

**UNIVERSITE PARIS 1 PANTHEON – SORBONNE**  
**DESS DROIT DE L'INTERNET, ADMINISTRATION ET ENTREPRISE**

**MEMOIRE**

**LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE EN  
LIGNE ET LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR**

**PAR**

**LUCILE ARCHAMBAULT**

**SOUS LA DIRECTION DE MONSIEUR HERBERT MAISL, Conseiller d'Etat**

**PRESIDENT DU JURY :**

**MONSIEUR GEORGES CHATILLON**

**MEMBRES DU JURY :**

**MONSIEUR GEORGES CHATILLON  
MONSIEUR HERBERT MAISL  
MADAME ELISABETH CHAPERON  
MADAME MARIE-CLAIRE ROGER-GRAUX**

**ANNEE 2003 – 2004**

## **REMERCIEMENTS**

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur Georges Chatillon, Directeur du DESS Droit de l'Internet, Administration et Entreprise, pour la création de ce DESS qui nous a permis tout au long de l'année de partager notre passion des nouvelles technologies, et d'acquérir les connaissances spécifiques juridiques et techniques indispensables à l'exercice du droit dans un environnement aussi particulier que celui l'Internet. Merci également à Madame Elisabeth Chaperon et Madame Marie-claire Roger-Graux pour les conseils de méthodologie relatifs au mémoire.

J'aimerais ensuite remercier mon directeur de Mémoire, Monsieur le Conseiller d'Etat Herbert Maisl, pour ses précieux conseils et sa disponibilité tout au long de la préparation et de la rédaction de ce mémoire.

Enfin je remercie tous les enseignants et professionnels qui ont donné de leur temps pour nous faire partager leur passion et leurs connaissances en matière d'Internet.

# SOMMAIRE

<b>REMERCIEMENTS</b>	<b>2</b>
<b>SOMMAIRE</b>	<b>3</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>PREMIERE PARTIE :</b>	<b>8</b>
<b>LES CONDITIONS SPECIFIQUES DE L'OFFRE EN LIGNE</b>	<b>8</b>
<b>CHAPITRE 1</b>	<b>9</b>
<b>LES CARACTERES DE L'OFFRE DANS LE CONTRAT DE VENTE EN LIGNE</b>	<b>9</b>
Section 1 – Les questions relatives à la mise en ligne de l'offre	10
§1 Une offre en ligne permanente	10
A. Les questions posées par une offre permanente	10
B. La nécessité d'un public déterminé	12
§2 Une offre devant avoir un objet licite	13
A. Les caractères de l'objet	14
B. Les difficultés posées par l'internationalité d'Internet	15
Section 2 – Une offre en ligne qui se doit claire et compréhensible	17
§1 La question de l'emploi de la langue française	17
A. Une offre devant être compréhensible par l'internaute Français : la loi pour l'emploi de la langue française	17
B. Les difficultés posées par l'Internationalité du réseau	19
§2 les indications devant obligatoirement paraître sur le site	19
A. l'identification du vendeur et les caractéristiques essentielles du bien ou du service vendu	20
B. un accès facile aux informations obligatoires	21
C. La sanction de l'obligation d'information du vendeur	21
<b>CHAPITRE 2</b>	<b>23</b>
<b>La protection du consommateur dans le contexte international de l'Internet</b>	<b>23</b>
Section 1 – Une information obligatoire à l'égard du consommateur nuancée en fonction des pays concernés	24
§1 Le cas du cyber-commerçant installé en France	24
§2 Le cas du cyber-commerçant installé dans un pays de l'union européenne	24
§3 Le cas d'un cyber-commerçant installé dans un pays tiers	25
Section 2 – L'offre en ligne et la transmission des données personnelles du consommateur	26
§1 Un domaine sensible très encadré	26
A. La protection des données personnelles des consommateurs sur Internet d'un point de vue national et communautaire	26
B. La protection des données personnelles des consommateurs sur Internet d'un point de vue international	29
§2 La délicate question des offres commerciales non sollicitées	33
A. La forme et le contenu de la publicité en ligne	33
B. La prévention des offres commerciales non sollicitées	34
<b>DEUXIEME PARTIE</b>	<b>38</b>
<b>LES CONDITIONS SPECIFIQUES RELATIVES A L'ACCEPTATION EN LIGNE</b>	<b>38</b>
<b>CHAPITRE 1</b>	<b>39</b>
<b>Les caractères de l'acceptation en ligne</b>	<b>39</b>
Section 1 – Un consentement libre et éclairé	40

