, Définition du commerce électronique et loi applicable, Comm. Commerce électronique, sept. 2004, étude n° 31 ; H. Bureau, Le droit de la consommation transfontalière, Paris : Litec, Collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002 ; Th. Verbiest La protection juridique du cyber-consommateur. Publicité - Contrats - Contentieux, Paris Litec 2002 ; T. Verbiest, Commerce électronique : le nouveau cadre juridique. Publicité - Contrats - Contentieux, 1re éd. Bruxelles : Larcier, Collection Droit des technologies 2004 ; E. Caprioli, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Litec, 2002 ; V. Gautrais, Le contrat électronique international : encadrement juridique, 2e éd. Bruxelles : Bruylant 2002 ; Ch. Feralschuhl, L'Internet et la loi applicable, Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2e éd. Dunod 2000, p. 257 : J. Huet, Le droit applicable dans les réseaux numériques, JDI , 3, 2002, p. 737 ; N. Brault, Le droit applicable à Internet, Légicom 1996, II, p. 1 ; O. Cachard, La régulation internationale du marché électronique, thèse Paris II, 2001 : LGDJ 2002, Bibliographie de droit privé, t. 365 ; J. Huet, Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, Petites affiches 1997, p. 6 ; Van Overstraeten, Droit applicable, juridiction compétente sur Internet : RDAI 1998, p. 373 ; M. Vivant, Cybermonde : droit et droit des réseaux, JCP 1996, I, 3969 ; « Commerce électronique et droit international privé », RCDIP, juill. - sept 2002, chron. p. 334; L. Costes, La délicate question de la détermination du droit applicable aux contrats de commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique 2000, n° 128, p. 21 et s ; T. Verbiest, Droit international privé et commerce électronique : état des lieux : www.juriscom.net ; T. Van Ouverstraeten, Droit applicable et juridiction compétente sur Internet, RDAI 1998/3, p. 373 ; N. Brault, Le droit applicable à Internet, Légicom 1996, n° 12, p. 1 ; M. Fallon et J. Meeusen, Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, RCDIP 2002, p. 435 ; P.-Y.Gautier, Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des œuvres, D. 1996, chron. 131 ; P. Mayer : Actualité du droit international, Petites affiches, n° spécial : Le contrat 2000, n° 90, p. 56 ; S. Munoz, Le règlement de Bruxelles et la problématique de la détermination du tribunal compétent dans le cadre d'un litige transfrontalier sur Internet, Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2001, n° 141, p. 13 ; C. Retornaz, Le commerce électronique international - Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur, Expertise des systèmes d'information 1998, n° 215, p. 140 ; Y. Poullet, Vers la confiance : vue de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace : Lamy droit de l'informatique et des réseaux , (première partie), nov. 2001, n° 141, p. 1, (deuxième partie) déc. 2001, n° 142, p. 1 ;

En l'état actuel du droit, la majorité des règles de droit international privé sont d'origine communautaire. Elles s'adaptent telles quelles pour l'essentiel des contrats électroniques. Par contre, par plusieurs travaux et projets de lois[633], les européens ont modifié les règles les moins adaptées à Internet en consacrant des nouvelles règles de rattachement. Leur portée dépasse largement le cadre communautaire et exerce une influence directe sur les règles nationales du droit international privé des Etats membres.

Ainsi, la loi française du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique transposant en France la directive sur le commerce électronique a modifié certaines règles de droit international privé français en ce sens que, d'une part, la nouvelle loi consacre une règle de localisation spéciale pour tout contrat électronique et que d'autre part, elle étend les règles protectrices du consommateur aux contrats électroniques.

En droit communautaire, plusieurs sources rendent déjà compte, jusqu'à un certain point, du caractère immatériel du réseau et peuvent par conséquent régler le problème de conflit de lois et juridictions en matière de contrats électroniques.

En effet, au sein des pays de l'Union européenne, le Règlement n° 44/2001 concernant la « compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale »[634] joue un rôle déterminant en matière de conflit de juridictions**.** Il remplace, depuis le 1er mars 2002, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Des modifications essentielles ont été apportées par le Règlement pour rendre compte de la spécificité des contrats électroniques, surtout ceux conclus avec le consommateur.

La détermination de la loi applicable, quant à elle, se fait par référence à deux conventions, celle de La Haye du 15 juin 1955 relative aux contrats de vente, entrée en vigueur en France le 1er sept. 1964 et celle de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[635], qui ont toutes deux vocation à régir les contrats électroniques.

---

[633] *Cf.* C. Witz, Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000, chron. 79 et s. ; P. Legrand, « Sens et non-sens d'un code civil européen », RID comp. 1996, 779 et s. ; A. Chamboredon, « La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats », JDI 2001, 5.

[634] JOCE L12 du 16-01-2001 : RCDIP 2001, p. 188.

[635] P. Lagarde, Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, RCDIP 1991, 287 et s ; J. Foyer, Entrée en vigueur de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JDI 1991, 601 et s ; D. Tell, Convention de Rome du 19 juin 1980 : premiers développements jurisprudentiels, Petites affiches 1998, n° 50, p. 22.

Nous nous intéresserons plus particulièrement à la seconde dans la mesure où elle constitue depuis le 1er avril 1991 le droit commun dans l'ensemble des pays de l'Union européenne[636]. Elle s'applique aux situations comportant un conflit de lois en matière d'obligations contractuelles (art. 1§1). Elle est à caractère universel puisqu'elle a vocation à régir tout contrat international même si la loi désignée est celle d'un Etat non contractant (art. 2) et s'applique quel que soit le lieu de conclusion du contrat ou de résidence des parties (De l'article 3 par 3).

L'application de la majorité des règles de la convention de Rome ne soulève pas de difficultés en matière de commerce électronique dans la mesure où elle impose seulement l'existence d'un seul élément d'extranéité. Cette condition est facilement remplie en matière de commerce électronique puisque l'extranéité est quasiment automatique étant donné que le réseau est par essence international.

Mais cela ne signifie pas pour autant que tout contrat conclu et/ou exécuté en ligne soit nécessairement international au sens de la convention. Quant à la preuve de l'internationalité du contrat, elle ne devrait pas *à priori* s'avérer problématique puisqu'il suffit de prouver que la situation juridique ne se cantonne pas à l'intérieur d'un seul Etat.

L'intérêt de cette application au contrat électronique réside également dans le fait qu'elle prévoit des règles spéciales en matière de conflit de lois pour les contrats à distance conclus par le consommateur lorsque ce dernier se trouve dans l'une des situations fixées par la convention. Une simple interprétation extensive de ces règles les rend applicables au contrat électronique.

Plus spécifiquement encore, la convention de Rome reconnaît expressément par son article 5 la valeur juridique des lois de police aux contrats de consommation et préconise aussi que dans tous les cas, le choix de la loi applicable au contrat ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle. Cela permet alors au juge saisi, dans certains cas, d'appliquer la loi la plus protectrice du consommateur.

La convention de Rome cède également devant d'autres actes communautaires et nationaux qui affectent quelques fois les règles de conflit de lois (art. 20) surtout en

[636] JOCE 1980 L. 266, p. 1, entrée en vigueur en France le 1er avril 1991, décret n° 91-242 du 28 févr. 1991, JO du 3 mars 1991, p. 3073 ; Voir Décret du 5 janvier 2005 portant publication des premier et deuxième protocoles concernant l'interprétation par la CJCE de la convention sur la loi applicable aux obligations

matière de contrats de consommation telles : les directives concernant les clauses abusives[637], les contrats à distances et la vente de biens de consommation[638].

La directive n° 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ne contient pas de règles de rattachement mais une disposition exerçant une influence sur les règles de conflit de lois. Selon cette disposition, les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la directive, du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs des Etats membres (Dir. art. 12 par 2 dans le même sens l'article 14 de la directive. L'article L 121-20-6 du code de la consommation adopte des dispositions identiques).

La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique confirme dans son article 1- 4 qu'elle « n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé », elle consacre néanmoins certaines règles affectant les règles de conflit de lois[639].

En revanche, la convention des Nations Unies de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises[640] ne contient pas des règles de rattachement en matière de conflit de lois puisqu'il s'agit d'une convention du droit matériel unifié. En vérité, rien n'empêche l'application de cette convention aux contrats de

---

contractuelles et attribuant à la CJCE certaines compétences en matière d'interprétation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : JO 12 janv. 2005, p. 501.

[637] Dir. 93/13/CE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE 1993, L 95.

[638] Dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE 1999, L 171.

[639] V. J.-P. Pizzio, Le droit communautaire et le commerce électronique, JCP E, 2002, n° 4, p. 15.

[640] RCDIP, 1981, 383, Convention entrée en vigueur le 1er janv. 1987, sur cette convention : Voir, Plantard, Clunet, 1988, 311 ; Kahn, RID comp. 1981, 951 ; Fadlallah, Clunet, 1979, 755 ; Heuzé, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris, 1992 ; B. Audit, La vente internationale de marchandises, 1990 destinée à remplacer les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la formation des contrats de vente et sur les ventes internationales d'objets mobiliers corporels (RCDIP, 1965, 205. Il y a également la Convention de La Haye du 30 oct. 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, qui est appelée à compléter en matière de conflits de lois la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, D. Cohen et B. Ughetto, La nouvelle convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises, D. 1986, chron. p. 149. La convention de La Haye s'applique dans les domaines concernés. D'une part, lorsque les parties ont leur établissement dans des Etats différents et d'autre part, dans tous les autres cas où la situation donne lieu à un conflit entre les lois de différents Etats, à moins que ce conflit résulte du seul choix par les parties de la loi applicable, même associé à la désignation d'un juge ou d'un arbitre.

vente commerciaux (B to B) conclus dans le cadre du commerce électronique[641] à condition, toutefois, que le contrat électronique remplisse l'un des deux critères objectifs suivants :

- le contrat de vente doit être conclu entre des parties ayant leurs établissements dans des Etats contractants différents ;
- lorsque selon les règles du droit international privé du juge du for, la loi d'un Etat contractant est applicable (art. 1er § 1er, b).

Cette localisation peut s'avérer parfois problématique pour le contrat électronique puisque les informations et renseignements objectifs donnés par les parties - l'adresse électronique par exemple - ne correspond pas toujours au pays effectif de l'établissement du partenaire contractant. Par contre, les contrats de vente n'entrant pas dans le domaine matériel de la convention de Vienne - contrats de vente aux consommateurs - sont en principe régis par la convention de Rome.

Nous allons traiter séparément le conflit de lois **(Chapitre I)** et celui de juridictions **(Chapitre II).**

[641] Un projet de Convention internationale sur le commerce électronique est en cours de préparation, il vise à modifier substantiellement certaines dispositions de la convention de Vienne surtout en ce qui concerne la

Chapitre I : Règlement du conflit de lois

La détermination de la loi applicable aux contrats à distance pose un problème de localisation surtout pour les contrats conclus dans le cadre du commerce électronique **(Section I)**. Après avoir trouver les critères qui permettent de régler ce problème, il conviendra ensuite de mesurer l'impact que peut avoir la mise en œuvre concrète des règles de conflit de lois sur les contrats à distance **(Section II)**.

Section I : La localisation du contrat à distance

La détermination de la loi applicable aux contrats à distance exige au préalable de trouver un élément de rattachement à partir duquel le contrat en cause sera localisé au territoire d'un ou plusieurs pays. D'ailleurs, le droit international privé fournit plusieurs critères de rattachement qui permettent éventuellement de le localiser : la loi d'autonomie, la nationalité commune des parties au contrat, le lieu de leur résidence habituelle, lieu de formation ou d'exécution du contrat...etc. Suite à cette localisation, le juge saisi du litige procède à la désignation de la loi applicable au contrat.

Cependant, la localisation des contrats à distance reste complexe en présence d'un contrat électronique, par essence immatériel, qui échappe à une localisation précise surtout lorsque la formation et/ou l'exécution du contrat intervient en ligne. Cette difficulté ne surgit bien évidemment pas lorsque le lieu de formation ou d'exécution du contrat électronique intervient dans le monde réel puisqu'il demeure facile de tracer le cheminement du processus contractuel pour en déduire la loi applicable.

Pour localiser le contrat électronique, il suffit parfois d'élargir la portée de certains critères de rattachement déjà existants pour résoudre le problème de son immatérialité.

En bref, la localisation de contrats à distance dont ceux électroniques peut s'effectuer selon deux critères contradictoires : l'un s'articulant sur une localisation subjective du contrat en se référant à la volonté expresse ou implicite des parties **(§1)** ;

---

formation du contrat pour qu'elle s'adapte au commerce électronique.

l'autre consistant, au contraire, à localiser objectivement le contrat[642] en prenant en compte l'ensemble de ses éléments **(§2.)**.

§ 1. La localisation subjective du contrat à distance : l'autonomie de la volonté

La localisation du contrat à distance se fait souvent selon la règle de l'autonomie de la volonté[643] par laquelle les parties désignent par une clause particulière la loi applicable au contrat et s'accordent à soumettre leur éventuel litige à la loi d'un ou plusieurs pays. Cette règle est l'aspect majeur des rapports contractuels et constitue un principe général universellement reconnu. Ainsi, en France, elle découle de l'article 1134 alinéa premier du code civil, au terme duquel *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*.

La jurisprudence a confirmé ce principe dès 1910. Ainsi, la Cour de cassation a déclaré que *« la loi applicable aux contrats soit en ce qui concerne leur formation soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adopté ; si, entre des personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe, celle à laquelle elles s'attachent, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté un volonté claire ; non seulement cette manifestation peut être expresse, mais elle peut s'induire de faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat »*[644].

La compétence de la loi d'autonomie a, depuis, été constamment confirmé par la jurisprudence française[645].

La règle de l'autonomie constitue la solution idéale en matière de conflit de lois pour les contrats à distance sous réserve toutefois que le contrat présente le caractère international et le respect de l'ordre public de l'Etat du for. Elle exige, au préalable, qu'un choix expresse de la loi applicable soit fait. La forme que prend l'accord importe peu. Ainsi, la désignation de la loi applicable peut résulter d'une simple clause inscrite parmi les conditions générales du contrat et acceptée au moment de l'échange des

---

[642] Batiffol et Lagarde, Les conflits de lois en matière de contrats, Paris, 1938 : Traité, t 2, n° 509 ; H. Batiffol, Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, Mélanges Maury, Dalloz-Sirey 1960, t. I, p. 39 et s..

[643] Chef. V. Ranouil, L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, 1980.

[644] Cass. Civ., 5 déc. 1910, American Trading, S 1911, I, 129 note Lyon-Caen ; Clunet 1912, 1156 ; RCDIP 1911, 395.

consentements. Elle peut également provenir d'un accord distinct entre les parties et postérieur à la formation du contrat.

Quant à la validité de la clause de la loi choisie, elle sera appréciée par rapport à la loi désignée. Elle peut, cependant, poser certaines difficultés lorsqu'elle intervient sur un support électronique[646] dans la mesure où les conditions contractuelles n'apparaissent pas toujours clairement à l'écran. Il faudra alors pour les consulter visiter une autre page du site à l'aide d'un lien hypertexte prévu spécialement à cet effet. Est-ce que cette clause cachée derrière ce lien lie ou non le contractant ? La simple consultation de la clause présume-t-elle l'acquiescement du contractant ?

Il appartient à la loi applicable à la clause de se prononcer sur ce point[647]. Ainsi, la jurisprudence française fait produire effet à la clause lorsqu'elle est connue et comprise par le contractant[648]. La remise effective d'un document écrit sur support papier contenant cette clause n'est pas exigée mais il suffit que celui-ci soit mis à la disposition du public[649]. Le problème de l'acceptation de la clause du choix de la loi applicable se pose plus spécifiquement dans les contrats à distance conclus avec des consommateurs car il arrive souvent que le contrat prévoit une clause de choix mais rien n'assure que le consommateur l'a acceptée. Les solutions précédemment évoquées peuvent nous servir.

La LCEN dispose dans son article 25 (nouveaux articles 1369-1 et s. du code civil) que le professionnel, qui propose par voie électronique la fourniture de biens ou la prestation de services, mette *« à disposition, les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction »*.

L'emploi d'un lien hypertexte permettant d'accéder à la clause contractuelle sur la loi applicable semble être insuffisant pour obliger le cocontractant car les termes conservation et reproduction vont au delà d'une simple consultation des différentes

---

[645] Cass., 24 avril 1952, RCDIP 1952, 504, note H. Motulsky ; S. 1952, I, 185, note Batiffol.

[646] Voir. A. Zanobetti, Le droit des contrats dans le commerce électronique international, RDAI/IBLJ, n° 5, 2000, 533 et s. spéc. p. 551 ; P. Mayer, Actualité du contrat international, Petites Affiches 5 mai 2000, p. 55 et s. spéc. p. 60 ; I. Paulik, La loi applicable aux contrats internationaux de commerce électronique, JCP, E, 2002, p. 23 et s. spéc. 24.

[647] L'article 10 §3 de la directive 2000/31/CE précise que dans le cadre du commerce électronique, les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et les produire.

[648] Cass. 1re civ., 20 janv. 1993 : Contrats Conc. Consom. 1993, com. n° 77, note G.Raymond.

[649] Cass. civ. 11 févr. 1908 : Gaz. Pal. 1909, I, p. 253.

clauses contractuelles. Le cocontractant doit avoir eu une connaissance effective de l'existence et du contenu d'une telle clause pour être engagé.

Or, dans la pratique, une clause formelle de la loi applicable fait défaut. Dans ce cas, les tribunaux cherchent, selon des données subjectives, à déduire de certaines manifestations de volontés, une référence implicite à la loi adoptée. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que *« la loi applicable aux contrats est celle que les parties ont adopté ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants »*[650].

La loi applicable pourrait alors être déduite des termes même du contrat *« d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause »*. Ainsi, la référence à un texte français pour régler un point spécial - par exemple des vices cachés - pourrait révéler l'intention des parties de soumettre le contrat dans son ensemble à la loi française. Il en va de même pour l'emploi d'une clause attributive de juridiction qui donne compétence aux juridictions d'un pays déterminé et qui pourrait permettre de déduire une intention tacite mais effective de rattacher le contrat à la loi de cet Etat (il n'en va pas de même pour une clause d'arbitrage). Il est également admis que lorsque les parties emploient la formule d'un contrat type, conformément à la législation d'un pays déterminé, une forte présomption en faveur de la loi de ce dernier l'emporte.

La loi applicable pourrait aussi être déduite des circonstances et attitudes des parties : recours à un officier public dans un pays déterminé surtout lorsqu'un tel recours n'est pas exigé ; la monnaie de paiement et la langue employée. Pourtant, l'ensemble de ces éléments n'est pas décisif. Par contre, ces mêmes éléments peuvent être plus pertinents à déduire une volonté implicite mais certaine de la loi applicable pour les contrats renouvelés entre les mêmes parties pour les mêmes types d'opérations dont certains prévoyaient déjà des clauses.

---

[650] Cass. civ. 6 juill. 1959, RCDIP, 1959, 708, note Batiffol. ; Civ. 1re, 29 juin 1971 ; Clunet 1972, 51, note Ph. Cahn, Civ. 1re 6 févr. 1973 ; Clunet 1975, 66, note Audit; Civ. 1re, 7 juin 1977, JDI 1977, 879, obs. Ph. Kahn ; RCDIP 1978, 119, note Batiffol.

§ 2. La localisation objective du contrat à distance

Lorsque le contrat à distance ne comporte pas de référence explicite ou implicite à la loi applicable, il sera localisé selon des données objectives par lesquelles les tribunaux tiennent compte de certaines circonstances qui entourent la formation ou l'exécution du contrat ; de la nationalité commune des parties ; de leur lieu de résidence ou leur domicile.

Ainsi, en France, le lieu d'exécution du contrat tient une place prépondérante car dans ce lieu apparaissent la finalité et l'économie générale du contrat et s'effectue la vérification de la marchandise. Malgré ces avantages indéniables, il ne peut être retenu comme critère de localisation que lorsqu'il est déterminé ou néanmoins déterminable.

En effet, il arrive parfois qu'un même contrat comporte plusieurs obligations susceptibles d'être exécutées dans des pays différents. Le rattachement du contrat au lieu d'exécution de l'obligation principale ne règle pas totalement le problème dans la mesure où ce lieu fait souvent défaut. C'est pourquoi les tribunaux s'attachent souvent à défaut de l'unité du lieu d'exécution du contrat au lieu de sa formation.

Pourtant, malgré sa commodité, le lieu de formation du contrat ne peut être considéré comme critère de rattachement qu'à titre subsidiaire et ne sera réservé qu'au cas où il est impossible de déterminer le lieu d'exécution du contrat.

Le rattachement aux lieux d'exécution et de formation du contrat ne peut localiser un contrat à distance que dans le cas où la conclusion et/ou l'exécution du contrat se réalisent dans le monde réel. Par contre, ces mêmes règles ne sont pas applicables à un contrat électronique, par essence, immatériel et souvent international qui rend les lieux de conclusion et d'exécution incertains[651] !

S'agissant d'abord de l'incertitude sur le lieu de conclusion du contrat électronique[652]. Il est *« difficile de dire que la conclusion d'un contrat se situe dans un lieu particulier : elle est initiée à partir d'un terminal, et traitée dans un autre qui la reçoit,*

[651] H. Kronke, Applicable Law in Torts in Cyberespace, *in* Internet: Quel tribunal décide? Quel droit s'applique, préc. 65 et s., spéc. p. 78 ; I. Paulik, préc. p. 24.
[652] Le lieu de conclusion du contrat est retenu par la convention de Rome relativement à la forme du contrat conclu entre personnes qui se trouvent dans le même pays (art. 9, par. 2).

pour être éventuellement acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux généralement différents »[653].

En réalité, cette incertitude ne trouve pas sa source dans le fait que le contrat est conclu sur un support immatériel tel qu'Internet mais plutôt dans l'absence de contact physique entre les parties au moment de l'échange des consentements. Cette spécificité est commune à tous les contrats conclus à distance et exige alors une solution unique. La jurisprudence considère, à ce sujet, que le contrat sera considéré comme étant conclu soit dans le pays de l'acheteur qui a initié la commande, soit dans le pays du fournisseur qui a reçu cette commande.

S'agissant ensuite de l'incertitude sur le lieu d'exécution du contrat électronique. Certains auteurs[654] pensent, en effet, que le lieu d'exécution du contrat électronique devient incertain à partir du moment où il s'exécute en ligne faute d'une réelle dissociation dans l'espace entre le lieu de mise à disposition du bien dématérialisé et celui de son téléchargement.

De tels raisonnements ne semblent pas être pertinents car les contrats électroniques, par essence immatériels, demeurent néanmoins comme tous les autres contrats localisables. Ils *« impliquent des activités matérielles que l'on peut évidemment situer dans l'espace réel »*.[655] Leur localisation se limite donc à un choix entre le pays du fournisseur ou celui de l'acheteur. Cette solution est commune à tous les contrats conclus à distance et ne soulève plus que la question de la preuve *« de la présence d'une personne en un endroit donné, à un moment donné »*[656].

Mais quelle est la loi qui devrait être privilégiée : celle du fournisseur ou celle de l'acheteur ? Sur quel(s) critère(s) ce choix doit-il se faire ? La doctrine est, sur ce point,

---

[653] Huet, Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale, Petites Affiches, 26 sept. 1997, p. 6 et s. spéc. n° 27.
[654] Voir par ex. H. Kronke, préc. p. 77.
[655] G. Kaufmann-Kohler, Internet : mondialisation de la communication- mondialisation de la résolution des litiges ? *in* Internet: Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique, Pays-Bas, Kluwer Law International 1998, p. 89 et s., spéc. p. 133.
[656] En ce sens, A. Zanobetti, préc., p. 555 ; I. Paulik, préc. P. 25.

partagée[657] : alors que certains sont en faveur de la loi du fournisseur, d'autres penchent vers l'application de la loi de l'acheteur.

Les partisans de la loi du vendeur justifient leur choix par le fait que le droit communautaire incline à l'application de la loi d'origine plutôt qu'à la loi de réception : conventions de Rome et de La Haye de 1955 pour les contrats de vente. L'application de la loi du vendeur se justifie également lorsque le vendeur contracte à distance et surtout sur Internet puisque son offre s'adresse à des acheteurs planétaires. Il est alors inconcevable d'imposer au vendeur de connaître toutes les lois de tous les pays. Pour des raisons de commodité, on applique la loi qu'il connaît le mieux : celle de son Etat.

Les partisans de l'application de la loi de l'acheteur avancent les arguments selon lesquels : la convention de Rome désigne cette loi comme applicable aux contrats conclus avec les consommateurs (articles 5, par. 2 et 3) et la convention de La Haye pour les contrats de vente la consacre lorsque la commande a été reçue dans le pays de l'acheteur en l'absence de la loi choisie (art.3).

Ces arguments ne sont pas assez solides pour résoudre le problème. C'est la raison pour laquelle une théorie intermédiaire a été avancée. En effet, certains auteurs pensent que l'application de la loi du vendeur ou de l'acheteur au contrat électronique dépend de l'existence ou pas d'une négociation - qui, en raison de l'interactivité du réseau, peut être assurée en ligne - sur la loi applicable, en amont de la formation du contrat. En somme, quand il y a négociation de la loi applicable, la loi du vendeur est à privilégier. Réciproquement, quand il n'y a pas de négociation préalable, la loi de l'acheteur s'impose.

Pour couper court à toute discussion, la LCEN tranche aujourd'hui en faveur de la loi du pays du vendeur. Elle adopte, en effet, le principe de l'autonomie en donnant aux parties la libre désignation de la loi applicable au contrat électronique. A défaut d'un tel choix, la loi qui s'applique est celle de l'Etat membre où le professionnel est établi [658](art. 17, par 1er) mais à condition toutefois qu'il soit installé de manière stable et durable pour

[657] Sur l'ensemble voir notamment S. Poillot Peruzzetto, La loi applicable au contrat électronique, Commerce électronique, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées Nationales, t 4, Toulouse 2000, p. 35, spéc. 44.

[658] La notion de l'établissement en tant qu'élément de rattachement a bien été inspirée d'une certaine doctrine, Voir notamment, O. Boutellis, L'avenir de la notion d'établissement stable à l'ère de l'entreprise virtuelle :

exercer effectivement son activité (art. 14, par 3). L'article 17, 1° de la nouvelle loi prévoit que l'application de la loi choisie ou la loi de l'Etat dans lequel le professionnel est établi ne peuvent avoir pour effet *« de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France»*.

Nous pouvons donc remarquer :

● que la nouvelle loi vient favoriser de manière définitive la loi du vendeur au détriment de celle du destinataire du bien ou du service qui serait pourtant la loi du lieu d'exécution de la prestation. La loi française apporte une précision supplémentaire par rapport à la directive « commerce électronique » : à l'article 3, 1, cette dernière s'est contentée d'indiquer que chaque Etat membre veille à ce que les services de la société de l'information, fournis par un prestataire établi sur son territoire, respectent les dispositions nationales applicables dans cet Etat membre relevant du domaine coordonné. Le considérant 22 ajoute explicitement que *« ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi »*. Cette disposition n'a pas d'effet car cette même directive prévoit à l'article 1er, 4 qu'elle *« n'établit pas de règles additionnelles de droit international privé »*[659].

● lorsque la loi penche en faveur de la loi du vendeur, un risque majeur apparaît puisque l'adresse électronique du site du vendeur ne donne pas forcément l'idée du pays à partir duquel il contracte notamment lorsque le suffixe est « point com ». De plus, du fait que cette dernière soit facilement modifiable, des problèmes tels que le conflit mobile et surtout la fraude à la loi se posent. Ce risque est considérable en matière de commerce électronique étant donné qu'il suffit au vendeur, pour être délocalisé dans le pays étranger où la législation est la moins contraignante, de changer son adresse électronique ou l'hébergeur de son site. C'est pourquoi la nouvelle loi impose pour privilégier la loi du vendeur la condition selon laquelle il doit « être installé de manière

---

Evolution ou révolution ?, Petites affiches, 20 janv. 1999, n°14, numéro spécial consacré à l'entreprise virtuelle.

stable et durable pour exercer effectivement son activité ». Ce critère est d'autant plus réaliste que la directive européenne sur le commerce électronique l'avait retenue[660] en précisant que *« l'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site, ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique »*, et que *« dans le cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique »*.

La localisation du contrat électronique, par essence, immatériel, ne dépend plus des lieux de formation et d'exécution du contrat mais à partir de la localisation des parties au moment de la formation du contrat, on déduit la loi applicable.

Cependant, les nouvelles dispositions consacrées par la LCEN doivent être lues à la lumière des actes communautaires qui traitent spécifiquement le conflit de lois.

Section II : Le contrat à distance et la mise en œuvre des règles bilatérales du conflit de lois

Les Conventions de Rome du 19 juin 1980 et de La Haye du 15 juin 1955 prévoient des solutions proches en matière de conflit de lois applicables aux contrats à distance **(§1)**. Elles adoptent en effet, comme élément de rattachement principal, la loi d'autonomie[661]qui reconnaît aux parties une très grande liberté dans le choix de la loi applicable.

Cependant, la convention de Rome à la différence de la convention de La Haye instaure deux limites dans le choix de cette loi :

- toute localisation subjective sera écartée chaque fois que les parties ne manifestent aucun choix ;

---

[659] Considérant n° 23.

[660] Cf. Avis du sénateur Alex Türk, fait au nom de la commission des lois, n° 351, 2002-2003, déposé le 11 juin 2003.

[661] Art. 4, Conv. Rome. et art. 2 et 3, Conv. La Haye.

- la désignation de la loi applicable par les parties sera écartée au profit des dispositions légales contenues dans une autre loi qui régit impérativement la situation juridique et les contrats conclus par le consommateur **(§2)**.

La LCEN consacre de nouvelles règles en matière de conflit de lois relatives aux contrats électroniques qui influent de manière infime sur la matière conflictuelle.

§ 1. Les règles générales en matière de conflit de lois

La majorité des règles consacrées par les deux conventions s'appliquent aux contrats à distance sans soulever de difficultés majeures alors que d'autres règles sont parfois mal adaptées surtout aux contrats électroniques et laissent par conséquent une zone d'ombre.

A- La localisation du contrat

Les conventions de Rome et de La Haye adoptent, dans la désignation de la loi applicable, deux types de rattachements : l'un rattache subjectivement le contrat au territoire d'un Etat donné lorsqu'un choix a été fait et l'autre rattache objectivement le contrat lorsque les parties n'ont manifesté aucun choix de loi applicable.

1. Choix de loi applicable par les parties

La loi applicable au contrat est en principe régie par la loi d'autonomie. La manifestation du choix de cette dernière doit selon l'article 3.1 de la convention de Rome[662] être *« exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des*

[662] Il n'est pas exigé que le contrat présente des liens étroits effectifs avec le pays dont la loi est choisie, les parties peuvent donc désigner une loi étrangère. Toutefois, la loi choisie qui ne présente pas de liens effectifs, peut être rejetée et établir la compétence d'une autre loi : si ce choix paraît inspiré par la fraude, par la disposition de l'article 7 en tant que loi de police, ou lorsque des dispositions impératives d'un pays s'appliquent obligatoirement sans rendre compte de la loi choisie par les parties, en matière de protection des consommateurs. Par ailleurs, l'article 3.1 de la convention du Rome reconnaît aux parties la possibilité de faire du dépeçage. Les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. Mais, ce dépeçage ne doit pas rester en totalité ou en partie sans loi, en ce sens, la Cour de cassation a énoncé que tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat. Civ., 21 juin 1950, Messageries Maritimes, D. 1951, 749, note Hamel ; JCP 1950, II, 5812, note Lévy, S. 1952, 1, p. 1, note Niboyet ; RC

circonstances de la cause » ou « *indubitable* » selon l'article article 2 de la convention de La Haye.

La référence aux dispositions du contrat et aux circonstances de la cause pour en déterminer la loi applicable permet de conserver les solutions établies par la jurisprudence française antérieure à l'entrée en vigueur de la convention de Rome selon lesquelles le choix de la loi applicable pourrait être déduit des termes même du contrat. Ainsi, l'emploi par les parties d'un formulaire de contrat type conformément à la législation d'un pays déterminé permet de conclure que l'intention de celles-ci est de soumettre leur éventuel litige à la loi de ce pays.

La loi d'autonomie s'adapte, comme nous l'avons précédemment montré, au contrat électronique, par essence, immatériel et peu localisé. Cependant, la primauté de ce rattachement suppose que l'accord sur la loi applicable soit valable. Si le contrat a bien été négocié et que les parties ont adhéré, aucune difficulté se pose. Par contre, l'accord de volontés sera sans doute plus difficile à prouver pour les contrats conclus par simple commande du client sans qu'il y ait eu de véritable négociation et cela même si une page écran comportant les conditions contractuelles s'affiche car elle ne donne pas pour autant la preuve de sa lecture. Ce problème touche tous les types de contrats dont électroniques et soulève la question de la preuve de la prise de connaissance des clauses contractuelles. La LCEN qui adopte ce même principe ne se prononce pas non plus sur ce point.

Il est vrai que la loi d'autonomie est la mieux placée pour résoudre le problème de détermination de la loi applicable aux contrats électroniques tant pour les questions de fond que de forme même si cette désignation pourrait parfois être perturbée par l'intervention des notions telles que « l'ordre public » et les « lois de police » surtout pour les contrats de consommation. En tout cas, faute d'un accord de volontés entre les parties, la loi applicable sera désignée selon des données objectives propres au litige.

1950, 609, note Batiffol, GA n° 22., L'existence et la validité de la clause de choix dépend de la loi choisie, art. 3. 4.

2. Le rattachement du contrat en l'absence de choix

En l'absence d'une stipulation expresse ou tacite mais certaine de la loi applicable, la convention de Rome cesse de s'attacher à la volonté des parties pour tenir compte d'une localisation objective du contrat fondée sur le principe de proximité selon lequel *« le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »* (art. 4. 1). La même convention prévoit une présomption générale selon laquelle *« il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une association ou d'une personne morale, la compétence est donnée à la loi du pays de leur administration centrale… »* (art. 4. 2.)[663].

La flexibilité de ces règles de rattachement s'adaptent bien aux contrats à distance surtout dans le cadre du commerce électronique et cela pour plusieurs raisons :

- il s'agit d'une règle de localisation souple par laquelle le juge peut procéder à une localisation objective du contrat en tenant compte de tous les facteurs de rattachement et du centre de gravité de l'opération. Il évite de recourir aux règles de localisation rigides telles le lieu d'exécution du contrat, souvent multiple et incertain surtout pour les contrats exécutés en ligne. En effet, le rattachement du contrat au lieu de résidence habituel du débiteur de la prestation caractéristique (La présomption générale de l'article 4. 2 de la convention de Rome) présente alors un avantage réaliste incontestable puisqu'il permet d'établir une localisation facile du contrat électronique, par essence, immatériel.

Ce réalisme est double. D'une part, la convention de Rome prévoit que lorsque le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle, le critère de rattachement à prendre en considération est l'établissement principal au moment de la conclusion du contrat mais si la prestation doit être fournie par un autre établissement, c'est celui-ci qui

[663] La convention de La Haye de 1955 sur la vente se réfère aussi dans son article 3 à la résidence habituelle du vendeur, tout en prévoyant une large exception en faveur de celle de l'acheteur si c'est dans ce pays que la commande a été reçue. Lorsque le débiteur de la prestation caractéristique est un professionnel, le rattachement à la loi du pays de sa résidence lui donne un double avantage : d'être d'une part, la loi qui correspond à son attente, dans la mesure où celui-ci rédige souvent le contrat ; d'autre part, un avantage économique qui lui permet de faciliter la gestion des opérations : P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 7e éd. Montchrestien 2001, n. 728.

fournira la localisation - lieu de livraison effective[664]-. Cela veut dire concrètement que le lieu d'exécution demeure préférable à tout autre élément de rattachement lorsqu'il est connu. Sinon, la compétence sera donnée à l'Etat dans lequel réside le débiteur de la prestation caractéristique ou le lieu de son établissement.

● la convention prévoit que la présomption sera écartée chaque fois que la prestation caractéristique ne peut être déterminée (Ex. contrat d'échange) ou *« lorsqu'il résulte des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »* (art. 4. 5). La présomption est donc de nature réfutable car si une preuve contraire peut être rapportée, elle sera soumise à l'appréciation souveraine du juge du fond. Il s'agit alors de laisser au juge le pouvoir de localiser tant que possible objectivement le contrat selon le critère de liens les plus étroits. L'application de la loi du pays où réside le débiteur de la prestation caractéristique ne sera retenue qu'à titre subsidiaire et sera réservée au cas où il n'existe pas un autre élément objectif de localisation. Cette interprétation nous semble être la plus cohérente et la plus adaptée à la réalité du commerce électronique et préserve l'esprit général de la convention de Rome.

● la notion de la prestation caractéristique[665] ne soulève pas de problème particulier en matière de commerce électronique. Elle est généralement définie comme *« celle qui permet de distinguer un contrat d'un autre »*[666]. Elle dépend, en grande partie, des circonstances et de la nature du contrat. Le critère décisif est le paiement d'une contrepartie de la prestation : en matière de vente, la prestation caractéristique est celle du vendeur ; dans le mandat, c'est la prestation de service ; dans la distribution c'est selon la cour de cassation, la fourniture du produit[667].

La LCEN ne contredit pas ces règles mais apporte néanmoins une petite nouveauté[668]. En effet, si la convention de Rome prévoit une présomption de liens les plus étroits, qui sera écartée s'il s'avère, en l'espèce, qu'une autre loi entretient des rapports

---

[664] La notion d'établissement doit être inspirée à la fois de l'article 48 du Traité CE et de l'article 60 du règlement de Bruxelles : L'administration centrale est considérée comme le lieu où la société est effectivement administrée (le siège réel) et l'établissement principal étant le lieu où se trouve le centre de gravité de l'activité économique, industrielle ou commerciale de la société.
[665] Cf. M.-E. Ancel, La prestation caractéristique du contrat, thèse Paris I, Economica 2002, p. 394.
[666] H. Gaudemet -Tallon, préc., p. 248.
[667] Civ. 1re, 25 nov. 2003 : Juris-Data n. 2003-021050 ; JCP, G, 2003, II, JP, 10046, note J. Raynard ; Civ. 1re, 15 mai 2001 : Juris-Data n° 2001-009552 ; JCP, G, 2001, II, 10634, note, J. Raynard ; JDI 2001, 1121, note A. Huet ; RCDIP 2002, 86, note Lagarde ; Lamy droit des affaires, févr.2002, n° 28989, note H. Kenfack.
[668] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 4.

encore plus étroits avec le contrat, la loi impose simplement la loi du fournisseur à titre subsidiaire (article 17, alinéa 1er). Donc, en cas de conflit entre la convention de Rome et la loi française, cette dernière prévaut car les dispositions de la convention cèdent devant les « les législations nationales harmonisées » (article 20 de la convention de Rome).

B- Problème spécifique de la localisation

Dans le domaine du commerce électronique, on hésite à appliquer les règles de conflit des lois consacrées par la convention de Rome concernant les obligations contractuelles en général ou celles contenues dans la convention de La Haye sur la vente. En effet, il arrive souvent que le professionnel s'installe dans une galerie marchande virtuelle afin de vendre ses produits et services. Il est alors intéressant de savoir quelle est la loi applicable au contrat entre lui et l'animateur de la galerie.

Certes, aucun problème ne surgit quand les parties désignent la loi applicable en donnant la compétence à la loi d'un Etat dans lequel l'un ou l'autre contractant est installé mais il est tout de même préférable de donner la compétence à la loi de l'Etat dans lequel l'animateur de la galerie a son établissement.

En revanche, la détermination de la loi applicable devient plus complexe quand les parties négligent de prévoir un tel choix[669]. Le juge saisi peut alors se référer à la convention de La Haye du 15 juin 1955 qui retient, en principe, comme loi applicable celle du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande.

Quant à la convention de Rome, elle localise le contrat de manière objective selon les liens les plus étroits présumés existants avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a son établissement. Ce qui caractérise les relations entre les professionnels suscités est le service rendu par l'animateur de la galerie dont sa loi prévaudra.

D'ailleurs, la jurisprudence et la doctrine françaises privilégient le lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Mais comment appliquer une telle solution en matière de commerce électronique où les frontières sont abolies et où plusieurs lois sont applicables

[669] B. Audit, DIP, Economica 1991, n° 172.

concurremment ? Il est donc préférable de ne tenir compte que de la loi de l'Etat dans lequel l'animateur de la galerie marchande est installé. La LCEN incline vers cette solution (article 17 al. 1er).

§ 2. La loi applicable aux contrats de consommation

Les contrats à distance conclus par les consommateurs sont régis par l'article 5 de la convention de Rome. Cette dernière protège, en effet, le consommateur qu'elle définit comme étant celui qui contracte *« pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »*. En revanche, son cocontractant doit impérativement être un professionnel agissant dans le cadre de son activité professionnelle[670].

En outre, la protection de l'article 5 n'est reconnue qu'en présence d'un contrat dont l'objet est la fourniture d'objets mobiliers corporels ; de services ou le financement de telles fournitures (article 5-1 de la C. Rome).

Certains contrats sont exclus de la prévision de cet article :

- les contrats de transport (art. 5-4, a C. Rome) sauf quand ils sont combinés pour un prix global à une fourniture de transport et de logement (art. 5-5 C. Rome), le but étant ici d'unifier la loi pour tous les voyageurs.
- les contrats de services « lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui où il a sa résidence habituelle (art. 5-4, b C. Rome).

L'élément objectif de rattachement établi à l'article 5 de la convention de Rome est de donner compétence à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. Or, ce rattachement n'est pas systématique puisqu'il ne joue qu'à défaut d'une convention expresse ou certaine de la loi applicable. Toutefois, si un choix a été fait en donnant compétence à une loi autre que celle du pays de résidence habituelle du

[670] La connaissance par le professionnel de la qualité du consommateur ne semble pas être un élément nécessaire pour l'application de l'article 5 de la convention de Rome. Une telle connaissance paraît encore plus difficile à prouver en matière de contrats à distance conclus en ligne. Voir, M. Fallon et J. Meeusen, Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le DIP, RCDIP, juill.-sept. 2002, p. 444, n° 8 ; A l'inverse, le professionnel connaît la qualité du consommateur : Voir, M. Giuliano et P. Lagarde, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 1980, C 282, art. 5, n° 2 ; la convention de Vienne (CVIM) exclut de son domaine les ventes de consommation à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait su ou n'était pas censé savoir que les marchandises étaient achetées pour un usage professionnel. (Art. 3, a).

consommateur, il *« ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle » (art. 5-2 C. Rome).*

La LCEN consacre, parallèlement, ce même principe en prévoyant que la primauté de la loi d'autonomie ou celle du fournisseur (art. 7, al. 1er) ne peut avoir pour effet : *« de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France »* (article 17 alinéa 2). Or, il a été précisé lors des débats parlementaires que ces dispositions ne signifiaient pas que le consommateur bénéficie en toutes hypothèses de la protection de sa loi nationale[671]. La référence *« aux engagements internationaux souscrits par la France »* rend le texte sans effet au regard des dispositions communautaires dont la convention de Rome[672]. Par conséquent, dans le cadre européen, cette dernière s'applique en tout état de cause sur les contrats électroniques conclus avec des consommateurs français.

En effet, selon la convention de Rome, le rattachement du contrat à la loi du pays de résidence du consommateur doit être justifié. En ce sens, qu'il faut vérifier l'existence de l'un des trois cas suivants (art. 5-3 C. R.) :

- que la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion ;
- si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ;
- si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays à un autre, étranger et y a passé commande à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but de l'inciter à conclure une vente.

[671] Voir, Avis présenté au nom de la commission des lois du Sénat, document n° 351, p. 87.
[672] Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 5 et 6 ; M. Vivant, précité, 19.

Avant d'entrer dans l'analyse approfondie de l'article 5 et de son application aux contrats électroniques, nous pouvons formuler au préalable trois remarques :

D'abord, l'article 5 reconnaît le statut des lois de police assurant au consommateur une protection minimale même s'il existe un choix de la loi applicable. Cependant, le rattachement à la loi du pays de résidence habituelle du consommateur ne s'impose pas d'autorité mais après une comparaison concrète des lois en conflit, le juge révèlera la loi la plus favorable au consommateur[673].

Ensuite, l'objectif de l'article 5 est de protéger le consommateur que dans certaines circonstances bien précises et d'éviter qu'il contracte à l'étranger et qu'il puisse évoquer dans tous les cas la protection de la loi de son pays de résidence[674] :

- la première hypothèse énonce les contrats à distance initiés par une proposition ou une publicité et qui s'achèvent par l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat. La protection du consommateur est donc subordonnée à la réunion cumulative de ces deux conditions. Les contrats passés sur Internet pose un problème évident en ce domaine.
- la deuxième hypothèse évoque une situation concrète selon laquelle la commande du consommateur a été faite dans une foire ou exposition organisée par le vendeur dans le pays du consommateur ou lorsque la commande a été envoyée à une agence ou succursale d'une société étrangère établie dans le pays dans lequel réside le consommateur. L'application de cette hypothèse aux contrats à distance ne soulève pas de difficultés particulières.
- la dernière hypothèse relative à la conclusion du contrat de vente de marchandises à la suite d'un voyage organisé par le vendeur ne soulève pas non plus de problèmes en matière de contrats à distance.

Enfin, l'applicabilité de l'article 5 au commerce électronique suscite un débat au sein de la doctrine car : d'une part, la convention de Rome a été adoptée à une époque où le commerce électronique n'était pas envisageable et d'autre part, car au delà du caractère

---

[673] M. Vivant, B to C, La loi applicable et juge compétent, Légicom 2000, p. 98 ; B. Audit, DIP, 3e éd. Economica, n° 809 : L'auteur précise que le critère de la loi la plus favorable est difficile à appliquer car *« Selon une loi donnée, certains avantages peuvent être la contrepartie d'une protection moindre sur d'autres points ; une certaine cohérence doit être préservée sous peine d'aboutir à un déséquilibre du contrat, cette fois en faveur de la partie protégée ».*

[674] A. Benssousan, Internet, aspects juridiques, éd. Hermès 1996, p. 123.

immatériel et peu localisé d'Internet[675], l'applicabilité de l'article 5 exige de prendre en considération deux éléments :

- pour protéger efficacement le consommateur, il faudra interpréter cet article de manière souple afin qu'il s'adapte à la réalité du commerce électronique. Certains auteurs[676] vont encore plus loin et souhaitent une modification des articles 5 et 7.
- toutefois, l'adaptabilité de l'article 5 aux contrats électroniques exige de s'interroger sur la compatibilité dudit article avec les autres instruments juridiques européens qui prévoient une protection renforcée du consommateur (lois de police).

A- La protection du consommateur par l'article 5 : interprétation et adaptation au commerce électronique

Comme nous l'avons constaté, l'objectif de l'article 5 de la convention de Rome se limite à protéger le consommateur que dans des situations concrètes et bien déterminées et son interprétation va dans le sens qu'une telle protection doit être justifiée. Pourtant, ce constat ne satisfait pas l'ensemble de la doctrine.

En effet, pour certains auteurs, l'applicabilité de l'article 5 au commerce électronique préconise une protection générale et sans limite des consommateurs alors que pour d'autres, une telle interprétation doit être souple et doit refléter l'esprit général de la convention de Rome.

1. La protection générale du consommateur

Certains auteurs interprètent l'article 5 de manière libérale en accordant aux consommateurs une protection excessive et déclarent que la loi du pays de résidence du consommateur devrait être appliquée dans tous les contrats de consommation conclus sur Internet.

---

[675] Voir. J. Huet, Aspects juridiques du commerce électronique ; Approche internationale, Petites Affiches, 26 sept. 1997, n° 116, p. 6 ; M. Vivant, C. Stanc et Alii, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 1999, n° 2578.

[676] Les propositions du Groupe européen de droit IP, précité, n° 22.

Deux justifications ont été avancées :

● la première traduit une idée simple selon laquelle le consommateur qui répond de chez lui pour accepter une proposition à contracter ou une publicité reçue sur son ordinateur, a accompli les actes nécessaires à la conclusion de la convention[677].

● la deuxième s'appuie sur l'article 5 paragraphe 2 concernant le voyage organisé par le vendeur. Les auteurs soutiennent que cet article s'applique aisément à Internet puisqu'il s'agit d'un voyage virtuel[678].

La précarité de ces interprétations est flagrande puisqu'elles ne correspondent pas à l'esprit du texte et dépassent amplement l'objectif de la convention de Rome[679].

2. Interprétation souple mais concrète des circonstances de la transaction : protection justifiée

Pour être compatible avec l'esprit de l'article 5 de la convention de Rome, il faut s'attacher aux circonstances concrètes qui entourent la conclusion du contrat électronique et voir si éventuellement le consommateur peut ou non être protégé. En ce sens que l'article 5 ne semble protéger que le consommateur passif[680] ! Mais quand doit-on considérer le consommateur passif ?

On peut raisonnablement dire que ce dernier est actif lorsqu'il fait des recherches sur le site du vendeur étranger puis prend contact avec lui et passe commande. Dans ce cas, le consommateur ne peut prévaloir de la protection de l'article 5.

En revanche, il est passif et protégé en tant que tel par l'article 5 s'il fait l'objet d'une sollicitation ou d'une publicité par des actes matériels de chez lui[681] : envoi par le vendeur de courriers électroniques dans le pays du consommateur en l'incitant à contracter.

---

[677] J. P. Buyle et O. Poelmans, Internet, quelques aspects juridiques, Droit de l'informatique et des télécoms, 1996, II, p. 10.

[678] Y. Poullet, Transactions via Internet et protection des consommateurs, *in* L. Stuyck et E. Ballon, 1997, p. 148-149.

[679] Comme soulignent les auteurs : *« Il semble difficilement acceptable de dire que le contrat électronique a été conclu dans un lieu déterminé »* : A. Benssoussan, Le droit du multimédia, Le commerce électronique, n° 30, p. 232 ; Il serait difficile de dire *«que la conclusion d'un contrat se situe dans un lieu particulier : elle est initiée à partir d'un terminal, et traité dans un autre qui la reçoit, pour être éventuellement acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux généralement différents »* : J. Huet, Aspects juridiques du commerce électronique, précité, n° 27, p. 6.

[680] M. Fallon et J. Meeusen, Le commerce électronique…, précité, p. 447.

[681] A. Benssousan, précité, n° 30, p. 232.

Cette dichotomie de traitement semble être excessive à l'égard du consommateur car il se retrouve, la plupart du temps, privé de la protection de l'article 5. Il serait alors nécessaire de trouver d'autres critères qui le protégeraient efficacement. Deux positions ont été prises :

La première consiste à interpréter l'article 5 de la convention de Rome à la lumière des critères établis par l'article 15, 1, C du Règlement de Bruxelles n° 44/2001/CE et qui adopte la présomption d'insuffisance du critère de sites passifs comme critère valable de rattachement à la loi du pays où ils sont accessibles[682].

La deuxième est celle adoptée par la proposition du Groupe européen de droit international privé sur la modification de la convention de Rome[683] et les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales à la concurrence[684]. Ces deux instruments adoptent des solutions qui tendent à protéger les consommateurs dans tous les contrats de consommation et pas seulement quand le consommateur est considéré passif.

Ces deux positions ne semblent être satisfaisantes car, comme nous l'avons souligné, la protection de l'article 5 doit être motivée. En effet, deux conditions doivent cumulativement se réunir pour justifier une telle protection du consommateur : ce dernier doit avoir été sollicité dans son pays de résidence par une proposition spécialement faite ou par une publicité et qu'il y ait accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat. Afin de rester pragmatique dans notre analyse, nous allons étudier chacune des conditions énoncées dans le contexte du commerce électronique.

a. Une proposition spécialement faite ou une publicité

La protection du consommateur suppose l'existence d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité. La réponse à cette question réside plutôt dans la notion de ciblage du site que dans l'aptitude passive ou active du consommateur. Mais quand y a-t-il ciblage du site ?

---

[682] U. Draett, Internet et commerce électronique en droit international des affaires, éd. Emile Bruylant 2003, n° 28, p. 219.
[683] 10e session, Rome, 15-17 sept. 2000.
[684] JOCE 2000, C. 291.

Pour certains auteurs, il y a une proposition spécialement faite si le commerçant visite virtuellement le consommateur dans son propre environnement et l'incite à faire un achat. Le consommateur sera « surpris » ou « accosté par la propre initiative du vendeur qu'il n'a pas sollicité et son environnement virtuel sera troublé. Le consommateur est, dans ce cas, protégé. Cette interprétation me paraît intéressante mais sa mise en œuvre est difficile car elle conduit à affaiblir la protection du consommateur. Celui-ci ne serait protégé qu'en cas de *spamming* : ce qu'il faut absolument éviter.

Pour d'autres auteurs, il faut s'appuyer sur l'appréciation concrète de certains éléments matériels entourant l'offre ou la publicité. Par ces éléments, ils déduisent si le site du vendeur vise ou non le pays de résidence du consommateur : la langue employée sur le site pourrait dans certaines circonstances[685] faire présumer que le pays du consommateur a été ciblé par l'offre du vendeur ; la destination exclusive de l'offre aux citoyens d'un ou de plusieurs pays déterminés ; les drapeaux signalant la zone géographique ciblée par l'offre, la monnaie de paiement exigée par le vendeur ou l'indication de prix dans l'offre si celle-ci n'était pas couramment employée ou même réservée à une zone géographique déterminée. En revanche, si le site est rédigé uniquement dans la langue nationale du vendeur et que le prix est indiqué en monnaie locale, ces éléments ne seraient pas du tout pertinents pour conclure que le vendeur vise d'autres pays.

Toutefois, le critère de ciblage inquiète les auteurs qui se demandent si la seule accessibilité du site pourrait être assimilée à une sollicitation des consommateurs étrangers dans leur pays de résidence. Pour certains[686], elle suffit à déduire l'intention du professionnel d'y solliciter les consommateurs alors que d'autres[687] soutiennent le raisonnement inverse en affirmant que l'initiative de connexion revient en tout état de cause au consommateur. S'il décide de contracter avec un commerçant étranger, il ne mérite aucune protection.

---

[685] Les lignes directrices de la Commission européenne, précité, n° 51.

[686] Voir, notamment, G. Kaufmann-Kohler, Internet : mondialisation de la communication-mondialisation de la résolution des litiges? *in* Internet : quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?, Pays-Bas, Kluwer Law International 1998, p. 91, spéc. p. 138 ; I. Schwander, La vente par Internet et le droit international privé suisse, *in* La protection des consommateurs acheteurs à distance, Analyse du droit suisse à la lumière du droit communautaire et du droit comparé, Actes du colloque organisé par le centre de documentation en droit de la consommation avec le soutien du centre d'études juridiques européennes (CEJE), Bruxelles, éd. Bruylant 1999, p. 299.

[687] Voir, M. Lolivier et A. Parros, Pays d'origine et commerce électronique, Défense des intérêts des entreprises et des consommateurs, Gaz. Pal. 17 et 18 nov. 1999, p. 4 et s. ; A. Bertrand et Th. Piette-Coudol, Internet et le droit, éd. PUF 2000, Que sais-je ? p. 27.

Une position intermédiaire serait plus appropriée pour ne pas dénuer l'article 5 de son sens et de son intérêt dans le domaine du commerce électronique. En effet, la première tendance protège excessivement le consommateur et dépasse largement la portée de l'article 5. La deuxième tend, au contraire, à priver la consommateur de la protection qui lui était accordée par ledit article.

A ce propos, la CJCE juge, dans son arrêt du 6 novembre 2003, que la simple mise en ligne de données nominatives n'entraînait pas forcément un transfert à l'étranger[688].

Quant aux parlementaires français, ils semblent considérer que la simple accessibilité potentielle à un site n'est pas assimilable à une sollicitation préalable[689].

Par ailleurs, dans la proposition du Groupe européen de droit international privé, il est prévu que le consommateur bénéficie, en principe, de la protection offerte par la loi de sa résidence. Il en va autrement que dans des cas précis : lorsque la localisation de cette résidence dans un Etat déterminé peut être ignorée du vendeur en raison d'une négligence du consommateur ; lorsque le consommateur s'est déplacé physiquement vers le pays du fournisseur et y a conclu ce contrat ou lorsque la fourniture a lieu dans le pays où le contrat a été conclu. Si le consommateur a été invité par le vendeur, il n'est pas tenu compte de son déplacement.

b. L'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans le pays de résidence du consommateur

Le problème qui se pose ici est le suivant : comment prouver que le consommateur qui passe sa commande sur Internet a conclu le contrat dans son pays de résidence ? Tous les auteurs ont évoqués l'immatérialité de l'Internet et son caractère peu localisé.

Certes, l'adresse électronique, par ailleurs facilement modifiable, ne révèle pas forcément le pays de résidence habituelle du consommateur (dans les rapports entre professionnels, ce risque est souvent évité par l'intervention d'un tiers certificateur). Or, pour l'application de l'article 5, la nécessité pour le vendeur de savoir d'où passe

[688] CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01: F. Naftalski et F. Raynal, Mise en ligne de données personnelles et transfert de données à l'étranger, Revue Lamy droit des affaires 2004, n° 67, n° 4163.

commande le consommateur ne semble pas être exigée pour l'instant mais cela permet de concevoir tous les types de fraude puisque le consommateur peut alors passer commande sur Internet durant son séjour à l'étranger. Cela remet bien évidemment en cause l'objectif de l'article 5 en matière de contrats électroniques car la condition d'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat n'aura plus aucun sens.

A notre avis, cette condition doit être rayée de l'article 5 pour ne laisser que la condition de ciblage pour que la protection de cet article soit adaptée au contexte du commerce électronique[690].

Ainsi, la proposition du Groupe européen du droit international privé sur la modification de la convention de Rome évoque clairement comme objectif de *«limiter l'importance de la localisation d'un acte ou d'un fait, tel lieu de diffusion d'une offre ou d'une publicité ou la situation d'un acte nécessaire à la localisation du contrat »*. Mais, si cette modification voyait le jour, serait-elle suffisante à protéger efficacement le consommateur qui contracte à distance notamment sur Internet ?

B- Les lois de police

Les dispositions protectrices du consommateur sont des règles impératives et leur respect est d'ordre public tant en droit interne français qu'en droit international privé. Lorsque ces différentes règles sont menacées, le juge saisi fait appelle à la notion de lois de police afin d'évincer la loi désignée par les parties ou par les règles de conflit et applique directement sa loi nationale. Il peut aussi donner effet à une loi étrangère qui s'applique impérativement à la situation juridique quelle que soit la loi choisie.

La convention de Rome reconnaît expressément le statut des lois de police[691]. Elle dispose, en effet, dans son article 7-2 que : *« les dispositions de la présente convention ne*

---

[689] Cf. Avis AN, n° 608.

[690] Une étude actuellement en cours tend à transformer la convention de Rome en règlement : voir, livre vert, www.europa.eu.int/eur-lex/fr/com/gpr/com2002.

[691] La convention de La Haye de 1955 relative aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ne contient aucune disposition protectrice du consommateur. Dans ce contexte et afin de protéger le consommateur, il est alors préférable d'appliquer la convention de Rome qui le protége spécifiquement . Cette possibilité de déroger à l'application de la convention de La Haye sur les rapports contractuels avec les consommateurs est l'issue d'une proposition faite lors de la 14ème session en 1980 de la conférence de La

pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

Le statut des lois de police se trouve à plusieurs reprises consacré en droit français. Ainsi, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) indique dans son contrat type de commerce électronique qu'*« en principe, la loi française désignée par le contrat est applicable. Mais, on ne saurait écarter l'application d'une loi impérative plus protectrice par le juge saisi par un consommateur du pays correspondant ».*

Qualifier ces dispositions protectrices de lois de police ou de règles d'application impératives a pour objectif d'assurer une protection minimale aux consommateurs nationaux. La cour de cassation a jugé, par exemple, que la loi française sur le crédit à la consommation était d'application impérative pour le juge français dès lors que le consommateur réside en France[692]. La même cour ajoute qu'une règle protectrice du consommateur peut, dans certaines circonstances, constituer des lois de police.

La LCEN va encore plus loin et confirme à l'article 17, alinéa 2 que les dispositions protectrices des consommateurs sont bel et bien des lois de police qui obligent le juge à écarter l'application de la loi étrangère au profit de la loi nationale. Mais, leur portée et leur application diffère, d'après les termes mêmes de la loi, selon qu'il s'agit de litiges intra- ou extracommunautaires.

1. Les lois de police dans le cadre communautaire

La protection des consommateurs a fait l'objet d'une harmonisation au sein des pays de l'Union européenne[693]. L'objectif attendu de cette harmonisation est celui d'instaurer une protection élevée des consommateurs européens. Dans cette perspective, de diverses directives communautaires ont été adoptées et devraient être transposées aux législations internes des Etats membres. La Cour de justice de la communauté européenne (CJCE) assure d'ailleurs une interprétation unitaire des dispositions communautaires. Le

---

Haye. L'objectif de cette dérogation est d'éviter le recours à la notion de lois de police, solution qui est d'ailleurs approuvée par la majorité de la doctrine.

[692] Civ. 1re , 19 oct. 1999 : Juris-Data n° 003629 ; JCP G 1999, IV, 2989 ; RCDIP, aff. P. 8, obs. J. P. ; ibed., p. 765, note Audit ; JDI 2000, p. 328, note Racine.

[693] Ainsi, la directive du 20 mai 1997 et la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. En matière contractuelle, la convention de Rome.

recours à la notion de lois de police dans le cadre communautaire n'aura donc aucun sens puisque les consommateurs sont protégés de manière pratiquement égale dans l'ensemble des législations internes des Etats membres[694]. Mais il reste néanmoins un problème à résoudre.

En effet, nous savons que les dispositions communautaires relatives à la protection des consommateurs sont des lois de protection minimale. Dans cette logique, serait-il alors possible pour un juge national d'écarter l'application de la loi d'un autre Etat membre au motif que la législation de ce dernier est relativement moins protectrice que la sienne ?

A notre avis, une réponse négative s'impose car la reconnaissance mutuelle d'une protection égale des consommateurs au sein des pays de l'Union européenne empêche le juge de recourir à une telle possibilité. Ainsi, la loi française sur les contrats à distance, sur les clauses abusives et la nouvelle loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique ne prévoient d'évincer une loi étrangère moins protectrice que lorsqu'elle appartient à un Etat tiers de l'Union européenne. *A contrario*, on peut déduire que cette loi ne peut être évincée au profit de la loi du pays du juge saisi lorsque cette loi appartient à un Etat membre.

En revanche, la convention de Rome va dans le sens inverse puisqu'elle prévoit dans son article 7-2 que le juge saisi peut écarter l'application de n'importe quelle loi et appliquer directement sa loi nationale qui régit impérativement la situation juridique[695].

En réalité, l'article 7 de la convention de Rome se trouve confronté à l'article 20 de la même convention qui préserve la priorité du droit communautaire ou des législations nationales harmonisées.

En vertu de l'article 20, la primauté du droit communautaire, et en particulier le principe de libre circulation, peut s'opposer tant à l'application de la loi choisie qu'à l'application impérative d'une loi de police nationale[696]. Autrement dit, si l'article 7 de la

---

[694] Voir par exemple, L'arrêt de la Cour d'appel de Colmar, 1re ch. B, 18 férv. 2004 : Crédits transfrontières, l'application de la loi française n'est pas de droit, D. 2004, n° 26, juris. obs., V. A.-R. : dans deux affaires concernant des crédits immobiliers à la consommation, la Cour n'a pas appliqué le droit français en tant que loi de police en vertu de l'article 7 de la convention de Rome, et applique la loi d'autonomie, telle la loi allemande.

[695] Il est également à signaler que le juge peut selon l'article 7-1 de la même convention donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour décider si l'effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

[696] Voir notamment, E. Pataut, Lois de police et ordre juridique communautaire, Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p. 131.

convention prévoit que ses dispositions ne peuvent pas porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation juridique quelle que soit la loi applicable au contrat. Il faut également que la règle dont l'application impérative est revendiquée ne constitue pas une entrave à la liberté de circulation.

Le Groupe européen de droit international privé propose d'ailleurs de compléter l'article 7 comme suit *« il ne peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un Etat membre que dans la mesure où leur application ne constitue pas une entrave injustifiée aux libertés de circulation instituées par le Traité »*.

La CJCE a eu l'occasion de préciser à propos des dispositions de la directive n° 2000/12 du 20 mars 2000 concernant l'activité des établissements de crédit et son exercice, (point 17) que, les lois de police, pour être appliquées, doivent répondre à plusieurs critères : ne pas être discriminatoires, répondre à des raisons impérieuses d'intérêt général, être proportionnées à l'objectif poursuivi, être objectivement nécessaires en vue de garantir la réalisation de ce dernier et enfin ne pas faire doublon avec la loi normalement applicable[697].

Or, l'application de l'article 17, alinéa 2 de la LCEN en tant que loi nationale est prioritaire par rapport aux règles de la convention de Rome. Mais, cet article n'affecte nullement les règles consacrées par cette dernière[698] dans la mesure où il prévoit expressément qu'il ne s'applique que *« conformément aux engagements internationaux souscrits par la France »*. C'est à dire que, la nouvelle loi est sans effet sur les actes communautaires dont la convention de Rome. A ce propos, il a été relevé par les parlementaires que[699], cette référence « aux engagements internationaux » était particulièrement voulue et ce afin de préserver le jeu de l'article 5-2 : le consommateur français ne pourra pas s'abriter derrière le rempart de son droit national de la

[697] CJCE, 23 nov. 1999, Arblade, Rec. CJCE, p. I-8453 ; RCDIP 2000, p. 710, note Fallon ; 9 juill. 1997, Parodi, Rec. CJCE, p. I-3899 ; RD aff. Intern, 1998, p. 78, note Sousi-Roubi.
[698] Cf. Ph. Stoffel-Munck, précité, n° 5 et 6.
[699] Voir, Avis présentés au nom de la Commission des lois : Doc. AN n° 608, XIIe législateur, p. 57 et Doc. Sénat n° 351, session 2002-2003, p. 58. Voir également, l'avis de Mme Tabarot : JOAN, débat, 27 févr. 2003, p. 1457.

consommation lorsque c'est lui qui est allé solliciter la conclusion du contrat sur un site étranger.

En bref, en cas de conflit entre les dispositions françaises et les règles de la convention de Rome, c'est cette dernière qui l'emportera. Autrement dit, le consommateur français qui contracte à distance et par voie électronique n'est protégé que dans la limite prévue par la convention de Rome.

Le législateur était donc tout à fait conscient de la difficulté d'appliquer la notion de lois de police dans le cadre communautaire[700]. En revanche, le nouveau texte joue pleinement son rôle dans les contrats de consommation extra communautaires.

2. Rapports avec les pays tiers

La détermination de la loi applicable aux litiges contractuels extra communautaires s'effectue selon les règles unilatérales du for. Cette méthode permet alors au juge saisi de faire appel à la notion de lois de police chaque fois qu'il constate que la protection du consommateur est menacée.

Dans cette perspective, l'article L. 121-20-6 du code de la consommation issu de l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 dispose que *« lorsque les parties ont choisi la loi d'un Etat non membre de la communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur (…) lorsque cette résidence est située dans un Etat membre ».*

Ces dispositions résultent d'ailleurs de la transposition de l'article 12-2 de la directive de 20 mai 1997 concernant la protection du consommateur en matière de contrats à distance et qui prévoit que : *« les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme loi applicable au contrat, alors que le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres ».*

[700] Voir, par exemple, O. Cachard, Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé, RD aff. int. 2004, p. 161; O. Cachard, Loi sur la confiance dans l'économie numérique et loi applicable, précité.

Par contre, l'article 17 alinéa 2 précité de la LCEN énonce que la détermination de la loi applicable ne peut avoir pour effet de priver un consommateur, ayant sa résidence habituelle sur le territoire national, de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles et ce conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. On revient une fois de plus aux termes de la loi : *« conformément aux engagements internationaux souscrits par la France »*.

La nouvelle loi conditionne donc l'emploi de la notion de lois de police à l'existence ou pas d'engagements internationaux dont la France fait partie et ce même avec les pays extra communautaires. La probabilité qu'une telle situation se présente dans l'ordre international est très faible, ce qui met en évidence la portée limitée et insignifiante du texte[701].

Quoi qu'il en soit, l'emploi de la notion de lois de police pour protéger le consommateur ne s'impose pas d'autorité et le juge doit au préalable vérifier la réunion cumulative de plusieurs conditions lui permettant d'écarter la loi désignée et d'appliquer directement sa loi nationale :

- la désignation de la loi applicable doit avoir fait l'objet d'un choix;
- le contrat doit présenter également un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne;
- l'application de la loi de protection dépend du contenu de la loi désignée ;

D'abord, l'application des lois de police ne peut jouer que lorsque la loi applicable a fait l'objet d'un choix en donnant compétence à une loi d'un pays tiers à la communauté européenne. Par conséquent, la primauté des dispositions protectrices des consommateurs ne pourra donc pas intervenir quelle que soit la loi applicable si la désignation de cette loi est issue des règles du conflit de lois et non d'un choix. Cette condition confirme d'ailleurs les dispositions de l'article L. 135-1 du code de la consommation relatif à la clause abusive puisqu'il dispose, *« nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant*

pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté »[702].

Par contre, selon les dispositions consacrées à l'article 7-2 de la convention de Rome, le juge saisi du litige contractuel de consommation peut toujours écarter l'application de la loi désignée même si aucun choix n'a été fait. En effet, les dispositions dudit article s'appliquent au contrat indépendamment du mode de détermination de la loi applicable. Il s'agit de *« règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat »*.

Ensuite, le litige contractuel de consommation doit avoir un lien objectif avec le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. Selon la directive, c'est un lien étroit alors qu'en droit français, c'est le lieu de la résidence habituelle du consommateur.

Pour l'interprétation de « lien étroit », la convention de Rome nous renvoie à la loi de l'Etat de résidence habituelle dans les circonstances de l'article 5-2 et à l'Etat désigné par les données objectives de l'article 4.

Le rattachement, en droit français, à la résidence habituelle du consommateur ne constitue pas un rejet de la notion de lien étroit - doublement établi par la directive sur le contrat à distance et la convention de Rome - mais le confirme au contraire. En ce sens que le droit français semble simplement vouloir affirmer que le lien étroit le plus adapté en matière de consommation est celui du lieu de résidence habituelle du consommateur.

Enfin, l'intervention des lois de police dépend du contenu de la loi désignée par les parties. La loi du 21 juin 2004 fournit à cet égard une certaine précision (article 17, alinéa 2). En effet, la loi désignée doit porter atteinte aux dispositions applicables aux éléments du contrat y compris celles qui définissent les droits du consommateur et qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter.

Cette précision supplémentaire a pour but de donner au juge certaines directives lors de la vérification du contenu de la loi désignée et de l'obliger à examiner au cas par cas si l'application de cette loi constitue une atteinte aux dispositions françaises protectrices des consommateurs. Néanmoins, on peut douter de son efficacité dans la

---

[701] L'exemple le plus important, c'est la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Elle pose des règles de droit matériel qui sont supplétives et s'applique principalement aux rapports contractuels entre professionnels.

[702] Loi n° 95-96 du 1er févr. 1995.

mesure où il est très difficile de décider si un élément est plus ou moins déterminant dans la décision du consommateur.

Le juge saisi vérifie le contenu de la loi désignée selon deux paramètres:

- si la loi désignée prévoit un niveau de protection inférieure à celle du droit communautaire, celui-ci est tenu d'en écarter et d'appliquer la loi qui est objectivement la plus protectrice (la résidence habituelle ou le lien étroit avec le contrat).
- dans le cas inverse où la loi désignée par les parties protège le consommateur de manière au moins équivalente au droit communautaire, est-il possible de la faire écarter par le juge saisi et de donner la compétence à la lex fori ? A notre avis, « oui » puisque les dispositions communautaires protectrices des consommateurs ont un caractère minimal qui permet alors d'appliquer la loi du for si elle prévoit un niveau de protection plus élevé. Cette solution est d'ailleurs expressément prouvée par la nouvelle loi du 21 juin 2004.

En résumé, les règles classiques de rattachement du droit international privé notamment la loi d'autonomie et le lien étroit s'adaptent aux contrats électroniques. D'autres règles telles que le lieu de formation et/ou exécution sont par contre moins aisées à être appliquées à ce contrat, par essence, immatériel. Pour prendre en considération ce caractère, il suffit parfois de trouver une interprétation extensive de certains textes existants pour rendre la localisation du contrat électronique possible. Alors que pour d'autres, il a fallu modifier les règles les moins adaptées ou adopter de nouveaux textes. Ainsi, la LCEN apporte de nouvelles dispositions spécifiques aux contrats électroniques qui ne sont pas toujours d'importance égale mais confirment néanmoins l'adaptabilité des règles classiques de rattachement tant sur le fond que sur la forme .

La détermination de la loi applicable aux contrats électroniques nous a poussé à affiner notre analyse sur la protection du consommateur. En effet, si cette dernière est au cœur du débat, il ne faut pas pour autant oublier la réalité de la mondialisation et l'ampleur du développement du commerce électronique qui imposent parfois de céder sur certains points qui étaient jusque là intouchables notamment sur la protection du consommateur[703].

[703] M.Delmas-Marty, Droit et mondialisation, *in* Y. Michaud, Université de tous les savoirs, Géopolitique et mondialisation, Paris : éd. Odile Jacob Poches 2002, vol. 19, p. 209.

La seule solution envisageable est de trouver un équilibre entre les intérêts contradictoires des professionnels et des consommateurs. La LCEN comme la convention de Rome (article 5, 2) penche vers cette position intermédiaire.

Quoi qu'il en soit, la détermination de la loi applicable aux contrats à distance dont le contrat électronique est indissociable de celle de la juridiction compétente.

Chapitre II : La juridiction compétente en matière de contrats à distance

La détermination de la juridiction étatique compétente en matière de contrats à distance est importante puisque d'elle dépend, d'une part, de la détermination des procédures à suivre pour régler le litige et d'autre part, elle assure ultérieurement de l'exequatur d'un jugement rendu par un tribunal étranger qui devrait être exécuté sur le territoire d'un autre Etat.

Mais pour déclarer compétente la juridiction d'un tel Etat, cela implique nécessairement - comme en matière de conflits de lois - de vérifier préalablement que le contrat à distance présente un élément de rattachement entre cet Etat et les éléments du litige. Autrement dit, le contrat à distance ne pose pas toujours un problème de conflits de juridictions de droit international privé. Cela dépend des circonstances propres à la transaction.

En effet, si l'ensemble des éléments du contrat litigieux se trouve exclusivement rattaché au territoire d'un seul Etat, le problème de conflits de juridictions ne se pose pas. Il s'agit alors d'un conflit interne de juridictions où les règles procédurales de cet Etat déterminent la juridiction nationale compétente à reconnaître le litige.

En revanche, si les éléments du contrat litigieux se trouvent rattachés aux territoires de plusieurs pays dont les tribunaux semblent potentiellement compétents, il y a alors un conflit international de juridictions[704].

Toutefois, le rattachement du contrat à distance au territoire d'un pays déterminé pose une grande difficulté en matière de commerce électronique. Sur Internet, les frontières s'effacent et le caractère peu localisé du réseau rend l'établissement de l'existence d'un tel rattachement difficile [705]. En réalité, cette difficulté est tout à fait surmontable puisque le net n'est pas autre chose qu'un mode particulier de communication dont la spécificité doit être prise en compte mais le contrat électronique demeure néanmoins localisable et identifiable.

---

[704] *Cf*. notamment, B. Audit, Droit international privé, Economica 3e éd. 2000, p. 290, n° 319.

[705] G. Kaufmann-Kohler, Internet : mondialisation de la communication, mondialisation de la résolution des litiges, in Internet et le droit, Kluwer, 1999, p. 90.

Internet augmente considérablement le nombre de contentieux internationaux. Par conséquent, des juridictions de plusieurs pays seront simultanément aptes à reconnaître le même litige. Pour éviter une telle situation et au titre de prévisibilité de la règle de compétence juridictionnelle nécessaire au développement du commerce électronique, il est indispensable de trouver des éléments de rattachement fiables et adéquats qui donnent la compétence à la juridiction d'un seul Etat. Ainsi, le rattachement le plus adéquat sur Internet serait la reconnaissance de la valeur croissante du système d'autonomie. A défaut d'un accord sur le choix de la juridiction compétente, il faudra procéder à une localisation objective du contrat selon laquelle la compétence doit être donnée à la juridiction de l'Etat dont les éléments du litige présentent avec son territoire le lien le plus étroit. Cette dernière méthode pourrait alors permettre de surmonter ultérieurement l'ultime problème relatif à l'exequatur.

L'adaptation des différentes règles de rattachement à Internet passe dans l'idéal par l'élaboration, en la matière, des conventions internationales et ce à la lumière des accords et conventions internationaux sur la loi applicable en matière contractuelle. Jusqu'à présent de tels accords n'existent pas.

En revanche, au sein de la communauté économique européenne, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968[706] transformée en Règlement[707] joue un rôle primordial et déterminant dans le règlement de différends entre les Etats membres. En dehors de cette zone, chaque pays désigne unilatéralement la juridiction compétente pour reconnaître un litige de dimension internationale selon ses propres règles internes de droit international privé.

Dans cette perspective, la détermination de la juridiction compétente à résoudre le litige contractuel relatif à Internet exige de prendre en considération deux éléments majeurs pour être adéquate : le premier concerne le caractère hybride d'Internet et l'autre les parties au contrat électronique.

---

[706] Sur cette convention, Voir, Droz, Etude de la convention de Bruxelles, éd. Dalloz 1972 ; H. Gaudemet Tallon, Les conventions de Bruxelles et de Lugano, 2e éd. LGDI 1996.

[707] Règlement n° 44-2001 du 22 déc. 2000 concernant la « compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale » , JOCE L. 12, p. 1 : D. 2001, p. 416 ; RCDIP 2001, p. 188 ; F. J. Pansier, Compétence judiciaire, reconnaissance…, Petites Affiches 2001, p. 5 ; Ch. Bruneau, Les règles

Internet est multifonctions : il peut être utilisé à des fins promotionnelles ou informationnelles. Le site web peut, par exemple, constituer un catalogue immatériel ou une vitrine virtuelle d'une entreprise et ce afin de promouvoir leurs produits et services au niveau planétaire.

Des règles strictes doivent être respectées et varient en fonction des législations des différents pays ciblés. Les litiges engendrés, dans ce domaine, seront plutôt de nature délictuelle[708]. A ce propos, les éléments de rattachement peuvent être multiples : - à l'exception du droit pénal qui demeure totalement territorial - en matière civile et commerciale, les systèmes juridiques actuels donnent en principe une compétence aux juridictions de l'Etat où le délit civil est commis. Ainsi, les tribunaux français s'attachent souvent au lieu de diffusion ou de réception de l'information dommageable[709].

Internet peut également être utilisé - en plus d'un support d'information et de promotion - pour conclure et/ou exécuter des contrats internationaux à distance . Ce point attire particulièrement notre attention et nous tenterons de le traiter dans cette étude.

Ainsi, le système dit d'autonomie et, à défaut, les règles nationales de droit international privé de chaque pays désignent généralement comme éléments de rattachement : le lieu du domicile ou de résidence habituelle de l'une des parties (généralement celui du domicile du défendeur) ; les lieux d'exécution, de livraison ou de conclusion du contrat. L'ensemble de ces éléments est bien évidemment adaptable, sauf dans des cas spécifiques, aux contentieux internationaux du commerce électronique.

Les acteurs du commerce électronique : le traitement de la compétence juridictionnelle diffère selon le rapport contractuel en cause. Dans les contrats entre

---

européennes de compétence en matière civile et commerciale, JCP 2001, I, 304 ; M. L. Niboyet, La révision de la convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 par le Règlement du 22 déc. 2000, Gaz. Pal. 2001, p. 10.

[708] Des questions juridiques multiples peuvent se poser en ce domaine et concernent par exemple : les noms de domaine, la propriété intellectuelle, la protection des données personnelles, l'envoi forcé d'un produit, spamming réglementé, publicité illicite…etc.

[709] En droit français : Com. 7 mars 2000, D. 2000, juris. p. 251, obs. B. P. ; Légipresse 2000, III, p. 78. TGI Paris, 22 mai 2000, aff. Yahoo, concernant la visualisation en France d'objets nazis. Civ. 1re, 16 juill. 1997: JDI 1998, p. 136, note A Huet. Civ. 1re, 13 avril 1988, Farah Diba ; RCDIP 1988, p. 546. TGI Paris, 27 avril 1983 : RCDIP 1983, p. 670, C. De Monaco. Le Règlement de Bruxelles 2000 donne à son article 5, 3 compétence en matière délictuelle et quasi délictuelle au tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Lorsque le délit est multilocalisé, la CJCE donne sa faveur au demandeur d'attrait à son choix le responsable soit devant le tribunal du lieu d'origine du dommage soit devant celui du lieu de la réalisation du dommage : CJCE, 7 mars 1995, Fionia Shevill c/ Press Alliance : D. 1996, juris. p. 61, note Parléani ; Europe, juin 1995, chron. n° 7, L. Idot. CJCE 30 nov. 1976 : Rec. p. 1735, aff. Mines de potasse d'Alsace ; RCDIP1977, p. 563, note Bourel ; D. 1977, p. 613, note Droz ; JDI 1977, p. 728, obs. Huet.

professionnels (B to B), le système d'autonomie demeure un privilège : une clause d'attribution de juridiction étatique ou arbitrale doit être respectée. A défaut d'avoir prévu une telle clause, une localisation objective du rapport contractuel doit être faite. La compétence juridictionnelle devrait être fixée selon l'économie générale du contrat : donner compétence aux juridictions de l'Etat dont les éléments du contrat présentent avec son territoire le lien le plus étroit. A défaut ou en cas d'incertitude sur le lieu d'exécution, le lieu de conclusion du contrat pourra être retenu et réciproquement.

Dans les contrats de consommation (B to C), le problème est plus délicat. Le consommateur est protégé en tant que tel dans la plupart des systèmes juridiques puisqu'il est considéré comme la partie faible dans le rapport contractuel donné. En vertu de cette protection, un privilège de la juridiction de l'Etat de son domicile ou de sa résidence habituelle doit lui être reconnu. Sinon, au nom des lois de police et règles impératives d'application immédiate, le juge national va refuser l'exequatur portant alors préjudice au développement du commerce électronique.

A l'heure actuelle, en l'absence de règles uniformes internationales en matière de contrats à distance, comment faut-il alors régler le problème de conflits de juridictions ?

Deux voies sont possibles : la voie judiciaire **(section I)** et la voie extrajudiciaire **(section II)**.

Section I : Le règlement judiciaire de litiges contractuels

Le règlement judiciaire de litiges en matière de contrats à distance exige de distinguer entre des litiges intra-communautaires **(§ 2)** et extra-communautaires **(§1)**.

§ 1. Règlement du conflit de juridictions dans le cadre extra-communautaire

Dans le cadre international, il n'existe ni juridictions ni règles uniformes relatives au règlement judiciaire de litiges contractuels. Chaque Etat règle alors la question selon ses propres règles unilatérales de droit international privé.

Ainsi, en France, lorsqu'un contrat conclu à distance pose ce problème, il sera résolu selon les dispositions des articles 42 à 48 du NCPC. En ce sens que les tribunaux

français déterminent leurs compétences selon le principe qui étend à l'ordre international les règles internes de compétence[710].

Cette règle s'applique à tous les contrats internationaux mais les contrats à distance posent certaines questions spécifiques encore sans réponses.

A- Adaptation des solutions classiques du conflit de juridictions au contrat à distance

Le règlement de conflits de juridictions en matière de contrats à distance peut être atténué par le fait que la plupart des systèmes juridiques de différents pays admet le principe d'autonomie de la volonté dans les rapports contractuels.

En droit français, le principe d'autonomie est l'aspect majeur de ces derniers. Les parties peuvent alors désigner le tribunal compétent pour les contrats à distance[711]. Ainsi, en droit interne et en vertu de l'article 48 du NCPC, la clause attributive de juridiction est en principe valide lorsqu'elle intervient dans les contrats entre professionnels[712]. Elle est au contraire prohibée lorsque l'un des contractants est un consommateur.

Dans l'ordre international, il n'existe pas de dispositions équivalentes. Par conséquent, pour se prononcer sur la validité de telles clauses, il faudra se référer une fois de plus au même article.

La Cour de cassation, quant à elle, montre une certaine souplesse dans l'interprétation des dispositions dudit article et semble ainsi reconnaître (sans le dire expressément) comme valide la clause attributive de juridiction même dans les contrats internationaux conclus avec des consommateurs sous réserve toutefois qu'une telle clause ne fasse pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française et soit invoquée dans un litige de caractère international[713].

---

[710] Civ., 19 oct. 1959 : D. 1960, 37, note G. Holleaux ; RCDIP 1960, 215, note Y. L. ; JDI 1960, 486, obs. Sialelli.

[711] Courbe, Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence, Mélanges Colomer, 1992, 143 ; E. Krings, Réflexions au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel, Revue du droit international et du droit comparé, 1978, 78.

[712] L'art. 48 du NCPC dispose « t*oute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant… ».*

[713] Civ. 1re, 17 déc. 1985 : D. 1985, IR, 265, obs. Audit ; RCDIP 1986, 537, note Gaudemet-Tallon. Aux termes de cet arrêt *« les clauses prorogeant la compétence internationale sont … licites lorsqu'il s'agit d'un*

Par ailleurs, pour que cette clause produise pleinement ses effets, il faut vérifier :

- d'une part, que la clause est valide au regard de la loi applicable désignée par les parties (certains systèmes juridiques exigent l'existence d'un lien effectif entre le contrat et la loi du pays désigné) et dans l'affirmative, vérifier la validité de celle-ci par rapport au droit de l'Etat du tribunal choisi. Si le droit de l'un ou de l'autre de ces Etats ne la valide pas, la clause tombe alors et n'aura aucune valeur juridique.
- d'autre part, la preuve de l'attribution volontaire de compétence pose un réel problème en matière de contrats à distance surtout dans le cadre du commerce électronique. En effet, certains pays ne valident pas jusqu'à présent les clauses attributives de juridiction lorsqu'elles sont souscrites sous forme électronique. Dans d'autres pays, en revanche, ces clauses électroniques sont en principe valides mais exigent parfois, pour leur donner effet, le respect de certaines formes particulières : les clauses doivent être particulièrement visibles, accessibles et conservées sur un support durable qui permet leur reproduction. S'il est certain qu'il existe aujourd'hui des procédés techniques et juridiques qui permettent d'assurer la bonne conservation des documents électroniques, il n'est pas sûr que leur valeur juridique soit reconnue à égalité dans tous les pays. Cela limite considérablement la portée du principe d'autonomie.

Le problème est encore plus complexe en l'absence de toute stipulation attributive de compétence. La majorité des systèmes juridiques procèdent à une localisation objective du contrat et désignent comme compétente la juridiction de l'Etat avec lequel le contrat présente un élément de rattachement étroit. Ces systèmes présument que ce lien étroit existe avec le territoire de l'Etat du domicile du défendeur (*actor sequitur forum rei*) et a contrario, l'Etat de résidence habituelle de ce dernier.

En France, on adopte les mêmes solutions. La règle générale en droit interne est celle de la compétence du tribunal du lieu où demeure le défendeur (articles 42 al. 1er et 43 du NCPC). Toutefois, le demandeur peut également saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu d'exécution de la prestation de service (art. 46 NCPC). Cette règle est étendue à

---

litige international » ; Sur les conditions de validité de ces clauses, voir, Civ. 3 déc. 1991 : RCDIP 1992, 340, note Gaudemet-Tallon.

l'ordre international : les tribunaux français se déclarent compétents du moment où la livraison effective de la chose ou l'exécution de la prestation de service a eu lieu en France[714].

Cette extension des règles internes de conflits de juridictions sur le plan international pose néanmoins une certaine difficulté en matière de contrats à distance conclus par le biais d'Internet dans la mesure où certains critères de rattachement s'avèrent problématiques. En effet, lorsque le contrat s'exécute en ligne, faut-il prendre alors en considération comme lieu d'exécution celui de l'Etat du serveur, celui de l'hébergeur grâce auquel intervient le téléchargement ou le lieu de l'Etat du destinataire du service où sont conçues les données du téléchargement ?

A ce propos, la Cour d'appel de Paris[715] a jugé dans une affaire concernant la fourniture d'accès à Internet que la prestation de service s'exécute au domicile de l'abonné.

Le même problème se pose à l'élément de rattachement fondé sur le lieu du domicile et de la résidence habituelle du défendeur puisqu'il n'existe pas de concept uniforme au niveau mondial. En plus, il est nécessaire d'appréhender les notions de domicile et de résidence habituelle selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. Si la détermination du domicile de la personne physique n'est pas en soi problématique, celle de la personne morale est au contraire plus complexe puisque elle dépend de plusieurs critères. En effet, ce lieu doit-il être considéré comme celui de l'Etat dans lequel est établi le siège statutaire, le siège de l'administration centrale ou encore celui du principal établissement ?

En France, l'article 43 alinéa 2e du NCPC désigne comme élément de rattachement de la personne morale l'endroit « où celle-ci est établie ». La jurisprudence française interprète le terme « établie » de manière large : il s'agit, en effet, du siège social de la personne morale fixé par le statut à condition que celle-ci exerce effectivement son activité en France. Une société qui dispose de plusieurs centres d'intérêts : d'administration ou d'exploitation, distincts du siège social, le lieu à retenir est celui où est effectivement

[714] Il est également à signaler que le droit français consacre aux articles 14 et 15 du code civil une règle de compétence exorbitante en faveur du plaideur français par lequel ce dernier peut dans tous les cas saisir la juridiction nationale, ce privilège a pour conséquence d'évincer les règles ordinaires du conflit de juridictions (domicile ou résidence habituelle…).

[715] Paris, 7 mars 2001, Juris-Data n° 136806 137060 : JCP E&A, 3 janv. 2002, p. 27.

exercée l'activité de façon stable[716]. La personne morale peut également être assignée devant la juridiction dont le ressort dispose d'une succursale ou d'une agence ayant le pouvoir de la représenter à l'égard des tiers[717].

La LCEN consacre les mêmes règles en matière de commerce électronique mais nuance plus. Elle détermine la notion de domicile du professionnel selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale : elle dispose en effet à son article 14 alinéa 1er (concerne particulièrement le conflit de lois) que *« le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »*. Elle poursuit à l'alinéa 2e du même article *« une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social »*.

Cette nouvelle règle de rattachement (domicile du professionnel) est importante pour les contrats électroniques puisqu'il s'agit d'une part, d'une règle générale qui s'applique chaque fois que la juridiction compétente n'a fait l'objet d'aucun choix et d'autre part, l'exigence de l'exercice effectif de l'activité professionnelle permet d'éviter d'éventuelles fraudes à la loi dans la mesure où le changement d'adresse électronique et d'hébergeur ne change rien par rapport à la détermination de la juridiction compétente.

B- Difficultés concernant les contrats de consommation

La détermination de la juridiction compétente en matière de contrats à distance est complexe pour les contrats de consommation dans la mesure où certains systèmes juridiques font la différence entre contrats conclus exclusivement entre professionnels (B to B) et ceux conclus entre professionnel /consommateur (B to C) alors que d'autres l'ignorent. Elle devrait se poser différemment selon le rapport contractuel en cause.

D'un point de vue procédural, si le contrat conclu entre professionnels ne pose pas de véritables problèmes du fait que ceux-ci sont censés avoir contracté à armes égales, il

[716] Paris, 17 oct. 1980 : JCP 1981, IV, 374 ; Paris 28 oct. 1992 : D. 1992, IR, 9.
[717] Civ. 2e, 20 oct. 1965 : D. 1966, 193 ; Civ. 1re, 15 nov. 1983 : Bull. Civ. I, n° 269.

est alors tout à fait logique de leur permettre par une simple clause de désigner le tribunal compétent.

Par contre, pour les contrats conclus avec un consommateur, la détermination de la juridiction compétente doit prendre en considération sa situation de faiblesse par rapport à celle de son cocontractant pour lui assurer une certaine protection. En ce sens qu'il faut lui reconnaître soit un privilège selon lequel il peut saisir la juridiction de l'Etat dont il a la nationalité ou de son domicile, soit lui donner une option de choix parmi les juridictions de plusieurs Etats.

La mise en oeuvre de ces règles protectrices n'est pas aisée à appliquer sur le plan international et dépend en grande partie du système juridique en présence. En effet, dans le cas où ce dernier ne consacre aucune distinction entre ces deux types de contrats, le consommateur est donc privé de tout privilège de juridiction (par ex. loi nationale ou de domicile). Il y a donc un risque considérable que ce système soit confronté à l'autre du fait qu'il reconnaît à ses ressortissants ou résidents un privilège de juridiction. Le juge saisi va au nom des lois de police refuser de donner compétence aux juridictions de l'autre Etat qui ne protègent pas le consommateur et appliquer directement sa loi nationale. Dans le cas inverse, le juge saisi refuse d'ordonner de l'exequatur de la décision rendue par la juridiction de cet Etat

En revanche, dans les systèmes juridiques qui font cette distinction, la détermination de la juridiction compétente se pose différemment mais elle n'est pas pour autant moins complexe car apparaissent deux problèmes dont l'un d'ordre terminologique et procédural et l'autre plutôt relatif au fond.

Concernant le premier, il réside dans le fait qu'il n'y a pas une conception uniforme et mondiale de la notion de consommateur. En ce sens que certains systèmes juridiques en adoptent une conception restrictive en limitant la portée de cette notion à la seule personne qui contracte pour un usage personnel ou familial. D'autres systèmes adoptent, en revanche, un concept large et englobent le professionnel qui contracte dans le cadre de son activité professionnelle mais en dehors de sa spécialité. Cette diversité d'interprétations a des conséquences directes sur la détermination de la juridiction compétente puisqu'il s'agit d'une question préalable qui doit être résolue avant la désignation de l'Etat dont les juridictions sont aptes à reconnaître ce litige.

Concernant le deuxième : si les différents systèmes juridiques reconnaissent un statut particulier au consommateur, ils n'adoptent pas pour autant la même solution pour régler le problème relatif au conflit international de juridictions.

En Europe, le consommateur bénéficie d'un privilège de compétence juridictionnelle selon lequel il peut assigner son cocontractant professionnel devant les tribunaux de son Etat de domicile ou de résidence habituelle. En matière de commerce électronique, la notion d'activité dirigée du professionnel vers le pays du domicile du consommateur tient une place considérable mais son appréciation diffère selon les juges des différents pays.

En Amérique du Nord, le privilège est à la juridiction de l'Etat de l'établissement du vendeur à distance ou du prestataire de service et a un double objectif :

- favoriser le commerce électronique et assouplir la charge du professionnel ;
- restreindre considérablement les contentieux internationaux puisque le vendeur ne peut connaître les règles juridiques de tous les pays.

Cette diversité dans le règlement de conflits de juridictions a pour conséquence de rendre l'emploi de la notion de lois de police très fréquente et de refuser l'exequatur de la décision rendue par un tribunal étranger. Pour éviter un tel risque, trois solutions sont à notre avis envisageables :

→ prévoir des règles matérielles en matière de conflits de juridictions pour les contrats de consommation les plus courants ;

→ désigner la juridiction compétente selon un élément de rattachement objectif acceptable par tous, ainsi, la notion de lien le plus étroit entre le contrat et un territoire donné, présumé être le lieu de domicile ou de résidence habituelle du consommateur.

→ favoriser le développement des modes alternatifs de règlement des litiges contractuels même dans les contrats avec des consommateurs[718].

Les règles unilatérales relatives à la détermination de la juridiction compétente sont problématiques et difficilement adaptables aux contrats à distance. En revanche, dans le

cadre communautaire, cette détermination s'opère selon des règles bilatérales très encadrées aisément applicables aux contrats à distance dont électroniques.

§ 2. Règlement de conflits de juridictions dans le cadre intracommunautaire

Dans le cadre communautaire, le règlement du conflit de juridictions s'effectue selon les règles établies par la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968[719] concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cette convention est transformée en Règlement CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000[720] entré en vigueur depuis le 1er mars 2002 qui a repris la majorité des dispositions de la convention de Bruxelles tout en consacrant par ailleurs de nouvelles règles adaptables à la nouvelle forme de commerce[721].

Dans le cadre du Règlement, la juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel en droit interne, conserve (en vertu l'article 68, C du traité) comme auparavant leur droit de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice des communautés européennes.

Dans sa désignation de la juridiction compétente, le Règlement consacre deux règles de rattachement : une générale de compétence sur laquelle est fondée la compétence territoriale des divers Etats membres de la CEE et plusieurs règles spéciales de compétence concernant des domaines particuliers dont la matière contractuelle.

Cependant, l'ensemble des règles de rattachement doit avoir - selon le huitième considérant qui débute les motifs - un lien entre les litiges couverts par le Règlement et le territoire des Etats membres qu'il lie.

---

[718] Voir Infra p. 268 et s.

[719] G. Droz, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Paris, 1972 ; H. Gaudemet-Tallon, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, 2e éd. Paris 1996 ; Gothot et Holleaux, La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Paris 1985 ; Mercier et Dutoit, L'Europe judiciaire : les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Bâle 1991 ; Weser, Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, Bruxelles, Paris 1975 ; Cf. également sur le rapport entre les conventions de Bruxelles et de Lugano : Juris-Class., Droit international, Fasc. 635-2 et Europe, Fasc. 3100, n° 5 et s.

[720] JOCE n° L 12 du 16 janv. 2001 : J.-P. Beraudo, Le Règlement (CE) du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JDI, 4, 2001, p. 1033 ; G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, La transformation de la convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RCDIP 2001, p. 601 ; A. Nuyts, La communautarisation de la convention de Bruxelles, 2001, Journal des Tribunaux, 2001, p. 914.

[721] Exposé des motifs de la proposition du Règlement, Com. 1999, 348 final., § 2. 1.

En effet, l'élément de rattachement général au sens du Règlement est le for du domicile du défendeur (*Actor sequitur forum rei)*. Ainsi, au terme de l'article 2 :

« 1. …les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat membre.

2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'Etat membre dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux ».

Au sujet de cette désignation générale de compétence, nous pouvons remarquer :

D'abord, il s'agit simplement d'une désignation globale de juridiction. Il appartient alors aux règles de compétence du droit interne du pays dans lequel le défendeur est domicilié de déterminer l'ordre juridique (civil, commercial,…) compétent à reconnaître le litige.

Ensuite, elle comporte une limite puisqu'elle ne peut avoir pour effet de rendre compétentes les juridictions d'un Etat auquel les règles procédurales n'attribuent pas compétence.

Enfin, la notion de domicile du défendeur au sens du Règlement est appréhendée différemment selon qu'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. En effet, pour déterminer le domicile d'une personne physique, l'article 59 du Règlement confie au juge saisi d'appliquer sa loi interne pour conclure si cette personne est domiciliée sur le territoire de son Etat. En revanche, pour déterminer si une personne est domiciliée dans un autre Etat membre, le juge saisi applique la loi de cet Etat membre[722].

Quant au domicile des personnes morales, l'article 60, 1 du Règlement prévoit une règle matérielle selon laquelle *« les sociétés et les personnes morales sont domiciliées là où est situé :*

a) leur siège statutaire ;

b) leur administration centrale, ou ;

c) leur principal établissement.

[722] Le Règlement ne prévoit aucune solution en cas de pluralité de domicile.

Quoi qu'il en soit, la règle de compétence générale reconnaît certaines exceptions. Nous nous contenterons ici d'en rappeler deux qui intéressent particulièrement notre sujet, la formation du contrat à distance par voie électronique.

D'une part, dans une section appelée *« compétences spéciales »*, le Règlement prévoit un certain nombre de cas (articles 5 à 7) dans lesquels une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être attraite dans un autre Etat membre. Ainsi, il consacre une règle générale en matière contractuelle selon laquelle le défendeur peut être assigné devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

D'autre part, lorsque le contrat est conclu par un consommateur, le Règlement établit une règle protectrice en sa faveur par laquelle il dispose d'une option de choix de la juridiction d'un Etat membre devant laquelle il entend assigner son cocontractant. Cette option lui est reconnue que lorsque la formation du contrat à distance surtout électronique intervient dans certaines circonstances particulières[723] .

A- La compétence spéciale de juridictions en matière contractuelle

La règle générale en matière contractuelle[724] est de permettre d'attirer le cocontractant devant le tribunal où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (article 5, 1, A du Règlement). Sauf convention contraire, le lieu d'exécution de cette dernière est au sens de l'article 5, 1, B celui :

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées;
- pour la fourniture de services, le lieu de l'Etat où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis.

---

[723] A. Bencheneb, L'action en justice du consommateur saisie par le droit européen des conflits de juridiction, *in* Vers un code européen de la consommation, Bruylant 1999, p. 341 ; A. Bencheneb, Commerce électronique et règlement des litiges contractuels, JCP E 2002, n° 4, p. 33 ; G. Teissonniere, Compétence judiciaire et contrats conclus sur Internet par les consommateurs européens, Expertises juin 2001, p. 224 ; V. A. Palacio Vallelersaudidi, Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le marché intérieur, RDUE 2001, I, p. 8.

[724] On entend par la notion de « matière contractuelle » : l'existence d' « un engagement librement assumé d'une partie envers une autre », CJCE, 17 juin 1992, soc. Jakob Handte, aff. C-26/91, motif n° 15 : RCDIP 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1993, p. 169, obs. J. M. Bischoff.

En Europe, ces règles constituent la base légale du règlement de conflits de juridictions en matière contractuelle[725]. Elles s'appliquent à tous les types de contrat indépendamment de leur objet et de leur forme à condition d'avoir au préalable résolu le problème de la portée générale de l'article 5, 1 du Règlement et celui de l'interprétation terminologique des exigences légales employées dans le texte.

1. Problématique générale

L'application de l'article 5, 1 aux contrats électroniques exige de résoudre plusieurs difficultés dont certaines d'entre elles concernent tous les contrats.

Il est, dans un premier temps, nécessaire de procéder à une qualification préalable du contrat litigieux à savoir s'il s'agit d'un contrat de vente ou de prestation de service. Il n'existe, pour ce dernier, pas de définition unique ni en droit communautaire ni dans les législations internes des Etats membres. Il appartient alors à *lex fori* de préciser ce qu'il faut entendre par contrat de prestation de service[726]. Le risque consiste à voir ce terme interprété de manière restrictive ou extensive par les juges nationaux, ce qui limiterait considérablement la portée de l'article 5.

Dans un deuxième temps, il est vrai que l'article 5, 1, b énonce une règle matérielle pour situer le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande mais qui posera problème lorsque la matière litigieuse est sans rapport avec la livraison.

C'est pour cela que certains auteurs préfèrent formuler, dans ce cas particulier, une règle autonome de compétence judiciaire[727].

Enfin, les règles consacrées par l'article 5 ne s'appliquent que lorsque la livraison effective de marchandises ou de prestations de service intervient sur le territoire d'un Etat membre. Par contre, si elle a lieu dans un pays tiers, la règle générale concernant la matière contractuelle établie à l'article 5, 1, C du Règlement selon laquelle il appartient à la loi applicable de localiser l'obligation litigieuse, s'impose.

---

[725] Avec deux autres conventions : de Vienne de 1980 et de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels.

[726] La cour d'appel de Nancy dans un arrêt du 27 juill. 2000, le simple prêt d'argent devrait être qualifié de fourniture de service, on peut hésiter entre l'Etat de l'établissement préteur et le lieu de remise de fonds. Ce dernier doit prévaloir.

[727] J.-P. Beraudo, précité, n° 13 p. 1044.

2. Interprétation spéciale de l'article 5, 1 et son application aux contrats électroniques

Sous le régime de la convention de Bruxelles de 1968, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a rendu plusieurs arrêts concernant l'application de l'article 5, 1[728]. Cette jurisprudence conserve encore aujourd'hui un rôle essentiel dans l'interprétation des différents termes prévus à l'article 5, 1 du Règlement. Pourtant, elle demeure jusqu'à présent incapable de lever toute ambiguïté relative à l'article précité surtout dans les domaines concernant les contrats électroniques.

En effet, la CJCE avait jugé dans l'arrêt *de Bloos* du 6 octobre 1976[729] que les termes « l'obligation qui sert de base à la demande » signifie que l'obligation à prendre en considération au sens de l'article 5, 1 n'était pas l'obligation principale ou caractéristique mais celle qui sert de base à l'action judiciaire. C'est-à-dire l'obligation que le demandeur a introduit dans le procès. La prestation caractéristique ne peut fonder la compétence juridictionnelle si elle ne donne pas lieu à un litige.

Dans l'hypothèse d'une pluralité d'obligations litigieuses, l'obligation à prendre en considération se fait selon l'arrêt *Shenavai*[730], en vertu duquel *« le juge saisi orientera, pour déterminer sa compétence, sur le principe selon lequel le secondaire suit le principal ; en d'autres termes, ce sera l'obligation principale, entre plusieurs obligations en cause qui établira sa compétence ».*

Quant à la détermination du lieu d'exécution de l'obligation litigieuse, La CJCE avait estimé que cette notion devait être déterminée par référence au droit national applicable au contrat[731]**.** Une partie de la doctrine pense que la mise en œuvre du lieu de

---

[728] Voir Droz, L'interprétation par la Cour de justice des communautés européennes des règles de compétence en matière de contrat, D. 1977, chron. 287 ; Huet, La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, Trav. com. fr. DIP, 1981-82, 17 ; Cosnard, La compétence judiciaire en matière contractuelle, Mélanges Hébraud, 1981, 207 ; Von Overbeck, Interprétation traditionnelle de l'article 5-1° : Le coup de grâce ?, Mélanges Droz, 1996, 287.

[729] RCDIP 1977, 761, note Bischoff et Huet ; D. 1977, 618, note Droz ; ibid. chron. p. 287; JDI 1977, 719, note Bischoff.

[730] CJCE, 15 janv. 1987, H. Shenavai c/ Kreishe, aff. 266/85 : Rec. P. 239 ; JDI 1987, p. 465, obs. A. Huet ; RCDIP 1987, p. 798, note G. Droz.

[731] Selon les termes de cet arrêt : *« il revient au juge saisi d'établir, en vertu de la convention, si le lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée est localisé dans le domaine de sa compétence territoriale : qu'à cet effet, il doit déterminer, en vertu de ses propres règles de conflit, quelle est la loi applicable au rapport juridique en cause et définit, conformément à cette loi, le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle*

livraison et d'exécution du contrat de prestation de service imposée par le Règlement doit être interprétée par les juges nationaux de manière purement factuelle[732].

Lorsqu'il y a une pluralité des lieux d'exécution, la CJCE[733] a décidé sous le régime de la convention de Bruxelles que dans ce cas, la loi qui régit l'obligation litigieuse ne s'applique plus pour des raisons de sécurité juridique. La cour a également mis en place un principe général selon lequel l'article 5 § 1 ne s'applique pas dans une affaire dans laquelle il n'est pas possible de déterminer le tribunal compétent qui présente le lien de rattachement le plus étroit avec le litige. Cela en raison de l'obligation qui sert de base à la demande qui n'est pas susceptible d'être localisée à un endroit précis et d'être particulièrement apte à connaître le différend relatif à cette obligation : seuls les tribunaux de l'Etat membre dans lequel le défendeur à sa résidence peuvent alors être saisis au titre de l'article 2 de la convention.

Ce principe porte un intérêt majeur en matière de contrat électronique surtout lorsque l'exécution intervient en ligne puisque le lieu d'exécution est incertain notamment pour les contrats de prestation de service. Retenir, comme élément de rattachement, le lieu de résidence du défendeur est donc la solution à cette incertitude. Il permet également de réduire l'importance de l'élément caractéristique qui fonde la demande par rapport à l'ensemble des éléments du contrat. Autrement dit, ce dernier ne sera pris en compte que lorsque le lieu d'exécution de la prestation de service est certain et à l'inverse quand ce lieu ne peut être localisé, le lieu où demeure le défendeur sera retenu à titre principal.

Pour éviter une telle situation, l'article 5, 1, b du Règlement consacre deux règles matérielles applicables aux contrats électroniques selon lesquelles le rattachement aux lieux de livraison et d'exécution doit rester attaché au contrat tant que possible. Par conséquent, le rattachement au lieu de résidence du défendeur ne devrait être retenu que dans les cas où il extrêmement difficile de retenir un autre rattachement.

---

litigieuse ». CJCE, 6 oct. 1976, soc. Tessili c/ soc. Dunlop, aff. 12/76 : Rec., p. 1473 : RCDIP 1977, p. 751, note P. Gothot et D. Holleaux: JDI 1977, p. 714, obs. A. Huet; D. . 1977, 614, note Droz.

[732] C. Bruneau, Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, JCP G 2001, 533, n°11.

[733] CJCE, 19 févr. 2002, Besix c/Wabag, aff. C-256/00.

● La première règle concerne la vente de marchandises : lorsque les parties prévoient dans le contrat un lieu particulier de livraison, il doit être respecté. A défaut de ce dernier, le Règlement énonce une règle pour le déduire *« en vertu du contrat »*.

Le choix de ces termes a pour but d'exclure la livraison effective à cause de sa certitude pratique. Cette règle est importante car, grâce à elle, le lieu de livraison pourra être déduit de l'ensemble des dispositions du contrat. Il appartient a la lex fori de se prononcer sur ce point quand le juge saisi aura au préalable déterminé s'il est ou non compétent.

D'ailleurs, cette règle va dans le même sens que la règle matérielle consacrée à l'article 34 de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises puisqu'il dispose que si le vendeur n'est pas tenu en vertu du contrat de livrer les marchandises en un autre lieu particulier, son obligation de livraison doit se faire au lieu où il remet les marchandises à un transporteur (point a) ; ou au lieu où il entrepose ou fabrique (point b); ou se réalise dans l'établissement du vendeur au moment de la conclusion du contrat (point c).

La flexibilité de cette règle trouve tout son intérêt en matière de contrats électroniques puisqu'elle permet facilement au juge saisi de localiser le lieu de livraison selon les éléments propres à chaque espèce.

● La deuxième règle concerne la fourniture de services : cette règle matérielle présente en matière de contrats électroniques une importance plus grande que la précédente concernant le contrat de vente dans la mesure où la localisation du lieu d'exécution de la prestation est parfois difficile à établir.

Lorsque l'exécution de la prestation de service se fait dans le monde réel, elle ne pose bien évidemment aucun problème puisque le lieu d'exécution peut être établi avec certitude et le juge du lieu de fourniture pourra à bon droit être saisi.

Par contre, la localisation du lieu de fourniture du service devient incertain lorsque le contrat s'exécute en ligne[734]. Dans ce cas, il faut distinguer deux hypothèses :

- la première : les parties prévoient dans le contrat une clause particulière de localisation du lieu de fourniture du service dans le territoire d'un Etat déterminé. Cette clause doit s'appliquer et la juridiction de cet Etat se déclare alors compétente. Toutefois, la validité d'une telle clause pourrait être contestée surtout au regard des réglementations

[734] G. A. Droz et H. Gaudemet-Tallon, précité.

concernant les clauses abusives dans les rapports contractuels entre professionnels et consommateurs. La CJCE, sur ce point, a affirmé dans 4 arrêts du 27 juin 2000 qu'une convention de for *« insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère une compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel doit être considérée comme abusive »*[735].

- la deuxième : aucune clause particulière n'est prévue dans le contrat. La localisation doit, conformément au texte, se faire « en vertu du contrat ». Dans ce cas, il appartient à la loi qui régit le contrat de déterminer le lieu de fourniture du service par référence surtout aux documents contractuels. La fourniture de services telle que le téléchargement d'un logiciel, par exemple, pourrait alors être localisée en plusieurs endroits : le lieu de l'Etat du serveur, celui de l'hébergeur grâce auquel intervient le téléchargement ou celui du destinataire du service où sont conçues les données du téléchargement. Mais lequel faut-il prendre en considération ? Le Règlement du 22 déc. 2000 ne donne aucune solution à ce sujet. Il appartient alors au juge saisi de déterminer, selon l'ensemble des éléments contractuels et des circonstances de l'espèce, le lieu d'exécution de la fourniture de service en ligne mais il semble que ce dernier (le lieu du téléchargement) est le plus pertinent dans la mesure où il préserve l'équilibre contractuel[736].

B- La compétence juridictionnelle pour les contrats de consommation

Le Règlement a également prévu un système de compétences juridictionnelles spéciales en faveur des consommateurs européens[737]. Il leurs donne, en effet, une option de choix de la juridiction compétente selon laquelle le consommateur peut à son gré porter une action contre son cocontractant soit devant les tribunaux de l'Etat membre dans lequel lui même réside soit devant ceux de l'Etat où le professionnel est domicilié. La réciproque n'est par contre pas vraie.

---

[735] CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, Oceano Grupo Editorial. Voir J.-P. Beraudo, précité, p. 1033 et s.

[736] Ali Bencheneb, précité, p. 36.

[737] Articles 15 à 17 du Règlement : G. Tessionnière, Compétence judiciaire et contrats conclus par les consommateurs européens, Expertise des systèmes d'information , juin 2001, p. 225.

Ce système particulier de protection présente une double caractéristique : il déroge d'une part, aux règles générales de compétence juridictionnelle établies par le Règlement. Cette dérogation est motivée. En effet : *« s'agissant des contrats d'assurance, de consommation et de travail, il est opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que le sont les règles générales »*[738]. D'autre part, les situations dans lesquelles le consommateur contracte à distance, notamment dans le cadre du commerce électronique sont prises en compte par ce système. L'article 15-1, C, prévoit de lui accorder cette option de choix tout particulièrement lorsque le professionnel dirige par tout moyen ses activités vers le pays du domicile du consommateur.

L'application de cette règle spéciale en matière de commerce électronique nous renvoie au domaine respectif de la protection dont il faut déterminer les critères.

1. Domaine de protection du consommateur

Le domaine de la protection spéciale du consommateur est limitée et dépend de la réunion cumulative de deux conditions : les contractants doivent avoir des qualités précises (art. 15. 1 du Règlement) et la protection ne concerne que certains types de contrats (art. 15. 1, A-C du Règlement).

Quant aux qualités des parties au contrat : l'une est un consommateur concluant un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle et l'autre doit obligatoirement être un professionnel agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.

Quant aux contrats : ne sont pas seulement pris en considération les contrats de vente à tempérament d'objet mobiliers corporels, les prêts à tempérament ou d'autres opérations de crédit liées au financement d'une vente de tels objets mais, au contraire, tous les contrats selon le Règlement sont inclus dès lors que *« le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ses activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ses activités »*.

[738] Règlement, Considérant n° 13.

L'article 15, 2 du Règlement évoque le cas où le cocontractant du consommateur est domicilié hors du territoire d'un Etat membre. Il sera assimilé comme exerçant sur le territoire d'un Etat membre s'il possède dans cet Etat une succursale, une agence ou tout autre établissement. En revanche, sont exclus du domaine du Règlement, les contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement[739] (art. 15, 3 du Règlement).

Lorsque les conditions attachées à la qualité du consommateur et du professionnel ainsi que celles relatives au contrat, sont remplies, le consommateur bénéficie, en plus de la compétence générale établie à l'article 2 du Règlement, d'une option de choix de la juridiction compétente selon les règles énoncées par l'article 16-1 à 3.

La reconnaissance au consommateur de cette option de choix en matière de compétence judiciaire colle à la réalité des contrats à distance conclus par le biais d'Internet[740]. En effet, pour donner cette option au consommateur, l'ancien article 13 de la convention de Bruxelles stipulait deux conditions : la conclusion du contrat devait être précédée d'une *« proposition spécialement faite ou d'une publicité »* dans le pays du consommateur et ce dernier devait y avoir accompli les actes nécessaires à la formation du contrat[741]. La difficulté d'adapter ces règles aux contrats à distance en ligne était double :

- d'une part, il n'existait pas, en droit communautaire, une qualification unique de la publicité adaptable à Internet.
- d'autre part, l'identification du pays du destinataire de cette publicité était encore plus difficile à prouver voire impossible sur Internet.

Le législateur communautaire a finalement pris conscience de l'ampleur de ce nouveau phénomène et a procédé à la levée des incertitudes juridiques en la matière. Il a

---

[739] Le but d'exclure les autres contrats de transport par le Règlement est d'éviter d'entrer dans le champ d'application d'autres conventions internationales concernant le domaine du transport. Les contrats de transport qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement sont-ils mentionnés à titre restrictif ou de simple illustration ? Selon la première hypothèse, tout élargissement est exclu ; dans l'arrêt Hacker c/ Euro Ralais, la CJCE avait exclu du domaine de l'article 16-1 de la convention de Bruxelles un contrat combinant une traversée maritime et l'usage de la maison de vacances : 26 fév. 1992, aff. C-280/90 : Rec. I, p. 1111. Selon la deuxième hypothèse, le juge peut selon les circonstances élargir la protection en matière de compétence judiciaire à d'autres contrats. Ainsi, les contrats de voyage incluant d'autres prestations de service, guide touristique, entrée dans des musées. Pour ce deuxième avis, J.-P. Beraudo, Règlement du Conseil du 22 déc. 2000, précité, n° 30, p. 1055.

[740] Voir l'exposé des motifs de la proposition de la Commission : JOCE 1999, E 376, art. 15. La Commission énonce l'objectif du Règlement : c'est de faire bénéficier des nouvelles dispositions protectrices, tout achat effectué par un consommateur via, notamment, un site Internet accessible dans l'Etat membre de son domicile.

[741] Les mêmes dispositions se trouvent consacrées à l'article 13, 3 de la convention de Lugano.

constaté qu'Internet pouvait effectivement permettre d'accomplir les actes nécessaires à la conclusion du contrat dans d'autres Etats que celui du domicile du consommateur. Ce qui limite considérablement l'importance de la localisation physique du rapport précontractuel.

Lors de la redéfinition des règles de compétence judiciaire applicables aux contrats de consommation, le législateur européen a été confronté à deux préoccupations contradictoires mais toutes deux raisonnables et légitimes.

La première traduit le point de vue des entreprises : la mise en place de réglementations strictes et très favorables aux consommateurs aura pour conséquence d'accroître les craintes des entreprises qui se verraient impliquées dans de nombreux contentieux transfrontaliers au sein de l'Union européenne. Ce qui, selon elles, conduit à freiner considérablement le développement de leur activité de commerce électronique.

La deuxième traduit l'avis des associations de consommateurs qui , elles, estiment qu'aucune raison ne justifie de refuser au consommateur, en tant que partie faible au contrat, le droit d'assigner son contractant devant le tribunal de l'Etat dans lequel il a son domicile. Elles exigent, en outre, que le consommateur devrait être protégé en cas de commerce électronique et ce de manière équivalente aux autres contrats à distance.

Durant l'élaboration du texte du Règlement, les acteurs juridiques communautaires ont été divisé et soutenaient l'une ou l'autre opinion. La Commission européenne était plutôt favorable à la protection des consommateurs. Elle retient dans sa première proposition le critère de l'activité dirigée et considère que l'accessibilité du site Internet d'une entreprise dans un Etat membre et la possibilité laissée au consommateur de conclure le contrat sur ce site fait présumer que le propriétaire du site dirigeait ses activités vers cet Etat. Cela justifie alors que le consommateur puisse porter son action devant les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel il a son domicile[742].

A l'inverse, le parlement européen s'est montré plus attentif aux arguments des professionnels et essayait de dégager un certain équilibre entre les intérêts contradictoires en cause tant pour les consommateurs que pour les professionnels. En effet, tout en gardant le critère d'activité dirigée, le parlement tente par plusieurs amendements de faire profiter le consommateur de règles spéciales de compétence judiciaire que si le professionnel dirige de manière intentionnelle et substantielle son activité vers l'Etat du domicile de son

[742] L'exposé des motifs de la Commission, précité, art. 15.

cocontractant. D'autres amendements ont été proposés pour favoriser, à certaines conditions, les règlements extrajudiciaires de litiges contractuels avec des consommateurs en matière de commerce électronique. L'adoption de ces règles alternatives aurait dû contractuellement écarter les règles de compétence juridictionnelle même les plus favorables au consommateur.

Le Conseil des ministres, lors de l'adoption du texte final du Règlement, a définitivement opté pour l'abandon de ces amendements défavorables à la protection efficace du consommateur. Cependant, des restrictions notables ont été apportées à l'application des dispositions relatives à la compétence judiciaire en matière de contrats de consommation conclus à distance par voie électronique.

En ce sens que l'option de choix de l'article 16, 1 du Règlement est reconnue au consommateur notamment dans le cas où son cocontractant dirige par tout moyen son activité professionnelle vers son pays de domicile. La protection spéciale du consommateur, dans ce cas, repose sur la définition d'« activité dirigée ».

2. La notion d'« activité dirigée »

La notion d'« activité dirigée » prévue par le Règlement remplace les conditions de l'article 13 de la convention de Bruxelles et exige pour reconnaître l'option au consommateur que le contrat soit précédé d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et l'accomplissement de certains actes nécessaires à la conclusion du contrat. Cependant, cette notion reste vague. Comment donc interpréter l'« activité dirigée » ? Quand peut-on dire que l'activité du professionnel est dirigée vers le pays du domicile du consommateur et comment la prouver ?

a. Interprétation du terme « activité dirigée »

Dans le Règlement du 22 décembre 2000, la notion d'activité dirigée n'est définie nulle part. Quant au Conseil de l'Europe, il a mis en place une règle interprétative, certes insuffisante à résoudre entièrement le problème mais qui précise néanmoins que *« le simple fait qu'un site Internet soit accessible ne suffit pas à rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un*

contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. A cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site Internet ne constitue pas un élément pertinent »[743].

Cette règle ne semble reconnaître l'option au consommateur qu'en présence d'un site qui pourra être qualifié d'actif : c'est-à-dire qui invite à conclure un contrat à distance à condition que ce dernier soit effectivement conclu à distance. Il en va pas de même pour un site dit passif[744] qui n'invite pas à la formation du contrat mais qui se limite simplement à des fins informationnelles ou promotionnelles.

Cette distinction entre site passif/actif est, comme nous l'avons déjà expliqué à propos du conflit de lois dans le cadre de la convention de Rome, très difficile à appliquer en matière de commerce électronique[745].

En somme, en l'absence d'une définition unique de l'activité dirigée en droit communautaire, les juges nationaux des différents Etats membres l'interpréteront soit de manière restrictive soit de manière extensive[746]. Dans le premier cas, le juge restreindra l'étendue de cette notion au seul cas où le site est considéré, pour lui, actif. Dans le deuxième cas, il l'appréhendera dans un sens englobant l'ensemble de sites commerciaux et sans aucune distinction entre sites passifs et actifs.

Une telle différence d'interprétation, au sein des pays de l'Union, a un effet négatif sur la sécurité juridique et limite considérablement la portée de l'article 15 du Règlement. La Cour de justice des communautés européennes pourra être saisie par les juges nationaux pour interpréter cette notion [747].

b. La preuve de l'activité dirigée

Pour bénéficier de l'option juridictionnelle, le consommateur n'a désormais nul besoin de justifier sous quelle que forme que ce soit son acceptation de l'offre dans le pays de son domicile. Il lui suffit simplement de prouver que l'activité de son cocontractant était dirigée vers l'Etat de son domicile.

---

[743] Cf. Commission 1999, 348 final., JOCE C 376 E, p. 17.

[744] Certains auteurs évoquent le terme « semi-passif » : M. Fallon et J. Meeusen, Le commerce électronique…, précité, n° 22, p. 460.

[745] Cf. G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, La transformation de la convention de Bruxelles…, précité n° 46.

[746] A. Nuyts, La communautarisation de la convention de Bruxelles, précité p. 918. L'auteur pense que la notion d'activité dirigée doit être interprétée dans un sens le plus favorable au consommateur.

[747] Articles 61-C et 235 alinéa 3 du Traité relatif à l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

La preuve directe de l'activité dirigée est très difficile à apporter par le consommateur. Il faut alors admettre la preuve par des moyens indirects surtout par présomptions telles que l'adresse de livraison effective du bien vendu[748].

En revanche, la preuve par présomptions est encore plus complexe pour les prestations de services surtout lorsque leur exécution s'effectue en ligne puisqu'il est difficile voire impossible de déterminer les pays de destination visés par l'activité du fournisseur. Le juge, dans ce cas, peut déduire que l'activité était dirigée vers le pays du consommateur par présomptions : la monnaie acceptée pour le paiement, la langue employée pour la conclusion du contrat...etc. Mais l'ensemble de ces éléments n'est pas pertinent et doit être renforcé par d'autres éléments de preuve.

En tout état de cause, lorsque le consommateur apporte la preuve de l'activité dirigée, il bénéficie de l'option établie à l'article 16-1 du Règlement. Pour éviter d'être attrait devant les tribunaux de l'Etat de domicile du consommateur, les entreprises peuvent préciser dans leurs conditions générales de vente ou de fourniture de services, les territoires des Etats ciblés par leurs activités. Ce qui permettrait peut être de limiter d'éventuels contentieux transfrontaliers au sein des pays de l'Union européenne. Mais ces conditions n'auront aucun effet si le consommateur prouve que l'activité du professionnel vise son pays.

D'ailleurs, le Règlement n'interdit pas formellement les clauses attributives de juridictions dans les contrats de consommation. Il les admet dans trois hypothèses prévues à l'article 17, 1 à 3 : lorsqu'elles sont convenues postérieurement à la naissance du différend ; lorsqu'elles permettent uniquement au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux prévus dans l'option de l'article 16, 1 ; lorsqu'elles donnent enfin compétence aux tribunaux d'un Etat membre dans lequel les deux parties ont leur domicile ou leur résidence habituelle lors de la conclusion du contrat sauf si la loi de cet Etat membre interdit la validité de telles clauses[749].

---

[748] L'article 46 du NCPC retient le lieu de livraison effective de la chose vendue. Ce lieu est considéré le lieu de la remise de la marchandise au transporteur qui est considéré comme mandataire du consommateur à condition que ce dernier s'est acquitté des frais de transport.

[749] Pour la validité des clauses énoncées à l'article 17, il faut respecter les conditions générales de forme imposées à l'article 23 du Règlement. En effet, la convention sur les clauses doit être conclue : a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, ou b) sous forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établi entre elles, ou c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance et qui est régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des

En France, comme nous l'avons signalé, ces clauses sont interdites à l'égard du consommateur. Elles sont en revanche valides dans les rapports contractuels entre *« des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant »*. En droit français, l'article 17-3 est donc sans effet.

Pour éviter la rigidité de l'application de la notion d'activité dirigée, ainsi que sa preuve, il est peut-être préférable de permettre au consommateur de saisir la juridiction la plus proche (de son domicile), en toutes circonstances, chaque fois qu'il conclut un contrat sur un site d'un pays de l'Union européenne car l'équité suppose au préalable de pouvoir accéder à la justice. Comment peut-on alors admettre que le consommateur puisse demander justice s'il n'était pas en mesure de se déplacer à l'étranger pour un litige dont l'objet est de faible valeur ? De plus, s'ajoutent également des difficultés relatives à la langue et à la démarche procédurale. Ce qui revient à priver le consommateur de toute justice. En tous cas, la prévision actuelle des textes communautaires contredit cet avis.

Afin de limiter les contentieux transfrontaliers avec des consommateurs au sein des pays de l'Union européenne, deux issues sont possibles : d'abord le consommateur dispose d'un droit de rétractation qui est reconnu par tous les Etats membres sous l'influence de la directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique; ensuite favoriser le développement des règlements extrajudiciaires de litiges contractuels en matière de consommation.

---

contrats du même type dans la branche commerciale considérée. Lorsque ces clauses sont prévues dans un contrat électronique avec un consommateur, le respect de ces règles consiste en une transmission, par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention considérée comme revêtant une forme écrite. Ces conditions de forme ont pour but d'assurer que le consentement des parties soit établi : Voir pour l'occasion, l'arrêt Estasis-Salotti, CJCE 14 déc. 1976, 24/76 : Rec. 1976, 1831, 7 : dans cet arrêt, la cour énonce qu'il ne satisfait pas à l'exigence de forme écrite, pour les clauses attributives de juridiction contenues dans les conditions de vente de l'une des parties imprimées au verso d'un acte contractuel, que si le contrat signé par les parties comporte un renvoi à ces conditions générales.

Section II : Règlement extrajudiciaire des litiges contractuels

Des règlements extrajudiciaires de litiges contractuels à dimension internationale viennent s'établir[750] par lesquels au lieu de saisir une juridiction étatique, les parties s'accordent à soumettre leur différend à l'arbitrage ou à la médiation. Cette méthode de règlement de litiges trouve tout son intérêt en matière de contrats à distance et surtout dans le cadre du commerce électronique[751]. Elle permet également de surmonter le caractère rigide des règles de conflit de juridictions notamment dans le domaine de la consommation transfrontalière[752].

Toutefois, arbitrage et médiation ne doivent pas être confondus car se distinguent l'un de l'autre. En effet, si l'arbitrage[753] débouche souvent sur une sentence arbitrale ; la décision rendue est de nature juridictionnelle et aura l'autorité de la chose jugée.

L'arbitrage diffère de la médiation et de la conciliation[754]qui, elles, sont seulement des modes alternatifs extrajudiciaires de règlement de différends puisque le médiateur ne fait qu'essayer de rapprocher les parties en leur soumettant éventuellement un projet de règlement à l'amiable du litige contractuel. La médiation et la conciliation n'ont donc qu'un caractère facultatif et ne conduisent pas à une décision qui aura l'autorité de la chose jugée.

---

[750] Voir E. Caprioli, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, L'expérience du cyber tribunal, Rev. arb. 1999, p. 224 ; Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce électronique, Gaz. Pal. 9 nov. 2000, p. 6 ; P. Thieffry, Commerce électronique : Droit international et européen, éd. Droit @ Litec 2002, n° 508 et s., p. 219 ; A. Bencheneb, Commerce électronique, précité, p. 38 et s..

[751] S. Kallel, Arbitrage et commerce électronique, Rev. dr. aff. intern. (RDAI), 2001, n° 1, p. 2001 ; Ch. Jarrosson, La médiation et la conciliation : Essai de présentation, Droit et Patrimoine 1999, p. 36 et s.

[752] Voir E. Camous, Règlement non-juridictionnel des litiges de la consommation, contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits, LGDJ, 2002 ; M.Vivant, Le commerce électronique, défi pour le juge, précité ; Rapport final du groupe de travail « Internet et les modes alternatifs de règlement des différends », 17 juin 2002, Forum des droits de l'Internet, www.foruminternet.org.

[753] L'arbitrage peut être défini comme « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci » : Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987.

[754] M.-D. Perrin, Conciliation-Médiation, Petites affiches, 26 août 2002, n° 170 ; F. Siriainen, Réflexion sur les modes alternatifs de règlement des conflits dans le commerce électronique, *in* Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, Centre de recherche en droit économique (CREDECO), 2001 ; La médiation et la conciliation sont deux notions distinctes l'une de l'autre même si elles poursuivent la même finalité juridique : Alors que dans la médiation, le tiers intervient activement dans le processus transactionnel, au contraire dans la conciliation, il favorise plutôt le dialogue entre les parties, avant de leur proposer une solution.

Le recours à ces modes extrajudiciaires de règlement du litige contractuel en matière de contrats à distance, se justifie, par ailleurs, par les avantages indéniables qu'ils représentent par rapport à la juridiction étatique. En ce sens que ces modes, surtout l'arbitrage, se caractérisent par leur adaptabilité et leur souplesse.

S'agissant d'abord de l'adaptabilité : l'arbitrage est plus adapté à la réalité du commerce international et s'affranchit des lois étatiques puisqu'il s'inspire en grande partie des usages du commerce international. La décision arbitrale est également plus simple à exécuter à l'étranger[755] et permet de créer des solutions uniformes au niveau international notamment au sein des Etats ratifiant la convention de New York du 10 juin 1958.

S'agissant ensuite de la souplesse : l'arbitrage électronique est aujourd'hui en pleine expansion et promet une réussite incontournable dans la mesure où il évite de recourir à des procédures longues et trop coûteuses caractérisant l'arbitrage classique. De plus, l'arbitre a l'avantage par rapport au juge d'être relativement indépendant et suit des procédures plus souples surtout en ce qui concerne les formalités et l'administration de la preuve.

A la différence d'une juridiction étatique qui impose autoritairement une décision juridictionnelle, la médiation et la conciliation aboutissent souvent à une décision plutôt négociée dite « transaction »[756]. C'est pourquoi, la médiation et la conciliation en ligne sont des voies d'avenir qui permetteront une résolution extrajudiciaire à l'amiable, rapide et peu coûteuse des litiges contractuels. Le règlement extrajudiciaire peut alors résulter d'une clause compromissoire prévue dans le contrat international[757]. La validité d'une telle clause doit être examinée par référence au droit national de l'Etat du for. Ainsi, lorsqu'elle désigne un tribunal arbitral français, sa validité sera vérifiée au regard des règles de droit français. La loi[758] et la jurisprudence françaises valident, en principe, ces clauses entre commerçants[759].

---

[755] Voir O. Cachard, La régulation internationale du marché électronique, LGDJ, 2002. p. 365.

[756] Un véritable contrat : en droit français, son régime est consacré aux articles 2044 à 2058 du code civil.

[757] A.-R. Forozadehpoor, Le rôle de la volonté des parties dans l'arbitrage commercial international, thèse Strasbourg III, 2002.

[758] JO du 16 mai 2001, p. 7776 : Sur cette réforme, Voir Moreau, Degos, La clause compromissoire réhabilitée, chronique d'une réforme annoncée, Gaz. Pal. 13 -14 juin 2001 ; Jarrosson, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G 2001, I, 333 ;

[759] Cass. 1re civ. 4 juill. 1972 ; Hecht Clunet, 1973, 843, note Oppetit ; RTD com. 1973, 419, obs. Loussouarn; RCDIP 1974, 82, note Level ; Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord

En revanche, la clause d'arbitrage pose plus de difficultés dans les contrats de consommation. En effet, afin d'éviter que le consommateur se trouve entraîné dans une procédure d'arbitrage qui peut éventuellement conduire à une sentence définitive le privant de toute justice étatique, l'ancien article 2061 issu de la loi du 5 juillet 1972 du code civil, posait un principe selon lequel l'adhésion du consommateur à une clause d'arbitrage n'aura aucun effet si elle a été décidée par avance à la naissance du différend. Cependant, une fois le litige né, ce dernier pouvait accepter de s'y soumettre à condition que la clause prenne la forme d'un écrit signé par les parties.

Mais, la jurisprudence française a souvent jugé que l'article 2061 du code civil n'était pas applicable aux clauses compromissoires internationales établies conformément aux règles matérielles du droit de l'arbitrage international[760]. Il en résulte que la clause sera validée même si elle est conclue entre un consommateur et un professionnel.

Toutefois, après la modification de l'article 2061 du code civil par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, qui dispose désormais que *« sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »*. Depuis, on ne sait pas exactement, si la clause compromissoire est valable dans les rapports contractuels mixtes conclus entre un professionnel et un consommateur étant donné que l'article 2061 du code civil se trouve en confrontation directe avec les dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation qui prohibe toute clause abusive à l'encontre du consommateur. Pour certains, l'article 2061 doit prévaloir et pour d'autres, l'article L. 132-1 doit être appliqué[761] !

Quoi qu'il en soit, l'arbitrage a une place importante dans les relations commerciales internationales car il est régi en grande partie par la convention du New

---

compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation, Rev. arb. 1974, p. 67 ; Trav. Com. fr. DIP, 1991-92, 75.

[760] Civ. 1re ; 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, 537, note Gaillard ; Rev. arb. 1998, 330 ; 30 mars 2004, arrêt 554 F-P, Gros c/Sté Painveweber, inédit, voir E. Loquin, RTD com. juillet-septembre 2004, chron. n° 4, p. 446. Dans ses arrêts, la Cour de cassation valide la clause compromissoire sans le dire expréssement : « la clause compromissoire est valable si elle n'est pas manifestement nulle ». L'administration confirme qu'elle est encore valable dans les contrats internationaux.

[761] Sur l'ensemble, voir I. Gallmeister, De la validité de la clause compromissoire contenue dans un acte mixte, Petites affiches, 29 oct. 2004, n° 217, p. 12.

York du 10 juin 1958 **(§1)**. Les européens ont également mis en place leurs instruments spécifiques dans le souci de protéger les consommateurs **(§2)**.

§ 1. Le règlement extrajudiciaire du litige contractuel au niveau international

La convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a défini l'arbitrage comme étant *« la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage »*. La clause compromissoire selon la dite convention est valable si elle est établie par écrit, insérée dans un contrat : un compromis signé par les parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes (Art. 1. 2). Mais quelle est leur validité quand elles sont souscrites sous forme électronique ? Cette question semble être réglée dans la mesure où la majorité des systèmes juridiques reconnaissent actuellement l'écrit et la signature électroniques. Par conséquent, il n'existe pas vraiment de raisons pour écarter les clauses compromissoires souscrites sous cette forme. Cependant, si ces dernières sont certainement valables dans les rapports contractuels entre commerçants, le doute persiste en revanche pour les actes passés avec des consommateurs qui ne semblent pas exclus du domaine extrajudiciaire du règlement de litiges.

D'ailleurs, le développement des moyens de communication en ligne a permis aujourd'hui la création d'organismes spécialisés en matière de règlements extrajudiciaires de litiges dans la plupart des pays développés. Ainsi, l'apparition de l'arbitrage électronique qui applique les mêmes règles traditionnelles en la matière mais à la différence qu'elles s'effectuent en ligne[762]. Parmi ces organismes, les plus connus et les plus spécialisés au niveau mondial sont :

- Mini trial : un système de médiation québécois;
- Med/Arb : un organe qui conjugue les deux missions, médiation et arbitrage;

[762] A. Miklalah, La résolution par l'arbitrage électronique des litiges relatifs à l'Internet, thèse Strasbourg III, 2004.

- Le Cybertribunal[763] : créé à l'initiative du centre de recherche en droit public de l'université de Montréal;
- Le Virtual Magistrate : aux Etats Unis[764] ;
- Le centre de médiation et d'arbitrage de Paris[765].

Le règlement extrajudiciaire de litiges contractuels prend également une importance croissante au sein des pays de l'Union européenne.

§ 2. Le règlement extrajudiciaire des litiges contractuels au niveau européen

Les européens constatent que les contrats de consommation portent généralement sur des litiges de faible valeur financière. Ce constat met en évidence la disproportion entre l'enjeu économique du litige et le recours judiciaire trop compliqué, coûteux et trop long pour le consommateur. A ce sujet, la Commission européenne remarque que la protection de ce dernier peut être assurée par un règlement extrajudiciaire plus rapide et plus efficace surtout dans les contrats de consommation transfrontaliers[766]. C'est pourquoi, elle encourage le recours au règlement extrajudiciaire de litiges contractuels et adopte une série de principes qui assurent une protection efficace des consommateurs au niveau européen.

A- Recours encouragé au règlement extrajudiciaire de litiges contractuels

Dans sa résolution relative à la création d'un réseau communautaire d'organes nationaux en charge du règlement extrajudiciaire de litiges de consommation, le Conseil[767] préconise que les Etats membres désignent un organisme central permettant d'informer les consommateurs, de les assister et de les inciter à saisir un d'entre eux.

Dans le même sens, la directive n° 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique favorise dans son article 17, le recours au règlement extrajudiciaire de litiges

[763] www.cybertribunal.org
[764] www.vmag.vcilp.org
[765] www.cmap.asso.fr
[766] Recommandation n° 98/257/CE du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE, L 115/31, 17 avril 1998.
[767] JOCE C 155, 6 juin 2000.

contractuels[768]. Elle impose, en effet, aux Etats membres de modifier toute législation susceptible de contrarier l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire de litiges y compris par voie électronique. Les Etats membres doivent encourager, dans les litiges en matière de consommation, *« à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées »*[769].

Il s'agit alors d'un encouragement général à recourir à ces modes extrajudiciaires de règlement de litiges puisqu'il concerne aussi bien les contrats conclus entre professionnels que ceux conclus avec des consommateurs[770]. L'objectif de l'instauration d'un tel système est de permettre aux parties contractantes de prévoir dans le contrat, en lieu et place de la clause attributive de compétence à un tribunal étatique, des dispositions faisant référence à des modes alternatifs de règlement de litiges. La Commission européenne préconise, par voie de Recommandations, des garanties judiciaires et procédurales pour gagner la confiance du consommateur.

Dans cette perspective, la Recommandation n° 98/257/CE du 30 mars 1998 sur les principes applicables aux organes responsables de la résolution extrajudiciaire de litiges de consommation énonce plusieurs principes concernant : l'indépendance des organes , la transparence des procédures, le respect du principe du contradictoire, l'efficacité d'une procédure peu coûteuse et rapide, les règles relatives à la représentation et enfin la décision de l'organe ne peut priver le consommateur de la protection assurée par les dispositions impératives de son Etat.

La Recommandation n° 2001/310/CE du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires de règlement consensuel des litiges de consommation[771] vient compléter la Recommandation précédente et confirme l'exigence de l'impartialité de l'organe[772] intervenant. La mise en place d'un tel mécanisme extrajudiciaire doit assurer *« un règlement efficace du litige de manière équitable et rapide, sans charge ni coût indu pour le consommateur »*. La Recommandation[773] rappelle également que *« le commerce électronique facilite les transactions transfrontalières entre*

---

[768] Voir également Considérant n° 51.
[769] Dir. art. 17-2.
[770] J. Huet et S. Valmachino, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz. Pal. 9-11 janv. 2000, p. 103.
[771] JOCE L 109/56, 19 avril 2001.
[772] Considérant n° 9 : tous les services de traitement fournis pour le compte d'une entreprise semblent être exclus.
[773] Considérants n° 2 et 6.

les entreprises et les consommateurs. Ces transactions sont souvent de faible valeur et la résolution de tout litige doit donc être simple, rapide et peu coûteuse. Les nouvelles technologies peuvent contribuer à la conception de systèmes électroniques de résolutions des litiges, offrant un mécanisme qui permet de résoudre effectivement des litiges impliquant des juridictions différentes sans qu'un face-à-face soit nécessaire, ce qui devrait donc être encouragé par des principes garantissant des normes cohérentes et fiables inspirant confiance à tous les consommateurs ».

Suite à ces Recommandations, des centres d'Information et d'Assistance ont été créés dans chaque Etat membre afin de faciliter l'accès des consommateurs au dispositif extrajudiciaire européen. La réussite des organes extrajudiciaires de litiges varient selon les Etats membres et dépendent surtout de l'expérience et des moyens qui sont souvent limités.

La France est en retard par rapport à ses voisins car ces résolutions et ces recommandations n'ont pas de valeur contraignante et n'ont donc pas à être transposées. Cela pourrait être une des raisons pour laquelle la LCEN ne traite pas la question puisqu'elle ne contient aucune disposition faisant même indirectement référence à ces règlements de litiges contractuels.

Quoi qu'il en soit, la légalité des règlements extrajudiciaires de litiges contractuels de consommation soulève des difficultés et contradictions par rapport à d'autres dispositions communautaires. En effet, une clause compromissoire est, en principe, valide lorsqu'elle intervient dans un rapport contractuel entre commerçants. En revanche, elle est interdite à l'encontre des consommateurs : par exemple, la directive n° 93/13 du 5 avril 1993 concernant les clauses dans les contrats de consommation[774]. Sont, en effet, invalides *« les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement des juridictions d'arbitrage non couvertes par des dispositions légales ».* Comment peut-on alors concilier ces dispositions qui paraissent contradictoires ?

[774] JOCE n° L 95, 21 avril 1993.

B- Le règlement extrajudiciaire de litiges de consommation

La contradiction qui peut exister entre les dispositions européennes n'est qu'une apparence. En ce sens que, les clauses compromissoires sont abusives seulement dans le cas où elles sont contenues dans les contrats de consommation et avant même qu'un litige ne soit encore né.

Cependant, après sa naissance, le consommateur peut accepter de se soumettre à l'arbitrage sous réserve toutefois que le recours à cette méthode de règlement ne soit pour lui qu'une faculté et reste libre de revenir sur sa position et saisir la juridiction étatique.

Ainsi, la recommandation du 30 mars 1998 précise que *« la décision de l'organe ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci en ont été préalablement informées et l'ont expressément accepté. L'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne peut résulter d'un engagement antérieur à la naissance de différends, lorsque cet engagement a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige ».*

La recommandation n° 2001/310 du 4 avril 2001 affirme ce caractère facultatif pour le consommateur et insiste notamment sur le fait qu'il doit avoir été informé de ses droits de refuser de participer à la procédure ou de s'en retirer à tout moment et d'accéder au système judiciaire. Autrement dit, si le déroulement de la procédure ne lui donne pas satisfaction, le consommateur conserve son droit de saisir la juridiction étatique. Il est également libre d'accepter ou de refuser la solution proposée pour se tourner vers les procédures judiciaires. Le caractère facultatif pour le consommateur de ces règlements extrajudiciaires de litiges explique que ces derniers ne sont pas alternatifs à la protection du consommateur mais plutôt le corollaire ou le prolongement de celle-ci.

On constate finalement que les règlements extrajudiciaires de litiges de consommation sont assez souples et s'adaptent à la réalité du commerce transfrontalier et à distance. Le développement de tels systèmes est assuré par la reproduction devant les organes extrajudiciaires des principes judiciaires essentiels d'un procès équitable assurant

au consommateur une protection raisonnable. Néanmoins, le système de règlements extrajudiciaires comporte deux lacunes graves qui doivent être comblées[775].

La première est d'ordre juridique et procédural. En effet, la transparence des procédures exige *à priori* d'informer au préalable le consommateur sur le sort de son procès surtout sur la valeur juridique de la décision prononcée alors que rien n'est prévu dans les recommandations. Rien n'est prévu non plus au sujet des voies de recours dont peut disposer le consommateur au cas où il accepte de soumettre son litige à un organe extrajudiciaire ainsi que sur la force exécutoire de la décision de l'organe intervenant. Il est également à signaler que la voie extrajudiciaire semble être écartée chaque fois que le litige de consommation s'accompagne d'une demande de réparation d'un préjudice causé par une infraction pénale, par exemple, par une loterie déloyale.

La deuxième lacune concerne le contrôle étatique des organes chargés du règlement extrajudiciaire de litiges. En ce sens qu'il faut un contrôle administratif efficace pour éviter les dérives des organes et pour que ceux-ci soient attentifs à la cause du consommateur.

En conclusion, le règlement de conflits de juridictions en matière des contrats conclus à distance ne passe pas forcément par le recours à une juridiction étatique puisque des règles extrajudiciaires sont en pleine expansion. La souplesse de ces dernières promet une réussite incontournable même dans le domaine de la consommation transfrontalière. Leur développement répond certainement à l'attente du consommateur qui contracte à distance d'obtenir une réparation rapide et peu coûteuse d'où un système juridique en plein échec. Néanmoins, la réussite d'un tel système exige au préalable de résoudre certaines lacunes juridiques. Cela dit, l'appréciation exacte de son efficacité reste à prouver car jusqu'à présent, il a été peu expérimenté.

[775] Voir N. Moreau, La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), DEA, Lille 2, 2003, p. 74 et s. ; A. Bencheneb, précité,

TITRE DEUXIEME

La preuve du contrat électronique

Les contrats à distance sont généralement des contrats consensuels qui se forment par le simple échange des consentements des parties. En revanche, pour les contrats solennels, la loi impose à titre exceptionnel la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé pour leur validité (actes dits instrumentaires) et ce afin d'attirer l'attention sur l'importance de l'engagement de la partie réputée faible par rapport à son cocontractant (par ex. le consommateur). Le non respect de cette formalité est sanctionné par la nullité du contrat[776].

Dans les deux cas, la preuve n'intervient pas dans le processus contractuel et demeure étrangère à celui-ci. Cependant, elle représente un élément essentiel dans le rapport contractuel puisqu'elle permet ultérieurement de reproduire l'accord des volontés des parties et détermine, par conséquent, les droits et obligations de ces dernières dans la limite auxquelles celles-ci ont consenti[777]. Parmi les différents moyens de preuve admis légalement, seule la preuve écrite permet de reproduire de manière complète et certaine la réalité de l'engagement selon les termes consentis à l'époque de sa formation. C'est de là que vient l'intérêt de la preuve préconstituée par écrit.

Toutefois, depuis l'ordonnance du Moulins en 1566, largement repris dans le code civil de 1804, le concept d'écrit était réservé à l'écriture sur un support matériel, souvent du papier. En ce sens que des actes authentiques et sous seing privés souscrits sur du papier étaient admis en tant que preuves littérales. Pour reconnaître leur valeur juridique, une signature originale de l'officier public pour les premiers et les signatures des parties pour les deuxièmes imposaient de tracer des signatures à la main[778].

---

n° 22 et s ; Sur les critiques concernant le tiers intervenant, Voir, J.-B. Racine, *in* Centre de recherche en droit économique, Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, 2001 ;

[776] J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Etudes Georges Ripert, t. I, 1950, p. 93 ; X. Lagarde, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP G 1999, I, 170 ; Etudes sur le formalisme électronique, avant l'adoption de la LCEN, Voir : J. Huet, Rapport introductif, *in* Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, Economica 2002, p. 1 et s ; P. Catala, L'écrit électronique et la cohérence du droit, Com. Com. électro., févr. 2001, n° 2 ; L. Grynbaum, Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique, D. 2002, le point, p. 378.

[777] Voir, D. Ammar, Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, RTD civ. 1993, p. 752 ; Y. Chartier, Preuve testimoniale, Jur.-Cl. Civil Code, art. 1341-1348, Fasc. 154, n° 131.

[778] D. Lemetehe, Réflexions sur la signature, Gaz. Pal. 1976, I, doct., p. 74 ; I. Dauriac, La signature, thèse MF Paris II, 1997.

L'écrit sur support papier et la signature tracée à la main ne posent pas de problèmes quand les parties contractent face à face ou quand elles agissent par l'intermédiaire de leurs représentants légaux. En revanche, ces deux éléments font souvent défaut dans les contrats conclus à distance par le biais du téléphone, du télex ou encore d'Internet. Conscient de ces handicaps juridiques qui constituent un obstacle au développement du commerce à distance et qui emprunte constamment de nouveaux moyens de communication, la jurisprudence, encouragée par la doctrine[779], procède à un assouplissement des exigences légales rigides en matière de preuve littérale. Elle a admis la recevabilité en justice des télex et télécopies en tant que preuves littérales relatives en les traitant comme un commencement de preuve par écrit[780].

Le caractère immatériel d'Internet oblige à élargir le concept traditionnel de l'écrit et de la signature aux écrits immatériels de sorte à ce que ces derniers soient reconnus en justice en tant que preuves parfaites.

Cette adaptation n'est cependant possible qu'à condition que le message immatériel présente au moins les mêmes garanties qu'un écrit sur support papier. En ce sens que les techniciens comme les juristes affirment mutuellement d'après l'expérience de l'EDI[781] que le message inscrit sur un support immatériel laisse des traces suffisantes pour identifier la personne dont il émane et qu'il soit conservé dans des conditions garantissant son intégrité[782].

---

[779] P. Catala et P-Y. Gautier, L'audace technologique à la cour de cassation : vers une libération de la preuve contractuelle, JCP G 1998, n° 29, p. 1110 ; J-M. Moulin, Preuve du cautionnement par télécopie : Revue de droit bancaire et financier, janv./févr. 2001, analyses, n° 1, p. 32.

[780] Voir par ex., Civ. 1er, 14 févr. 1995, JCP G 1995, II, 22402, note Y. Chartier ; Cass. Com., 2 déc. 1997, D. 1998, Jur., p. 192, note, D.-R. Martin ; Droit de l'informatique 1998, I, p. 59 ; JCP E 1998, p. 178, note T. Bonneau ; JCP G 1998, II, 10097, p. 1105, note L. Grynbaum. Cf. également, P. Catala et P.-Y. Gautier, L'audace technologique à la cour de cassation…, précité.

[781] F. Constant, Les accords d'EDI : aspects juridiques en matière de commerce, thèse Nice, 1998 ; A. Bensoussan, La convention de preuve dans les accords d'interchange, Cahiers Lamy, juillet 1993, E, p. 2 ; Y. Breban et I. Pottier, Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques, Gaz. Pal. 1996, I, doct., p. 276 (1re partie) et Gaz. Pal. 1996, II, doct. p. 863 (2e partie) ; L. Costes, Vers un droit du commerce international « sans papier » ?, RD aff. int., 1994, n° 6, p. 735 ; J. Huet, Aspects juridiques de l'EDI, D. 1991, chron., p. 181 ; J. Larrieu, Les nouveaux moyens de preuve : Pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ?, Contribution à l'étude des notions d'écriture et de signature, Cahiers Lamy droit de l'informatique, n° 1988, H, p. 8 (1re partie) et déc. 1988, I, p. 26 (2e partie) ; G. Maincon-Vitrac, EDI et régime de la preuve, Expertises 1996, n° 193, p. 144 ; Th. Piette-Coudol et A. Bensoussan, L'échange de données informatisées et le droit, éd. Hermès 1991. Dispositions juridiques de l'accord type européen pour l'EDI, Guide Lamy informatique et réseaux, 2001, n° 4660, p. 754 et s.

[782] E. Caprioli, Traçabilité et droit de la preuve électronique, Droit & Patrimoine, mai 2001, dossier, n° 93, p. 68 ; J. Frayssinet, La traçabilité des personnes sur Internet, Droit & Patrimoine, mai 2001, dossier, n° 93, p. 77.

Cependant, l'aspect international des réseaux fait que les exigences juridiques en ce domaine doivent recevoir un traitement à l'échelle mondiale. En effet, la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDC) a reconnu la valeur juridique de la signature électronique[783].

Quant à l'Union européenne, elle est confrontée à la question lors de la création du marché intérieur. La Commission européenne avait pour objectif principal de promouvoir la société de l'information et de supprimer les différences de traitements juridiques dans les Etats membres. Ce qui explique l'élaboration, dès 1998[784], d'un cadre juridique européen aboutissant à la publication d'une directive du Parlement et du Conseil en date du 13 décembre 1999 sur la signature électronique[785]. Cette directive est transposée de façon élargie à la loi française du 13 mars 2000 qui, elle, porte à la fois sur l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et sur la signature électronique[786]. Les deux restent néanmoins compatibles du fait que la directive adopte le principe de subsidiarité.

---

[783] Documents officiels de l'Assemblée générale, 51e session, suppl. 17 (A/51/17). L'Assemblée générale a adopté la loi type lors de sa 85e séance plénière du 16 déc. 1996. Voir E. Caprioli et R. Sorieul, *« Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales »* : JDI 1997, p. 321 et s.

[784] Un projet de directive sur un cadre commun pour les signatures électroniques, Com. 1998, 297/final, JOCE du 23 oct. 1998, présenté le 13 mai 1998 par la commission.

[785] Dir. 1999/93/CE du Parlement et du Conseil du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L 13, 19 janv. 2000, p. 12 et s : M. Antoine et D. Gobert, La directive européenne sur la signature électronique, Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet ? Droit et Nouvelles technologies, 5/10/2000, p. 4 ; Y. Breban, M. Depadt et A. Bensoussan, L'Europe à l'heure de la signature électronique, Gaz. Pal. 15 janv. 2000, doct. p. 17 ; E Caprioli, La directive n° 1999/93/CE du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Gaz. Pal. 2000, doct. Oct. 2000, p. 5.

[786] Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO du 14 mars 2000, p. 4, JCP G 2000, III, 20259: <u>études avant et sur le projet de loi</u> : Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, éd. La documentation française 1998, p. 79-96 et 241; E. Caprioli, Le juge et la preuve électronique, in colloque de Strasbourg, Le commerce électronique : vers un nouveau droit, 8-9 oct. 1999 ; P. Catala, Ecriture électronique et actes juridiques, in Mélanges M. Cabrillac, éd. Dalloz Litec, 2000, p. 91 et s ; P. Catala, Le formalisme et les nouvelles technologies, Defrénois 2000, art. 37210, n° 22 ; P. Catala et Alli, L'introduction de la preuve électronique dans le code civil, par un groupe d'universitaires, JCP G 1999, I, 182, n° 5 ; F. Dahan, Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Projet de loi consécutif au Conseil des ministres du 1er sept 1999, Gaz. Pal. 27-29 févr. 2000, doct. P. 4 ; I. De Lamberterie, Preuve et signature : Les initiatives du droit français, Cahier Lamy droit de l'informatique, 2000, p. 10 ; P-Y. Gautier, Le Bouleversement du droit de la preuve : Vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Petites Affiches, 7 févr. 2000, n° 26, p. 4 ; L. Grynbaum, La preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique, Com. Commerce électronique, 2000, n° 2, chron, p. 9 et s ; J. Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, D. 2000, chron. 95 et s ; P. Leclercq, Propositions d'évolution législative sur les signatures électroniques, Revue du droit de l'informatique et des télécoms, 1er janv. 1998, n° 3, p. 19 ; Sophie Pennarun, De Gutenberg à Bill Gates : Commentaire du projet de loi relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif …, Petites Affiches, 7 janv. 2000, n° 19, p. 4 et s ; M. Vivant, Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information, Cahier Lamy droit de l'informatique, 2 oct. 1999, p. 1 ; Etude par un groupe d'universitaires, L'introduction de la preuve électronique dans le code civil, JCP G 1999, I, 182 ; <u>Etudes sur</u>

En effet, la loi du 13 mars 2000, consacre une définition générale de l'écrit qui permet d'intégrer l'écrit immatériel au rang des preuves littérales sous réserve toutefois qu'il puisse dûment identifier la personne dont il émane et que son établissement et sa conservation soient effectués dans des conditions qui permettent d'en garantir l'intégrité. Cette loi reconnaît donc l'équivalence entre les deux types d'écrits et valide la convention sur la preuve tout en laissant au juge le soin, en l'absence de convention valable, d'arbitrer d'éventuels conflits. Elle consacre également la possibilité de rédiger des actes authentiques sous forme électronique.

Elle introduit également, à l'article 1316-4 alinéa 1er du code civil, une définition générale de la signature selon une approche fonctionnelle et indépendamment de sa forme. Cette dernière sert désormais à identifier son émetteur et à manifester le consentement du

---

la loi : A. Bensoussan, Signature électronique et preuve : évolution ou révolution, Revue de jurisprudence commerciale (RJC), n° spéc. Le droit des affaires au XXI siècle, janv. 2001, p. 43 ; L. Bochurberg, Internet et commerce électronique, 2e éd. Delmas 2001, n° 1001, p. 146 et s ; Y. Brulard et P. Fernandez, Signature électronique : La réforme aura-t-elle accouché d'une « souris » ?, Petites Affiches, 25 oct. 2001, doct. n° 213, p. 8 (1re partie), et 26 oct. 2001, n° 214, p. 4 (2e partie) ; E. Caprioli, Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, JCP E 2000, n° 2, p. 1 ; E. Caprioli, La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne, JCP G , 3 mai 2000, I, doct. 224 ; L. Costes, La mise en œuvre effective du nouveau dispositif à la signature électronique conditionnée à la parution de différents arrêtés et aux apports attendus de la future loi sur la société de l'information, Bulletin d'actualité Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mai 2001, n° 136, B, p. 1 ; J. Devèze, La forme du contrat électronique, in travaux de l'association Henri Capitant, journées nationales, Toulouse, tome V, 2000, éd. Panthéon Assas, p. 59 et s ; P-A. Fouque, Les technologies de l'écrit électronique, Petites Affiches, 2 avril 2001, n° 25, p. 8 ; L. Gamet, L'écrit électronique et le droit français de la preuve, Revue de la recherche juridique. Droit perspectif (RRJ) 2001-2, vol I, p. 535 ; P.-Y. Gautier, Révolution Internet : le dédoublement de l'écrit juridique, D. 2000, Point du vue, n° 12, p. V ; P.-Y. Gautier, et X. Linant de Bellefonds, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP G, 14 juin 2000, I, 236 ; L. Grynbaum, Loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électroniques au prix de la chute de l'acte authentique, Communication-Commerce électronique, n° 4, avril 2000, p. 12 ; D. Guinier, Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?, Gaz. Pal. 19 avril 2001, doct. p. 14 ; T. Hassler, La signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire, RJC 2001, doct. p. 193 ; P. Leclercq, Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge, Com. Commerce électronique, 2000, chron. n° 9 ; S. Martin, A. Tessalonikos et A. Bensoussan, La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 mars 1999 et la loi française du 13 mars 2000, Gaz. Pal. 20 juill. 2000, p. 4 ; P. Nataf et J. Lightburn, La loi pourtant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, JCP E 25 mai 2000, comm. n° 21-22, p. 836 ; J.-L. Navarro, La preuve et l'écrit entre la tradition et la modernité, JCP G, 11 déc. 2002, doct. n° 50, 187, p. 2217 ; E. Passant, La loi du 13 mars 2000, portant … : Nouvelle donne pour le droit de la preuve, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mai 2000, n° 125, B, p. 7 ; T. Piette-Coudol, Transmission et preuve de l'écrit électronique, deux niveaux de signatures, Lamy droit de l'informatique et des réseaux mai 2003, n° 158, B, p. 1 ; A. Raynouard, Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Defrénois, 2000, I, p. 593, 37174 ; A. Raynouard Le droit de l'écrit électronique, Petites affiches, 2 avril 2001, n° 65, p. 15 ; B. Reynis, Le droit à l'épreuve des nouvelles technologies, JCP N&I, 8 déc. 2000, inf. profes. n° 36, p. 1264 ; B. Reynis, Cliquer, c'est signer, JCP N&I, 8 déc. 2000, inf. profes., n° 49, p. 1747 ; I. Ruet, La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières, Bulletin Joly Bourse, mai-juin 2000, I, chron., P. 219 ; F. Schwerer, Réflexions sur la preuve et la signature électronique dans le commerce électronique, Contrats Conc. Consom., déc. 2000, chron., p. 4 ; F. G. Trébulle, La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches 20 avril 2000, n° 79, p. 10.

signataire d'adhérer aux obligations qui découlent de l'acte signé. L'alinéa 2e du même article, réservé à la signature électronique, dispose que lorsque la signature électronique est créée en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache, la loi établit une présomption de fiabilité dès lors qu'elle répond à des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Dès que ces dernières sont remplies, la signature électronique équivaut à une signature manuscrite.

Le décret du 30 mars 2001 a été pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil relatif à la signature électronique[787]. Il distingue entre signature électronique simple et signature électronique dit « sécurisée ». Seule cette dernière aura une valeur juridique équivalente à une signature manuscrite et bénéficiera de la présomption simple de fiabilité établie par l'article 1316-4 du code civil.

Quant au champ d'application de la loi du 13 mars 2000, il a suscité une vive discussion doctrinale. Pour certains auteurs[788], la présente loi ne couvre pas seulement le domaine où l'écrit est exigé à titre de preuve *ad probationem* d'un acte juridique mais aussi celui où il est imposé pour la validité *ad validitatem* de l'acte juridique. En revanche, la majorité de la doctrine approuve les parlementaires et le groupe d'universitaires qui limitent le champ d'application de la présente loi exclusivement à l'aspect probatoire de l'écrit[789].

---

[787] Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pour l'application de l'article 1316-4 et relatif à la signature électronique, JO 31 mars 2001, p. 5070 et s. : C. Charbonneau et F-J. Pansier., La signature électronique, signature sous surveillance, à propos du décret n. 2001-272 du 30 mars 2001, Petites Affiches, 6 avril 2001, n° 69, doct., p. 3 ; E. Joly-Passant, Le décret du 31 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 137, juin 2001, p. 2 ; C. Retornaz, Les « noces » du droit et de la technique : Présentation du décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 136, mai 2001, b, p. 7 ; Avant la publication de ce décret, le gouvernement avait rédigé un projet de décret, lequel fut soumis à une consultation publique sur Internet. Une série de questions a été posé pour guider les participants dans leur réflexion. Pendant deux mois, chaque intéressé , particulier, juriste ou groupements professionnels, pouvait débattre de l'orientation technique à suivre, susceptible de garantir la fiabilité des procédés de signature électronique. Le débat concernait notamment : les dispositifs de création des signatures électroniques, certificats électroniques, système de certification par une autorité de certification. De l'analyse de réponses, une seule question s'est posée : comment assurer un niveau de sécurité satisfaisant et susceptible d'emporter la confiance des utilisateurs sans s'enfermer dans un cadre trop rigide ?

[788] Voir, par ex., J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, n° 6, p. 555, spéc. n° 27 et s ; F. G. Tribulle, La réforme du droit de la preuve et le formalisme, précité n° 79 et s ; A. Raynouard, Le droit de l'écrit électronique, précité 21 : Ces auteurs affirment que le nouveau concept de l'écrit a une portée générale et doit alors s'étendre à tous les textes qui évoquent un écrit à titre probatoire ou de validité. Ils affirment également que l'écrit électronique peut protéger efficacement la partie faible que la loi entend la protéger par l'exigence d'un écrit ad validitatem, et ce de la même manière que l'écrit sur support papier.

[789] Rapport C. Jolibois, Doc. Sénat, 2 févr. 2000, n° 203, p. 32 : il indique que la Commission des lois souhaite réserver la reconnaissance de l'écrit électronique aux écrits ad probationem ; La directive européenne du 13 déc. 1999 réserve à son article 1er son champ d'application au seul aspect probatoire. Elle précise à

Aujourd'hui, la question ne se pose plus en droit français puisque la LCEN qui transpose en France la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique[790] règle la question de l'écrit imposé *ad validitatem*[791]. Ainsi, dans un chapitre intitulé « Les obligations souscrites sous forme électronique », sont insérés après l'article 1108 du code civil, les articles 1108-1 et 1108-2 ainsi rédigés:

« Article 1108-1. Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans des conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317 ».

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

L'article 1108-2 énonce des exceptions aux dispositions de l'article 1108-1 : ainsi, *« 1° Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et de succession ; 2° Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession »* (l'article 25, I).

Il s'agit là d'une véritable innovation du droit français puisque la majorité des contrats peut désormais être souscrite sous forme électronique même pour ceux où l'écrit est exigé à titre de validité de l'engagement juridique comme par exemple les contrats de consommation.

---

l'alinéa 2e qu'elle « ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats et autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire, elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire.

[790] Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, JOCE L. 178 du 17 juin 2000 : Cette directive impose à l'article 9, 1 que *« Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie - électronique (…) notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique».* Mais les Etats membres peuvent maintenir l'exigence d'un écrit papier *ad validitatem* uniquement lorsque il s'agit des contrats : a) qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; b) pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique ; c) de sûreté et garanties fournies par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; d) du droit de la famille ou du droit de succession.

[791] JO n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2 : la loi a été soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel, Cons. Const. 2004-496 DC, 10 juin 2004 ; sur le projet de loi : Sénat, Projet de loi n° 144 du 13 janv. 2004.

Du point de vue du législateur, l'écrit électronique permet, comme l'écrit sur papier, d'attirer l'attention du contractant sur les conséquences juridiques de son engagement. Par cette modification, il confirme également, une fois pour toutes, le principe de consensualisme qui s'applique aussi en matière électronique[792].

Une partie de la doctrine montre une certaine inquiétude du fait que la mise en œuvre d'un tel système peut remettre en cause les garanties particulières protectrices de certains contractants notamment les consommateurs[793] : le défilement des pages sur un écran d'ordinateur reste - au moins psychologiquement - moins opportun à attirer l'attention du contractant que la lecture et la signature d'un acte sur support papier[794].

D'ailleurs, la nouvelle loi procure au gouvernement le pouvoir, par le biais d'ordonnances, de faire des adaptations nécessaires à l'application de ces dispositions législatives *« subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique »*[795]. Le gouvernement va certainement procéder à la modification des formalités, contenues dans le code de la consommation, qui imposent jusqu'à maintenant un écrit sur papier : par exemple, les formalités exigées en matière de crédit à la consommation. Mais, une telle modification peut-elle assurer une protection effective du consommateur[796] ?

Cette reconnaissance légale de l'écrit électronique dans le domaine de l'écrit exigé *ad validitatem* constitue une véritable victoire pour les acteurs du commerce électronique[797]car ils peuvent désormais souscrire des contrats et apporter des preuves sous forme électronique.

---

[792] Cf. O. Cachard, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance …, précité, n° 7 et s. ; Joly-Passant, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, thèse Montpellier 2004.

[793] A.-M. Leroyer, L'épreuve d'Internet, *in* Faut-il recodifier le droit de la consommation ? Economica 2002, p. 167 et s.; A. Penneau, Contrat électronique et protection du cybercontractant, Du code de la consommation au code civil, LPA, 13 mai 2004, p. 3 et s. ; J. Huet, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Mélanges J. Calais-Auloy, p. 507 et s. ; M. Vivant, La protection du consommateur entre tentations, tentions et hésitations, *in* Mélanges, J. Calais-Auloy, p. 1151 et s.

[794] L. Grynbaum, Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : encore un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique fiable, D. 2003, Point de vue, p. 746 et s ; J. Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, p. 555, n° 35.

[795] Art. 26 de la loi du 21 juin 2004, L'Ordonnance devrait être prise en 2005. Un projet de ratification de la présente loi devra être déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de la dite ordonnance.

[796] Sur cette question, v. notamment, A.-M. Leroyer, L'épreuve d'Internet, précité, p. 180 et s.

[797] D. Gobert et E. Montero, Les contrats conclus par voie électronique, *in* Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Cahiers CRID, Bruxelles, Brulant 2001.

Nous allons limiter la présente étude à l'aspect probatoire de l'écrit selon les prescriptions légalement données par la loi du 13 mars 2000 et son décret d'application sans oublier pour autant de souligner, si nécessaire, les innovations apportées par la nouvelle loi du 21 juin 2004. Cette limitation nous paraît nécessaire dans la mesure où cet aspect probatoire intéresse particulièrement la preuve du contrat électronique conclu à distance.

Dans cette perspective, la loi du 13 mars 2000 reconnaît l'écrit électronique en tant que preuve littérale au même titre que l'écrit sur support papier **(Chapitre I)** mais sa valeur juridique est subordonnée à la reconnaissance de la signature électronique **(Chapitre II)**.

Chapitre I : La reconnaissance juridique de la preuve électronique

La loi du 13 mars 2000 donne une définition générale et fonctionnelle de l'écrit indépendamment de son support intégrant l'écrit électronique au rang des preuves littérales admises en justice **(Section I).** Elle précise ensuite les conditions d'admission et la valeur juridique de l'écrit sous forme électronique **(Section II)**.

Section I : Définition de l'écrit

L'article 1316 du code civil énonce que *« la preuve littérale ou par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».*

La généralité de l'expression « quels que soient le support et leurs modalités de transmission » permet d'englober aussi bien un document électronique que l'écrit traditionnel sur support papier. Il s'agit donc là d'une reconnaissance juridique du document électronique indépendamment des technologies et modalités de transmission employées. Les termes signes et symboles évoquent également l'écriture électronique. Cette dernière consiste en un langage compréhensible par les machines et la cryptographie[798]. Pour être considéré comme tel, il faut que ces signes soient dotés d'une signification intelligible : condition qui sera remplie à partir du moment où l'écrit, après sa transmission, devient visible pour l'homme sur l'écran d'ordinateur ou sur papier[799]. Ainsi, lorsqu'un texte crypté redevient intelligible après son déchiffrage, il peut servir de preuve écrite. Il en est de même pour les photocopies et les télécopies…etc.

L'objectif de l'élargissement de la notion d'écrit - traditionnellement synonyme d'écrit sur support papier - est d'intégrer l'écrit électronique dans la catégorie des preuves

[798] Voir L. Grynbaum, La loi du 13 mars 2000 : La consécration de l'écrit et de la preuve électronique, Communications -Commerce Electronique, éd. Juris-classeur, Avril 2000, p. 13.

[799] M. Caprioli, souligne que « *ces écrits ne peuvent être valablement considérés comme ayant la valeur d'un écrit, si on peut les produire de façon lisible et compréhensible par l'entendement humain et non par une machine. L'écrit doit par conséquent pouvoir être restitué au juge en langage clair »,* Ecrit et preuve électroniques, précité, n° 19, p. 7.

littérales. Contrairement aux apparences, cet élargissement n'a qu'un effet novateur limité qui s'apprécie par rapport à deux points : l'un concerne l'évolution du concept même d'écrit et l'autre son support.

S'agissant d'abord de la notion d'écrit[800] : le concept traditionnel d'écrit était jusqu'à présent réservé à l'écriture alphabétique. Ainsi le terme « preuve littérale » vient du latin *litteralis*, c'est-à-dire relatif aux lettres de l'alphabet. La définition de la preuve littérale ou par écrit de l'article 1316 du code civil vient donc enterrer le concept restrictif d'écrit. Or, cette conception élargie de l'écrit n'est pas une innovation en soi puisqu'elle correspond à une jurisprudence ancienne selon laquelle la cour d'appel d'Aix, dans un arrêt du 27 janvier 1846 avait précisé que *« le mot écrire signifie tracer des lettres, des caractères ; que la loi n'a spécifié ni l'instrument ni la manière avec lesquels les caractères seraient tracés »*[801].

S'agissant ensuite du support : la notion d'écrit impliquait traditionnellement des signes tracés matériellement sur un support. L'existence ou non d'un écrit s'appréciait par rapport à ces derniers : ainsi, les enregistrements sur magnétophone n'ont pas été considérés comme des écrits puisque les sons ne constituent pas des signes tracés matériellement. La jurisprudence négligeait parfois cet aspect purement matériel de l'écrit[802] car l'enregistrement sonore constituait un commencement de preuve par écrit.

La cour de cassation l'a, par ailleurs, récemment confirmé à propos de l'utilisation du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé[803]. L'admission d'une conception large de l'écriture ne se réduit donc pas au papier bien que ce dernier soit le plus couramment et traditionnellement employé. Aujourd'hui, l'article 1316 affirme que le support d'écrit importe peu alors que la jurisprudence évoluait, en ce sens, en négligeant l'exigence du support papier. La loi du 13 mars 2000 ne vient donc qu'officialiser ces règles puisque avant cette date rien n'exigeait l'exclusion du support[804].

---

[800] La loi exprime la notion d'écrit par plusieurs termes dans le code civil : Les articles 1323 et 1324 appellent « écriture » ; « actes » et « titres » dans les articles 1317 et s.
[801] CA Aix-en-provence, 27 janv. 1846, DP 1846, 2, p. 232. Les faits étaient relatifs à un testament olographe rédigé au crayon.
[802] Cour de Versailles, 12 oct. 1995, RTD civ., 1996, p. 172, obs. J. Mestre.
[803] Com. 8 oct. 1996 : Juris-Data n° 1996-003714 ; JCP G 1996, IV, 2301 ; Dr. Affaires 1996, p. 1254 ; RTD civ. 1997, p. 137, J. Mestre.
[804] J.-L. Navarro « La preuve et l'écrit entre la tradition et la modernité » JCP G, 11 déc. 2002, I, doct. 187, p. 2217, n° 7 ; A. Raynouard, « Le droit de l'écrit électronique », Petites Affiches 2 avril 2001, p. 15 : l'auteur précise que la définition de l'écrit de l'article 1316 ne modifie que le support, voir, n° 5.

Néanmoins, cette définition légale de preuve littérale ou par écrit permet de reconnaître l'écrit électronique comme preuve littérale parfaite et non de le traiter, comme la jurisprudence a toujours fait, en tant que commencement de preuve par écrit ou copie. Dans cette même logique, l'article 1326 du code civil, qui exigeait jusque là une mention manuscrite du débiteur du montant de la somme en lettres et en chiffres, a été modifié de sorte à être désormais compatible avec l'esprit de la définition générale de l'écrit. Les termes « écrit de sa main » sont remplacés par « par lui même » où rien n'interdit que cet engagement se fasse par voie électronique. L'article 1108-1 alinéa 2 du code civil relatif à l'écrit électronique *ad validitatem* (article 25, LCEN) prévoit également que *« lorsque est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même »*. Il convient donc de s'interroger sur la valeur juridique de l'écrit électronique.

Section II : La valeur juridique de l'écrit électronique

Quelle que soit sa forme, l'écrit à titre de preuve littérale s'apprécie selon deux éléments : son admissibilité et sa force probante. La loi du 13 mars 2000 assimile purement et simplement l'écrit électronique à celui sur support papier **(§1)** et leur accorde la même valeur juridique **(§2)**. La LCEN reconnaît également cette valeur à un écrit exigé à titre de validité de l'acte juridique.

§ 1. L'admissibilité de la preuve littérale électronique

La loi française pose une règle distributive dans l'administration de la preuve : en matière de faits juridiques (par ex. la survenance d'un accident), la preuve est libre puisqu'il s'agit d'un événement - qui ne peut être limité en nombre - susceptible de produire des effets juridiques. En revanche, les règles de preuve en matière d'actes juridiques sont déterminées par la loi car ce sont des actes graves qui impliquent une véritable manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. La loi détermine, en effet, les conditions d'admissibilité des différents écrits et fixe leur force probante.

Ainsi, les actes dits « instrumentaires » sont spécialement établis pour prouver l'existence d'un accord de volontés.

Les différents types d'écrit servent alors de preuve de l'acte juridique[805]. Mais la loi instaure par l'article. 1341 du code civil une hiérarchie entre les différents moyens de preuve. La preuve littérale est essentiellement admise (écrits authentique et sous seing privé) mais elle ne se limite pas exclusivement à ces deux écrits. Ainsi, par exception, on admet de prouver l'acte juridique par d'autres types d'écrits, dits ordinaires qui rendent simplement la preuve de l'acte juridique vraisemblable (par ex. la preuve par télécopie).

La loi du 13 mars 2000 a exercé une influence certaine tant sur les conditions d'admission de l'écrit que sur son admissibilité en tant que preuve littérale.

A- Conditions d'admission de l'écrit en vue de preuve

Quelle que soit sa forme, un écrit est admissible en preuve si son origine est précise et s'il est préconstitué.

1. L'origine de l'écrit

Pour qu'un écrit puisse servir de preuve d'un acte juridique, il doit avoir pour origine la personne à laquelle on l'oppose et dont on veut prouver la manifestation de volonté. Cependant, pour satisfaire à cette exigence, il n'est pas nécessaire que l'écrit soit l'œuvre matérielle de cette personne puisqu'il sera attribué à l'auteur intellectuel. Quant à la manifestation de sa volonté, l'idéal est que l'écrit la prouve de manière directe et complète sinon il faudra apporter d'autres moyens de preuve. Certains écrits rendent l'acte juridique seulement vraisemblable et prouvent de manière indirecte et incomplète la manifestation de la volonté.

Lorsque l'origine de l'écrit est assurée, il faut vérifier que la personne avait réellement eu l'intention de ratifier le contenu de l'acte. Autrement dit, elle doit avoir manifesté une volonté claire et certaine d'adhérer au contenu de l'écrit.

---

[805] J. Devèze, Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, thèse Toulouse, 1980 ; X. Lagarde, Réflexions critiques sur le droit de la preuve, LGDJ 1994 ; sur le rôle des parties dans l'administration de la preuve, Cf., D. Ferrier, La preuve et le contrat, Mélanges Michel Cabrillac, éd. Litec 1999, p. 105 ; P. Catala, Ecriture électronique et actes juridiques, éd. Dalloz & Litec. 2000, p. 91 et s.

La loi du 13 mars 2000 n'ajoute rien sur ce point mais subordonne simplement l'admissibilité de l'écrit électronique en preuve à l'existence d'un lien fiable entre l'écrit et la personne dont il émane (art. 1316-1 du code civil) qui serait assuré par la signature. Ainsi, dans l'article 1316-4 al. 1 du code civil, cette dernière *«… identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».* L'alinéa 2 du même article dispose que lorsque cette signature est électronique *«… elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache… ».*

2. La préconstitution de l'écrit

Tout contrat implique un échange de consentements. La preuve littérale - peu importe laquelle - atteste ultérieurement de cet échange. Son efficacité et sa crédibilité dépendent du moment de son établissement. La meilleure preuve est donc celle écrite préconstituée : l'écrit est rédigé à un moment où il n'existe aucun litige entre les parties. Toutefois, la préconstitution de la preuve écrite ne suppose pas forcément qu'un écrit ait été aménagé spécialement en avance pour la preuve de l'acte mais vise, au contraire, tous les écrits préétablis par les parties, peu importe les motifs de leur établissement : les lettres missives, papiers domestiques et journaux commerciaux…etc.

La préconstitution de l'écrit est même exprimée par la loi. Ainsi, l'article 1341 du code civil impose d'apporter la preuve de l'acte juridique par un acte soit authentique soit sous seing privé lorsque son objet est supérieur à 800 € et interdit de prouver par témoignage contre ceux-ci. L'article 1316-1 du même code subordonne également l'efficacité de l'écrit sous forme électronique en tant que preuve au fait d'être *« établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».* Les termes « établi » puis « conservé » évoquent la préconstitution de la preuve littérale.

Les conditions d'établissement et de conservation sont aussi exigées pour la validité de l'acte juridique *ad validitatem* : le nouvel article 1108-1 du code civil (art. 25 LCEN) impose que cet acte soit *« établi et conservé sous forme électronique dans les conditions*

prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317 ».

Toutefois, une différence notable existe entre la conservation de l'acte sous seing privé (*ad validitatem* ou *ad probationem*) sous forme électronique et celle sur support papier. En effet, l'article L. 134-2 du code de la consommation (art. 27, LCEN) prévoit que *« lorsque le contrat est conclu par voie électronique qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande »*.

Dans le même sens, le nouvel article 1369-1, 4° du code civil impose au contractant professionnel de préciser, dès la formulation de l'offre, les modalités d'archivage ainsi que les conditions d'accès au contrat archivé. Ces deux textes illustrent bien la particularité de l'acte sous seing privé électronique : alors que la conservation de ce dernier sur papier incombe aux deux parties, dont chacune doit posséder un original, la conservation de l'écrit électronique incombe exclusivement au professionnel.

La notion de préconstitution évoque le contenu de l'écrit. Trois catégories d'écrits doivent être distinguées : les actes authentiques , sous seing privés et les copies. Tous les trois ont pour seul objectif de conserver la preuve de la manifestation de volonté en reproduisant l'acte juridique. Même l'écrit qui ne constate pas cet échange de manière parfaite et directe peut, néanmoins, constituer une preuve relative si l'origine de celui-ci est certaine.

La loi du 13 mars 2000 présente à cet égard un double intérêt : elle permet, d'une part, d'établir les actes authentiques et sous seing privés sous forme électronique admissibles en justice au même titre que l'écrit sur support papier et, d'autre part, ces derniers peuvent quand même servir de commencement de preuve par écrit quand ils ne sont pas valides. Ils ne prouvent pas la réalité complète et directe de l'acte juridique mais le rendent tout au moins vraisemblable.

B - Les écrits admissibles en preuve

Les écrits admissibles en preuve de l'acte juridique sont les actes authentiques, sous seing privés et les autres écrits. Si les deux premiers sont toujours admissibles en preuve,

les autres ne le sont qu'à certaines conditions. La loi du 13 mars 2000 a modifié sensiblement le concept des uns et des autres.

1. Les actes authentiques

La loi exige quelque fois la rédaction d'un acte authentique tant pour la preuve de l'acte juridique que pour la validité de celui-ci[806] et ceci afin de protéger l'une des parties. Sa validité est subordonnée au respect de certaines formalités dont la signature de l'officier public est déterminante[807].

La loi du 13 mars 2000 ne contredit pas cette règle, mais elle permet aujourd'hui de pouvoir inscrire l'acte authentique sous forme électronique en vue de preuve d'un acte juridique, si certaines conditions sont remplies[808]. En effet, elle ajoute un second alinéa à l'article 1317 du code civil, par lequel elle énonce que l'acte authentique *« peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat »*. Cette disposition a été introduite lors du débat sur le projet de loi devant le sénat alors que ni le projet initial ni le groupe de travail ne prévoyaient une telle possibilité. Le garde des Sceaux avait, à cette époque, précisé que la mise en œuvre de ce principe nécessitera un examen technique approfondi, pour éviter que la forme électronique ne remette en cause les garanties particulières offertes par l'acte authentique.

---

[806] L'article 1108-1 du code civil, issu de l'article 25 de la LCEN n'évoque que les écrits authentique et sous seing privé nécessaires à la validité de l'acte.

[807] J. Flour, Sur une notion nouvelle de l'authenticité, Defrénois 1972, p. 977 et s ; Sont des officiers publics, les personnes qui ont le pouvoir d'authentifier des actes dans l'exercice de leurs fonctions : le préfet, le sous-préfet, le maire et ses adjoints, le greffier d'un tribunal, l'huissier de justice, le notaire, le commissaire-priseur, l'officier de police judiciaire.

[808] E. Joly-Passant, Vers quelle réception de l'acte authentique sur support électronique, Lamy droit des affaires, janv. 2005, chron., n° 4877, p. 25 ; E. Joly-Passant, Vers quelle réception de l'acte authentique sur support électronique? , Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sept. 2004, n° 172, p. 24 ; J-D. Mathias, L'authenticité électronique, petites affiches, 2 avril 2001, n° 65. p. 25 ; La directive européenne sur la signature électronique exclut de son domaine les actes authentiques sous forme électronique : considérant n° 17.

D'ailleurs, la possibilité de conférer l'authenticité à un acte par voie électronique - tant pour la preuve de l'acte juridique que pour sa validité - a suscité une importante polémique au sein de la doctrine[809].

Au delà de ces divergences doctrinales, la mise en œuvre effective de l'acte authentique sous forme électronique dépend de l'adoption d'un décret en Conseil d'Etat qui, à ce jour, n'a toujours pas été publié. Ce dernier fixera les conditions dans lesquelles l'acte authentique sera établi et conservé.

Pendant ce temps, les auteurs s'interrogent déjà sur l'opportunité de la reconnaissance législative de l'acte authentique sous forme électronique. En effet, ils se demandent si l'authenticité électronique modifie le concept classique de l'authenticité. La qualité d'officier public du témoin privilégié à l'acte impliquant une très forte présomption de véracité ainsi que la présence physique des parties continueront-elles à s'imposer dans l'univers numérique ? Si oui, l'acte authentique ne pourra pas être conclu en ligne à moins que la philosophie même de l'acte authentique soit modifiée[810] en admettant alors qu'il puisse être passé entre des parties éloignées, chacune assistée par son notaire. Si non, le devoir de conseil de l'officier public perd tout son sens !

La réponse à ces questions impose, au préalable, d'identifier les caractéristiques de l'acte authentique - traditionnellement conçu sur support papier - et voir ensuite si les conditions de son établissement et de sa conservation peuvent éventuellement être dressées sous forme électronique sans pour autant dénaturer la notion d'authenticité.

Mme Passant[811] précise que les caractéristiques essentielles de l'acte authentique se résument dans la notion de « recevoir » de l'acte instrumentaire. Ce terme suggère le

---

[809] Cette modification a divisé la doctrine en deux camps ; certains auteurs étaient contre la possibilité d'établir un acte authentique sous forme électronique car son établissement en l'absence de la présence physique du notaire affaiblit considérablement la force de celui-ci et fait perdre l'essence même de l'authenticité puisqu'il n'y aura techniquement pas de différence entre un acte authentique établi à distance et un acte sous seing privé. Voir, Grynbaum, *«la loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve au prix de la chute de l'acte authentique »*, Communication-Commerce Electronique, avril 2000, chron. p.14 ; d'autres auteurs étaient pour la modification. Ils voyaient en effet, que l'authenticité électronique garde bien la notion traditionnelle de l'authenticité, puisque la loi lie l'authenticité à la signature. La présence d'un notaire pour chacune des parties ne remet pas en cause l'acte authentique, mais au contraire, pour des raisons de commodité, il permet à des parties éloignées d'établir des actes authentiques car c'est là l'intérêt de l'électronique. Voir, Raynouard, Le droit de l'écrit électronique, Petites affiches, 2 avril 2001, n° 65. p.22 ; P. Catala, Le formalisme et les nouvelles technologies, Rép. Defrénois 2000, article 37210, n° 22.

[810] J. Devèze, La forme du contrat électronique, précité, p. 63 et 64.

[811] E. Joly-Passant, précité.

cumul de trois opérations qui ont auparavant été dégagées par M. Flour. Ces dernières participent ensemble à la puissance et à la véracité de l'acte authentique :

- l'accueil des parties par l'officier public impliquant leur présence physique a pour objectif de garantir avec certitude l'identité des comparants et vérifier leur capacité à agir pour éviter d'éventuelles fraudes.
- le recueil des consentements des comparants et leur signature : l'officier public les identifie et certifie surtout la qualité de leur consentement et de leur adhésion au contenu de l'acte instrumentaire.
- la signature de l'officier public est le signe de son témoignage privilégié qui confère à l'acte son authenticité et sa présomption de véracité jusqu'à l'inscription de faux.

Ces trois opérations se distinguent par le rôle qu'elles jouent dans le processus d'authentification[812]. Alors que, les deux premières sont destinées à mettre en scène les comparants et à leur faire prendre conscience de la gravité et de la portée de leur engagement, la dernière est simplement la marque extérieure attachée à l'acte instrumentaire par laquelle l'officier public atteste de son rôle actif dans le processus d'authentification ainsi que de la véracité des deux premières opérations.

C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle l'article 1316-4 du code civil énonce que quand la signature est *« apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte »*. Cette interprétation évite la contradiction avec les dispositions de l'article 1317 du même code qui stipule que l'acte authentique est celui qui est reçu par l'officier public. Autrement dit, l'authenticité de l'acte n'est pas uniquement, comme laisse sous entendre l'article 1316-4 du code civil, le résultat de l'apposition de la signature de l'officier public mais il faut également que l'acte instrumentaire soit reçu par l'officier public (article 1317 du code civil). Ces deux éléments sont alors distincts l'un de l'autre même s'il y a une unité de temps et d'espace au moment de leur accomplissement.

Cela contredit, en partie, la position de Mme Passant sur le fait que seules les deux premières opérations (accueil des parties et recueil de leur consentement) constitue la notion de « recevoir » alors que la signature de l'officier public reste extérieure à celle-ci. La signature de l'officier public n'intervient qu'à posteriori pour attester que l'acte a bien été reçu par lui et témoigner de la véracité du contenu de l'acte instrumentaire. C'est en ce

sens qu'il faut - à notre avis - interpréter les dispositions de l'article 1316-4 du code civil en disposant que la signature de l'officier public confère l'authenticité à l'acte.

Mais, en réalité, ni l'une ni l'autre de ces interprétations ne change rien au fond puisque la présence physique des parties et de l'officier public demeure nécessaire. Comme l'a souligné M. Raynouard, *« l'intervention du notaire n'est pas uniquement une garantie matérielle du contenu de l'acte et du consentement manifesté par les parties ; le notaire a un rôle fondamental de conseil, son intervention entraînant un surplus de réflexion et assurant une prise de conscience de l'acte conclu »*[813]. L'authenticité d'un acte - peu importe le support - reste, au sens de l'alinéa 1er de l'article 1317 du code civil, l'œuvre exclusive de l'officier public. Mais comment faut-il alors appréhender la notion de réception dans l'univers numérique ? Peut-elle s'effectuer à distance et par voie électronique sans dénaturation ?

Pour répondre à ces questions, la doctrine avance deux interprétations[814] de deux alinéas de l'article 1317 du code civil : l'une restrictive, l'autre extensive. Selon la première, l'adjectif « électronique » s'attache exclusivement au support de l'acte. Ce qui laisse intacte la notion de réception décrite à l'alinéa 1er. Selon la deuxième, l'alinéa 2e modifie implicitement le sens de l'alinéa 1er. L'acte authentique sous forme électronique est celui qui est reçu par l'officier public par le biais de l'électronique.

On reproche à la première interprétation d'être confuse du fait qu'elle limite le débat au support de l'acte : s'agit-il là d'un simple moyen de traitement de texte ou au contraire d'un moyen d'échange d'informations à distance ?

Quant à la deuxième interprétation, elle s'attaque au fond du problème puisqu'elle appréhende l'électronique en tant que moyen d'échange d'informations à distance en temps réel et indépendamment de toute présence physique. Cependant, on lui reproche d'être destructrice de la notion de réception de l'acte authentique par l'officier public du fait que l'unité de temps et de lieu n'est plus acquise.

---

[812] E. Joly-Passant, précité, n° 21 et s.
[813] Rep. défrénois 2000, art. 37174.
[814] Voir, pour l'ensemble et les références, E. Joly-Passant, précité, n° 30 et s.

Pour respecter cette notion, on a avancé l'idée d'un acte reçu par un officier public à chaque bout de la chaîne[815]. Lorsque l'authenticité s'opère électroniquement entre des parties éloignées l'une de l'autre, chacune choisit un officier public qui attestera de son identité, remplira son devoir de conseil et témoignera de la manifestation de la volonté de cette partie. Il y aura donc deux officiers publics et deux signatures.

Ce système permet de respecter la notion classique de l'authenticité avec les conséquences juridiques qui s'y attachent tout en permettant l'établissement de l'acte authentique à distance. Il est d'ailleurs conforté par le fait que les articles 1317 et 1341 du code civil emploient le terme d'« officiers publics » au pluriel. Ce qui n'exclut apparemment pas l'idée de la présence de plusieurs officiers publics.

Pourtant, une telle interprétation comporte néanmoins un risque considérable. Car si on accepte l'idée de la présence d'un officier public à chaque bout de la chaîne, pourquoi pas élargir la notion de réception de l'acte authentique au delà de l'électronique, à la voie postale par exemple ? D'ailleurs, la modernité impose d'assouplir la procédure de l'authenticité sans pour autant porter atteinte aux garanties particulières de l'acte authentique. Comme souligne M. Caprioli[816] : *« l'acte authentique n'est pas déchu, mais il subira une mutation d'ordre technique et d'ordre juridique (…) cependant, les solennités devront prendre concrètement des contours différents de ceux qui président aux actes authentiques papier, pour que s'instaure un nouveau formalisme juridique ».*

Cet assouplissement est confirmé par la LCEN qui autorise désormais d'établir les actes authentiques sous forme électronique alors que leur rédaction est imposée à titre de validité (art. 1108-1 du code civil). De plus, il est indispensable de reconnaître l'authenticité sur support dématérialisé car la définition de preuve littérale, consacrée indépendamment du support, respecte la hiérarchie probatoire établie entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé.

[815] A. Raynouard, Le droit de l'écrit électronique , Petites Affiches, 2 avril 2001, n° 65 p. 15 ; J. Devèze, La forme du contrat électronique, précité.

2. Les actes sous seing privé

La loi du 13 mars 2000 prévoit que l'écrit électronique soit admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier[817] sous réserve qu'il puisse dûment identifier la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

L'admissibilité de l'écrit électronique suppose également d'observer des conditions générales de validité de l'acte sous seing privé, surtout dans le domaine de l'article 1341 du code civil qui impose la rédaction d'un acte sous seing privé pour prouver un litige dont l'objet a une somme ou une valeur supérieure à 800 €. Cette disposition n'est toutefois pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger par un accord expresse ou tacite.

La rédaction d'un tel acte est aussi imposée en vue de preuve pour les actes conclus entre un particulier et un commerçant lorsque l'objet de l'acte atteint une valeur de 800 €. La preuve écrite sous forme électronique prouve l'existence et le contenu de cet acte dit mixte. Dans ce rapport mixte, le particulier - non commerçant - peut apporter la preuve contre le commerçant par les modes de preuve du droit commercial, donc par tout moyen, alors que le commerçant ne peut le faire que selon les règles fixées en droit civil. En revanche, entre commerçants, la preuve est libre (art. L. 110-3 du code du commerce) car même quand l'écrit est imposé, ils peuvent toujours apporter la preuve par d'autres moyens.

Toutefois, le nouvel article L. 134-2 du code de la consommation précité pose un problème car il oblige le *« contractant professionnel »* à conserver l'écrit constatant le contrat conclu par voie électronique quand le montant dépasse une certaine somme fixée par décret et à garantir *« à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande »*.

Est-ce que cette exigence est réservée au consommateur seul ou s'étend-elle à tout cocontractant et donc même aux professionnels ? L'insertion du texte dans le code de la consommation penche en faveur du consommateur alors que ses termes, « contractant professionnel » et « son cocontractant », reflètent plutôt l'inverse. Dans ce dernier cas, ces

---

[816] Ecrit et preuve électroniques, précité, n° 12.

[817] L'article 1326 a été modifié afin de permettre de faire la preuve par un écrit sous forme électronique, en remplaçant les mots « de sa main » par «par lui-même».

nouvelles dispositions auraient dû être insérées dans le code civil et non dans le code de la consommation[818].

Au demeurant, la force de l'écrit sous seing privé réside dans la signature des parties. Lorsque cet écrit est électronique, le lien fiable entre lui et la personne à laquelle il s'attache passe par la signature électronique (articles 1316-1 et 1316-3 du code civil). L'originalité de l'écrit sous seing privé découle donc exclusivement de la notion de signature électronique.

A défaut d'un écrit authentique ou sous seing privé, la loi autorise à titre exceptionnel d'apporter la preuve de l'acte par d'autres types d'écrit.

3. Les autres écrits

Lorsque l'écrit est obligatoire et que les parties n'ont pas aménagé la preuve de l'acte par un acte authentique ou sous seing privé valable, la loi les autorise exceptionnellement à le prouver par d'autres moyens : lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347) ; lorsque l'une des parties est dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique[819] (art. 1348 alinéa 1er) et enfin lorsque l'original a disparu et qu'il existe une copie fidèle et durable (art. 1348 alinéa 2e).

- <u>Commencement de preuve par écrit</u>

L'écrit, tel qu'il est défini à l'article 1316 du code civil, ne s'applique pas lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. Pour qu'un écrit ordinaire soit considéré comme tel, il doit répondre à trois conditions à la fois :

- il doit d'abord exister : une simple lettre faisant allusion à un contrat. Il a été jugé, avant la loi du 13 mars 2000, qu'un document dressé par courrier électronique, même signé,

[818] En ce sens : D. Fenouillet, Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine, Revue des Contrats (RDC), oct. 2004, chron., B, p. 965.

[819] Ph. Malinvaud, L'impossibilité de la preuve écrite, JCP 1972, I, 2468 ; un exemple de l'impossibilité matérielle de se procurer une preuve littérale, un contrat conclu par téléphone. Quant à l'impossibilité morale de se procurer une preuve écrite, par ex. l'existence d'une coutume professionnelle de tenir compte de la parole, afin d'éviter la méfiance et la suspicion. Egalement dans les rapports entre époux…

n'était pas considéré comme preuve en l'absence de tout commencement de preuve par écrit[820] ;

- il doit ensuite émaner de la partie à laquelle on l'oppose et non de celle qui prévaut [821];
- l'écrit doit enfin rendre vraisemblable le fait allégué[822].

Le commencement de preuve par écrit ne peut, à lui seul, prouver les faits allégués et doit donc être complété par d'autres éléments de preuve tels que témoignages, présomptions et pièces complémentaires[823] qui prouvent que la personne était tout à fait consciente de la nature et de la portée de son obligation. Les règles le concernant conservent tout leur intérêt même après l'adoption de la loi du 13 mars 2000 qui confère désormais à l'écrit électronique une valeur probatoire similaire à l'écrit sur support papier.

En effet, lorsque l'écrit sous forme électronique (authentique ou sous seing privé) n'est pas valide, il ne perd pas pour autant toute sa valeur juridique en tant que preuve mais seulement celle en tant que preuve absolue (c'est-à-dire une preuve qui permet, à lui seul, de reproduire directement et complètement la manifestation de la volonté). Il peut quand même servir en tant que preuve relative, c'est-à-dire comme commencement de preuve par écrit qui ne prouve pas la réalité directe et complète de l'accord de volontés mais rend ce dernier au moins vraisemblable.

Cette règle s'applique indifféremment à l'écrit électronique sous seing privé ou à l'acte authentique. Cependant, lorsque l'acte authentique n'est pas valide en tant que tel (ex : défauts de forme tels que l'absence de la signature de l'officier public ou la datation de l'acte), il aura, selon l'article 1318 du code civil, la force de l'écrit sous seing privé s'il a été signé par les parties sinon il ne vaudra que comme commencement de preuve par écrit. En revanche, l'écrit électronique sous seing privé non valide tombe directement en commencement de preuve par écrit.

---

[820] CA Limoges, Ch. 1re civ., sect., 18 mars 1999 : Gaz. Pal. 2000, I, somm. p. 323, note A. Cousin. Dans une affaire semblable, la cour de cassation a refusé la preuve par télécopies : Civ. 1re, 28 mars 2000, Juris-Data n° 001225 ; Contrats, Conc. Consom., juill. 2000, comm. n. 107, note L. Leveneur ; Voir également, J.-M. Moulin, Preuve du cautionnement par télécopie, Revue de Droit bancaire et financier, n° 1, janv./févr. 2001, analyses, p. 32. Avant la loi du 13 mars 2000 : CA Caen, 2 avril 1992, arrêt n° 319 : la photocopie dont l'original n'a pas été contesté : la reconnaissance des dettes peut valoir de commencement de preuve de l'existence d'un contrat de prêt : Voir, J. Huet, La valeur juridique de la télécopie ou du fax comparée à celle du télex : D. 1992, chron., p. 33 ; Routier, De la valeur juridique du fax : Petites Affiches, 5 févr. 1992, n° 16, p. 26 ; Lautrette, Télex, télécopie, télégramme : valeur juridique et force probante : Petites Affiches, 10 mai 1996, n° 57, p. 5 ; J.-M. Hocquard, Télécopie et preuve, Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 24.

[821] Civ., 1re, 11 avril 1995 : B Civ., I, n°175.

[822] Civ. 1re, 18 juillet 1995 : B. civ., I, n° 323.

[823] Com. 10 janv. 1995, JCP 1995, II, 22397, 1006, note Billiau.

- Copie fidèle et durable

Une exception à la règle de preuve par écrit est lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original. Dans ce cas, la loi l'autorise à présenter à la place une copie qui doit à la fois être fidèle et durable. La recevabilité de cette copie est subordonnée à la réunion de trois conditions à savoir : l'original n'a pas été conservé ; la copie doit être fidèle à l'original ; et durable, c'est-à-dire que le support soit irréversiblement modifié.

Cette distinction entre original et copie pose un vrai problème dans l'univers numérique tout simplement parce qu'elle n'existe pas dans le domaine de l'écrit électronique[824]. L'importance d'une telle différenciation réside dans le fait qu' un original - souvent un acte sous seing privé - est une preuve absolue alors que la copie n'est qu'une preuve relative dont la valeur juridique relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Par conséquent, l'écrit électronique sera toujours considéré comme une preuve absolue : ce qui lui donne un avantage sur l'écrit sur support papier.

Les notions d'original et de copie doivent être interprétées à la lumière de l'article 1325 du code civil. Ce dernier - non modifié par la loi du 13 mars 2000 - impose plusieurs originaux. Est-ce à dire que cette formalité est abandonnée pour l'acte sous seing privé électronique ? Le tiers certificateur jouera-t-il le rôle de mandataire commun des parties dépositaires de l'original qui, selon la jurisprudence[825], les dispense de la formalité de multiples originaux ? Faut-il que la jurisprudence aménage de nouveaux critères propres à l'écrit électronique pour distinguer l'original de la copie ?

Aucune réponse n'existe à ce jour et il nous faut donc appliquer les règles dégagées par la jurisprudence, en la matière, en ce sens que l'acte qui ne satisfait pas à l'article 1325 peut prévaloir de commencement de preuve par écrit[826].

C- La convention sur la preuve.

L'article 1316-2 du code civil dispose que : *« lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties , le juge règle les conflits de*

[824] Linant de Bellefonds et Holande, Pratique du droit de l'informatique, 4e éd., Delmas 1998, p. 289 et s ; J. Devèze, La forme du contrat électronique, précité, p. 64.
[825] Civ. 1re, 27 déc. 1962, Bull. civ. I, n° 564 ; Civ. 3e, 5 mars 1980, Bull. civ. III, n° 52.
[826] Civ. 29 janv. 1965, Bull. civ. I, n° 35 ; Aix, 12 janv. 1965: JCP 1965, II, 14312, note, Deghilage.

preuve littérale en déterminant par tous les moyens, le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ». Les conventions sur la preuve sont désormais valides[827]. Auparavant, la doctrine et la jurisprudence[828] reconnaissaient déjà aux parties la possibilité de passer des conventions sur la preuve par dérogation aux règles supplétives contenues dans le code civil dès lors qu'elles ne sont pas d'ordre public[829]. Ainsi, en se basant sur l'article 1134 du code civil qui dispose que *« les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »*, la jurisprudence permet aux parties de s'accorder aussi bien sur l'objet que sur les modalités de preuve.

Toutefois, la validation de la convention sur la preuve par la loi du 13 mars 2000 n'est pas neutre puisque le législateur a voulu, d'une part, affirmer son intention d'éviter l'instauration d'une hiérarchie entre les différents modes de preuves littérales (sur support papier et sur support électronique)[830] et d'autre part, donner une efficacité juridique à certaines conventions sur la preuve qui n'ont pas été expressément reconnues par la jurisprudence intérieure. Cependant, si la loi valide, en principe, la convention sur la preuve, elle reste muette tant sur les conditions de sa validité [831] que sur son contenu et il appartient alors au juge de se prononcer sur ces points.

S'agissant tout d'abord des conditions de la convention sur la preuve : l'intérêt de cette consécration juridique est de permettre aux parties de renoncer à l'avance à la

---

[827] Voir Lamy informatique et réseaux, éd 2001, n° 3111, p. 1733 ; Lucas de Leyssac , Les conventions sur la preuve en matière informatique, *in Informatique et droit de la preuve*, Editions des Parques 1987, p. 143 et s. ; Sophie Pennarun, De Gutenberg à Bill Gates…, chron., précité, p. 8.

[828] Req. 17 mai 1909, S. 1910, I, 186, note Bourcart ; Req. 24 mars 1942, D. C. 1942, 64 ; Civ. 1re., 5 nov. 1952, Bull. civ. I, n° 286 ; Civ. 3re, 16 nov. 1977, Bull. civ., III, n° 393 ; CA Montpellier, 9 avril 1987, JCP 1988, II, 20984, note P. Boizard ; Civ. 1er 8 nov. 1989, JCP 1990, II, 21576, obs. G. Virassamy : La cour de cassation, dans cet arrêt crédicas avait admis la validité de convention sur la preuve pour les droits dont les parties ont la libre disposition, elle avait reconnu la validité de la signature par code secret des paiements par carte bancaire : Bull. civ. I, n° 342. La jurisprudence l'a également reconnu pour la preuve par télex, télécopie et téléphone en tant que commencement de preuve par écrit.

[829] Soc. 19 juin 1947, GP 1947, II, 54 ; Une ancienne idée soutenait que la matière de preuve était d'ordre public. La doctrine contemporaine conclut ainsi au caractère d'ordre privé des règles de preuve et notamment valoir qu'il serait paradoxal d'interdire de modifier le régime de la preuve des droits quand les parties peuvent disposer des droits eux-mêmes. Nul ne doutait donc réellement de la licité de ces conventions. En ce sens, Lamberterie, De la validité des conventions de preuve, Cahiers Lamy, août 1990, p. 1.

[830] I. Huet, La réforme du droit de la preuve…précité, p, 229. ; Le législateur sur ce point n'a pas poursuivi la proposition de travail de l'avant projet de loi qui souhaitait établir une hiérarchie des preuves car il prévoyait que l'écrit électronique ne permettait pas de prouver contre et outre un écrit papier. Il précisait aussi qu'il était possible de rapporter la preuve contre un écrit électronique sur le fondement de présomptions graves, précises et concordantes.

preuve écrite ou de convenir de la validité de certains moyens de preuve[832]. Néanmoins, la licité de la convention exige que les parties respectent les règles du fond régissant l'administration de la preuve comme le principe de contradiction et que leur convention ne porte pas atteinte à l'application des dispositions impératives comme, par exemple, la force probante de l'acte authentique . La validité de la convention impose également au juge le respect de certaines règles. Il doit vérifier par tous les moyens la légalité de la convention. La loi lui donne une seule indication, le critère de vraisemblance[833]. Le rôle du juge s'en trouve renforcé puisque la loi le libère de la force probante légale des actes juridiques qui lui sont soumis mais sa liberté est néanmoins relative car le règlement du conflit doit se limiter à des actes juridiques d'une même catégorie. En effet, si le juge détermine, par quelque moyen que ce soit, lequel des deux actes contradictoires de même nature l'emporte, il ne lui serait pas pour autant possible d'arbitrer entre un acte authentique et un acte sous seing privé[834] car l'acte authentique garde toujours une force probante supérieure.

La liberté donnée au juge par l'article 1316-2 du code civil n'a aucune portée puisqu'elle ne fait que rappeler une règle déjà connue à savoir lorsque le juge est confronté à deux écrits contradictoires, il règle le conflit en cherchant la volonté des parties et donc par tous les moyens.

S'agissant ensuite du contenu de cette convention : comment aménager des modalités de preuve littérale sans tomber pour autant dans la réglementation sur les clauses abusives ?

La jurisprudence indique, tout en validant la convention sur la preuve, qu'une convention renversant la charge de la preuve en défaveur du consommateur pourrait être abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation. Donc, lorsque la question se posera au juge, il devra trancher selon sa propre conviction et en vertu des circonstances de l'espèce.

---

[831] Sur ce point, la CCIP, avait proposé qu'il serait opportun que la loi énonce les conditions de validité minimales : absence de déséquilibre entre les parties et la possibilité de rapporter la preuve contraire. Au demeurant, ces conditions résultent de la loi du 1er janvier 1995 sur les clauses abusives et la jurisprudence.

[832] J. Ghestin et G. Goubeaux, Traité de droit civil, Introduction générale, 3e éd. LGDJ 1990, n° 567.

[833] Un auteur avait observé la signification de la notion de vraisemblance ; au minimum, prouver c'est démontrer la vraisemblance d'une allégation et en convaincre le juge. Aucune preuve n'est donc pas rapportée lorsque l'allégation prétendue est invraisemblable. Et si cette vraisemblance résulte d'un procédé de preuve, légal ou conventionnel, il est légitime de la contester, D. Ammar, Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, RTD civ. 1993, p. 752.

[834] Raynouard A., Le droit de l'écrit électronique, Petites Affiches. 2 avril 2001, n° 65 p. 20.

En somme, la loi du 13 mars 2000 a renforcé de toute évidence le rôle du juge notamment en l'absence de convention valable entre les parties. Ce sera finalement à lui de se prononcer, selon la preuve la plus vraisemblable, sur l'éventuel conflit entre les modes de preuve littérale (écrits sous forme électronique et sur support papier) et d'apprécier aussi la validité de la convention sur la preuve conclue entre les parties.

§ 2. La force probante de la preuve littérale électronique

Pour reconnaître la valeur probante de l'écrit sous forme électronique[835], la loi du 13 mars 2000 pose un principe général d'assimilation entre écrit électronique et écrit sur support papier sous réserve toutefois que l'écrit électronique présente certaines qualités[836].

A- Assimilation de l'écrit électronique à l'écrit sur support papier

L'article 1316-3 du code civil dispose solennellement que *« l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier »*. Cette disposition doit être lue en complément de celle énoncée à l'article 1316-1 au terme duquel *« l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité »*. Les deux textes visent à établir une égalité parfaite entre l'écrit sous forme électronique et celui sur support papier.

Cependant, les conditions d'identification et d'intégrité de l'écrit électronique montrent que le législateur français a été inspiré par la jurisprudence intérieure. Ainsi, la chambre commerciale de la cour de cassation a jugé, dans l'arrêt Descamps en 1997, qu'un écrit *« peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que*

---

[835] Le Conseil d'Etat avait précisé la force probante de la manière suivante *« Si le message signé et conservé de façon durable il sera admis en preuve dans des conditions identiques à un écrit original (…) le document devra être admis dans des conditions identiques à un écrit manuscrit. Il ne sera donc assimilé ni à une copie, ni à un simple commencement de preuve par écrit,* documentation française, précité.

[836] M. Huet conteste le principe d'assimilation de l'écrit électronique à celui sur support papier car, *« à proprement parler il ne lui est pas assimilable, sa nature étant profondément différente. L'information portée sur ce support, contrairement à celle posée sur le papier, n'est pas imprimée de manière irréversible et donc elle demeure, quelles que soient les précautions prises ou les techniques utilisées, manipulable d'une manière ou d'une autre par celui qui sait comment y procéder »* : Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique. D 2000, doct. 96.

son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées ».[837] Il s'agissait dans l'espèce d'une télécopie portant sur une cession de créance entre commerçants et dont le contenu n'était pas contesté. En tout cas, certains commentateurs ont déduit que cet arrêt constitue une reconnaissance indirecte de l'écrit électronique même dans sa force probatoire. Ainsi les professeurs Catala et Gautier rappellent que *« […] ce qui compte, ce n'est ni le support physique, ni le mode de communication des volontés ; c'est la certitude que l'écrit émane bien de celui auquel il pourrait être opposé, en d'autres termes, que ni son origine, ni son contenu n'ont été falsifiés ».*[838]

L'efficacité de l'écrit électronique en tant que preuve littérale parfaite est désormais subordonnée à la réunion respective des conditions d'identification et d'intégrité. Ces dernières se présentent alors comme les garanties techniques de l'écrit électronique qui doivent rester inchangées tout au long de la vie de ce dernier pour qu'il puisse être reconnu comme tel. La mise en œuvre de ces conditions repose sur la notion de signature électronique qui *« consiste en l'usage d'une procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».* L'efficacité de l'écrit électronique dépend finalement de la notion de signature électronique.

- <u>conservation de l'écrit électronique dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité</u>

Le terme d'« intégrité » est confus[839] : concerne-t-il celle du contenu (il s'agit alors de l'immutabilité de l'écrit) ou celle de son support (c'est-à-dire son inaltérabilité) ou encore les deux [840] ?

---

[837] Cass. com., 2 déc. 1997, JCP G, 1998, II, n° 10097, note Grynbaum ; JCP E., 1998, note Bonneau ; D. 1998, juris., p. 192, note Martin.

[838] L'audace technologique à la cour de cassation: vers une libération de la preuve contractuelle : JCP 1998, n° 29, p. 1110.

[839] T. Petit-Coudol propose quant à lui de définir l'intégrité comme en technique, l'intégrité qualifie l'état d'un objet qui n'a pas été modifié, intentionnellement ou non, par rapport à un état intérieur, Bulletin d'actualité, Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux, n. 119. nov. 1999, p. 14 ; M. Terré conteste même le texte au fond, il insiste qu'il était plus judicieux pour le législateur de prévoir la garantie de la fiabilité, plutôt que l'intégrité de l'écrit qui n'en est qu'une des composantes, avec l'identification de la personne et la validité de la signature. Il manifeste son regret que la loi n'a pas prévu des règles applicables en cas de contestation de l'écrit électronique, Introduction générale au droit, 5e éd Dalloz 2000, p. 580.

Il semble signifier que l'établissement et la conservation de l'écrit électronique doivent être réalisés dans des conditions qui permettent de s'assurer qu'un document n'a pas été altéré ou modifié en cours de traitement[841]. Autrement dit, lorsque l'écrit se présente sous forme papier, le contenu est matériellement lié au support et sa fiabilité est vérifiée du moment que le support n'est pas altéré. En revanche, pour l'écrit électronique, ce n'est pas la durabilité du support qui doit être assurée mais la conservation du contenu, peu importe qu'il ait changé de support[842]. On comprend alors pourquoi le législateur conditionne la force probante de l'écrit électronique à sa conservation dans des conditions de nature « à en garantir l'intégrité »[843].

Dans la pratique, les parties recourent souvent au cryptage puis à l'archivage pour assurer cette intégrité. La LCEN définit à son article 29 alinéa 1er le moyen de cryptologie comme étant *« tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète. Ces moyens de cryptologie ont principalement pour objet de garantir la sécurité du stockage ou de la transmission de données, en permettant d'assurer leur confidentialité, leur authentification ou le contrôle de leur intégrité».*

- Identification de l'auteur dont émane l'écrit électronique :

Le terme « identification » désigne la garantie qui permet d'attribuer l'écrit à son auteur. Toutefois, la condition d'identification est, d'un point du vue juridique, mal placée dans le texte (article 1316-1 du code civil)[844]. En effet, la loi exige que l'écrit électronique doit pouvoir identifier la personne dont il émane pour être admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier.

---

[840] Voir F. Schwrer, Réflexions sur la preuve et la signature dans le commerce électronique. Contrats-Concurrence-consommation, déc. 2000. p. 5 ; I. Lamberterie, Preuve et signature : Les initiatives du droit français, Chiers Lamy, mars 2000, p. 10.

[841] S. Martin et A.Tessalonikos, La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et la loi française du 13 mars 2000. Gaz. Pal. 19 et 20 juillet 2000. p. 8.

[842] E. Caprioli, Ecrit et preuve électroniques, précité p. 8 et 9.

[843] L. GAMET: L'écrit électronique et le droit de la preuve, R.R.J. 2001-2, Vol I p. 545.

[844] J. Devèze, « La forme du contrat électronique ». Travaux de l'association Henri Capitant ; Journées nationales, Tome V, organisé à Toulouse 2000, éd. Panthéon Assas, p. 61.

Nous savons, par ailleurs, que l'identification d'une personne ne s'opère pas par l'écriture mais au contraire par l'apposition de sa signature : l'auteur matériel d'un écrit n'a souvent aucune importance (celui-ci pourrait être un notaire, un simple représentant ou un intermédiaire) puisque l'écrit sera attribué à l'auteur intellectuel qui appose sa signature.

L'imprécision dans la rédaction du texte est alors évidente même si nous ne pouvons pas soutenir qu'elle résulte d'une simple erreur ou d'une maladresse car le législateur était tout à fait conscient que l'identification s'opère par la signature puisque l'une de ses fonctions est justement l'identification de la personne qui l'appose (art.1316-4). Comment alors concilier les dispositions de ces deux articles dont la coexistence est délibérément voulue ?

A notre avis, le législateur a voulu affirmer que l'écrit électronique doit être signé pour avoir la même valeur probatoire que l'écrit sur support papier. C'est cette signature qui permet effectivement d'identifier la personne qui l'appose puisque la loi évoque l'exigence d'un écrit pré - « établi » et « conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». L'une et l'autre de ces conditions visent bien évidement la preuve préconstituée et donc signée pour prévaloir comme telle.

Pourtant, rien n'est sûr car l'article 1326 a été modifié pour permettre d'apporter la preuve par voie électronique. Ainsi, l'expression « de sa main » a été remplacée par les mots « par lui-même ». On peut alors se demander comment prouver, en cas de contestation de cet écrit sous seing privé, que le souscripteur de l'obligation a rédigé lui-même l'écrit à l'ordinateur ? Une telle présomption n'est pas concevable puisque une telle affirmation porterait atteinte au principe de l'équivalence fonctionnelle des deux écrits !

B - La valeur probatoire stricto sensu de la preuve électronique

La définition de la preuve littérale ou par écrit donnée par l'article 1316 du code civil n'a pas d'influence, à proprement parler, sur la force probante de l'écrit quelque soit sa forme. En revanche, la valeur probatoire de l'écrit électronique découle directement de son assimilation à celui sur support papier. Cette assimilation n'est qu'un principe qui permet de traiter l'écrit électronique de manière identique trait par trait à l'écrit sur support

papier. Autrement dit, la force probatoire de l'écrit quelle qu'en soit sa forme dépend finalement de sa qualification et de son appartenance à une catégorie juridique.

1. L'acte authentique

Selon le principe de l'assimilation, l'acte authentique sous forme électronique a une force probatoire identique à celui sur support papier. Il est revêtu d'une force probante particulière et fait foi jusqu'à l'inscription de faux[845]. Par conséquent, sa contestation ne pourra s'effectuer que selon des procédures spécifiques prévues aux articles 303 et s. du code de procédure civile.

Le principe d'assimilation s'impose également en présence d'un acte authentique invalide dont les conditions formelles de validité n'ont pas été respectées : il équivaut à un acte sous seing privé s'il est signé par les parties[846] ; sinon à un écrit ordinaire.

2. Acte sous seing privé

L'acte sous seing privé est de force moindre et peut être contesté par celui à qui on attribue cet acte. Sa contestation impose de poursuivre des procédures dites de vérification d'écriture (art. 287 et s). Lorsque l'acte sous seing privé est reconnu par celui à qui on l'oppose, il a entre les parties la même foi qu'un acte authentique. Il n'a une date certaine vis à vis des tiers que dans trois cas[847] : s'il a été enregistré ; si l'un des signataires est décédé et s'il est visé par un acte authentique. L'écrit sous seing privé sous forme électronique ne présente jusque là aucune particularité car la loi du 13 mars 2000 passe sous silence ce point. Ce qui a provoqué un certain regret chez une partie de la doctrine qui voyait la nécessité de traiter cette question afin de préserver les droits des tiers[848].

---

[845] La force probante particulière ne s'attache qu'aux mentions que l'officier public a pu directement constater. Seules ces mentions font foi jusqu'à inscription du faux. L'acte authentique est encore assorti d'une force exécutoire.

[846] C. civ., art 1328.

[847] Voir Favenne-Héry, La date certaine des actes sous seing privé, RTD civ. 1992, p. 1 ; S. Mercoli, Incertitude sur la date des actes sous seing privé, De l'écrit sur support papier à l'écrit électronique, JCP N&I, 12 janv. 2001, inform. Prof., n° 2, p. 44.

[848] S. Mercoli, Incertitude sur la date des actes sous seing privé, De l'écrit sur support papier à l'écrit électronique, JCP N&I, 12 janv. 2001, inform. n° 2, p. 44.

Si le principe d'assimilation permet de reconnaître la force probante d'un écrit sous seing privé indépendamment de son support, nous allons voir que cette méthode est peu réaliste d'un point du vue technique et juridique puisque le support jouera parfois un rôle primordial sur la valeur probatoire de l'acte sous seing privé.

En effet, l'acte sous seing privé sur support papier ne présente aucune garantie quant à l'écriture et à la signature. En conséquence, il ne peut servir de preuve que s'il est reconnu par celui auquel on l'oppose ou vérifié par le juge selon les principes résultant de l'article 1322 du code civil. En poursuivant la même logique, la conclusion sera la même pour l'acte sous seing privé électronique. C'est précisément sur ce point que l'assimilation totale des deux écrits est contestable.

Ainsi, l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception contenant un écrit sous seing privé sur support papier ne prouve que la date à laquelle cette lettre a été envoyée et l'adresse du destinataire. A l'inverse, il ne prouve en aucun cas le contenu de la lettre à savoir s'il s'agissait d'une feuille blanche ou d'un véritable écrit sous seing privé. Il est alors évident que cet acte ne peut servir de preuve que s'il n'est pas contesté par celui à qui on l'oppose.

Il en va pas de même pour l'écrit électronique. Le recommandé électronique employé aujourd'hui à grande échelle par les services de la poste (la LCEN n'y fait aucune allusion) permet non seulement d'identifier le destinataire du message électronique sous seing privé et la date à laquelle il a été envoyé mais surtout d'apporter la preuve de son contenu. En ce sens que, la contestation de ce dernier devient difficile voire impossible. Sa force probante s'en trouve alors renforcée par rapport au recommandé traditionnel. En conséquence, la valeur probatoire du message écrit sous seing privé ne dépend plus - dans cette hypothèse - de la reconnaissance ou de la contestation de la partie à laquelle on l'oppose mais découle de la fiabilité du support qui permet d'assurer l'identification et l'intégrité du contenu du message.

En tout cas, le principe d'assimilation ne permet pas de différencier les deux formes d'écrits qui appartiennent à la même catégorie juridique. En conséquence, la règle consacrée par l'article 1322 du code civil s'applique aux écrits sous seing privés sous forme électronique ou sur papier.

En somme, on ne peut reconnaître l'écrit électronique sans reconnaître en même temps la signature électronique. Si dans un écrit sous seing privé, la signature des parties est un élément essentiel à sa validité, « l'exigence d'un manuscrit est inconciliable avec l'échange de messages électroniques » [849].

[849] P. Catala, Ecriture électronique et actes juridiques, Mélanges Cabrillac, Dalloz et Litec, 2000, p. 91, spéc. n° 8.

Chapitre II : La Signature électronique

Selon une jurisprudence constante, l'acte sous seing privé doit être signé pour avoir une force probante sans quoi il n'équivaut qu'à un commencement de preuve par écrit[850]. Si la signature restait subordonnée à l'apposition d'une trace de la main, la reconnaissance juridique de l'écrit électronique comme moyen de preuve aurait été privée de toute valeur[851]. Le législateur français a donc fait preuve de prudence en reconnaissant légalement la signature électronique au même titre que celle manuscrite **(Section I)** sous réserve toutefois que cette signature réponde à certaines conditions juridiques et techniques garantissant sa fiabilité **(Section II)**.

Section I : La reconnaissance juridique de la signature électronique

La loi du 13 mars 2000 apporte, pour la première fois en France, une définition générale et fonctionnelle de la signature[852] **(§1)**. Ce qui permet d'englober aussi bien la signature manuscrite qu'électronique. Cette même loi donne ensuite une définition spéciale de la signature électronique **(§2)**.

§1. Définition générale de la signature selon une approche fonctionnelle

L'article 1316-4 alinéa 1er dispose que *« la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte ».*

Il en résulte donc que la signature apposée sur un acte authentique ou sous seing privé aura une valeur juridique indépendamment de sa forme car elle dépend uniquement de

---

[850] Selon la formule retenue par la jurisprudence, l'acte vaut comme acte sous seing privé dès lors qu'il a été signé par la partie à qui on l'appose et qu'il est invoqué par la partie à qui il a été remis : Voir notamment, Civ. 1er, 30 avril 1970, BC, I, n° 141, p. 115 ; Com, 27 févr. 1978, BC, IV, n° 75, p. 61 ; Sur la signature, voir D. Lemetehe, *« Réflexions sur la signature »* Gaz. Pal. 1976, I, doct. 74.

[851] P. Leclercq, *« Propositions d'évolution législative sur les signatures électroniques» Revue du droit de l'informatique et des télécoms, n° 3, 1er janv. 1998, p. 19.*

[852] Certains textes ont donné des indices, ainsi, l'article 970 du code civil exige par exemple, une signature manuscrite pour le testament olographe ; L'article 2 de la loi du 22 décembre 1972 retient une même exigence à propos du démarchage et de la vente à domicile.

la capacité de la signature à identifier son émetteur et attester son consentement d'adhérer au contenu de l'acte.

Or, ces deux fonctions ont déjà été dégagées par la jurisprudence . Ainsi, il a été jugé qu'une signature apposée sur un document est valable à partir du moment où il n'existe aucun doute sur l'identité du signataire de l'acte et sur sa volonté d'en approuver le contenu[853].

C'est bien la réunion cumulative des deux fonctions de la signature qui est exigée. La jurisprudence considère, en effet, qu'une marque distinctive n'équivaut à une signature que si elle a ce sens dans l'esprit de celui qui l'a tracée. La Cour de cassation a rejeté une signature formée par empreintes digitales, malgré sa valeur sûre d'identification, car sa signification était jugée ambiguë en ce qui concerne l'approbation de l'acte[854].

Avant même l'adoption de la présente loi, la signature électronique était d'ores et déjà admise en droit positif français. Ainsi, dans l'arrêt Credicas précité, la composition d'un code confidentiel pour l'usage d'une carte de paiement constitue bien une signature en matière de contrat d'ouverture de crédit. La Cour d'appel de Montpellier a retenu la même solution à propos d'un litige d'une valeur inférieure à cinq milles francs[855]. Ce sont, néanmoins, que des solutions partielles concernant des affaires précises où les magistrats avaient la libre appréciation des preuves : le mode de preuve était prévu par une convention où la rédaction d'un acte sous seing privé n'était pas exigée.

Les deux fonctions de la signature désormais imposées par la loi doivent être analysées séparément car chacune a des conséquences juridiques propres.

A- Identification du signataire

Quelle que soit sa forme, la signature est avant tout un élément d'identification de l'officier public lorsqu'il s'agit d'un acte authentique ; de la partie lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé. Par conséquent, l'auteur matériel de l'un ou l'autre de ces actes n'a aucun

---

[853] Civ., 21 juillet 1980 : Gaz. Pal. 1981, I, panor., p. 32. Il a été retenu comme signature : La signature illisible ou même, la seule signature du nom, du surnom ou du pseudonyme de l'auteur dès lors que ce dernier a l'habitude de signer de cette manière dans tous les actes qu'il souscrit.

[854] Civ., 15 mai 1934 : D. 1934, p. 113, note E. P.

[855] Cour d'appel de Montpellier, 9 avril 1987 : RTD civ. 1988, obs. J. Mestre ; JCP G 1988, II, 20984, note Boizard ; Civ. 1er, 8 nov. 1989 : JCP G 1990, II, n° 21576.

effet sur leur valeur juridique qui, elle, découle de leur signature. La contradiction est alors flagrande entre cette fonction de la signature et les dispositions de l'article 1316-1 du code civil qui exigent pour reconnaître la valeur juridique de l'écrit électronique en tant que preuve littérale, de pouvoir dûment identifier la personne dont il émane[856].

B- Manifestation de la volonté du signataire de ratifier le contenu de l'acte

Cette deuxième fonction de la signature est nécessaire mais engendre néanmoins un risque évident. En effet, l'intérêt d'imposer une telle exigence est de permettre d'exclure toute signature qui n'a pas de rapport avec un engagement juridique même si elle identifie son émetteur : la signature d'un sportif ou d'un artiste par exemple.

Il semble, toutefois, que l'intention du législateur dépasse cette simple remarque car il évoque implicitement les éléments constitutifs de la signature. Rappelons-nous de la définition de la signature consacrée par l'article 1316-4 alinéa 1er du code civil : « l*a signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties…* ». On peut effectivement remarquer qu'à aucun moment le procédé de la signature (élément matériel) n'a été précisé, ce qui voudrait dire :

D'une part, que le législateur tout en gardant sa neutralité sur ce point, laisse - au moins sous-entendre - au juge le soin de le fixer sauf pour la signature électronique instaurée par l'article 1316-4 alinéa 2 du même code. A ce sujet, la jurisprudence intérieure garde tout son intérêt en adoptant des procédés de signature très variés, admis à condition qu'ils puissent identifier le signataire. Exemples : la signature par le nom patronymique, tout signe distinctif tel que les empreintes digitales, croix ou autres exceptés les sceaux. Les signatures illisibles sont également admises si elles sont habituelles, celles à l'aide d'un tiers ou d'une machine à condition que la substitution ne soit pas totale et qu'il reste au moins quelques marques personnelles comme l'emploi d'une carte bancaire avec entrée du code secret.

D'autre part, le législateur ne s'est intéressé qu'aux fonctions exclusives de la signature qui sont d'identifier son émetteur et l'adhésion de celui-ci au contenu de l'acte. Cette dernière fonction évoque bien l'élément intellectuel de la signature. Il faut donc distinguer entre vouloir signer et vouloir créer l'acte, *animus signandi et* a*nimus*

[856] Voir Supra p. 304 et s.

contrahendi. Le législateur, en évoquant la perfection de l'acte, a, à notre avis, voulu cumuler ces deux éléments pour en déduire la manifestation de la volonté du signataire d'adhérer aux obligations qui découlent de cet acte.

Quant aux termes *« la signature est nécessaire à la perfection d'un acte »,* ils donnent lieu à deux interprétations :

- la première concerne le moment d'apposition de la signature. Cette dernière ne peut être antérieure à l'acte lui-même. Dans ce cas, l'exigence de perfection de l'acte vient confirmer la jurisprudence intérieure[857] selon laquelle *« la signature, qui est la marque de l'approbation personnelle et définitive par le testateur du contenu de l'acte et de la volonté de s'en approprier les termes, ne peut être antérieure au texte lui-même ».*

- quant à la deuxième : seul un acte authentique ou sous seing privé signé aura une valeur juridique en tant que tel. A défaut d'une telle signature, aucune garantie légale en preuve ne lui est reconnu et demeure, par conséquent, soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond. Cette interprétation n'est qu'un simple rappel des solutions classiques en matière de preuve de l'acte juridique.

La fonction selon laquelle la signature manifeste le consentement du signataire de ratifier le contenu de l'acte comporte un risque. Faut-il alors l'interpréter de manière restrictive pour donner simplement une efficacité juridique à l'acte signé ou s'agit-il, au contraire, d'une règle générale devant être interprétée dans le cadre de la théorie générale des obligations ? La doctrine est divisée sur ce point.

Certains auteurs adoptent une interprétation large de cette fonction en soutenant qu'elle apporte un changement radical par rapport au principe de consensualisme qui dominait alors le droit français. En ce sens que, l'obligation ne découle désormais plus de l'accord de volontés lui-même mais de l'instrumentaire signé. Ils affirment, de plus, que lorsque la loi confère une présomption de fiabilité à certaines signatures électroniques - dont la preuve contraire serait difficile voire impossible à apporter - le législateur français, tout en cherchant la sécurité juridique, condamne indirectement la supériorité de la volonté réelle sur la volonté déclarée[858].

---

[857] Civ. 1re, 18 déc. 1984.

[858] Voir notamment M. Zoia, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, 1e partie, précité, p. 17.

D'autres auteurs adoptent la position inverse et essaient de relativiser la portée de cette exigence légale. En effet, la majorité de la doctrine évoque la maladresse rédactionnelle du texte qui provoque un mal-entendu. Ainsi, M. Raynouard remarque à juste titre que la loi veut simplement affirmer que le consentement manifesté par le signataire porte sur les opérations qui sont constatées par l'acte signé[859]. M. Petit-Coudol va dans le même sens et affirme à propos du projet de loi que l'exigence d'une volonté de la part du signataire d'*« adhérer au contenu de l'acte signé, c'est établir un lien intellectuel entre la signature et le contenu du document : le signataire accepte d'être lié par les dispositions de cet acte. La signature exprime la volonté d'adhérer à ce qui a été signé et de se l'approprier »*[860].

Cette deuxième position nous semble être la plus pertinente car le domaine de la loi du 13 mars 2000 est, comme l'ont affirmé les parlementaires[861] et le groupe d'universitaires[862], exclusivement réservé au droit de la preuve. La LCEN, tout en traitant la question de l'écrit *ad validitatem*, n'a, à aucun moment, touché à la théorie des vices de consentement, ce qui rend toute interprétation extensive des dispositions de l'article 1316-4 alinéa 1er du code civil inconcevable.

De plus, la combinaison des dispositions prévues par les articles 1316-4 alinéa 1er (évoquant la perfection de l'acte) et 1316-1 du code civil convergent vers l'interprétation restrictive puisque l'acte est signé, établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Lorsque ces dernières sont remplies, l'acte sous seing privé ou authentique permet de prouver directement et de manière complète l'accord de volontés alors que la volonté de chaque partie était préexistante à l'acte signé. L'instrumentaire n'a donc aucun effet sur l'échange de consentements mais permet uniquement d'en apporter la preuve. C'est dans ce sens qu'il faut interpréter la formule : la signature *« manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte »*.

En somme, la valeur juridique du document signé dépend de la capacité de la signature à identifier le signataire et à prouver le consentement de ce dernier au contenu.

[859] A. Raynouard, précité, n° 12.
[860] Précité, p. 283.
[861] Rapp. C. Jolibois : Doc. Sénat., 2 févr. 2000, n. 203, p. 32.

Cette règle s'applique aussi bien à une signature manuscrite qu'électronique. Mais cette dernière n'aura une valeur juridique équivalente à une signature manuscrite que si elle remplit des conditions qui lui sont propres.

§ 2. Définition spéciale de la signature électronique

L'article 1316-4 alinéa 2e, réservé à la signature électronique, énonce que *« lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».*

La validité de la signature électronique dépend de l'existence d'un lien certain entre le contenu de l'acte et la manifestation de la volonté. En effet, si la signature manuscrite confère directement à l'acte son efficacité juridique, parallèlement, celle de la signature électronique est conditionnée à l'existence d'un lien fiable entre la signature et le contenu de l'acte. Cette règle s'applique indifféremment à l'acte authentique ou sous seing privé.

Le terme « identification » évoque la garantie permettant de rattacher la signature à son auteur. Le signataire de l'acte sous seing privé sous forme électronique n'est pas forcément une partie à l'acte. Ainsi, le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 définit le signataire comme étant *« toute personne physique, agissant pour son propre compte ou pour celui de la personne physique ou morale qu'elle représente, qui met en œuvre un dispositif de création de signature électronique »*[863]. En revanche, pour l'acte authentique, c'est l'identification de l'officier public qui l'a signé.

Quant au terme « intégrité », il vise les garanties permettant l'établissement et la conservation du message électronique dans des conditions aptes à le conserver en bon état sans que le support ne soit altéré ou modifié. Ce qui renvoie indirectement à l'archivage. L'intégrité de la signature électronique dépend de l'intégrité du document électronique qui la comporte.

---

[862] Groupe composé de P. Catala, P-Y Gautier, J. Huet, I. de Lamberterie, X. Linant de Bellefonds, A. Lucas, Cl. Lucas de Layssac et M. Vivant.

Lorsque les conditions d'identification et d'intégrité sont réunies, la signature électronique équivaut à une signature manuscrite tant pour l'acte authentique que pour l'acte sous seing privé. Cependant, toutes les signatures électroniques n'ont pas une force équivalente à une signature manuscrite en ce sens que seules celles répondant à un niveau très élevé de sécurité sont concernées.

Section II : La mise en œuvre de la signature électronique

Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, pris pour la mise en application de l'article 1316-4 du code civil, distingue entre deux types de signature électronique **(§1)** dont certaines bénéficieront de la présomption de fiabilité établie à l'article 1316-4 alinéa 2 du code civil **(§2).**

§ 1. Deux types de signature électronique

Le décret du 30 mars 2001 distingue entre signature électronique simple[864] qui consiste en une donnée qui résulte d'un procédé répondant aux prescriptions prévues par l'article 1316-4 du code civil et signature électronique de catégorie particulière dite « sécurisée »[865]. Toutefois, cette dernière, pour être considérée comme telle, doit satisfaire à plusieurs exigences (subjectives) à la fois : être propre au signataire ; être créée par des moyens qui permettent au signataire de les garder sous son contrôle exclusif ; garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable. Le décret précise aussi les étapes et les conditions techniques (objectives) qui s'imposent à la mise en œuvre de la signature électronique sécurisée.

Au sens de l'article 2 du décret, elle doit être établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique[866], c'est-à-dire, un matériel ou un logiciel destiné à

---

[863] Article 1er, 3 du décret.
[864] Décret, article 1er, 1. Elle correspond à la signature électronique simple de la directive européenne du 19 déc. 1999, article 2, 1.
[865] Décret article 1er, 2. Elle est équivalente à la signature électronique avancée de la directive, article 2, 2.
[866] Ce dispositif est défini par le décret à l'article 1er, 6 comme étant *« un dispositif de création de signature électronique qui satisfait aux exigences définies au I, de l'article 3 du décret. Ce dispositif doit être garanti par des moyens techniques et des procédures appropriés. Les données de création de signature électronique : ne peuvent être établies plus d'une fois et leur confidentialité est assurée ; ne peuvent être trouvées par déduction et la signature électronique est protégée contre toute falsification ; protégées contre l'utilisation*

mettre en application les données de création de signature électronique. La vérification de cette signature[867] doit reposer sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié[868] délivré par un prestataire de certification accrédité.

L'objectif de cette distinction est d'établir une présomption simple de fiabilité uniquement en faveur de la signature électronique sécurisée. Par conséquent, le décret lui attribue une valeur juridique équivalente à une signature manuscrite. Cette dichotomie de traitement se justifie par la lourdeur et la complexité des exigences techniques assurant un très haut niveau de sécurité à la signature électronique sécurisée. Ces exigences ne permettant pas seulement d'identifier avec certitude le signataire du message mais assurent aussi d'autres fonctions telles que la non répudiation du message signé et la vérification de son intégrité et son authenticité[869]. En revanche, si la signature électronique simple ne bénéficie pas de la présomption de fiabilité, elle doit quand même être recevable en justice et il incombe alors à l'intéressé d'en apporter la preuve.

La Directive européenne du 13 décembre 1999 est toutefois plus claire que le décret au sujet de la valeur juridique des différents types de signature électronique. Dans son article 5-1, elle pose un principe d'assimilation en faveur de la signature électronique « avancée » (équivalente, en droit français, à la signature électronique « sécurisée ») qui est assimilée à une signature manuscrite.

Cette même directive pose un autre principe, celui de non discrimination, selon lequel les signatures électroniques de base (simples) ne doivent pas être refusées pour le motif qu'elles se présentent sous forme électronique[870] ; qu'elles ne reposent pas sur un

---

par les tiers ; n'entraîner aucune altération du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signe »..

[867] Décret, article 1er, 8 et l'article 5.

[868] Pour avoir cette qualification, le certificat doit répondre aux exigences définies à l'article 6, I du décret qui précise son contenu. Il doit également être délivré par un prestataire de certification qui satisfait aux exigences imposées à l'article 6, II du décret ; Sur la responsabilité des prestataires de certification électronique, voir l'article 32 et s. de la LCEN.

[869] C'est la garantie qui assure de connaître l'origine du message.

[870] On trouve des dispositions similaires dans la directive européenne sur le commerce électronique du 8 juin 2000. Elle dispose à l'article 9 que « *Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique*». Des dispositions similaires se trouvent énoncées dans le Rapport du Conseil d'Etat précité lorsqu'il précise *« lorsqu'un document électronique assorti d'une signature électronique fiable est présenté pour établir la preuve d'un acte, il ne saurait être contesté au seul motif qu'il se présente sous forme électronique »*.

certificat qualifié ou qu'elles ne reposent pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire de service accrédité[871].

Sur le plan technique, il semble que seule la signature électronique fondée sur le système de « clés asymétriques » peut répondre aux exigences techniques du décret pour la signature électronique sécurisée[872]. Ce système consiste en l'utilisation de deux clés, créées ensemble et indissociables, dont l'une est privée de « chiffrement » et l'autre publique de « déchiffrement ». Tout texte chiffré par la clé privée ne pourra être déchiffré que par la clé publique[873].

En résumé, les deux types de signature électronique sont recevables en justice. Cependant, la signature électronique sécurisée à la différence de la signature électronique simple, est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire et aura une valeur juridique équivalente à une signature manuscrite.

§ 2. La présomption de fiabilité à l'égard des parties et du juge

La présomption de fiabilité[874] énoncée à l'article 1316-4 du code civil n'est prévue, selon le décret, qu'au profit de la « signature électronique sécurisée » et s'impose à la fois aux parties et au juge[875].

A- La présomption de fiabilité à l'égard des parties

Il s'agit là d'une présomption légalement imposée qui limite le rôle des parties dans l'administration de la preuve de la fiabilité de la signature électronique. Lorsqu'un

---

[871] Voir notamment M. Antoine et D. Gobert *« La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur Internet ? »*, Droit et Nouvelles technologies, 5/10/2000, p. 4 et s.; E. Caprioli, *« La directive européenne n° 1999/93/CE, du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques »*, Gaz. Pal. Doct. Octobre 2000, p. 9 et s.

[872] Voir L. Assaya, La signature électronique cryptographie à clé publique : JCP E 23 janv. 2003, Comm., n° 4, p. 164 et s. pour les différentes techniques de signature électronique, voir A.-F. Fausse, La signature électronique, éd. DUNOD 2001.

[873] Il existe dans la pratique d'autres moyens potentiels d'identification qui ne semblent pas satisfaire à l'exigence du décret, ainsi, l'identification biométrique qui consiste à certifier de l'identité du signataire par une analyse d'un élément propre à la personne (son iris, ses empreintes digitales…) ou encore, l'emploi d'un « mot de passe », plus précisément un système procédant à l'authentification par le biais de cartes à puce, de cartes électroniques…

[874] T. Aballéa, Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ? D. G, 2004, point de vue, n° 31, p. 2235.

document électronique est signé et accompagné d'un certificat qualifié délivré par un prestataire de service accrédité, une présomption simple de fiabilité lui sera attachée jusqu'à preuve du contraire. La charge de la preuve incombe alors à la partie qui en conteste la fiabilité.

En revanche, si le document est signé mais certifié par un prestataire de certification non accrédité, c'est au signataire de prouver que les conditions de fiabilité et de conservation durable du document sont remplies. S'il réussit à apporter cette preuve, il appartient alors à la partie adverse de prouver le contraire.

Cependant, cette règle distributive de la charge de la preuve ne satisfait pas l'ensemble de la doctrine[876]. La difficulté réside dans la possibilité de combiner les articles 1316-4 et 1322 du code civil. Ce dernier dispose que *« l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayants cause, la même foi que l'acte authentique »*. Deux interprétations sont alors possibles.

La première consiste à combiner les dispositions des deux articles selon lesquelles si les conditions de la présomption sont remplies, l'écrit équivaut à un acte sous seing privé. Mais en application de l'article 1322, la partie à laquelle cet acte est opposé, peut en dénier la signature. La charge de la preuve de la vérification judiciaire incombe à celui qui se prévaut de l'acte. Inversement, si les conditions de la présomption ne sont pas réunies, l'acte a pleine force probante si la partie le reconnaît.

La deuxième consiste à évacuer, dans l'univers numérique, l'article 1322 au profit de l'article 1316-4. En effet, si les conditions de la présomption ne sont pas réunies, il appartient à celui qui conteste sa signature de prouver la fraude ou le faux. Dans le cas de la signature électronique sécurisée, le risque pour le débiteur qui conteste l'existence ou la teneur de son engagement, sera d'être toujours contraint à administrer la preuve du faux ou de fraude.

---

[875] Voir E. Caprioli, Ecrit et preuve électroniques, précité, n° 28 et s.: Même auteur, Le juge et la preuve électronique, précité.

B- La présomption de fiabilité et le rôle du juge

Le rôle du juge diffère selon l'existence ou non de la présomption de fiabilité. En effet, si la fiabilité est présumée, le rôle du juge est faible. Il se limite à vérifier si le certificat électronique qualifié a été établi, s'il a été délivré par un prestataire de certification accrédité. Il ne peut en aucun cas contester la preuve signée par lui-même (sauf en cas de conflit de preuves littérales et à défaut d'une convention sur la preuve où il lui appartient de décider laquelle est la plus vraisemblable).

En revanche, lorsque l'autre partie conteste la fiabilité de la signature électronique sécurisée, le rôle du juge se renforce. Il apprécie alors souverainement et objectivement si les preuves apportées par la partie sont suffisamment fortes et concordantes pour dénier la signature de la présomption de fiabilité. Si oui, la fiabilité ne sera plus présumée et il incombe alors à la partie qui prétend rétablir cette présomption de convaincre le juge en apportant la preuve que les conditions de fiabilité et de conservation durable du document signé sont remplies. Le juge tranche alors le litige selon sa propre conviction et les circonstances de l'espèce. Il peut éventuellement ordonner une expertise.

On peut néanmoins se demander si le juge a vraiment le moyen de trancher pour ou contre la présomption de fiabilité. Le juge manque souvent de moyens pour vérifier lui-même les conditions techniques de la présomption - comme d'ailleurs la partie adverse à qui on l'oppose - et surtout les conditions subjectives, ce qui rend finalement la présomption techniquement irréfragable[877]. Le juge peut toujours ordonner une expertise auquel cas il ne peut que se soumettre à l'avis de l'expert, ce qui affaiblit évidemment son rôle!

En conclusion, la reconnaissance juridique de la preuve littérale sous forme électronique a rendu la conclusion des contrats à distance par voie virtuelle plus facile. Elle résulte d'un long chemin d'évolutions et d'adaptations légales et jurisprudentielles des concepts d 'écrit et de signature qui ont finalement débouché sur l'intégration des documents électroniques dans la catégorie des preuves littérales admises en justice selon les prescriptions consacrées par la loi du 13 mars 2000. L'égalité entre ces deux formes rend les actes authentiques ou sous seing privés électroniques admissibles en preuve en

---

[876] Voir notamment J. Devèze « *La forme du contrat électronique* » précité, p. 65.
[877] T. Aballéa, précité, p. 2237.

tant que tels au même titre que ceux sur support papier et auront la même valeur probatoire. Pour éviter l'instauration d'une hiérarchie entre les deux formes d'écrit, la loi valide la convention sur la preuve et confie au juge en l'absence de convention valable de trancher entre les différentes preuves écrites selon le titre le plus vraisemblable.

Néanmoins, les dispositions communautaires et françaises relatives à la signature électronique associée à une présomption de fiabilité sont en partie décevantes dans la mesure où la directive comme le décret débouchent sur un seul système de sécurisation : celui de l'intervention d'un tiers certificateur garant de la fiabilité de la signature ainsi apposée. Or, dans la pratique, d'autres moyens potentiels d'authentification pouvant garantir les données n'ont pas été retenus. Ainsi, l'identification biométrique qui consiste à certifier l'identité du signataire par l'analyse d'un élément propre à la personne humaine (son iris, ses empreintes digitales…) ou encore l'emploi d'un « mot de passe » pour les cartes électroniques et à puce etc.

On est à même de se demander si la loi du 13 mars 2000 qui avait pour objectif principal de faciliter l'engagement virtuel, n'est pas ainsi vidée de sa substance par le décret. En effet, dans la réalité, un tel engagement est rendu plus délicat . C'est pourquoi, on peut tout à fait approuver M. Retornaz lorsqu'il précise : *« il ne fait de doute que, dans le cadre du décret, la signature n'est pas un moyen mais un résultat juridique avec l'obtention d'une « fiabilité légale » et de la présomption associée (…) Elle est obtenue au prix d'un réel alourdissement institutionnel et procédural… »*[878].

Cependant, sous l'influence du droit communautaire et surtout de la directive européenne sur le commerce électronique, un changement radical et majeur en droit français a vu le jour avec la publication de la loi sur la confiance dans l'économie numérique. Cette dernière vient régler le point le plus délicat en matière d'actes juridiques et autorise la souscription d'engagements sous forme électronique dans le domaine où l'écrit est exigé à titre de validité de l'acte juridique. Cette même loi donne le feu vert au Conseil d'Etat pour agir par voie d'ordonnance pour la mise en œuvre de ses dispositions. Un projet de ratification de la présente loi est prévu dans les six mois à compter de la date de publication de la dite ordonnance. Celui-ci pourrait apporter certains assouplissements au niveau des exigences techniques de sécurisation prévues par le décret relatif à la signature électronique. En attendant ce changement, qu'on espère vivement, la

[878] Les « noces » du droit et de la technique… précité, p. 11.

jurisprudence jouera un rôle dans l’adaptation des exigences techniques et juridiques à la vie pratique.

Conclusion

L'éloignement physique séparant le professionnel du consommateur préalablement et au moment de la formation du contrat à distance est un facteur de déséquilibre contractuel qui est dû principalement à l'inégalité de connaissances sur les caractéristiques des produits et services proposés à la vente : si le professionnel les connaît parfaitement, le consommateur n'a qu'une connaissance purement superficielle basée exclusivement sur des descriptions écrites et photographiques. Pour établir l'équilibre contractuel, le législateur a instauré un cadre juridique spécifique pour les contrats de consommation conclus à distance (articles L. 121-16 et suivants du code de la consommation) en prévoyant : d'une part, une obligation spéciale d'information précontractuelle en faveur du consommateur, qui complète à la fois, l'obligation générale de loyauté et de bonne foi du droit commun et renforce les règles communes du droit de la consommation. D'autre part, il reconnaît au consommateur un droit de rétractation lui permettant de se dégager unilatéralement pendant un certain délai du contrat auquel il a consenti.

Ce cadre juridique s'est avéré inadapté aux contrats dématérialisés, qui sont d'ailleurs en constante augmentation - notamment sur Internet - et grâce au développement des services financiers à distance. Une technologie même sophistiquée ne suffit pas à établir la confiance dans le commerce électronique, c'est surtout l'aspect juridique qui compte le plus, l'intervention du législateur est alors inéluctable. Celui-ci doit pendre en considération deux objectifs contradictoires : un objectif économique, ce qui impose d'adopter un système relativement souple pour favoriser le commerce électronique ; un objectif juridique de protection de la partie faible au contrat tel le consommateur.

Dans cette perspective, la LCEN a été adoptée et considère dans son article 23 les contrats électroniques conclus avec les consommateurs comme des contrats à distance et donc soumis surtout aux dispositions des articles L. 121-18 et L. 121-19, ce qui coupe également court à l'hésitation doctrinale sur leur qualification : contrats à distance ou démarchage ? La nouvelle loi intervient aussi bien dans la phase précontractuelle que contractuelle.

L'offre à distance - premier élément de l'accord de volontés - doit être ferme et précise. Lorsqu'elle est électronique, son auteur peut en vertu des règles de droit commun limiter selon son gré sa portée en raison du danger dû à l'internationalité du réseau, même si le droit de la consommation semblerait s'y opposer. Par sa fermeté et sa précision, l'offre en ligne se distingue de la publicité qui se limite simplement à informer les consommateurs de certaines caractéristiques essentielles des biens et services. La réglementation de la publicité varie en fonction de deux intérêts contradictoires : un intérêt économique influant sur les comportements des consommateurs, c'est pourquoi, elle doit être transparente, loyale, informative et en langue française ; un intérêt général de protection de l'ordre et de la santé publics ainsi que de la vie privée, c'est pourquoi la loi interdit qu'elle porte sur certains produits et services et la pratique du *spamming* sans consentement préalable de la personne physique.

Les offres promotionnelles doivent selon la LCEN être identifiables et transparentes. Ces exigences viennent s'ajouter aux règles déjà existantes encadrant la promotion des ventes et la publicité en leur faveur. Or, la jurisprudence sanctionne sévèrement les comportements déloyaux des sociétés de vente par correspondance et à distance qui profitent de la faiblesse du consommateur et crée quand-même un sentiment d'insécurité du fait de la diversité de bases juridiques de la sanction surtout civile.

Lorsque l'offre à distance vise le consommateur, le code de la consommation et la LCEN imposent la teneur d'informations précontractuelles à fournir ainsi que leur communication et leur consultation, le tout a pour but de permettre au consommateur de s'engager en toute connaissance de cause. Si la nature juridique de l'obligation d'information reste controversée, leur valeur juridique est impérative et leur non respect peut donner lieu à des sanctions tant pénales que civiles.

Quant à l'acceptation - deuxième élément de l'accord de volontés - la LCEN consacre le système de double clic pour la conclusion des contrats électroniques, ce qui permet à la fois d'empêcher que le client ne se trouve malgré lui engagé alors qu'il consultait simplement un catalogue en ligne et permet au cyberconsommateur de prendre le temps de la réflexion pour donner un consentement éclairé. De multiples questions demeurent soumises au droit commun comme : le moment de la formation du contrat électronique, l'incident du droit de rétractation sur celui-ci, le rôle de l'accusé de réception,

la valeur d'un engagement souscrit par la machine ou par un tiers. D'autre questions telles que l'opposabilité des conditions et la suppression des clauses abusives sont plutôt soumises aux règles du droit de la consommation.

La formation du contrat à distance peut donner lieu à des litiges d'où l'importance des règles de conflits de lois et de juridictions ainsi que la preuve.

En matière de conflit de lois, le lieu de formation du contrat ne sert plus à localiser dans l'espace les contrats conclus à distance. La LCEN localise désormais les contrats dématérialisés selon le lieu de l'exercice effectif de l'activité professionnelle, ce qui évite la fraude à la loi et la délocalisation facile, mais son objectif n'était, semble-t-il, pas la protection du consommateur puisque les règles de rattachement adoptées n'ajoutent rien en pratique à celles déjà existantes qu'il s'agisse de la convention de Rome ou autres car elle délimite la protection dans la limite des engagements internationaux souscrits par la France.

En revanche, en matière de conflits de juridictions, la LCEN passe sous silence. Le législateur a jugé peut-être inopportune une telle intervention, au moins dans l'immédiat, au regard des avancées communautaires satisfaisantes, à savoir :

• la transformation de la convention de Bruxelles en règlement communautaire qui prend désormais en considération le phénomène du commerce électronique, notamment la protection du cyberconsommateur ;

• le recours encouragé aux règlements extrajudiciaires de litiges contractuels en matière de commerce électronique même pour les contrats de consommation ;

• l'élaboration des codes de conduite et d'autodiscipline par commun accord entre organisations professionnelles et associations des consommateurs ;

• la multiplicité des actions transfrontalières des associations agrées de consommateurs conformément à la directive du 19 mai 1998 relative aux actions en cession en matière de protection des intérêts des consommateurs. Si leur objet se limite aujourd'hui à faire cesser les agissements illicites d'un professionnel installé dans un autre Etat membre, on peut espérer, pour l'avenir, la reconnaissance mutuelle des actions collectives conduites par ces associations pour mieux défendre les intérêts des consommateurs (ex. action en réparation des préjudices).

S'agissant en dernier lieu de l'écrit électronique : la loi du 13 mars 2000 reconnaît l'écrit et la signature électroniques à titre probatoire au même titre qu'un écrit sur support papier et valide la convention sur la preuve. Cependant, des problèmes persistent comme la manière d'établir l'acte authentique électronique, le rôle respectif des parties et du juge dans l'administration et l'appréciation de la valeur juridique de la preuve littérale électronique, surtout en ce qui concerne la présomption de fiabilité de la signature électronique.

La LCEN vient achever la reconnaissance de l'écrit électronique en l'élargissant au domaine de l'écrit *ad validitatem* conformément à la directive « commerce électronique » qui impose de lever tous les obstacles et formalismes empêchant la conclusion des contrats électroniques. Un travail considérable est laissé à la charge du Conseil d'Etat qui doit alors modifier certains textes du droit de la consommation imposant un écrit à titre de validité de l'acte juridique, régler la question du recommandé électronique et préciser les procédures d'établissement et de conservation des actes authentiques électroniques, etc. Pour que cette reconnaissance juridique soit une bonne chose et pour que le mécontentement d'une partie de la doctrine au sujet de l'opportunité de la réforme soit fondé, il faut alors démontrer que l'écrit électronique assure au consommateur une protection au moins équivalente à celle de l'écrit sur papier[879]. Ainsi, la reconnaissance de l'écrit électronique *ad validitatem* en matière de crédit à la consommation paraît aux yeux de certains[880] « déraisonnable » puisqu'elle est inconciliable avec la lutte contre le surendettement que le législateur tente de restreindre tant que possible. Seule la pratique peut démontrer le contraire.

Tout en étant pleine d'enseignements, la LCEN peut aussi être critiquée tant sur sa méthode que sur le fond.

S'agissant d'abord de la méthode, La LCEN a créé un droit spécial pour les contrats électroniques au sein du droit des obligations, ce qui menace la sécurité juridique. Ainsi, il existe désormais deux notions d'offre : une générale et une autre qui concerne spécifiquement le commerce électronique. Il est encore regrettable qu'elle consacre dans le code de la consommation des dispositions régissant le rapport du professionnel avec toute

[879] Les paradoxes du formalisme informatif, in mélanges J. Calais-Auloy, p. 597 et s. ; V. Magnier, Les sanctions de formalismes informatifs, JCP G, 2004, I, 106.

personne physique comme l'interdiction de la prospection directe et la transparence de la publicité électronique et jetant, au contraire, des dispositions protectrices des consommateurs dans le code civil comme celles relatives à la conclusion des contrats de consommation par voie électronique et surtout l'interdiction d' y déroger.

S'agissant du fond : tout en prévoyant une obligation d'information et des procédures de la conclusion des contrats électroniques, la LCEN a oublié les sanctions tant pénales que civiles, ce qui est regrettable puisque la sanction surtout pénale est dissuasive et participe grandement au respect des dispositions impératives du droit de la consommation. Si le consommateur dispose d'un droit de rétractation, il peut aussi demander la nullité du contrat ou l'octroi de dommages et intérêts selon les règles du droit commun.

Deux enseignements majeurs peuvent être tirés de la LCEN : d'une part, la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat sont en dualité avec les principes de transparence et d'équilibre contractuels. En effet, si la détermination des éléments contractuels concernait principalement les parties, aujourd'hui, elle est devenue l'affaire du législateur. Ce qui démontre le caractère superficiel entre droit commun des obligations et droits spéciaux car tous participent à établir l'équilibre contractuel : le contrat à distance n'est donc pas un simple instrument de l'échange économique mais aussi un rapport de confiance. Autrement dit, qui dit contrat à distance dit confiance.

D'autre part, elle démontre au travers de la protection des consommateurs l'influence grandissante du droit communautaire sur le droit français des obligations. C'est pourquoi, des voix se soulèvent en faveur d'un code européen des obligations unifié[881]. Par sa richesse, le droit positif français est bien placé pour influencer ce code qui doit assurer une protection optimale des acteurs économiques devenus de plus en plus mobiles tels les consommateurs.

La conclusion à laquelle nous sommes parvenus est que les contrats à distance surtout électroniques échappent de plus en plus à la théorie générale des obligations.

---

[880] D. Fenouillet, précité, p. 318.

Cependant, leur importance économique, la rapidité des échanges sur le réseau, la multiplicité des contrats d'adhésion exigent la reconstruction de cette théorie basée traditionnellement sur le principe de liberté contractuelle et sur la force obligatoire du contrat. La transparence est un signe important de l'équilibre contractuel et devrait alors s'imposer dès la phase précontractuelle jusqu'à l'exécution du contrat. L'adoption de la LCEN n'est qu'un bon début.

[881] L. Grynbaum, Après la loi « économie numérique », pour un européen des obligations …raisonné, D. 2004, doctr. n° 30, p. 2213.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, manuels et traités

Antonmattei (P-H) et Raynard (J), Droit civil, Contrats spéciaux civils et commerciaux, 2e éd. Litec, 2000.

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchal et Billard, 5ème éd. t. II, 1897.

Audit (B), Droit international privé, Economica 1991.

Audit (B), Droit international privé, Economica 3e éd. 2000.

Batiffol (H), Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats, Mélanges Maury, Dalloz-Sirey 1960, t. I.

Batiffol et Lagarde, Les conflits de lois en matière de contrats, Paris, 1938, Traité, t II.

Beauchard (J), Droit de la distribution et de la consommation, éd. PUF 1996.

Bénabent (A), Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 4e éd., 1999.

Bénabent (A), Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 5e éd., 2001.

Bénabent (A), Droit civil, les obligations, Montchrestien, 5e édition 1995.

Bénabent (A), Droit civil, Les obligations, Montchrestien, 9e éd. 2003.

Calais-Auloy (J) et Steinmetz (F), Droit de la consommation, 4e éd. Dalloz 1996.

Calais-Auloy (J) et Steinmetz (F), Droit de la consommation, 5e éd. Dalloz 2000.

Calais-Auloy (J) et. Steinmetz (F), Droit de la consommation, 6e éd. Dalloz 2003.

Carbonnier (J), Droit civil, t. IV : Les obligations, Paris, 21e éd. 1998.

Cas (G) et Ferrier (D), Traité de droit de la consommation, Paris, éd. PUF 1986.

Cornu (G), Droit civil, Introduction. Les personnes, les biens, Paris, éd. Montchrestien, 7ème éd., 1994.

Ferrier (D), Droit de la distribution, 3e éd. Litec 2002.

Flour (J) Aubert (J.-L.) et Savaux (E), Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 9e éd. Armand Colin, 2000.

Flour (J), Aubert (J.-L) et Savaux (E), Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, Armand Colin, 10e éd. 2002.

Flour (J), Aubert (J.-L) et Savaux (E), Droit civil, Les obligations, t. 1, L'acte juridique, Armand Colin, 11e éd. 2004.

Ghestin (J) et Goubeaux (G), Traité de droit civil, Introduction générale, 3e éd. LGDJ 1990.

Ghestin (J), Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation, LGDJ, 3e éd. 1993.

Le Tourneau (Ph), Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2004.

Lucas (A) Deveze (J) et Frayssinet (J), Droit de l'informatique et de l'Internet, Paris, éd. PUF 2001.

Malaurie (Ph.) et Ayès (L), Les obligations, Cujas, 10e éd., 1999-2000.

Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, 7e éd. Montchrestien 2001.

Mayer (P) et Heuzé (V), Droit international privé, 8e éd. Montchrestien 2004.

Mousseron (J), Izorche et Raynard, Technique contractuelle, F. Lefebvre, 2e éd. 1999.

Mousseron (J. M.), Droit de la distribution, 4e Litec 1975, n° 526, p. 411.

Mousseron (J-M), Technique contractuelle, éd. Francis Lefebvre 1998.

Pizzio (J-P), Code de la consommation, Montchrestien 1996, p. 315.

Vogel (L), Traité du droit de la consommation, sous la direction du M. Germain, 18e éd. LGDJ 2001, t. 1, vol. 1.

II. Ouvrages spéciaux

Ayès (L), Formalisme et prévention, éd. Litec 1982.

Beauchard (J), Remarques sur le code de la consommation, écrits en hommage à Gérard CORNU, Droit civil, procédure, Linguistique juridique, éd. PUF 1994.

Bensoussan (A) et Bréban (Y), Les arrêts-tendances de l'Internet, éd. Hermès 2000.

Bensoussan (A), Le marketing direct et le droit, éd. Hermès 1996.

Benssousan (A), Internet, aspects juridiques, éd. Hermès 1996.

Benssoussan (A), Le droit du multimédia, Le commerce électronique, éd. Hermès 1998.

Bertrand (A) et Piette-Coudol (Th), Internet et le droit, éd. PUF 2000, Que sais-je ?

Bochurberg (L), Internet et commerce électronique, 1re éd. Delmas 1999.

Bochurberg (L), Internet et commerce électronique, 2e éd. Delmas 2001.

Breese (P), Guide juridique de l'Internet, Vuibert, éd. 2000.

Bureau (H), Le droit de la consommation transfrontalière, Paris : Litec, Collection Bibliothèque de droit de l'entreprise, 2002.

Camous (E), Règlement non-juridictionnel des litiges de la consommation, contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements des conflits, LGDJ, 2002.

Caprioli (E), Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Litec, 2002.

Castells (M), La Galaxie Internet, Paris, éd. Fayard 2002.

De Chanterac et Fabre (R), Droit de la publicité et de la promotion des ventes, Dalloz, 1986.

Delforge (C), La formation du contrat sous un angle dynamique-Réflexions comparatives, Paris, LGDJ 2002.

Demoulin (M) et Montero (E), La conclusion des contrats par voie électronique, éd. LGDJ, Bruxelles : Bruylant 2002.

Draett (U), Internet et commerce électronique en droit international des affaires, éd. Emile Bruylant 2003.

Droz (G), Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Paris, 1972.

Droz (G), Etude de la convention de Bruxelles, éd. Dalloz 1972.

Emmanuel (W), Krach.com : enquête sur la bulle Internet, Paris, éd. Economica 2002.

Farchy (J), Internet et le droit d'auteur : la culture Napster, Paris, éd. CNRS 2003.

Fausse (A-F), La signature électronique, éd. DUNOD 2001.

Fenouillet (D) et Labarthe (F), Faut-il recodifier le droit de la consommation ? Paris : Economica, 2002.

Feral-schuhl (C), Cyber droit – Le droit à l'épreuve de l'Internet, Paris, 3e éd. Dalloz Dunod 2002.

Féral-Schuhl (Ch), Cyber Droit : Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2e éd. Dunod 2000.

Feralschuhl (Ch), L'Internet et la loi applicable, Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'Internet, 2e éd. Dunod 2000.

Gaudemet-Tallon (H), Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe, 2e éd. LGDJ 1996.

Gaudemet-Tallon (H), Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3e éd. LGDJ 2002.

Gautrais (V), Le contrat électronique international : encadrement juridique, 2e éd. Bruxelles : Bruylant 2002.

Ghestin (J), L'obligation de renseignements en droit français, Rapport français, Paris LGDJ 1987.

Gothot et Holleaux, La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, Paris 1985.

Heuzé, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris, 1992.

Iteanu (O), Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique, éd. Eyrolles1996.

Jarrosson (Ch), La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987.

Lagarde (X), Réflexions critiques sur le droit de la preuve, LGDJ 1994.

Linant de Bellefonds et Holande, Pratique du droit de l'informatique, 4e éd. Delmas 1998.

Pataut (E), Lois de police et ordre juridique communautaire, Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003.

Piette-Coudol (Th) et Bensoussan (A), L'échange de données informatisés et le droit, éd. Hermès 1991.

Prasseur (P), Le formalisme dans la formation des contrats – Approches de droit comparé, éd. LGDJ 2002, p. 406.

Ranouil, L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept, 1980.

Rapp (L), Le courrier électronique (e-mail), Paris, PUF, Collection Que sais je ?, 1998.

Rouhette (G), Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, 1965.

Rouhette (G), La codification du droit des contrats, Droit 1996.

Seriaux (A), L'engagement unilatéral de volonté en droit positif français actuel, Paris, éd. Economica 1999.

Seriaux (A), La notion de contrat synallagmatique, Paris LGDJ 2001.

Serinet (Y-M), Erreur et vice caché : variations sur le même thème, LGDJ 2001.

Thieffry (P), Commerce électronique : Droit international et européen, éd. Droit @ Litec 2002, p. 219.

Verbiest (T), Commerce électronique : le nouveau cadre juridique. Publicité – Contrats – Contentieux, 1re éd. Bruxelles : Larcier, Collection Droit des technologies 2004 ;

Verbiest (T), La protection juridique du cyber-consommateur, Publicité – Contrats - Contentieux, Paris éd. Litec 2003.
.
Verbiest (T), La protection juridique du cyber-consommateur. Publicité – Contrats - Contentieux, Paris Litec 2002.

Verbiest (T), « Spamming par SMS », commerce électronique : le nouveau cadre juridique, Litec 2004.

Weser, Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, Bruxelles, Paris 1975.

Witz (C), L'adaption du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, Paris Litec 1998.

III. Thèses et mémoires

Ancel (M-E), La prestation caractéristique du contrat, thèse Paris, Economica 2002.

Alisse, L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse Paris 1975.

Aubert (J-L), Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, thèse paris, LGDJ 1970.

Aubry (H), L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, Presses universitaires d'Aix Marseille 2002, préface A. Ghozi.

Belloir (S), Théorie générale des contrats spéciaux, thèse Paris II, 2002.

Berlioz (J), Le contrat d'adhésion, thèse LGDJ 1973, préface Goldman (B).

Boyer (Y), L'obligation de renseignements dans la formation des contrats, thèse Aix-Marseille 1977, Aix-en-Provence : PAUM 1978.

Bricks (H), Les clauses abusives, thèse Montpellier, LGDJ 1982, préface Calais-Auloy (J).

Cachard (O), La régulation internationale du marché électronique, thèse Paris II 2001, LGDJ 2002.

Carvais-Rosenblatt (H), L'information-Aspects de droit privé, thèse, Paris X 1991.

Chabas (J), La déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris 1931.

Choley (J-Y), L'offre de contracter et la protection de l'adhérent dans les contrats d'adhésions, thèse Aix 1974.

Cohen, Des contrats par correspondance en droit français, anglais et nord américain, thèse Paris 1921.

Constant (F), Les accords d'EDI : aspects juridiques en matière de commerce, thèse Nice, 1998.

Crosnier (S), Le droit à la vie privée à l'épreuve d'Internet, thèse Paris 2001.

Dauriac (I), La signature, thèse Paris II, 1997.

Delebecque, Les clauses allégeant les obligations, thèse Aix, 1981.

Demba (B-A), La vente internationale de marchandises. Etude de la convention des Nations Unies sur les contrats internationaux de marchandises (Vienne 11 avril 1980), thèse, Lille.

Devèze (J), Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile, thèse Toulouse, 1980.

Durin (M), L'offre de contrat de commerce électronique, thèse Strasbourg III, 2004.

Fabre-Magnan (M), De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie, thèse Paris I, Paris LGDJ 1992.

Fin-Langer (L), L'équilibre contractuel, thèse Orléans, 2000.

Forozadehpoor (A-R), Le rôle de la volonté des parties dans l'arbitrage commercial international, thèse Strasbourg III, 2002.

Girault, Des contrats par correspondance, 1880.

Gode (P), Volonté et manifestations tacites, thèse Lille 1977.

Grillet-Ponton (D), Essai sur le contrat innommé, thèse Lyon, 1982.

Gross (B), La notion d'obligation dans le droit des contrats, thèse Nancy 2002.

Joly-Passant (E), L'écrit confronté aux nouvelles technologies, thèse Montpellier 2004.

Labarthe (F), La notion de document contractuel, th. Paris I, LGDJ 1994, préface J. Ghestin.

Lasbordes (V), Les contrats déséquilibrés, tome I, éd. Université Aix-Marseille 2000, préface, Corinne Saint–Alary Houin..

Limbach (F), Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats, thèse Toulouse 2003, Paris LGDJ 2004.

Littmann (M-J), Le silence et la formation du contrat, thèse Strasbourg, 1969.

Mas (F), La conclusion des contrats du commerce électronique, thèse, Montpellier 2004.

Mayer (H), L'objet du contrat, thèse Bordeaux 1968.

Miklalah (A), La résolution par l'arbitrage électronique des litiges relatifs à l'Internet, thèse Strasbourg III, 2004.

Moreau (N), La formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), DEA, Lille 2, 2003.

Moulin (C), Un site de vente sur Internet : de l'installation à l'exploitation, thèse, d'Aix Marseille, 1999.

Mounkala (J-R), Le commerce électronique : enjeux économique, culturel et spatial, thèse Nice, 2002.

Naimi (M), La formation et l'exécution du contrat électronique, thèse Paris II, 2003.

Noblot (C), La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative, préface F. Labarthe, éd LGDJ 2002.

Ouerdane-Aubert de Vincelles (C), Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, thèse Paris II 2000, préface Lequette (Y), éd. Dalloz 2002.

Pombieilh (D), L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats, thèse Pau, 2002.

Pradel (X), Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité, thèse Paris : LGDJ 2004.

Reigne (Ph), La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français, thèse Paris II, 1993.

Rieg (A), Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg 1958 : Paris LGDJ 1961.

Pzepecki (N), Droit de la consommation et théorie générale du contrat, thèse Strasbourg 1998, PUAM 2002, préf. G. Wiederkehr.

Sauphanor (N), L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, Paris I 1998, préface J. Ghestin, LGDJ 2000.

Savaux (E), La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?, thèse Paris I, 1993 : LGDJ 1997.

Tahita (J-C), La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 et la protection des consommateurs contre les clauses abusives des contrats, thèse Poitiers, 1985.

Valery, Des contrats par correspondance, thèse paris 1895.

Yadini-Naudot (S), Le contrat non négocié, thèse, Nantes, 2000.

IV. Colloques, articles, contributions à une monographie

Aballéa (Th), Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ?, D. 2004, point de vue, p. 2235.

Allix (J), La directive 97/7/CE : contrats à distance et protection des consommateurs, Revue des affaires européennes (R. aff. eur.) 1998, p. 176.

Allix (J), La protection du consommateur en matière de contrats à distance, Revue européenne de droit de la consommation (RED consom.) 1993, n° 2, p. 95.

Altenbourger (F), Les enchères électroniques en droit privé, thèse Paris II, 2004.

Amar (J), Une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?, Contrats Conc. Consom. 2003, chron. 5, p. 7.

Ammar (D), Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, RTD civ. 1993, p. 752.

Antoine (M) et Gobert (D), La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur Internet ?, Droit et Nouvelles technologies, 5/10/2000, p.4

Assaya (L), La signature électronique cryptographie à clé publique, JCP E, 23 janv. 2003, comm. p. 164.

Audit (B), La vente internationale de marchandises, 1990 destinée à remplacer les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la formation des contrats de vente et sur les ventes internationales d'objets mobiliers corporels, RCDIP, 1965, 205.

Autem (D), Quel fondement pour la responsabilité des sociétés de vente par correspondance en matière de loterie avec pré-tirage ?, Contrats, Conc. Consom. 1999, chron. n° 11, p. 4.

Avarro (J-L), La preuve et l'écrit entre la tradition et la modernité, JCP G, 11 déc. 2002, I, doct. 187, p. 2217.

Azancot (L), Formation du contrat, Gaz. Pal., 25 févr. 1993, n° spécial : la vente à distance, p. 209.

Azancot (L), Vente par correspondance-Formation du contrat, Gaz. Pal. 1993, I, doct. 205.

Baillod (R), Le droit de repentir, RTD civ. 1984, p. 227.

Baladine (M), Vente par correspondance, vision du praticien, Gaz. Pal. 24 févr. 1993, n° 55-56.

Barbry (E) et Lebon (H), Les cookies, les logiciels espions et la prospection commerciale par courriers électroniques prochainement réglementés, Gaz. Pal., 20-24 avril 2003, p. 14.

Baresh (D) et Schlechter (R), La directive européenne pour les signatures électroniques, Revue du Marché commun et de l'Union européenne 2000, n° 439, p. 387.

Benabau (V L), Faut-il une harmonisation minimale du droit ?, *in* Actes du colloque de Paris, 19 et 20 nov. 2001, Bruxelles : Bruylant 2002, 177.

Bencheneb (A), Commerce électronique et règlement des litiges contractuels, JCP E 2002, n° 4, p. 33.

Bencheneb (A), L'action en justice du consommateur saisie par le droit européen des conflits de juridiction, *in* Vers un code européen de la consommation, Bruylant 1999, p. 341.

Bensoussan (A), La convention de preuve dans les accords d'inter change, Cahiers Lamy, juillet 1993, E. p. 2.

Bensoussan (A), Signature électronique et preuve : évolution ou révolution, Revue de jurisprudence commerciale (RJC), numéro spécial : le droit des affaires au XXI siècle, janv. 2001, p. 43.

Beraudo (J-P), Le Règlement (CE) du Conseil du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JDI, 4, 2001, p. 1033.

Berlioz (G), Droit de la consommation et droit des contrats, JCP G 1979, I, 2954.

Bernardeau (L), Le droit de rétractation du consommateur, un pas vers une doctrine d'ensemble, JCP G, 2000, doct., I, 218, p. 623.

Bernault (C), Directive commerce électronique-Les communications commerciales sur Internet, Expertise et systèmes d'information 2001, n° 249, p. 220.

Bietrix (A) et Birbes (H), Vente à domicile et protection des consommateurs, Cahiers dr. entrepr. 1973, I, p. 9.

Bihl (L), La vente par correspondance, Gaz. Pal. 1974, I, doct. 533.

Bilon (J-L), La définition du commerce électronique par l'article 14 de LCEN, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, n° 171, p. 21.

Bitan (F), Le site de commerce électronique : approche technique et juridique, Gaz. Pal. 2000, n° 107-109, doct. 17.

Boujeka (A), L'influence du droit commun sur la distinction entre professionnel et consommateur, Petites affiches 2004, n° 168, p. 6.

Bourgeos (C), L'Internet marchand, quel droit, RDIT 1997, n° 4, p. 96.

Bout et alii (R), La revente à perte, Lamy droit économique 2002, p. 507.

Bouteiller (P), La publicité du crédit à la consommation, JCP E, 29 nov. 2004, pratique, 149.

Boutellis (O), L'avenir de la notion d'établissement stable à l'ère de l'entreprise virtuelle-évolution ou révolution ?, Petites affiches, 20 janv. 1999, n° 14, numéro spécial : l'entreprise virtuelle.

Boy (L), Réflexion sur le droit de la régulation, D. 2001, chron. 3031.

Brault (N), Le droit applicable à Internet, Légicom 1996, II, p. 1.

Breban (Y) et Pottier (I), Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques, Gaz. Pal. 1996, I, doct., p. 276 (1re partie).

Breban (Y) et Pottier (I), Sécurité, authentification et dématérialisation de la preuve dans les transactions électroniques, Gaz. Pal. 1996, II, doct. p. 863 (2e partie).

Breban (Y), Depadt (M) et Bensoussan (A), L'Europe à l'heure de la signature électronique, Gaz. Pal., 15 janv. 2000, doct., p. 17 .

Bruguiere (J-M), Le commerce électronique et la protection des consommateurs : J.-Cl. Commercial, 2003, fasc. n° 860.

Brulard (Y) et Fernandez (P), Signature électronique : La réforme aura-t-elle accouché d'une « souris » ?, Petites Affiches, 25 oct. 2001, doct. n° 213, p. 8. (1re partie).

Brulard (Y) et Fernandez (P), Signature électronique : La réforme aura-t-elle accouché d'une « souris » ?, Petites Affiches, 26 oct. 2001, n° 214, p. 4 (2e partie).

Bruneau (C), Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale, JCP G 2001, I, 304.

Brüning (A), Spam – une décision remarquable, Communication Commerce électronique 2000, n° 1, p. 7.

Buigues, Urrutia, Les enjeux pour la concurrence des marchés liés à l'Internet et au commerce électronique, Gaz. Pal. 23 et 24 juin 2000, doct. p. 6.

Buis (G), Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur Internet, Communication Commerce électronique 2000, n° 9, p. 13.

Bureau (D), Remarques sur la codification du droit de la consommation, D. 1994, chron. p. 291.

Burin Des Roziers (A), Economie et commerce électronique, Petites affiches, numéro spécial : Internet, commerce et droit, 2004, n° 27, p. 32.

Bruschi (M), L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur, Rev. Lamy dr. aff., 2002, n° 145, p. 5.

Buyle (J-P) et Poelmans (O), Internet, quelques aspects juridiques, Droit de l'informatique et des télécoms, 1996, II, p. 10.

Cachard (O), La loi sur la confiance dans l'économie numérique : définition du commerce électronique et loi applicable, *in* les journées du Cejem, 3 juin 2003, Communication Commerce électronique, sept. 2004.

Cachard (O), La régulation internationale du marché électronique, LGDJ, 2002. p. 365.

Cachard (O), Le contrat électronique dans la loi confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit civil, sept. 2004, contrat, n° 314, p. 5.

Cachard (O), Le domaine coordonné par la directive sur le commerce électronique et le droit international privé, RD aff. int. 2004, p. 161.

Cachard (O), La définition du commerce électronique et la loi applicable, Communication Commerce électronique, numéro spécial : Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude n° 31, p. 53.

Calais-Auloy (J), Actualité de la protection du consommateur dans l'espace européen, Rapport de synthèse, Droit et patrimoine, oct. 2002, p. 93.

Calais-Auloy (J), Harmonisation du droit de la protection des consommateurs ; quelles voies, quels principes ?, Revue de la concurrence et de la consommation 1999, n° 107, p. 17.

Calais-Auloy (J), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil, RTD civ. 1994, 239.

Caprioli (E) et Prüm (A), Adoption de la directive du 8 juin 2000, Revue de droit bancaire et financier 2000, p. 283.

Caprioli (E) et Sorieul (R), Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, JDI 1997, p. 321.

Caprioli (E), Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, L'expérience du cyber tribunal, Rev. arb. 1999, p. 224.

Caprioli (E), Consentement et systèmes d'information, RRJ (Droit prospectif), 1999, 2, p. 1080.

Caprioli (E), Ecrit et preuve électroniques dans la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, JCP E 2000, n° 2, p. 1.

Caprioli (E), La directive n° 1999/93/CE du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Gaz. Pal. 2000, doct. Oct. 2000, p. 5.

Caprioli (E), La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la perspective européenne, JCP G , 3 mai 2000, I, doct., 224.

Caprioli (E), Traçabilité et droit de la preuve électronique, Droit & Patrimoine, mai 2001, dossier, n° 93, p. 68.

Caprioli (E), La directive européenne n° 1999/93/CE, du 13 déc. 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Gaz. Pal. Doct. Octobre 2000, p. 9 et s.

Carreau (C), Publicité et escroquerie, D. 1996, chron., 257.

Cas (G), Bout (R) et Petit (E), Lamy droit économique, 2001, n° 4649, p. 1660.

Castells (M), La Galaxie Internet, Paris, éd. Fayard 2002.

Catala et Alli, L'introduction de la preuve électronique dans le code civil, par un groupe d'universitaires, JCP G 1999, I, 182, n° 5.

Catala (P) et Gautier (P-Y), L'audace technologique à la cour de cassation : vers une libération de la preuve contractuelle, JCP G 1998, n° 29, p. 1110.

Catala (P), Ecriture électronique et actes juridiques, *in* Mélanges M. Cabrillac, éd. Dalloz & Litec, 2000.

Catala (P), L'écrit électronique et la cohérence du droit, Com. Com. élect., févr. 2001, n° 2.

Catala (P), Le formalisme et les nouvelles technologies, Defrénois2000, numéro spécial : Le formalisme, p. 897.

Cathelineau (A), De la notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive, Contrats Conc. Consom. 1999, chron. n° 13.

Causse (H), De la notion de consommateur, *in* Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis, Litec 1994, p. 21.

Chabas (F), Contrats par correspondance, RTD civ. 1981, 849.

Chamboredon (A), La texture ouverte d'un code européen du droit des contrats, JDI 2001, p. 5.

Charbonneau (C) et Pansier (F-J), La signature électronique, signature sous surveillance, à propos du décret n. 2001-272 du 30 mars 2001, Petites Affiches, 6 avril 2001, n° 69, doct., p. 3 .

Chartier (Y), Preuve testimoniale, Jur.-Cl. Civil Code, art. 1341-1348, Fasc. 154, n° 131.

Chazal (J-P), Le consommateur existe-t-il ?, D. 1997, Chron., p. 260.

Cheffert (J-M), Le commerce électronique : l'autorégulation et asymétrie d'information, Rev. Ubiquité 2002, n° 12, p. 31.

Christianos (V), Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs, D. 1993, chron. p. 28.

Claret (V), Conformité de la loi Toubon au droit communautaire?, Contrats Conc. Consom. 2001, chron. n° 5.

Coblence (J-M) et Sala-Martin (J-Ph), Communication commerciale et publicité sur Internet, Legicom. n°21/22-2000, 1 et 2, p. 57.

Coblence (J-M), Le statut de la publicité dans la LCEN , Communication Commerce électronique, numéro spécial, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude n° 25, p. 28.

Cohen (D) et Ughetto (B), La nouvelle convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises, D. 1986, chron. p. 149.

Cornu (G), Un code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002, 351.

Corpakis (D), Le commerce électronique en Europe : risques, opportunités et tendances, Revue d'Economie Financière 1999, n° 53, p. 153.

Cosnard, La compétence judiciaire en matière contractuelle, Mélanges Hébraud, 1981.

Costes (L), Adaptation par les parlementaires de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mai 2004, n° 169, p. 1.

Costes (L), La délicate question de la détermination du droit applicable aux contrats de commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique 2000, n° 128, p. 21.

Costes (L), La mise en œuvre effective du nouveau dispositif à la signature électronique conditionnée à la parution de différents arrêtés et aux apports attendus de la future loi sur la société de l'information, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mai 2001, n° 136, B, p. 1.

Costes (L), LCEN : les principales modifications adoptées par les députés en seconde lecture, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, févr. 2004, n° 166, p. 1.

Costes (L), Vers un droit du commerce international « sans papier » ?, RD aff. int., 1994, n° 6, p. 735.

Courbe, Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence, Mélanges Colomer, 1992.

Cousin Bensoussan, De la tradition et de la modernité, de la coutume sur Internet, Gaz. Pal. 14 et 15 janv. 2000, p. 13

Couturier (G), Les finalités et les sanctions du formalisme, Defrénois, 2000, numéro spécial : Le formalisme, p. 880.

Crabit (E), L'univers de la directive sur le commerce électronique, *in* L'Internet et le droit, droit français, européen et comparé de l'Internet. Actes du colloque de l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal de l'université de Paris I, 25 et 26 sept. 2000, Collection legipresse 2001, p. 409.

Crabit (E), La politique juridique du marché intérieur dans le domaine de la société de l'information, Petites affiches, 21 févr. 2002, p. 27.

Croze (H) et Bismuth (Y), Le contrat de licence de logiciel, JCP E 1986, I, 14659.

Dahan (F), Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Projet de loi consécutif au Conseil des ministres du 1er sept 1999, Gaz. Pal. 27-29 févr. 2000, doct. P. 4.

Dambly (M.-P), L'interdiction des ventes avec primes depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, Petites affiches, 1er-3 févr. 1989, p. 10.

De Bottini (R), La directive « commerce électronique », Revue du Marché commun et de l'Union européenne 2001, n° 449, p. 370.

De Cordovez (M-L) et Lipovetsky (S), La loi Toubon confrontée aux technologies de l'information, Com. Com. électr. , juin 2002, chron. 16, p. 16.

De Lamberterie (I), De la validité des conventions de preuve, Cahiers Lamy droit de l'informatique, août 1990, F. p.1.

De Lamberterie (I), Preuve et signature : Les initiatives du droit français, Cahier Lamy droit de l'informatique, 2000, p. 10.

Decocq (G) et Lepage (A), Contrats conclus à distance et contrats par voie électronique-réflexions sur les procédures de formation du cyber-contrat de consommation, Communication Commerce électronique 2001, Comm., n° 131, p. 29.

Delbarre (F), La vente avec primes, nouvelles perspectives, Cah. dr. entrepr., 1987, n° 1, p. 26.

Delbarre (F), Vente par correspondance, offre de produits et services, Gaz. Pal. 1993, I, 182.

Delgrange (C), La formation du contrat commercial, D aff. 1999, 962.

Demoulin (M) et Montero (E), La conclusion des contrats par voie électronique, éd. LGDJ, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 693.

Demoulin (M), Information et transparence sur le réseaux, Les Cahiers de CRID, Bruxelles : Bruylant 2001, p. 95.

Demoulin (M), La notion de « support durable » dans les contrats à distance : une contre façon de l'écrit ?, Revue européenne de droit de la consommation 2000, n° 4, p. 361.

Derieux (E), Aperçu de l'avant projet de loi sur la société de l'information, Légipresse, mai 2001, chron. n° 181, p. 58.

Derieux (E), La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et le droit de la communication, JCP G 14 juill. 2004, AR, 349, p. 1305.

Dery (F), Lien hypertexte et publicité : www.journaldunet.com

Devillard (A), Le commerce entre particuliers dans un vide juridique : www.01net.com
Dispositions juridiques de l'accord type européen pour l'EDI, Guide Lamy informatique et réseaux, 2001, n° 4660, p. 754.

Doll (J-P) et Guérin (H), Le démarchage et la vente à domicile, JCP G, 1973, I, 2524.

Droz (?), L'interprétation par la Cour de justice des communautés européennes des règles de compétence en matière de contrat, D. 1977, chron. 287.

Droz (G) et Gaudemet-Tallon (H), La transformation de la convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RCDIP 2001, p. 601.

Du Juglart (M), L'obligation de renseignements dans les contrats, RTD civ. 1945, p. 1.

Du Marais (B), Enjeux juridiques et institutionnels-réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour Internet ?, Cahiers juridiques français, Paris : La documentation française 2000, n° 295, p. 65.

Du Marais (B), L'autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux, *in* Actes du colloque de Paris, 19 et 20 nov. 2001, Bruxelles : Bruylant 2002, p. 293.

Dumeste (M-H), Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, Rev. Conc. Consom. janv. - févr. 1998, n° 101, p. 44.

Dusollier (S) et Rolin Jacquemyns (L), Le défi du droit face au commerce électronique : les initiatives de l'Union européenne, Revue systèmes d'information et management 2000, vol. 5, n° 1.

Endreo (G), L'habitude, D. 1981, chron. p. 313.

Evrat (V), Les ventes aux enchères à l'heure de la « Net économique », Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2000, n° 128, p. 26.

Fabre (R) et. Mainguy (D), Promotion des ventes, Gaz. Pal. 1993, I, numéro spécial : Vente par correspondance, p. 193.

Falaise (M), Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique, Petites affiches 1998, n° 94, p. 4.

Fallon (M) et Meeusen (J), Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, RCDIP juill.-sept. 2002, p. 435.

Fauran (B), Aspects juridiques de la publicité et de l'information des médicaments sur Internet, Gaz. Pal. 24-26 mars 2002, p. 36.

Fauvarque-Cosson (B), Faut-il un Code civil européen ?, RTD civ. 2002, p. 463.

Favenne-Héry, La date certaine des actes sous seing privé, RTD civ. 1992, p. 1.

Fenouillet (D), Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine, Revue des Contrats (RDC), oct. 2004, chron., n° 1, p. 955.

Fenoulhet (T-R), La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ?, Petites affiches, 21 févr. 2002, n° 38, p. 9.

Ferrier (D), La distribution sur Internet, JCP E 2000, n° 2, p. 121.

Ferrier (D), La preuve et le contrat, Mélanges Michel Cabrillac, éd. Litec 1999.

Ferrier (D), Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants, D. 1980, chron. P. 177.

Flour (J), Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in Etudes Georges Ripert, t. I, 1950.

Flour (J), Sur une notion nouvelle de l'authenticité, Defrénois 1972, p. 977.

Flour (Y) et Ghozy (A), Les conventions sur la forme, Defrénois, 2000, numéro spécial : Le formalisme, p. 911.

Fouque (P-A), Les technologies de l'écrit électronique, Petites Affiches, 2 avril 2001, n° 25, p. 8.

Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la Cour de cassation, Rev. arb. 1974, p. 67.

Franck (J), Les ventes à distance en droit européen, directive de 1997 sur les contrats à distance et sa transposition en France, Revue de la concurrence, sept.-oct. 2003, n° 135, p. 12.

Franck (J), Transposition de la directive n° 97-7 relative aux contrats négociés distance par l'ordonnance du 23 août 2001 : une transposition expéditive critiquable, JCP E 2002, n° 3.

Frayssinet (J), La traçabilité des personnes sur Internet, Droit & Patrimoine, mai 2001, dossier, n° 93, p. 77.

Frison-Roche (M-A), Définition du droit de la régulation économique, D. 2004, chron., p. 126.

Frison-Roche (M-A), Le droit de la régulation, Introduction, LGDJ 1998.

Frison-Roche (M-A), Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats, RTD civ., 1995, p. 573.

Gallmeister (I), De la validité de la clause compromissoire contenue dans un acte mixte, Petites affiches, 29 oct. 2004, n° 217, p. 12.

Gallo (G), Les promotions sur la toile, Rev. Conc. Consom., 2002, n° 149.

Gamet (L), L'écrit électronique et le droit de la preuve, R.R.J. 2001-2, Vol I p. 545.

Gamet (L), L'écrit électronique et le droit français de la preuve, Revue de la recherche juridique. Droit perspectif (RRJ) 2001-2, vol I, p. 535.

Gandolfi (V. G.), Pour un code européen des contrats, RTD civ. 1992, p. 707.

Gatsi (J), La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997, D. aff. 1997, n° 42, p. 378.

Gautier (P-Y) et Linant de Bellefonds (X), De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP G, 14 juin 2000, I, 236.

Gautier (P-Y), Du droit applicable dans le « village planétaire », au titre de l'usage immatériel des œuvres, D. 1996, chron. 131.

Gautier (P-Y), Le Bouleversement du droit de la preuve : Vers un mode alternatif de conclusion des conventions, Petites Affiches, 7 févr. 2000, n° 26, p. 4.

Gautier (P-Y), Révolution Internet : le dédoublement de l'écrit juridique, D. 2000, Point du vue, n° 12, p. V.

Gavalda (C), L'information et la protection des consommateurs dans certaines opérations de crédit, D. 1978, chron. 197.

Gavanon (I), La directive « commerce électronique » : continuité ou nouveauté juridique, déc. 2001, chron., n° 28, p. 10.

Gelot (B), Clauses abusives et rédaction des contrats, Incidences de la loi du 1er février 1995, Defrénois 1995, 1re partie, p. 1201 .

Ghestin (J) et Marcheschaux-Van Melle (I), L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi du 1er février 1995, JCP G 1995, I, n° 3854 .

Ghestin (J) et Marcheschaux-Van Melle (I), L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire, REDC consom., 1993, p. 65.

Ghestin (J), L'échange des consentements – Introduction, RJ com., n° spécial : L'échange des consentements, 1995/11, p. 12.

Giaume (C), Le non-professionnel est-il un consommateur ? ou des problèmes de la redondance en droit de la consommation, Petites Affiches, 23 juill. 1990, p. 25.

Gioux (P), Internet et l'emploi de la langue français, RDIT 1998/2, 34.

Gioux (P), La protection de la langue française et l'Internet marchande, Expertises, août-sept. 1997, doct., p. 267.

Graham (J-A), L'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français : www.rechtsinformatik.uni-sb

Gridel (J-P), Sur l'hypothèse d'un code européen des contrats : les propositions de l'Académie des privatistes européens, Gaz. Pal., 21 et 22 févr. 2003, doct. p. 3.

Grimaux (E), La détermination de la date de conclusion du contrat par voie électronique, Com. Commerce électronique, 2004, n° 4, n° 10.

Gross (B), La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation, Mélanges R. Roblot, Paris LGDJ 1984.

Grynbaum (L), La loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve au prix de la chute de l'acte authentique », Communication-Commerce Electronique, avril 2000, chron. p.13.

Grynbaum (L), Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations …raisonné, D. 2004, doc., n° 30, p. 2213.

Grynbaum (L), Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D. 2003, doct., n° 26, p. 1706.

Grynbaum (L), La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, JCP E, 11 oct. 2001, étude, n° 41, p. 1617.

Grynbaum (L), La directive de 2000 sur le commerce électronique et sa transposition en France, Rev. de la concurrence, sept.-oct. 2003, n° 135, p. 15.

Grynbaum (L), La loi « confiance dans l'économie numérique » : une version définitive proche de la version originale de la directive « commerce électronique », Comm. Com. élect. 2004, comm., 28.

Grynbaum (L), La preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique, Com. Commerce électronique, 2000, n° 2, chron., p. 9.

Grynbaum (L), Loi du 13 mars 2000 : la consécration de l'écrit et de la preuve électroniques au prix de la chute de l'acte authentique, Communication-Commerce électronique, n° 4, avril 2000, p. 12.

Grynbaum (L), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : encore un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique fiable, D. 2003, Point de vue, p. 746 et s.

Grynbaum (L), Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique », D. 2002, Le point, p. 378.

Guinier (D), Une signature numérique insatisfaisante est-elle encore une signature ?, Gaz. Pal. 19 avril 2001, doct. p. 14.

Haas (M. E.), l'usurpation d'une dénomination sociale et la règle de nommage dite du « premier arrivé, premier servi », Gaz. Pal. n° 20-21, janv. 1999, p. 25.

Hassler (T), La signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire, RJC 2001, doct. p. 193.

Hocquard (J.-M), Télécopie et preuve, Petites affiches 29 mai 1996, n° 65, p. 24.

Huet (J) et Valmachino (S), Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz. Pal. 9-11 janv. 2000, p. 103.

Huet (J), Aspects juridiques de l'EDI, D. 1991, chron., p. 181.

Huet (J), Encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, JCP G, 17 nov. 2004, doct., I 178, p. 2081.

Huet (J), La compétence judiciaire internationale en matière contractuelle, Trav. com. fr. DIP, 1981-82, 17 .

Huet (J), La directive européenne relative aux clauses abusives, JCP G 1993, actualités, p. 26.

Huet (J), La problématique juridique du commerce électronique, in Le droit des affaires au XXI siècle. RJ .com. 2001, n° spécial. janv. 2001, p. 17 et 28.

Huet (J), La valeur juridique de la télécopie ou du fax comparée celle du télex : D. 1992, chron., p. 33.

Huet (J), Le consentement échangé avec la machine, *in* L'échange des consentements, colloque organisé à Deauville par l'association Droit et commerce, RJ com. 1995 , n° spécial, p. 124.

Huet (J), Le droit applicable dans les réseaux numériques, JDI , 3, 2002, p. 737.

Huet (J), Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, Mélanges J. Calais-Auloy.

Huet (J), Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire, D. 1993, chron. p. 331

Huet (J), Propos armes sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives, JCP E 1994, I, 309.

Huet (J), Rapport introductif, *in* Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, Economica 2002, p. 1.

Huet (J), Vers une consécration de la preuve et de la signature électroniques, D. 2000, chron. 95 et s.

Huet (J), Aspects juridiques du commerce électronique ; Approche internationale, Petites Affiches, 26 sept. 1997, n° 116, p. 6.

Jaccard (M), La conclusion de contrats par ordinaire : aspects juridique de l'Echange de données informatisées (EDI), Berne 1996.

Jalade (M), Les nouvelles dispositions applicables à toute publicité portant sur une opération de crédit à la consommation, Gaz. Pal. 28-29 avril 2004, doct. n° spécial : publicité.

Jarrosson (Ch), La médiation et la conciliation : Essai de présentation, Droit et Patrimoine 1999, p. 36.

Joly-Passant (E), Le décret du 31 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 137, juin 2001, p. 2.

Joly-Passant (E), Vers quelle réception de l'acte authentique sur support électronique, Lamy droit des affaires, janv. 2005, chron., n° 4877, p. 25.

Joly-Passant (E), Vers quelle réception de l'acte authentique sur support électronique? , Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sept. 2004, n° 172, p. 24.

Julia-Bardero (R), Montero (E) et Salaun (A), La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies, *in* Bruylant, Commerce électronique, le temps des incertitudes, Bruxelles 2000.

Kallel (S), Arbitrage et commerce électronique, Rev. dr. aff. intern. (RDAI), 2001, n° 1, p. 2001.

Karimi (A), L'application du droit commun en matière de clauses abusives, JCP G, 1996, I, n° 3918.

Kaufmann-Kohler (G), Internet : mondialisation de la communication- mondialisation de la résolution des litiges ? *in* Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique, Pays-Bas, Kluwer Law International 1999, p. 89.

Kerninon, Réforme de la Commission, Rev. Conc. Consom., 1993, n° 76.

Krings (E), Réflexions au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel, Revue du droit international et du droit comparé, 1978, 78.

Kronke (H), Applicable Law in Torts in Cyberespace, *in* Internet : Quel tribunal décide? Quel droit s'applique, 65.

Lagarde (P), Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 , RCDIP 1991, 287.

Lagarde (X), Observations critiques sur la renaissance du formalisme, JCP G 1999, I, 170 .

Lagarde (X), Prévenir le surendettement des particuliers, JCP 2002, I, 163.

Lagarde (X), Réflexions critiques sur le droit de la preuve, LGDJ 1994.

Lagarde (Y), Finalités et principes du droit de la preuve, JCP G, 27 avril. 2005, doct., n° 133, p. 771.

Lamberterie (I), Preuve et signature : Les initiatives du droit français, Chiers Lamy, mars 2000, p. 10.

Larrieu (J), Les nouveaux moyens de preuve : Pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ?, Contribution à l'étude des notions d'écriture et de signature, Cahiers Lamy droit de l'informatique, n° 1988, H, p. 8 (1re partie)

Larrieu (J), Les nouveaux moyens de preuve : Pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ?, Contribution à l'étude des notions d'écriture et de signature, Cahiers Lamy droit de l'informatique, déc. 1988, I, p. 26 (2e partie).

Lassale (B), Les pourparlers, RRJ 1994/3, p. 828.

Lautrette, Télex, télécopie, télégramme : valeur juridique et force probante : Petites Affiches, 10 mai 1996, n° 57, p. 5.

Lavorel, Le consentement en matière de commerce électronique, Expertises déc. 2000, p. 379.

Le Doujet-Thomas (F), L'ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs à distance : un erreur de perspective ?, Contrats Conc. Consom. 2002, chron. 10, p. 4.

Le Royer (A. M.), L'épreuve d'Internet, *in* faut-il recodifier le droit de la consommation ? Paris, Economica 2002, 167.

Le Tourneau (Ph), De l'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D. 1987, chron. 101.

Le Tourneau (Ph), Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels, JCP 1982, I, 3078.

Leclercq (P), Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge, Com. Commerce électronique, 2000, chron. n° 9.

Leclercq (P), Propositions d'évolution législative sur les signatures électroniques, Revue du droit de l'informatique et des télécoms, 1er janv. 1998, n° 3, p. 19.

Leclerq (P), Le commerce électronique immatériel, Communication-commerce électronique, 2000, chron. n° 3, p. 10.

Ledieux (M-A), Et si le licence de logiciel était une location ?, Communication Commerce électronique 2003, chron. 27, p. 12.

Legrand (P), Sens et non-sens d'un code civil européen, RID comp. 1996, 779.

Lemetehe (D), Réflexions sur la signature, Gaz. Pal. 1976, I, doct. 74.

Lequette (Y), Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar, D. 2002, 2202.

Leveneur (L), Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives, Contrats Conc. Consom., avril 1996, chron., p. 1.

Leveneur (L), La liberté contractuelle en droit privé, AJDA 1998, p. 676.

Leveneur (L), Vente entre professionnels et clause limitative de responsabilité, Contrats, Conc. Consom. 1994, chron. 3.

Liger (M), La notion de non-professionnel ou consommateur, Revue de la concurrence et de la consommation 1999, n° 107, p. 19.

Linant de Bellefonds (X), De la LSI à la LCEN, Commun. Comm. élect., n° spécial : Loi pour la confiance dans l'économie numérique, 2004, étude, n° 22, p. 9.

Loiseau (G), nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, chron., p. 245.

Lolivier (M) et Parros (A), Pays d'origine et commerce électronique, Défense des intérêts des entreprises et des consommateurs, Gaz. Pal. 17 et 18 nov. 1999, p. 4.

Lorentz (F), Le commerce et Internet, Petites affiches 1999, n° 224, p. 17.

Luby (M), La notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance…, Contrats Conc. Consom. 2000, chron. 1, p. 4.

Luby (M), Sommes-nous tous des consommateurs ?, Droit et Patrimoine, oct. 2002, p. 44.

Lucas de Leyssac, Les conventions sur la preuve en matière informatique, *in* Informatique et droit de la preuve, Editions des Parques 1987, p. 143.

MacKaay (E), Le marché du logiciel-licence ou vente ?, Les Cahiers de propriété intellectuelle 1994, vol. 6, p. 401.

Magnier (V), Les sanctions du formalisme informatif, JCP 2004, I, 106.

Maincon-Vitrac (G), EDI et régime de la preuve, Expertises 1996, n° 193, p. 144.

Maincon-Vitrac (G), EDI et régime de la preuve, Expertises 1996, p. 144.

Mainguy (D), L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD civ. 2004, p.1.

Malaurie (Ph), Le code civil européen des obligations et contrats. Une question toujours ouverte, JCP 2002, I, 110.

Malinvaud (Ph), Réponse - hors délai – à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, D. 2002, chron., 2542.

Malinvaud (Ph.), De l'erreur sur la substance, D. 1972, chron. 2145.

Malinvaud (Ph.), Droit de repentir et la théorie générale des obligations, Milan 1994.

Malinvaud (Ph.), L'impossibilité de la preuve écrite, JCP 1972, I, 2468.

Malinvaud (Ph.), La protection des consommateurs, D. 1981, chron. p. 49.

Manara (C), A propos des noms de domaine, D. 2000, n° p. 11.

Manara (C), Aspects juridiques de l'e-mail , D. aff. 1999, 278.

Martin (R), Le consommateur abusif, D. 1997, chron. p. 150.

Martin (S), Tessalonikos (A) et Bensoussan (A), La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 mars 1999 et la loi française du 13 mars 2000, Gaz. Pal. 19 et 20 juill. 2000, p. 4.

Martin-Lalande (P), Internet, un vrai défi pour la France, Rapport de mars 1997, La documentation française 1998.

Mathias (J-D), L'authenticité électronique, petites affiches, 2 avril 2001, n° 65. p. 25.

May (B), Contrats informatiques : gare au charivari des licences de logiciel, JCP E 2004, 827.

Mayer (P), Actualité du droit international, n° spécial : Le contrat, Petites affiches, 5 mai 2000, p. 55.

Mazeaud (D), Droit commun du contrat et droit de la consommation, nouvelles frontières ?, Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy, D. 2004, p. 697 et s.

Mazeaud (D), La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives : véritable réforme ou simple réformette ?, Droit et Patrimoine, juin 1995, p. 42.

Mazeaud (D), L'attraction du droit de la consommation, RTD com. 1998, p. 95.

Mazeaud (D), Les vices de la protection du consommateur, D 3 janv. 2002, n° 1, p. 71.

Memoulin (M) et Montero (E), Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique, éd. Bruylant 2003.

Mercier et Dutoit, L'Europe judiciaire : les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Bâle 1991.

Mercoli (S), Incertitude sur la date des actes sous seing privé, De l'écrit sur support papier à l'écrit électronique, JCP N&I, 12 janv. 2001, inf., n° 2, p. 44.

Mestre (J), Des notions de consommateurs, RTD civ. 1989, p. 62.

Mestre (J), Documents contractuels, RTD civ. 1997, chron., p. 118.

Mestre (J), L'approche par le juge du formalisme légal, RTD civ., 1988, 329

Mestre (J), L'exigence de la bonne foi dans la conclusion des contrats », RTD civ. 1989, 736.

Miguel-chesterkine (L), Quelle protection pour l'internaute contre le publipostage informatique, Petites affiches 2000, n° 38, p. 4.

Misse (B), Internet, un espace commercial, Gaz. Pal., 18 avril 1999, n° 108, p. 32.

Misse (B), Vente aux enchères et Internet : www.journaldunet.com

Mistretra (P), L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive, Petites affiches 1998, n° 67, p. 4.

Mole (A), Lebon (H) et Bensoussan (A), Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes, Gaz. Pal. (1re partie), 17-18 avril 2002, I, doct. p. 29.

Mole (A), Lebon (H) et Bensoussan (A), Publipostage électronique : entre certitudes et incertitudes, Gaz. Pal., 12-13 juill. 2002 (2e partie).

Molfessis (N), Les exigences relatives au prix endroit des contrats, Petites affiches, n° spécial : Le contrat, 2000, n° 90, p. 42.

Moreau (F), La protection du consommateur dans les contrats à distance, Petites affiches, 20 mars 2002, n° 57, p. 4.

Moreno (D) et Arnoux-Evrat (V), Loi pour la confiance dans l'économie numérique, L'analyse de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, sept. 2004, n° 172, 12.

Moreno (D) et Arnoux-Evrat (V), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, présentation de la proposition de la CCIP, JCP E, 3 avril 2003, act. n° 14, p. 581.

Moulin (J-M), Preuve du cautionnement par télécopie : Revue de droit bancaire et financier, janv./févr. 2001, analyses, n° 1, p. 32.

Mouly (J), Des rapports entre la réticence dolosive et l'erreur inexcusable, D. 2003, chron., 2023.

Mousseron (J. M.), La durée dans la formation du contrat, Mélanges Jauffret, 1974.

Munoz (S), Le règlement de Bruxelles et la problématique de la détermination du tribunal compétent dans le cadre d'un litige transfrontalier sur Internet, Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2001, n° 141, p. 13.

Naftalski (F), Contrats, responsabilités et sécurité sur Internet : commentaires des dispositions de la loi sur la confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit des affaires, juill. 2004, chron., n° 73, p. 21.

Naimi (M), Le contrat – type de commerce électronique de la CCIP et de l'AFCEE, RDIT 1998/3, 117.

Naimi (M), Nouvel apport en matière de protection des consommateurs : la directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance, Rev. aff. eur. 1998, p. 188.

Naimi (N), La problématique des noms de domaine ou l'attribution des adresses sur le web (la toile), Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/2, p. 6.

Niboyet (M. L.), La révision de la convention de Bruxelles du 27 sept. 1968 par le Règlement du 22 déc. 2000, Gaz. Pal. 2001, p. 10.

Noguier (P), Publicité virtuelle à la télévision : légitimité des prohibitions actuelles ?, Gaz. Pal, 2000, doct., p. 1816.

Nouel (B) et Cousi (O), Commerce électronique, Gaz. Pal., 10 janv. 1999, n° 10, p. 26.

Nourissat (C), Consommateur est clause attributive de juridiction, la CJCE, entre précisions et interrogations, Petites affiches 22 mai 2002, n° 102, p. 16.

Nuyts (A), La communautarisation de la convention de Bruxelles, 2001, Journal des Tribunaux, 2001, p. 914.

Oillic-Lepetit (A), La notion de consommateur, Rev. Conc. Consom. 1988, n° 44, p. 3.

Onno (J), Internet et le droit, Petites affiches 2000, n° 46, p. 13.

Outin-Adam (A), La loyauté dans le droit de la consommation, Gaz. pal., 2000, p. 36.

Paisant (G), A la recherche du consommateur, Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct », JCP G 2003, I, 121, étude, p. 549.

Paisant (G), De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives, D. 1985, chron., p. 299.

Paisant (G), Essai sur la notion de consommateur, JCP G 1993, I, 3655.

Paisant (G), La loi du 6 janv. 1988 sur les opérations à distance et le télé-achat, JCP, E, 1988, 15229, p. 472.

Paisant (G), La protection par le droit de la consommation, *in* les clauses abusives entre professionnels, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica, 1998, p. 27.

Paisant (G), Les clauses abusives et la présentation des clauses dans la loi n° 95-96 du 1er févr. 1995, D. 1995, chron., p. 99.

Palacio (A), Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelles équations pour le droit communautaire, Revue du droit de l'Union européenne, 2001, 1, p. 5.

Palacio (A), Le droit communautaire et la société de l'information : quelques exercices d'imagination juridique, Petites affiches 2002, n° 38, p. 46.

Pansier (F. J.), Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des jugements, Petites Affiches 2001, p. 5.

Passa (J), Commerce électronique et protection du consommateur, D. 2002, chron., p. 555.

Passa (J), Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs, Petites affiches, numéro spécial : Internet, commerce et droit, 6 févr. 2004, n° 27, p. 35.

Passant (E), La loi du 13 mars 2000 : Nouvelle donne pour le droit de la preuve, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, mai 2000, n° 125, B, p. 7 .

Paulik (I), La loi applicable aux contrats internationaux du commerce électronique, JCP E, 2002, 23.

Pennarun (S), De Gutenberg à Bill Gates : Commentaire du projet de loi relatif à l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information, Petites Affiches, 7 janv. 2000, n° 19, p. 4.

Penneau (A), Contrat électronique et protection du cybercontractant, Du code de la consommation au code civil, LPA, 13 mai 2004, n° 96, p. 3 et s.
Perrin (M-D), Conciliation-Médiation, Petites affiches, 26 août 2002, n° 170 .

Piette-Coudol (T), Transmission et preuve de l'écrit électronique, deux niveaux de signatures, Lamy droit de l'informatique et des réseaux mai 2003, n° 158, B, p. 1.

Piette-Coudol (Th) et Bensoussan (A), L'échange de données informatisés et le droit, éd. Hermès 1991.

Pizzio (J-P), Code de la consommation, Montchrestien 1996, p. 315.

Pizzio (J-P), L'introduction de la notion de consommateur en droit français, D. 1982, chron. p. 91

Pizzio (J-P), Le droit communautaire et le commerce électronique, JCP E 2002, n° 4, p. 15.

Pizzio (J-P), Un apport législatif en matière de protection des consommateurs : la loi du 22 déc. 1972 sur la protection des consommateurs sollicités à domicile, RTD civ. 1973, p. 66.

Pollaud-Dullian, Devoir d'information du banquier et crédits au consommateur, RD, banc. Fin., nov.-déc. 2002, p. 341.

Pontier (J-M), La nouvelle loi sur la langue française, D. 1994, AJ, 195.

Pontier (J-M), Le code professionnel de la vente par correspondance, Cahiers de droit de l'entreprise, 6-1983.

Poullet (Y), Vers la confiance : vue de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, (première partie), nov. 2001, n° 141, p. 1.

Poullet (Y), Vers la confiance : vue de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberespace, Lamy droit de l'informatique et des réseaux (deuxième partie) déc. 2001, n° 142, p. 1.

Raymond (G), Commentaire de la loi du 1er février 1995 sur les clauses abusives, Contrats Conc. Consom., 1995, n° 56.

Raymond (G), Ordonnance du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires en matière de droit de la consommation, JCP E. et aff., 2001, AR, p. 2025.

Raymond (G), Une association peut-elle avoir la qualité de consommateur ?, Contrats Conc. Consom. 1997, comm. 157.

Raymond (G), Vente à distance, Juris-cl., contrats. distribution, Fasc. 1390, n° 96.

Raynouard (A), Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Defrénois, 2000, I, p. 593, 37174.

Raynouard (A), Le droit de l'écrit électronique, Petites Affiches, 2 avril 2001, n° 65p. 15.
Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce électronique, Gaz. Pal. 9 nov. 2000, p. 6.

Rendeau (D), L'impact de « l'erreur » dans les contrats de vente passés sur Internet, Gaz. Pal., 20-24 avril 2003, p. 23.

Retornaz (C), Le commerce électronique international – Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur, Expertise des systèmes d'information 1998, n° 215, p. 140.

Retornaz (C), Les « noces » du droit et de la technique : Présentation du décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 136, mai 2001, p. 7.

Reynis (B), Cliquer, c'est signer, JCP N&I, 8 déc. 2000, inf. prof., n° 49, p. 1747.

Reynis (B), Le droit à l'épreuve des nouvelles technologies, JCP N&I, 8 déc. 2000, inf. profes. n° 36, p. 1264.

Rojinssky (C) et Teissonnière (G), L'encadrement du commerce électronique par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JCP G, 8 sept. 2004, act. n° 37, p. 414.

Routier, De la valeur juridique du fax : Petites Affiches, 5 févr. 1992, n° 16, p. 26.

Ruet (I), La réforme du droit de la preuve opérée par la loi du 13 mars 2000 et les transactions financières, Bulletin Joly Bourse, mai-juin 2000, I, chron., P. 219.

Sage (F), Le droit français au regard de la directive 93/13 du Conseil des Communautés Européennes du 5 avril 1993, Gaz. Pal., 28 et 29 oct. 1994, doct. p. 1.

Schmidt (J), La sanction de la faute précontractuelle, RTD civ. 1974, 46.

Schwerer (F), Réflexions sur la preuve et la signature électroniqu dans le commerce électronique, Contrats Conc. Consom., déc. 2000, chron., p. 4.

Serinet, Ventes ou prestations de services avec primes : d'une prohibition à l'autre, D. 2002, chron. 3252.

Sinay-Citermann (A), La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations, RTD civ., 1985, p. 471 et s.

Sourioux (J-L), La croyance légitime, JCP1982, I, 3058.

Stoffel-Munck (Ph), La réforme des contrats du commerce électronique, JCP E, 16 sept. 2004, comm. 1341, p. 1428.

Strickler (Y), La protection de la partie faible en droit civil, Petites Affiches, 25 oct. 2004, n° 213, p. 7.

Tabaka (B) et Tesar (Y), Le nouveau régime juridique du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill. 2004, n° 171, p. 24.

Tallon (D), Vers un code européen des contrats, Mélanges Colomer 1993, p. 494.

Teissonniere (G), Compétence judiciaire et contrats conclus sur Internet par les consommateurs européens, Expertises juin 2001, p. 224.

Teissonnière (G), La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses secteurs, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, avril 2004, disponible sur : www.juriscom.net

Tell (D), Convention de Rome du 19 juin 1980 : premiers développements jurisprudentiels, Petites affiches 1998, n° 50, p. 22.

Tenreiro (M), Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, Directive n° 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, Europe, mai 1993, p. 1.

Terré (F), Le contrat à la fin du XXème siècle, Rev. Sciences morales et juridiques, 1995, p. 299.

Testu (F-X), La transposition en droit interne de la directive communautaire sur les clauses abusives, D. aff., 1996, p. 372.

Testu (F-X), Le juge et le contrat d'adhésion, JCP 1993, I, 3673.

Thieffrey (P), L'émergence d'un droit européen du commerce électronique, RTD eur. 2000, p. 649.

Thoumyre (L), L'échange des consentements dans le commerce électronique : www.juriscom.net

Thunis (X), L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale, *in* Mélanges Michel Cabrillac, Paris Dalloz et Litec 1999, p. 313.

Touchent, La proposition de directive sur les pratiques commerciales déloyales, Petites affiches, 1e août 2003, n° 153, p. 3.

Tounafond, Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommations, D. 2000, chron. p. 159.

Tournez (D), Quelle protection pour le consommateur, Rev. Conc., sept.-oct. 2003, n° 135, p. 20.

Trébulle (F. G.), La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches 20 avril 2000, n° 79, p. 10.

Triclin (A), La reconnaissance des arrhes : JCP 1994, I, 3732.

Trochu (M), La protection du consommateur en matière de contrats à distance : directive n° 97/7 du 20 mai 1997, D. 1999, chron., p. 179.

Trochu (M), Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, D. 1993, chron., p. 315.

Trochu (M), Vente et garanties des biens de consommation : directive n° 1999-44 du 25 mai 1999, D. 2000, chron. p. 119.

Trochu M., Les offres d'achat, RTD com. 1967, 695.

Van Overstraeten, Droit applicable, juridiction compétente sur Internet : RDAI 1998, p. 373.

Varet, Le cadre juridique du spam : état des lieux, Communications Commerce électronique, sept. 2002, chron. 21.

Verbiest (T), Droit international privé et commerce électronique : état des lieux : www.juriscom.net

Verbiest (T), La directive européenne sur le commerce électronique, Bulletin d'actualité Lamy droit de l'informatique et des réseaux, août-sept. 2000, n° 128, p. 2.

Verbiest (T), Loi pour la confiance dans l'économie numérique: examen du nouveau régime du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 172, sept. 2004, n° 6, p. 2.

Verbiest (T), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: analyse critique, Communication-Commerce électronique, févr. 2003, chron., n° 4, p. 9.

Verbiest (T) et Wéry (E), Commerce électronique par téléphone mobile (m-commerce) : un cadre juridique mal défini, D. 2004, chron. n° 41, p. 2981.

Véret (D), Atthéa (G) et Bensoussan (A), Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ? 1re partie, Gaz. pal., juillet 2001, p. 31.

Vialard (A), L'offre publique de contrat, RTD civ. 1970, p. 750.

Vigneau (G), Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur, Gaz. Pal., 3 août au 3 sept. 2002, p. 3.

Vivant (M), B to C , La loi applicable et juge compétent, Légicom 2000, p. 98.

Vivant (M), Commerce électronique : un premier contrat type, le contrat commerçants-consommateurs de CCIP, Lamy dr. aff., 1998, n° 8, chron. n° 475 et Chiers Lamy août-sept. 1998, E, p. 1.

Vivant (M), Cybermonde : droit et droit des réseaux, JCP 1996, I, 3969.

Vivant (M), Entre ancien et nouveau une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique, juill. 2004, n° 171, p. 2.

Vivant (M), La protection du consommateur entre tentations, tentions et hésitations, *in* Mélanges, J. Calais-Auloy, p. 1151.

Vivant (M), LEN : un projet responsable sur la responsabilité, quelques réflexions sur le texte voté en première lecture par l'Assemblée nationale, Légipresse 2003, I, p. 71.

Vivant (M), Un projet de loi sur la preuve pour la société de l'information, Cahier Lamy droit de l'informatique, 2 oct. 1999, p. 1.

Vivent (M), Stanc (C) et Alii, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 1999, n° 2578.

Vivien (G), De l'erreur déterminante et substantielle, RTD civ. 1992, 305.

Volo (P), Commerce électronique-Quels nouveaux principes de la directive européenne ? Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Expertise des systèmes d'information, janv. 2001, n° 244, p. 27.

Von Overbeck, Interprétation traditionnelle de l'article 5-1° : Le coup de grâce ?, Mélanges Droz, 1996, 287.

Wéry (E) et Verbiest (T), Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information, Suppl. Rev. Lamy dr. aff. 2001, n° 44, n° 2825.

Witz (C), Plaidoyer pour un code européen des obligations, D. 2000, chron., p. 79.

Zanobetti (A), Le droit des contrats dans le commerce électronique international, RDAI/IBLJ, n° 5, 2000, 533.

Zoia (M), La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gaz. Pal. Octobre 2001, doct. 2e Partie, p. 15.

V. Textes et travaux préparatoires

A. Droit français

La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services : JO, 11 janv. 1978.

Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de ventes dites de « télé-achat », JO 7 janv. 1988, p. 271.

Loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales : JO, 29 juin 1989, p. 8047.

La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, JO n° 17, 21 janv. 1992, p. 968.

Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JO du 5 août 1994, p. 11392.

Loi n° 95-96, 1er févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant les diverses activités d'ordre économique et commercial, JO, 2 févr. 1995, p. 1755.

Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO n° 62, 14 mars 2000, p. 3968.

Ordonnance n° 2001-7414 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO du 25 août 2001, p. 13645.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO n° 143, 22 juin 2004, p. 11168.

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relatives aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JO n° 159, 10 juillet 2004, p. 142483.

Décret n° 95-240 du 3 mars 1995 pris pour l'application de la loi n° 94-665 du 4 août relative à l'emploi de la langue française.

Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pour l'application de l'article 1316-4 et relatif à la signature électronique, JO 31 mars 2001, p. 5070.

Décret n° 2003-137 du 18 février 2003 instituant des sanctions pour la violation de dispositions relatives aux contrats conclus à distance et modifiant le code de la consommation, JO n° 43, 20 févr. 2003, p. 3106.

Décret du 5 janvier 2005 portant publication des premier et deuxième protocoles concernant l'interprétation par la CJCE de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et attribuant à la CJCE certaines compétences en matière d'interprétation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : JO 12 janv. 2005, p. 501.

Arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix, JO, 10 déc. 1987, p. 14354.

Arrêté du 21 décembre 2001 modifiant l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix, JO n° 302, 29 déc. 2001, p. 21279.

Circulaire du 19 juillet 1988 portant application des dispositions de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur le prix, JO, 4 août 1998, p. 995.

Projet de loi sur la société de l'information, JOCE n° L 024, 30 janv. 1998, p. 0001-0008.

Projet de loi « sur la société de l'information » du 14 juin 2001, Doc. AN n° 3143.

Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » du 15 janv. 2003, Doc. AN n° 528.

Avis du sénateur Alex Türk présentés au nom de la Commission sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique déposé le 11 juin 2003, Doc. AN n° 608, XIIe législateur, p. 57 et Doc. Sénat n° 351, session 2002-2003, p. 58.

Avis n° 68 du 27 févr. 2004 : avis de Mme Michèle Tabarot sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, JOAN, débat, 27 févr. 2003, p. 1457 : www.assemblee-nationale.fr.

Avis de J. Dionis du Séjour du 27 févr. 2003 sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, JOAN Débats, p. 1468,

Avis n° 99-050 de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) du 18 mars 1998 : BID 1999, n° 3, p. 7.

Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, 2 juill. 1998, La Documentation française, p. 79-96 et 241.

Conseil Constitutionnel 2004-496 DC 10 juin 2004 : JO juin p. 11182.

Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Le publipostage électronique et la protection des données personnelles, 14 oct. 1999, **Alvergnat (C) :** www.cnil.fr

Rapport de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), Opération « Boîte à spams » : les enseignements et les actions de la CNIL en matière de communications électroniques non sollicitées, 24 oct. 2002, **Alvergnat (C) :** www.cnil.fr

Conseil national de la consommation, Avis du BOCCRF du 31 janv. 2003, p. 8.

Conseil national de la consommation, Avis du BOCCRF du 7 avril 2004, annexe II, p. 252.

Commission des clauses abusives : www.clauses-abusives.fr .

Forum des droits sur l'Internet, « Cyber-consommation : les nouvelles tendances » du 30 mars 2004 : www.foruminternet.org

Forum des droits sur l'Internet, l'encadrement juridique des relations commerciales entre particuliers conclues à distance, le 17 juin 2004 : www.foruminternet.org

Rapport final du groupe de travail « Internet et les modes alternatifs de règlement des différends », 17 juin 2002,

Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale, Centre de recherche en droit économique (CREDECO), 2001.

Atelier de réflexion, « Le cyberconsommateur », Rev. Conc. Consom., mars-avril 2000, n° 114, p. 11.

B. Droit communautaire et international

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avril 1980, www.unictral.org

Convention de Rome du 17 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 1980 L. 266, p. 1.

Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE 1980, C 282, **Giuliano (M) et Lagarde (P).**

Directive n° 84-450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse, JOCE L 250 du 19 sept. 1984, p. 17.

Directive du Conseil n° 92/28/CEE du 31 mars 1992 concernant la publicité faite à l'égard des médicaments à usage humain, JOCE, 30 avril 1992, n° L 113.

Projet de directive du Conseil du 21 mai 1992 sur la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance : JOCE, 23 juin 1992, n° C 156, p. 14.

Directive 93/13/CE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE 21 avril 1993, L 95, p. 29.

Directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L. 144, 4 juin 1997 p. 19

Recommandation 98/257/CE du 30 mars 1998, concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, JOCE, L 115/31, 17 avril 1998.

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JOCE n° L. 171, 7 juill. 1999, p. 16.

Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L 13, 19 janv. 2000, p. 12.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L. 178, 17 juill. 2000, p. 1.

Recommandation n° 2001/310/CE relatives aux principes applicables aux organes extrajudiciaires de règlement consensuel des litiges de consommation, JOCE L 109/56, 19 avril 2001.

Commission européenne, Le livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne du 2 octobre 2001 COM (2001), final 289, 531 : www.europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/fair-comm-pract/studies-en.html/

Règlement CE n° 44-2001 du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L. 12, 16 janv. 2001, p. 1.

Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique de la CNUDCI sur les travaux de sa 39ème session, 11-15 mars 2002 : www.unicitral.org.

Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE n° L 271, 9 oct. 2002, p. 16.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE, 13 juillet 2002, n° L 201, p. 37.

Directive 2003/33/CE du Parlement et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats

membres en matière du publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac, JOCE, n° L 152, 20 juin 2003, p. 16.

VI. Jurisprudence

A. Jurisprudence française

- CA Aix-en-provence, 27 janv. 1846, DP 1846, 2, p. 232.
- Req., 28 févr. 1870, DP, 1871, I, p. 61.
- Cass. civ. 11 févr. 1908 : Gaz. Pal. 1909, I, p. 253.
- Req. 17 mai 1909, S. 1910, I, 186, note Bourcart .
- Cass. Civ., 5 déc. 1910, American Trading, S 1911, I, 129 note Lyon-Caen : Clunet 1912, 1156 ; RCDIP 1911, 395.
- Cass. req., 14 mai 1912, DP 1913, I, p. 281, note Valéry.
- Req. 21 mars 1932 : DP, 1933, 1, 65, note Sallé de la Marnièrre.
- Civ., 15 mai 1934 : D. 1934, p. 113, note E. P.
- Req. 24 mars 1942, D. C. 1942, 64 .
- Soc. 19 juin 1947, GP 1947, II, 54.
- Nancy, 1er mars 1950, JCP 1950, II, 5892.
- Civ., 21 juin 1950, Messageries Maritimes, D. 1951, 749, note Hamel ; JCP 1950, II, 5812, note Lévy, S. 1952, 1, p. 1, note Niboyet ; RC 1950, 609, note Batiffol, GA n° 22.
- Cass., 24 avril 1952, RCDIP 1952, 504, note H. Motulsky ; S. 1952, I, 185, note Batiffol
- Civ. 1re., 5 nov. 1952, Bull. civ. I, n° 286 .
- Soc. 2 juill. 1954, Bull. civ. IV, n° 485, p. 365.
- Soc. 20 juill. 1954 : JCP, 1955, II, 8775, note A. Rabut ; RTD civ. 1955, 165, obs. Hébraud
- Crim., 12 mai 1955 : D. 1955, p. 486.
- Cass. com., 9 janv. 1956, Bull. civ., III, n°13.
- Crim., 5 juill. 1956 : Bull. cim. n° 520.
- Cass. 1e civ., 17 déc. 1958 : JCP G 1959, IV, 12.
- Cass. civ. , 7 janv. 1959, Bull. civ. I, n° 15 ; Soc. 22 mars 1972, D. 1972, p. 468.
- Cass. civ. 6 juill. 1959, RCDIP, 1959, 708, note Batiffol.

- Civ., 19 oct. 1959 : D. 1960, 37, note G. Holleaux ; RCDIP 1960, 215, note Y. L. ; JDI 1960, 486, obs. Sialelli.
- Crim., 3 mars 1960 : Bull. crim. n° 138 ; RS crim. 1961, 105, obs. Légal.
- Crim., 20 juill. 1960 : Bull. crim. n° 382.
- Cass. 1re civ., 21 déc. 1960 : Bull. civ. I, n° 558, p. 455 ; D. 1961, juris., p. 417, note Ph. Malaurie.
- Crim. 12 juillet 1961 : Bull. crim. n° 337.
- Cass. Ass. Plén., 13 déc. 1962 : JCP, 1963, II, 13105, note Esmein ; D. 1963, 277, note Calais-Auloy.
- Civ. 1re, 27 déc. 1962, Bull. civ. I, n° 564.
- Aix, 12 janv. 1965: JCP 1965, II, 14312, note, Deghilage.
- Civ. 29 janv. 1965, Bull. civ. I, n° 35.
- Civ. 2e, 20 oct. 1965 : D. 1966, 193.
- Civ. 1ère, 13 janv. 1965 : Gaz. Pal. 1965, I, 327 .
- Paris, 27 oct. 1965 : JCP 1966 : JCP 1966, II, 14662, Guérin.
- Civ. 2ème, 21 jan. 1966: JCP, 1966, IV, 30.
- Civ., 23 mars 1966 : RTD civ., 1967, 183, obs. Cornu.
- Cass. com., 21 nov. 1966 : JCP, G, 1967, II, n° 15012, note P. Level.
- Cass. 3e civ., 8 févr. 1968, Bull. civ., III, n° 52.
- Cass. 3e civ., 10 mai 1968. Bull. civ. III, n° 209.
- Cass. 3e civ., 28 nov. 1968 : Bull. civ., III, n° 507 ; JCP G, 1969, II, n° 15797 ; Gaz. Pal. 1969, 1, 95 ; RTD civ. 1969, 555, obs. Loussouarn**.**
- Cass. 1re civ., 1er déc. 1969, JCP, 1970, II, 16445, note Aubert.
- Cass. 1re civ., 2 déc. 1969, Bull. civ., I, 1969, I, p. 303, n° 381.
- Civ. 1er, 30 avril 1970, BC, I, n° 141, p. 115.
- Civ. 3e, 5 juin 1970 ; JCP 1970, II, 16537, note Guillet.
- Com., 20 oct. 1970 : JCP 1971, II, 16916, note Ghestin.
- Cass. 3e Civ., 6 nov. 1970 : JCP 1971, II, 16942, note Ghestin.
- Civ. 3e, 15 janv. 1971 : Bull. civ., III, n° 38, p. 25 ; RTD civ. 1971. 839, obs. Loussouarn ;
- Civ. 3e, 23 avril 1971, JCP 1971, II, 16841.
- Cass. 1re civ., 28 avril 1971 : JCP 1972, II, 17280, note Boitard et Rabut.

- Civ. 1re, 29 juin 1971 ; Clunet 1972, 51, note Ph. Cahn.
- Cass. crim., 14 avril 1972 : Bull. crim., 1972, n° 120 ; D. 1972, jurisp. p. 478.
- TGI Paris, 19 avril 1972 : D. 1973, juris. p. 202, note H.Thuillier
- Cass. 1ère civ., 9 mai 1972 ; Bull. civ. 1972, I, n° 122.
- Cass. 3e civ., 10 mai 1972, Bull. civ. III, n° 297; RTD civ., p. 773 , obs. Loussouran Y.
- Cass. 3e civ., 13 juin 1972 : Bull. civ. III, n° 392.
- Cass. 1re civ., 4 juill. 1972 ; Bull. civ. III, n° 443, p. 323; JCP 1972, IV, 220; Hecht Clunet, 1973, 843, note Oppetit ; RTD com. 1973, 419,
- Cass. Crim., 25 oct. 1972 : Bull. crim. n°313; JCP 1973, II, 17308, note Guérin.
- Civ. 3ème, 29 nov. 1972 : Bull. civ. N° 647, p. 476; JCP 1973, IV, 75.
- Civ. 1re 6 févr. 1973 ; Clunet 1975, 66, note Audit.
- Crim. 27 déc. 1973 : Bull. crim. n° 148 ; D. 1978, IR, 348, obs. Roujou de Boubée.
- Civ. 1e, 4 févr. 1975: JCP 1975, II, 18100, note Larroumet.
- Civ. 3e, 2 oct. 1974 : Bull. civ. III, p. 251 ; D. 1974, IR, p. 252.
- Cass, 3e civ., 21 oct. 1975, Bull. civ. III, n° 302.
- Cass. 1re civ. 22 oct. 1974, Bull. civ. I, n° 271.
- Paris, 20 décembre 1974, JCP, 75, II, 18056.
- Cass. 3e, civ., 12 févr. 1975, Bull. civ., III, n° 60.
- Crim., 5 juin 1975 : Bull. crim. n° 146 ; D. 1975, IR, 157 ; Gaz. Pal. 1975, II, 789, note Delaisi.
- Crim., 12 avril 1976 : D. 1977. 239, note Fourgoux.
- Cass. Com., 22 juin 1976 : Bull. Civ. IV, n° 215, p. 184.
- Cass. Com., 8 mars 1977: Bull. civ., IV, 78; RTD com. 1977, p. 573, obs. J. Hémard.
- Civ. 1re, 7 juin 1977, JDI 1977, 879, obs. Ph. Kahn ; RCDIP 1978, 119, note Batiffol.
- Cass. 1ère civ., 21 juin 1977 ; Bull. civ., I, n. 285, p. 225
- Civ. 3re, 16 nov. 1977, Bull. civ., III, n° 393 .
- Com, 27 févr. 1978, BC, IV, n° 75, p. 61.
- Cass. 1re civ., 7 mars 1979 : JCP, G, 1979, IV, p. 167 ; Civ. 3e , 3 févr. 1981, D. 1984, 457, note Ghestin.
- Cass. 3e civ., 2 mai 1978 : JCP G 1980, II, 19465, note, P. Fieschi-Vivet .
- Cass. 1re civ., 3 mai 1979 : Bull. civ. I, n° 128; D. 1980, IR, p. 262, obs. J. Ghestin.
- Cass. 1er civ. 23 mai 1979 : D. 1979, IR, p. 488.

- Com. 11 oct. 1978 : JCP G 1979, II, 19034, Y. Loussouarn.
- Cass. 3e civ., 24 oct. 1978 : Gaz. Pal. 1979, I, som. 18.
- Civ. 1re, 29 nov. 1978, Bull. civ., I, p. 285.
- Crim., 4 déc. 1978 : D. 1979, IR, 180, obs. Roujou de Boubée.
- Civ. 3e, 5 mars 1980, Bull. civ. III, n° 52.
- Colmar, 27 mars 1980 : JCP, 1981, IV, 390.
- Civ., 21 juillet 1980 : Gaz. Pal. 1981, I, panor., p. 32.
- Crim., 2 oct. 1980 : D. 1981, IR, 292.
- Paris, 17 oct. 1980 : JCP 1981, IV, 374 .
- CA, Rennes, 19 nov. 1980, Juris-Data n° 80220.
- Com. 7 janv. 1981: Bull. Civ. IV, n° 14 : Gaz. Pal. 1981, I, pan. 146 ; RTD civ. 1981, 849, obs. Chabas.
- Civ. 3e, 3 févr. 1981 : D. 1984. J., 457, note Ghestin.
- Civ. 1re, 1er juin 1981: Bull. civ. I, n° 235.
- C ass. 3e civ., 22 févr. 1982 : Gaz. Pal. 1982, 2, pan. p. 219.
- Civ. 1re, 15 avril 1982: Bull. civ. I, n° 133, p. 118.
- Nîmes, 29 juin 1982, D. 1983, Juris., p. 13, note J. Pansier.
- Crim., 19 avril 1983 : Bull. cim. n° 108.
- TGI Paris, 27 avril 1983 : RCDIP 1983, p. 670, C. De Monaco.
- Civ. 1re, 15 nov. 1983 : Bull. Civ. I, n° 269.
- Crim., 3 janv. 1984 : JCP E, 1984, I, 13188.
- Cass. 1re civ., 8 févr. 1984 : Bull. civ. I, n° 57.
- CA Toulouse, 21 février 1984 : RTD civ. 1984, p. 706, obs. J. Mestre.
- Cass. crim., 25 juin 1984 : D. 1985, jur., p. 80, note J.-C. Fourgoux.
- Cass. com., 9 oct. 1984 : JCP 1984, G, IV, 344.
- Paris, 13 déc. 1984 : RTD civ. 1986, 97, obs. Mestre.
- Crim., 20 mai 1985 : D. 1986, IR, 401, obs. Roujou de Boubée.Crim., 5 nov. 1985 : D. 1986, Somm. 402, obs. Roujou de Boubée.
- Civ. 1e, 19 juin 1985 : JCP, E., 1985, I, 14834.
- Civ., 1re, 3 déc. 1985 : Bull. civ., I, n° 330 ; Metz, 12 nov. 1998 : Juris-Data 055237.
- Civ. 1re, 17 déc. 1985 : D. 1985, IR, 265, obs. Audit ; RCDIP 1986, 537, note Gaudemet-Tallon.

- Cass. 1re civ., 15 avr. 1986, Bull. civ., I, n° 90, p. 91 ; RTD civ. 1987, p. 86, obs. J. Mestre.
- Cass. com., 13 mai 1986, n° 84-12-79.
- Cass. crim., 20 oct. 1986, n° 85-90-934.
- Cass. crim., 12 nov. 1986 : Bull. crim., n° 335, p. 861.
- Cass. 3e civ. 14 janv. 1987 : D. 1988, p. 80, note J. Schmidt.
- CA Montpellier, 9 avril 1987 : RTD civ. 1988, obs. J. Mestre ; JCP G 1988, II, 20984, note Boizard.
- Cass. com. ,24 avril. 1987, n° 85-10, 865.
- Cass. 1re civ., 28 avr. 1987: Bull. civ., I, n° 134, p. 103 ; RTD civ. 1987, p. 537, obs. J. Mestre ; JCP G 1987, II, 20893, note Paisant ; D. 1987, somm., p. 455, obs. Aubert ; idem, 1988, I, p. 1, note Delebecque.
- Civ. 1re, 16 juill. 1987 : D. 1987, somm. p. 456, obs. J.-L. Aubert.
- Cass. crim., 5 oct. 1987 : Gaz. Pal. 1988, I, juris., P. 307 ; Revu. sc. crim., 1989, p. 132, obs. J. Pradel.
- Civ. 1e, 12 nov. 1987 : D. 1987, IR, 236.
- Crim., 8 déc. 1987 : D. 1988, IR, 43.
- Civ. 2e, 3 mars 1988, Bull. civ. 1988, II, n° 57 ; D. 1988, somm. 405, obs. Aubert.
- Civ. 1re, 13 avril 1988, Farah Diba ; RCDIP 1988, p. 546.
- Civ. 3ème, 20 avril 1988, RTD civ. 1990, 270, obs. Mestre.
- Civ. 1e, 4 oct. 1988, : Bull. civ., I, n° 265 ; D. 1989. somm., 229, obs. aubert.
- Crim., 29 déc. 1988 : D. 1988, IR, p. 67 ; Toulouse, 10 janv. 1999, D. 2000, IR, P. 137.
- Crim., 30 mai 1989 : Bull. crim. n° 226 ; D. 1989, IR, 226.
- CA Paris, 20 juin 1989 : D. 1989, IR, p. 223.
- Crim. 11 oct. 1989 : Bull. crim. n° 355 ; D. 1990, Somm. 362.
- Civ. 1er, 8 nov. 1989 : JCP G 1990, II, n° 21576 obs. G. Virassamy.
- Com. 5 déc. 1989, RTD civ. 1990, 272, obs. Mestre.
- Crim. 8 mars 1990: Bull. crim. n° 111 ; JCP 1990, éd G. II, 21542, obs. J.-H. Rober ; JCP 1991, éd. E , I, 11, obs. Arpin-Gonnet.
- Douai, 20 sept. 1990, Bull. rapide de droit des affaires, 1990, n°22, p. 8.
- Crim., 4 oct. 1990 : Dr. penal 1991, Comm. 21.
- Com. 6 oct. 1990 : JCP 1990, II, 21583, note B. Gross.

- Cass. 1re civ., 27 nov. 1990, D. 1992, somm. 195, note G. Paisant.
- Civ. 3e, 4 janv. 1991 : D. 1992, Somm., 196, obs. Tournafond.
- Civ. 1re, 12 févr. 1991 : D. 1991, IR, 87 ; RTD civ. 1991, 525, obs. J. Mestre ; Contrats. Conc. Consom., 1991, comm., n° 95, obs. G. Raymond ; D. 1992, somm., p. 269, obs. A. Penneau.
- Cass. com., 26 févr. 1991 : Contrats Conc. Consom., 1991, com., n° 105, note L. Leveneur; RTD civ. 1992, p. 78, obs. J. Mestre 21 et 22.
- T. com. Nanterre, 6 mars 1991 : Gaz. Pal. 1991, II, 639, note Guyot-Sionnest.
- Com. 16 avril 1991 : JCP, G, II, 21871, note M.-O. Gain.
- Civ. 1re, 14 mai 1991 : Bull. civ. I, n° 153 ; JCP 1991, II, 21763, note G. Paisant ; D. 1991, juris. p. 449, note J. Ghestin ; Idem. 1991, somm., p. 320, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1991, p. 526, obs. J. Mestre.
- Paris, 5 juill. 1991: JCP E 1991, pan., p. 988 ; RTD civ. 1991, p. 388, obs. G. Raymond.
- Paris, 22 oct. 1991: Cont. Conc. Consom., 1992, n° 63, p. 15, obs. G. Raymond.
- Cass. 1e civ. 26 oct. 1991: Bull. civ. I , n° 232.
- Civ. 3 déc. 1991 : Bull. civ. I, n° 342: RCDIP 1992, 340, note Gaudemet-Tallon.
- Crim. 27 janv. 1992 : BID 1996, n° 3, p. 33.
- Paris 3 mars 1992 : Contrats Conc. Consom. 1992, n° 169, obs. Raymond.
- Bordeaux, 5 mars 1992 : D. 1994, 305, note Mirabail.
- Cass. 1re civ. 17 mars 1992 : RTD civ. 1993, p. 115, obs. Mestre.
- Cass. 3e civ., 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 164 ; D. 1992, Somm. com., p. 397 , obs. Aubert J.-L. ; D. 1993, p. 493, note Virassamy G. ; RTD civ. 1993, p. 345, obs. J. Mestre.
- Cass. 1re civ., 25 mai 1992 : Bull. civ. , I, n° 162, p. 111 ; D. 1992, somm. p. 401, obs.
- Civ. 1re, 10 juin 1992 : Contrats Conc. Consom. 1992, n° 195, p. 17 ; RTD com., 1993, p. 351, obs. B.Bouloc.
- Crim., 15 juin 1992 : D. 1993, Somm. 15, obs. Azibert ; RS cim. 1993, 783, obs. Bouzat.
Rouen, 18 juin 1992 : BID 1993, n° 2 p. 20.
- Paris 28 oct. 1992 : D. 1992, IR, 9.
-Cass. 1re civ. 20 janv. 1993 : Contrats Conc. Consom. 1993, com. n° 77, note G. Raymond.
- Cass. crim., 11 mars 1993 : Contrats Conc. Consom. 1993, comm. 160, obs. G. Raymond
-Crim. 17 mars 1993 : Bull. crim. n° 123 ; D. 1993, IR, 144 ; JCP 1994, II, 22192, note Couvrat.

- Civ. 1re, 26 mai 1993 : D. 1994, somm., p. 12, obs. Delebecque ; D. 1993, juris. p. 568, note G. Paisant ; JCP 1993, II, 22158, note Bazin.
- CA. Paris, 9 juin 1993, BID 1994, n° 10, p. 18.
- Civ., 1re, 23 juin 1993 : Bull. civ., I, n° 232, p. 160 ; Defrénois 1994, art. 35746, n° 26, obs. Ph. Delebecque.
- Com. 12 juill. 1993 : JCP 1994, éd. E, II, 559, note Lecène-Marénaud.
- Crim. 9 déc. 1993, Bull. crim. n° 383.
- Crim., 5 janv. 1994 : Dr. pénal 1994, Comm. 188, obs. J.-L. Robert.
- Civ. 1re, 6 janv. 1994 : Contrats Conc. Consom. 1994, n° 58, obs. Raymond ; JCP 1994, II, 22237, note G. Paisant ; Contrats Conc. Consom., 1994, 49, note Leveneur.
- Cass., 1re Civ., 2 févr. 1994 : Contr. Conc. Consom., 1994, n° 90 et 131.
- Cass. Crim. 23 mars 1994 : Bull. crim. n° 114.
- Civ. 1re, 27 avr1994 : Bull. civ. I, n° 152, p. 11
- Pau, 22 juin 1994 : Contrats Conc. Consom. 1994, n° 256, note Raymond ; JCP 1994, IV, 2215.
- Com. 18 oct. 1994 : D. 1995, 180, note Atias ; Defrénois 1995, 332, obs. Mazeaud D. ; JCP 1995, I, 3853, n° 4, obs. Viney.
- Com. 13 déc. 1994, Contrats Conc. Consom., 1995, 48, note Leveneur.
- Com. 10 janv. 1995, JCP 1995, II, 22397, 1006, note Billiau.
- Cass. 1re civ., 24 janv. 1995 : Bull. civ., I, n° 54, p. 38 ; D. 1995, somm. p. 229, obs. Ph. Delebecque ; idem, somm. p. 310, obs. J-P. Pizzio ; Juris. p. 327, note G. Paisant ; Contr. Conc. Consom., 1995, n° 84, obs. L. Leveneur.
- Civ. 1er, 14 févr. 1995, JCP G 1995, II, 22402, note Y. Chartier.
- Cass. com. 28 mars 1995 : Contrats Conc. Consom. 1995, comm. 121.
- Crim., 5 avril 1995 : Bull. crim. n° 151 ; JCP E, 1995, Panor. 814.
- Civ., 1re, 11 avril 1995 : B Civ., I, n°175.
- Com. 27 juin 1995: Contrats Conc. Consom. 1995, 199, note Leveneur.
- Cass. 2e civ. 28 juin 1995 : Bull. civ. n° 225 ; Contrats Conc. Consom. 1995, comm. 195, obs. G. Raymond; RTD civ. 1995, p. 886 obs. J. Mestre.
- Cass. 1e civ. 28 juin 1995 : Bull. civ. n° 150.
- Paris, 13e ch. B., 30 juin 1995 : RJDA 1996, n° 434.

- Civ. 1re, 10 juill. 1995 : D. 1997, 20, note Chauvel ; Contrats Conc. Consom., 1996, 2, note, Leveneur ; RTD civ. 1996, 390, obs. Mestre.
- Civ. 1re, 18 juillet 1995 : B. civ., I, n° 323.
- T. com. Paris, 26 juill. 1995 : RJDA 1996, n° 139.
- Paris, 26 juill. 1995 : Gaz. Pal., 28 nov. 1995, p. 12.
- Crim. 5 oct. 1995, BID 1998, n° 9, p. 47.
- Cour de Versailles, 12 oct. 1995, RTD civ., 1996, p. 172, obs. J. Mestre.
- Crim. 30 oct. 1995: Bull. crim. n° 344 ; D. 1996, IR, p. 33 ; Gaz. pal. 1996, II, p. 440, note B-Messe.
- Orléans, 15 nov. 1995 : Cont. Conc. Consom., 1996, n° 118, obs. Raymond.
- Orléans, 15 nov. 1995 : Contrats, Conc. Consom., 1996, n° 118, obs. Raymond.
- Cass. 1re civ., 3 janv. 1996 : Bull. civ. I, n° 9, p. 6 ; D. 1996, juris., p. 228, note Paisant; JCP G 1996, II, 22654, note Leveneur ; D. 1996, somm. p. 325, obs. D. Mazeaud ; Defrénois, 1996, I, art. 36354, p. 766, obs. D. Mazeaud ; Contr. Conc. Consom., 1996, n°46, note G. Raymond.
- Civ. 3e, 5 janv. 1996 : RTD civ. 1996, p. 446, P.–Y. Gautier.
- Caen, 12 janv. 1996 : Contrats Conc. Consom. 1997, n° 56, obs. Raymond.
- Paris, 29 janv. 1996 : Defrénois, 1996, 1360, obs. D. Mazeaud.
- Cass. 1ère civ., 30 janv. 1996 : Bull. civ. I, n° 55 ; Contr. Conc. Consom., 1996, n°46, note G. Raymond ; D. 1996, juris. p. 228, note G. Paisant ; JCP, G, 1996, n° 3929, obs. Labarthe.
- CA Toulouse, 8 févr. 1996, BID 1996, n° 12, p. 43.
- Nancy, 8 févr. 1996 : Gaz. Pal. 1996, II, doct. 1179, obs. O. F.
- CA Toulouse, 14 févr. 1996 : D. 1997, somm., 168, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1996, 397 obs. J. Mestre ; Contrats Conc. Consom. 1996,Comm. 133, obs. G. Raymond.
- Cass. 1re civ., 27 févr. 1996 : Defrénois 1996, p. 742, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1997, 119, obs. J. Mestre.
- Civ. 1re, 13 mars 1996 : Bill. civ., I, n° 134 D. 1996, IR, p. 95.
- Crim., 27 mars 1996 : Bull. cim. n° 139 ; D. 1996, IR, 168 ; Contrats Conc. Consom. 1996, n° obs. Raymond.
- Civ. 1re, 16 avril 1996 : JCP, 1996, IV, 1366 ; Bull. civ., I, n° 181, p. 126.

- Civ. 1re, 3 juill. 1996 : Bull. civ. I, n° 288, p. 201 ; D. 1996, Somm., 323, obs. Delebecque; Contrats, Conc. Consom., 1996, 181, note Leveneur ; RTD civ. 1996, 895, obs. Mestre.
- CA Paris, 4 juill. 1996, D aff., 1996, p. 1057.
- Cass. 1re civ., 10 juillet 1996 : Bull. civ., I, n° 318 ; Cont. Conc. Consom., août-septembre 1996, n° 157, p. 17 G. Raymond ; D. 1997, somm., p. 173, obs. Ph. Delebecque.
- Cass., 1ère civ., 17 juillet 1996 : Bull. civ. I, n° 331 ; JCP G 1996, II, 22747, note G. Paisant.
- TGI, Bordeaux, Ordon. Réf., 22 juillet 1996, Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/2, juris., p.14 .
- Paris, 4 oct. 1996 : Contrats Conc. Consom. 1997, n° 33, obs. Raymond.
- Com. 8 oct. 1996 : Juris-Data n° 1996-003714 ; JCP G 1996, IV, 2301 ; Dr. Affaires 1996, p. 1254 ; RTD civ. 1997, p. 137, J. Mestre.
- Crim. 10 oct. 1996 : Bull. crim. n° 358 ; D. 1997, IR, 20 ; D. affaires 1997, 216.
- Civ. 1re, 13 nov. 1996, Bull. civ. n° 399 ; RTD civ., 1997, p. 424, obs. J. Mestre ; D. 1997, somm., p. 174, obs. Ph. Delebecque ; JCP 1997, I, 4015, chron., n° 1, obs. C. Jamin.
- CA Toulouse, 3ème ch. 9 janv. 1997 : Contr. Conc. Consom. , juin. 1997, n° 106, note G. Raymond.
- TGI Albertville, 17 janv. 1997 : JCP G, 1997, IV, 2501.
- Civ. 1e, 25 févr. 1997 : D. com. 319, obs. Penneau ; RTD civ. 1997, 434, obs. Jourdain ; RTD civ. 1997, 924, obs. Mestre.
- Crim., 17 janv. 1997 : Bull. crim., n° 30 ; Contrats Conc. Consom. 1996, n° 211, obs. Raymond.
- Civ. 3e, 22 avril 1997, Bull. civ. I, n° 129, p. 85 ; JCP 1997, II, 22944, note Bolard.
- Civ. 1re ; 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, 537, note Gaillard ; Rev. arb. 1998, 330.
- Comm., 17 juin 1997 : D. aff., 1997, chron. P. 1002 ; D. 1998, juris., p. 249, note G. Pignarre et G. Paisant.
- Crim. 25 juin 1997: Bull. crim., n° 257 ; D. affaires 1997, 1181 ; JCP 1997, IV, 2140 ; Dr. pénal 1997, comm. 145 , obs. J. -H. Robert.
- Paris, 24 juin 1997 : Contrats Conc. Consom. 1998, n° 36, obs. Raymond.
- Civ. 1re, 16 juill. 1997: JDI 1998, p. 136, note A Huet.

- Crim. 1er oct. 1997: Contrats Conc. Consomm., janv. 1998, comm., n° 13, p. 19, obs. G. Raymond.
- CA Paris, 13 nov. 1997, D aff., 1998, chron., n°100, p. 61, note E-P.
- Cass. Com., 2 déc. 1997, D. 1998, juris., p. 192, note, D.-R. Martin ; Droit de l'informatique 1998, I, p. 59 ; JCP E 1998, p. 178, note T. Bonneau ; JCP G 1998, II, 10097, p. 1105, note L. Grynbaum.
- Civ. 1e, 9 déc. 1997 : Bull. civ. I, n° 356 : RTD civ., 1999, 83, obs. Mestre.
- CA Orléans, 9 févr. 1998 : Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, aff. Marchewskac/ Sté MFD.
- Cass. 2eciv. 11 févr. 1998: Bull. civ. II, n° 55 : JCP G. 1998, I, 185, obs. G. Viney ; Defrénois 1998, art. 36860 n° 108, 1044, obs. Mazeaud; D. 1999, somm. p. 109.
- Crim. 18 févr. 1998 : Bull. d'actualité Lamy droit économique, mai 1998, p. 7.
- T.G.Inst. de paris, 12 mars 1998, D., 1998, IR, p. 173.
- TGI Paris, 13 mars 1998 : Gaz. Pal. 1998, I, somm., p. 331, obs. Antoine-Lalance.
- CA Rennes, 7 mai 1998, BRDA 1998, n°12, p. 11.
- Crim. 6 mai 1998, n° 97-83-023 : Lamy Droit économique, Bulletin d'actualité, juill. 1998, n° 108.
- CA Paris, 4e ch., B, 15 mai 1998 : Contrats, Conc. Consom., 1998, comm. n° 171.
- Civ. 1ère, 3 juin 1998 : Bull. civ., I, n° 194, p. 133 ; JCP, IV, 2676. - Civ. 1re, 13 oct. 1998 : Bull. civ., I, n° 304, p. 211 ; JCP 1998, IV, 3339 ; Contrats Conc. - Consom., 1998, 161, note Leveneur ; RTD civ. 1999, 376, obs. Mestre.
- CA Paris, 2 oct. 1998 : D. aff. 1998, 1851, obs. V. A.-R.
- Crim. 14 oct. 1998 : D. 1999, IR, p. 7 ; D. 2000, somm. p. 130, obs. M.-H. Gozzi ; idem, somm. p. 281, Obs. O. Tournaffond ; RTD com. 1999, p. 526, obs. B. Bouloc ; JCP E 1998, pan. p. 1904.
- Cass., 1ère civ., 1er déc. 1998 : D. aff., 1999, P. 117, obs. C. R
- Crim., 3 déc. 1998 : Gaz. Pal. 1999, Chron. 62, Doucet.
- Cass. 1reciv. du 15 déc. 1998 : Bull. civ. I, n° 366 ; D.2000, somm. p. 40, obs. J-P Pizzio.
- Civ. 1ère, 2 févr. 1999 ; Resp. civ. assur., 1999, p. 123.
- Cass. com., 12 janv. 1999, RJDA, 1999, n° 487, p. 383.
- Cass. 1re civ., 23 janv. 1999: Bull. civ., I, n° 59 ; 10 juill. 2001, Bull. civ. I, n° 209; 22 mai 2002, Bull. civ., I, n° 143 ;
- Civ. 1ère, 26 janv. 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 30, p. 20; JCP 1999, IV, 1509.

- CA Paris, 1re ch. B., 19 févr. 1999 : D. 1999, IR, 96 ; Gaz. Pal. 23-27 mai 1999, p. 20, obs. Grelier-Lenain.
- Douai, 23 févr. 1999 : Contrats Conc. Consom. 1999, n° 122, obs. Raymond.
- CA Limoges, Ch. 1re civ., 18 mars 1999 : Gaz. Pal. 2000, I, somm. p. 323, note A. Cousin.
- CA Paris, 28 mai 1999 : Gaz. Pal., 19-20 nov. 1999, p. 40.
- CA Paris, 18 juin 1999 : D. 1999, IR, 225 et AJ, 4, obs. C. R ; JCP G, 2000, II, 10322, note M.-C. Psaume.
- Cass. crim., 29 juin 1999 : J.-P. Decaux, Juris-Data, n° 002891 ; Dr. Pén. Nov. 1999, p. 14
- Civ. 1re , 19 oct. 1999 : Bull. civ. I, n° 289 ; JCP G 1999, IV, 2989 ; RCDIP, aff. P. 8, obs. J. P. ; Idem, p. 765, note Audit ; JDI 2000, p. 328, note Racine. JCP G. 2000, II, 10347, note F. Mehrez.
- Cass. com., 23 nov. 1999 : Bull. civ., IV, n° 210 ; JCP G 2000, II, 10326, p. 1030, note J. P. Chazal.
- Com. 4 janv. 2000 : Contrats Conc. Consom. 2000, n° 79, note Leveneur.
- Com. 7 mars 2000, D. 2000, juris., p. 251, obs. B. P. ; Légipresse 2000, III, p. 78.
- Civ. 1re, 28 mars 2000, Juris-Data n° 001225 ; Contrats Conc. Consom., juill. 2000, comm., n°. 107, note L. Leveneur.
- CA Rennes, 31 mars 2000, 1re ch. : Com. Com. élect., juin 2000, p. 24.
- Rennes, 28 sept. 2000, JCP. 2001, II, 10592, note Geoffroy et Belloir.
- Crim., 14 nov. 2000 : Dr. pénal., 2001, Comm. 34, obs. J.-H. Robert.
- Crim. 14 nov. 2000, BID, n° 11, p. 15.
- Crim. 23 janv. 2001 : Bull. crim. n° 22.
- Paris, 7 mars 2001, Juris-Data n° 136806 /137060 : JCP E, 3 janv. 2002, p. 27.
- CA Montpellier, 2e ch. A, 20 mars 2001, SA Prefi : Juris-Data n° 2001-15617.
- Crim. 4 avril 2001 : RJDA 2001, n° 1269.
- Cass. 3e civ. 9 mai 2001 : Defrénois, 18 janv. 2001, n° 68, p. 1051, note E.
- Crim., 26 juin 2001 : Bull. crim., n° 160 ; JCP, 2002, I, 107, obs. J.-L. Robert ; Dr. pénal 2001, Comm. 143, obs. J.-L. Robert.
- Civ. 1re, 10 juill. 2001: Bull. civ., I, n° 209; JCP G 2001, IV, 2674

- CA Chambéry, ch. civ. 26 sept. 2001, SA Finalion : Juris-Data n° 2001-173689 ; JCP G 2002, IV, 2645.
- CA Paris, 7 nov. 2001, RG, n° 1999/23262.
- CA Lyon, 3e ch., 9 nov. 2001: Juris-Data n° 2001-181145.
- Crim. 4 déc. 2001 : BID 2001, n° 10, p. 29.
- TI Saint Malo, 18 déc. 2001 : Contrats Conc. Consom. 2002, comm. 131, obs. G. Raymond.
- TGI Paris, 15 janv. 2002 : D. 2002, n° 9, p. 1544, note L. Marino ; D. 2002, AJ, n° 13, p. 1138, C. Manara ; Gaz. Pal., 12-13 juill. 2002, p. 46, note B. Misse; Expertises, mai 2002, p. 189, note V. Varet ; Com. Com. électr. Avril 2002, comm. 59, note L. Grynbaum ; Legalis.net ; 2002-3, p. 93, note D. Forest et D. Friedman.
- CA Rennes, 1re ch., B, 18 janv. 2002, SA CIPE France : Juris-Data n° 2002-170867.
- Cass. com. 29 janv. 2002 : Juris-Data n° 2002-012787 ; Contrats Conc. Consom. août-sept. 2002, n° 133, p. 35, note Raymond.
- Cass. 1re civ., 5 mars 2002: Bull. civ., I, n° 78 ; JCP G 2002, II, 10123, note Paisant; Contrats Conc. Consom., 2002, comm. n° 118, note Leveneur ; Cass. com. 14 mars 2000 : BRDA 2000, n° 8, p. 10 .
- Crim. 7 mai 2002 : Bull. crim. n° 109 ; Contrats Conc. Consom. 2002, Comm. 159, obs. Malaurie-Vignal ; JCP 2003, I, 103, n° 15, obs. Robert ; RTD com. 2002, 738, obs. Bouloc. Contrats Conc. Consom. 2002, n° 166, obs. Raymond ; D. 2002, AJ, 2050.
- Civ. 1re, 15 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 132 ; D. 2002, IR, 1811 ; JCP 2002, I, 184, n° 1 et s., obs. Labarthe ; Contrats Conc. Consom. 2002, 135, note Leveneur.
- CA Paris, 13e ch. corr. A, 18 juin 2002 : Juris-Data n° 2002-188455.
- Cass. com., 2 juill. 2002 : RDC 2003, p. 50.
- Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002 : Communication-Commerce Electronique, déc. 2002, comm. 156, p. 24, note Ph. Stoffel-Munck; Contrats Conc. Consom., oct. 2002, comm. 151, p. 29 ; JCP E., 2002, chron., n° 5, p. 38, note D. Mainguy.
- Cass. ch. mixte du 6 déc. 2002 note Stoffel-Munck (Ph).
- Cass. 1re civ. 21 janv. 2003, juris. n° 10, p. 693, obs. de V. Avena-Robardet
- Cass. crim., 19 févr. 2003 : RJDA 11/03, n° 1053.
- TGI Paris, 4 févr. 2003 : D. 2003, AJ., p. 762, obs. C. Manara.
- CA Paris, 23 mai 2003 : Juris-Data n° 2003-217480.

- Cass. 1re, civ., 8 juill. 2003 : JCP G 2004, II, 10107, p. 1239, note C. Duvert et N. Sauphanor-Brouillaud.
- TGI Nanterre, 10 sept. 2003 : Juris-Data, n° 2003-221400 ; Contrats Conc. Consom., janv. 2004, n° 18, obs. Raymond.
- CA Paris, 13e ch. B., 14 nov. 2003 : Gaz. Pal. 28, 29 avril 2004, juris. n° VIII, note P. Elsen.
- Civ. 1re, 25 nov. 2003 : Juris-Data n. 2003-021050 ; JCP, G, 2003, II, JP, 10046, note J. Raynard.
- Cass. com, 28 janv. 2004 : Gaz. Pal., 28, 29 avril 2004, juris. n° XVII, note J. Joseph.
- CA Colmar, 1re ch. B, 18 férv. 2004 : D. 2004, n° 26, juris. obs., V. A.-R
- Civ. 1re, 9 mars 2004 : D. 2004, n° 24, juris. p. 1727, note Ch. Riefa.
- Civ., 30 mars 2004, arrêt 554 F-P, Gros c/Sté Painveweber, inédit, voir, E. Loquin, RTD com. juill.–sept. 2004, chron. n° 4, p. 446
- Cass. com., 2 juin 2004 : RJDA 8-9/04, doctr., p. 864.
- Cass. 1re civ., 15 mars 2005 : D. 2005, juris., p. 887, obs. C. Rondey.

B- Jurisprudence communautaire

- CJCE, 6 oct. 1976, soc. Tessili c/ soc. Dunlop, aff. 12/76 : Rec., p. 1473 : RCDIP 1977, p. 751, note P. Gothot et D. Holleaux: JDI 1977, p. 714, obs. A. Huet; D. 1977, 614, note Droz.
- CJCE, 15 janv. 1987, H. Shenavai c/ Kreishe, aff. 266/85 : Rec. P. 239 ; JDI 1987, p. 465, obs. A. Huet ; RCDIP 1987, p. 798, note G. Droz.
- CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, Rec. I, P.4135.
- CJCE 14 mars 1991, arrêt Di Pinto : Rec. I, P. 1189 ; D. 1991, IR, p. 100.
- CJCE, 26 fév. 1992, aff. C-280/90 : Rec. I, p. 1111.
- CJCE, 17 juin 1992, soc. Jakob Handte, aff. C-26/91, motif n° 15 : RCDIP 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1993, p. 169, obs. J. M. Bischoff.
- CJCE, 19 janv. 1993, Shearson Lehman Hutton : Rec. CJCE, I, p. 183.
- CJCE, 3 juill. 1997, Benincasa : Rec. CJCE, I, p. 3767.
- CJCE, 9 juill. 1997, Parodi, Rec. CJCE, p. I-3899 ; RD aff. Intern, 1998, p. 78, note Sousi-Roubi.

- CJCE, 16 juillet 1998, Gut Springenheide, Aff. C-210/96, Rec. I, p. 4657.
- CJCE, 23 nov. 1999, Arblade, Rec. CJCE, p. I-8453 ; RCDIP 2000, p. 710, note Fallon.
- CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 : BICC, n° 1013 ; JCP G, 2001, II, n° 10513, note M. Carballo Fidalgo et G. Paisant ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre et B. Fages.
- CJCE, 13 janv. 2000, Estée Lauder Cosmetics, Aff. C-220/98, Rec. I, p. 135, Europe, mars 2000, p. 16, note Simon (D).
- CJCE, 11 juillet 2001, Sté des Eaux du nord : RJDA, déc. 2001, n° 1272, p. 1060 ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. Mestre et Fages ; AJDA 2001, p. 853, note Guyomar et Collin.
- CJCE du 22 nov. 2001, D. 2002, Juris. p. 2929.

Rec., CJCE, I, p. 4941 : JCP G 2001, II, 10513, note Carballo Fidalgo et Paisant ; RTD civ. 2001, p. 878, obs. Mestre et Fages ; Petites Affiches, 24 juillet 2001, p. 25, note S. Hourdeau.

- CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-372/99 : D. 2002, AJ, p. 1065, obs. E. Chevrier.
- CJCE, 19 févr. 2002, Besix c/Wabag, aff. C-256/00.
- CJCE, 21 nov. 2002 : D. 2003, 486, note Nourrissat.
- CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01: F. Naftalski et F. Raynal, Mise en ligne de données personnelles et transfert de données à l'étranger, Revue Lamy droit des affaires 2004, n° 67, n° 4163.
- CJCE, 11 déc. 2003, affaires Deutscher Apothekerverband, C-150/01 : D. 2004, IR, p. 732.
- CJCE, 9 sept. 2004, aff. C-70/03, Comm. c/Royaume d'Espagne : Europe 2004, comm. 376, note L. Idot ; S. Poillot-Peruzzetto, Droit international et européen, JCP G., I, chron., 110, p. 212.

INDEX

A

Acceptation de l'offre 141
Acceptation par double clic 152
Accusé de réception 158
Acte ad probationem 281, 290
Acte ad validitatem 281, 287, 290, 325
Acte authentique 277, 291 s, 325
Acte de la vie courante 186 s.
Acte sous seing privé 277, 291 s, 306
Activité dirigée 264 s.
Activité professionnelle 10, 82 s, 85 s, 92 s, 112, 223, 226, 250 s, 260 s, 264, 270, 324.
Arbitrage 268 s.
Archivage 34, 159, 195, 290, 304, 314.
Association de consommateurs 201 s, 263, 324.
Autorégulation (corégulation) 14, 340.

B

Bonne foi 8, 79 s, 108, 124, 322.

C

Caractéristiques essentielles 111 s.
Certificat électronique 316, 319.
Ciblage 231 s.
Clauses abusives 83 s, 196 s.
Code de bonne conduite 109, 195.
Commission des clauses abusives 199 s.
Communication des informations 100 s.
Conciliation 268 s.
Concours idéal d'infractions 132
Concours réel d'infractions 133
Concurrence loyale 67, 69.
Conditions générales du contrat 109 s.
Confirmation des informations 122 s., 154 s.
Conflit de juridictions 207 s., 243 s
Conflit de lois 207 s, 212 s., 226 s., 250 s., 260 s., 274 s.
Copies 121, 191, 194, 287, 290, 297, 299.
Consommateur 10, 80 s.
Contrats d'dhésion 8, 143, 161, 196.
Contrat type 12, 30, 112, 121, 195, 215, 222, 235
Convention sur la preuve 300 s.
Courrier électronique 38 s. ; 50 s.
Crédit 57 s.
Critère - Rapport direct 95 s.
- Finalité 91 s.
- Incompétence 94 s.

D

Délai de validité de l'offre 118 s.
Déontologie 6, 58, 59.
Déséquilibre contractuel 20, 23, 99, 140, 199, 260, 322, 326 s.
Document contractuel 192 s.
Documents informatifs 36, 192.
Dol 134 s.
Double clic 152 s.
Droit de rétractation 160 s.

E

Ecrit - Définition 285 s.
- Origine de l'écrit 280
- Préconstitution de l'écrit 289 s.

EDI 278.
Engagement unilatéral 78.
Equilibre contractuel 7, 199, 322.
Equité 99, 267.
Erreur 137 s.
Escroquerie 76, 137 s.

F

Frais de livraison 114 s.
Fraude à la loi 219, 324.

G

Galerie marchande virtuelle 107, 120, 225 s.

I

Identification du professionnel 105.
Immatérialité 12, 233.
Interactivité 12, 40, 218.
Internationalité 12, 28, 209, 223.

J

Jeux 72 s.

L

Langue française 49, 115 s.
Localisation du contrat 212 s.
Localisation objective 213 s.
Localisation subjective 216 s.
Logiciel 95, 174 s, 315.
Loi de police 235 s.
Loterie 72 s.
Loyauté 8, 15, 80, 124, 322.

M

Mandat 186 s., 190
Médiation 268 s.

Mineur 185
MMS 51

N

Négociation 8, 27, 143, 218, 222, 260.
Nom de domaine 107

O

Obligation précontractuelle d'information 80 s.
Offre - contenu 105 s.
- fermeté 27 s.
- lieu de couverture 31
- lieu de livraison 31
- précision 32 s.
- prix 112 s.
Opposabilité des conditions contractuelles 192 s.
Opt-in 51 s.
Opt-out 51 s.

P

Paiement 112 s.
Présomption de fiabilité 317 s.
Preuve électronique 277 s., 282 s.
Prime 70 s.
Promotion des ventes 61 s.
Publicité (définition) 37 s.
Publicité trompeuse 127 s.

Q

Qualification de l'offre 26 s, 47 s.
Quasi-contrat 78.

R

Règlement extrajudiciaire de litiges 268 s.
Règlement judiciaire de litiges 246 s.
Représentation 188 s.
Responsabilité objective 19.

S

Sanction civile 133 s.
Sanction pénale 126 s.
Services financiers 101 s.
Signature électronique 309 s.
SMS 51
Solde 68 s.
Solvabilité 28 s.
Standard ouvert 103 s.
Support durable 101 s.

T

Télé-achat 6
Tiers 188 s.
Transactions automatisées 179 s.
Transparence 8, 15, 46, 58, 104, 139, 273, 276, 326 s.
Transport 68, 110
Tromperie 129 s.

V

Vente par correspondance 6, 47, 66, 78.

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE…… 3

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS……4

INTRODUCTION……....6

Première partie : Elément intrinsèque de la formation des contrats à distance par voie électronique : l'accord de volontés……. 24

Titre I : L'offre à distance……. 26

Chapitre I : La notion d'offre à distance……... 26

Section I : Conditions de validité de l'offre à distance……..... 26
§1. Problème relatif à la fermeté de l'offre à distance……. 27
A- Problématique……. 28
B- Solutions…… 29
1. Solutions jurisprudentielles…….29
2. Solutions doctrinales……..... 30
§2. Problème relatif à la précision de l'offre à distance……32
A- Précision de l'offre en droit commun……. 32
B- Précision de l'offre en droit de la consommation……... 35
Section II: Qualification de l'offre à distance……37
§1. Offre à distance et publicité……..37
A- La notion de publicité……. 38
1. Définition de le publicité…… 39
2. Les critères de la publicité……..... 40
a. La considération technique……....40
b. La considération objective…… 41
B- Les enjeux juridiques…….. ……44
1. Règles générales à respecter……...44
a. Publicité identifiable et transparente…… 44
b. Publicité loyale et informative……. 46
2. Réglementations spéciales de la publicité……. 50
a. La réglementation spécifique du spamming……. 50
b. La publicité en faveur de certains produits et services.....55
c. Réglementation spécifique de la publicité du crédit à la consommation……...57
1. Champ d'application du nouveau texte……..57
2. Contenu de la publicité du crédit……...58

§2. Offre à distance et promotion des ventes…… 61
A- Identification des offres promotionnelles……... 62
B- Différents types de promotion…….. ……. 64
1. Promotion avec un avantage sur le prix……..65
a. La mise en œuvre de la promotion par la réduction de prix……65
b. Les contraintes relatives à l'exigence d'une concurrence loyale…… 67
2. La promotion par la prime……. 70
3. La promotion par la participation à un jeu…… 72

<u>Chapitre II : L'obligation précontractuelle d'information</u>…….. 80

Section I : L'encadrement de l'offre à distance……. 80
§1. Notion de consommateur : bénéficiaire de l'information précontractuelle. ……80
A- Le consommateur est-il une personne physique ?..... 82
1. En droit communautaire……..... 83
2. En droit français……. 88
B- Un professionnel peut-il être considéré comme un consommateur ?..... 90
1. Critère de finalité de l'acte……. 92
2. Critère de l'ignorance et de l'incompétence…….. …… 93
3. Critère de rapport direct……..95
§2. Communication et contenu des informations précontractuelles……..100
A- Communication des informations……100
1. Reproduction et conservation des conditions contractuelles……..100
2. Accès facile et permanent……..... 103
B- Le contenu des informations précontractuelles……. .. 104
1. Identification du professionnel : auteur de l'offre…….. 105
2. Informations sur les conditions contractuelles……108
a. Les conditions générales du contrat à conclure …….. 108
b. Caractéristiques essentielles des biens et services…. 110
c. Informations sur le prix et les modalités de paiement. ……. 112
d. Information précontractuelle et emploi de la langue française……...115
3. Information sur le délai de validité de l'offre.....118
4. Confirmation écrite des informations……...……..122

Section II : Le non-respect de l'obligation d'information…….. 124
§1. Nature juridique de l'obligation d'information…….. 124
§2. Sanction en cas de violation de l'obligation d'information…… 125
A- Sanctions pénales……. 126
1. Le délit de la publicité trompeuse……126
2. Le délit de tromperie……. …...128
3. Le délit d'escroquerie……..... 130

B- Sanctions civiles……... 133
1. Le dol ……... 134
2. L'erreur…… 136

Titre II : L'acceptation de l'offre à distance……. 141

Chapitre I : La notion d'acceptation à distance ……. 142

Section I : Définition et forme de l'acceptation à distance……..142
§ 1. Définition de l'acceptation ……142
§ 2. Evolution de la forme d'acceptation à distance……. 143
A- La forme classique de l'acceptation à distance……143
B- L'acceptation par simple clic……... 146

Section II: Le moment de la formation du contrat à distance……. 148
§1. Détermination du moment de la formation du contrat à distance……...149
A- Stabilité des solutions classiques……149
1. Formation du contrat à distance proposé par voie postale ou par distribution d'imprimés……..... 151
2. Formation du contrat à distance proposé par les réseaux de télécommunications….…….....151
B- Particularité de l'acceptation électronique…….....152
1. L'acceptation électronique par « double clic »……153
2. Le rôle probatoire de l'accusé de réception…….158

§2. Incidence du droit de rétractation sur le moment de la formation du contrat à distance……..160
A- Nature juridique du droit de rétractation……...162
1. Le droit de rétractation conduit-il à une formation instantanée ou progressive du contrat ?..... 162
2. Le droit de rétractation suspend-il la force obligatoire du contrat ?.....163
B- Régime juridique du droit de rétractation……..170
1. Conditions du fond……....170
2. La forme de rétractation……....176

Chapitre II : Contenu de l'acceptation à distance……..179

Section I : Problème relatif à l'auteur de l'acceptation ……. 179
§1. Les transactions automatisées……... 179
§2. L'acceptation d'un mineur ou d'un tiers……185
A- L'acceptation donnée par un mineur…….....185
1. La notion d'« acte de la vie courante »…...…….. 186
2. La notion de « mandat tacite »……186
B- L'acceptation donnée par un tiers……188
1. La notion de représentation……188
2. La notion de mandat apparent……190

Section II : Problème relatif à l'acceptation des conditions contractuelles…....192
§1. L'opposabilité des conditions contractuelles ……..192
§2. La suppression des clauses abusives ……..196
A- La suppression des clauses abusives à posteriori par le juge….196
B- La suppression préventive des clauses abusives……199

Deuxième partie : Eléments extrinsèques de la formation du contrat à distance par voie électronique : les éléments de sécurisation…..…… 205

Titre I : Loi applicable et juridiction compétente en matière du contrat à distance..207

Chapitre I : Règlement du conflit de lois……..212

Section I : La localisation du contrat à distance …….212
§1. Localisation subjective : autonomie de la volonté……..213
§2. Localisation objective…….216
Section II : Le contrat à distance et la mise en œuvre des règles bilatérales de conflit de lois……....220
§1. Les Règles générales en matière de conflit de lois ……221
A- La localisation du contrat……..221
1. Choix de loi applicable par les parties……...221
2. Le rattachement du contrat en l'absence de choix…....223
B- Problème spécifique de la localisation……...225
§2. La loi applicable aux contrats de consommation……....226
A- La protection du consommateur par l'article 5 : interprétation et adaptation au commerce électronique.....229
1. La protection générale du consommateur…….229
2. Interprétation souple mais concrète des circonstances de la transaction : protection justifiée……230
a. Une proposition spécialement faite ou une publicité……..231
b. L'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans le pays de résidence du consommateur…….....233
B- Les lois de police……234
1. Les lois de police dans le cadre communautaire……...235
2. Rapports avec les pays tiers…….. 238

Chapitre II : La juridiction compétente en matière de contrats à distance……... 243

Section I : Le règlement judiciaire des litiges contractuels …….246
§ 1. Règlement de conflit de juridictions dans le cadre extra communautaire……...…246
A- Adaptation des solutions classiques du conflit de juridictions au contrat à distance…….247
B- Difficultés concernant les contrats de consommation……...250

§ 2. Règlement de conflit de juridictions dans le cadre intracommunautaire……...253
A- Compétence spéciale de juridictions en matière contractuelle..……..255
1. Problématique générale…….256
2. Interprétation spéciale de l'article 5,1 et son application aux contrats électroniques…….257
B- Compétence juridictionnelle pour les contrats de consommation…….260
1. Domaine de protection du consommateur…….....261
2. La notion d' « activité dirigée »……..264
a. Interprétation du terme « activité dirigée »…….....264
b. La preuve de l'activité dirigée……265

Section II : Règlement extrajudiciaire des litiges contractuels……268

§ 1. Le règlement extrajudiciaire du litige contractuel au niveau international……271
§ 2. Le règlement extrajudiciaire du litige contractuel au niveau européen. 272
A- Recours encouragé au règlement extrajudiciaire de litiges contractuels……...……..272
B- Le règlement extrajudiciaire de litiges de consommation……..275

Titre II : La preuve du contrat électronique…….……277

Chapitre I : La reconnaissance juridique de la preuve électronique……. .285

Section I : Définition de l'écrit ……...…….285
Section II : La valeur juridique de l'écrit électronique…….…. 287
§ 1. L'admissibilité de la preuve littérale électronique……..287
A- Conditions d'admission de l'écrit en vue de preuve……288
1. L'origine de l'écrit……288
2. La préconstitution de l'écrit……..289
B- Les écrits admissibles en preuve……...290
1. Les actes authentiques……...……291
2. Les actes sous seing privé…….296
3. Les autres écrits……... 297
C- La convention sur la preuve…….. ……...299

§ 2. La force probante de la preuve littérale électronique…… ……302
A- Assimilation de l'écrit électronique à l'écrit sur support papier…. …….302
B- La valeur probatoire stricto sensu de la preuve électronique…….305
1. L'acte authentique…….306
2. Acte sous seing privé…….306

Chapitre II : La Signature électronique……...……309

Section I : La reconnaissance juridique de la signature électronique……309
§ 1. Définition générale de la signature selon une approche fonctionnelle……..309
A- Identification du signataire…….....310
B- Manifestation de la volonté du signataire de ratifier le contenu de l'acte……..311
§ 2. Définition spéciale de la signature électronique…….314
Section II : La mise en œuvre de la signature électronique…….315
§ 1. Deux types de signature électronique…….315
§ 2. La présomption de fiabilité à l'égard des parties et du juge……...317
A- La présomption de fiabilité à l'égard des parties…….. 317
B- La présomption de fiabilité et le rôle du juge……319

CONCLUSION…….322

BIBLIOGRAPHIE……328

INDEX……378