§1 Les informations sur le processus de commande _____	40
A. La nouvelle disposition de l'article 1369-1 du code civil _____	40
B. Un moyen de lutte contre les vices du consentement _____	41
§2 Les conditions générales de vente en ligne _____	45
A. La prohibition des clauses abusives _____	47
Section 2 – La capacité de contracter des parties _____	48
§1 Le problème de l'authentification des parties _____	48
A. L'interdiction pour les mineurs et les majeurs incapables de conclure un contrat _____	49
B. L'accès limité à certains sites en raison de son contenu _____	50
§2 Les solutions envisagées _____	51
A. La signature électronique _____	51
B. L'identification par numéro de carte bancaire _____	52
C. L'autorité de certification _____	52
D. Le contrôle parental _____	52
<b>CHAPITRE 2 _____</b>	<b>54</b>
<b>Les modalités de l'acceptation de l'offre en ligne par le consommateur _____</b>	<b>54</b>
Section 1 – Vers un consentement en deux étapes _____	55
§1 la nécessité d'un consentement non équivoque _____	55
A. Le principe : le silence ne vaut pas acceptation _____	55
B. Le danger du consentement par simple « clic » _____	56
§2 Un système renforcé : la nécessaire confirmation du consentement _____	57
A. Les dispositions de l'article 1369-2 du Code civil (A14-2 LCEN) _____	57
B. La valeur du consentement informatique par double « clic » _____	58
Section 2 – Le moment et le lieu de l'acceptation _____	60
§1 Application de la théorie classique des contrats de vente à distance de droit commun _____	60
A. Les intérêts attachés au moment et au lieu de formation du contrat _____	60
B. Les différentes théories et positions jurisprudentielles sur la question _____	61
§2 Confrontation de ces théories à la vente en ligne _____	63
<b>CONCLUSION : _____</b>	<b>65</b>
<b>ANNEXES _____</b>	<b>66</b>
- <b>ANNEXE 1 : BIBLIOGRAPHIE _____</b>	<b>66</b>
- <b>ANNEXE 2 : CONTRAT TYPE DE COMMERCE ELECTRONIQUE ENTRE UN PROFESSIONNEL ET UN CONSOMMATEUR Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris _____</b>	<b>66</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE _____</b>	<b>67</b>

# **INTRODUCTION**

L'infrastructure du réseau Internet correspond à l'infrastructure d'une multitude de réseaux informatiques. Un réseau informatique est connecté à un deuxième réseau informatique, lui-même connecté à un troisième, et ainsi de suite, de telle manière que chaque ordinateur d'un des réseaux peut communiquer avec n'importe quel ordinateur appartenant à un autre réseau.

Cette connexion généralisée est rendue possible par l'utilisation de protocoles de communication dit « TCP/ IP ».

Il est difficile d'évaluer la taille d'Internet à un moment donné, mais on peut constater néanmoins sa formidable croissance en quelques années. En 1981, moins de 300 000 ordinateurs étaient reliés à l'Internet, on en dénombrait plus de 12 millions en 1996 et depuis sa croissance est exponentielle, les transactions en ligne notamment, augmentent de plus de 50% chaque année selon une étude de Benchmark Group.

Ce formidable média offre à une population de masse mondiale le moyen de communiquer en un clic avec les populations du monde entier, de s'informer en tant réel, de s'instruire et de conclure de transactions sans interlocuteur physique et sans bouger de chez soi. Les distances et les frontières sont abolies.

Les entreprises ne pouvaient se désintéresser des opportunités offertes par le « World Wide Web » en matière de développement des échanges. Le commerce sur Internet se développe sans cesse, et la mise en place d'un serveur Web est devenue un outil de marketing.

Le commerce électronique diffère du commerce traditionnel par la manière dont l'information est échangée et traitée. Il y a une modification du support d'échange, mais pas de la nature juridique du rapport entre les parties qui reste un contrat.

La première question qui se pose concerne la qualification de ce contrat. L'Internet permet l'échange et la vente de biens et de services sans la présence physique des parties au contrat. On peut donc le qualifier de contrat de vente à distance.

La Directive communautaire du 20 mai 1997 concernant la « protection du consommateur en matière de contrat à distance » et sa transposition en droit interne français dans le code de la consommation définit la notion de contrat à distance. Selon l'article L121-16 du Code de la Consommation, est un contrat à distance « 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 utilise exclusivement une ou plusieurs techniques à distance ».

Est donc visé tout contrat conclu en dehors de la présence physique des parties. De plus selon l'article 14 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, est considéré comme soumis au régime de la vente à distance « 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 considérés comme des techniques de communication à distance la télématique, le téléphone, la vidéotransmission, la voie postale et la distribution d'imprimés ».

Par extension, cette définition s'applique aux contrats passés sur un site Internet.

Traditionnellement un échange s'effectue par un contrat direct et personnel, la présence simultanée des deux contractants est la base de l'engagement. Dans le contrat de vente en ligne, du fait de l'absence des parties des questions juridiques se posent à toutes les étapes du contrat, de sa formation à son exécution: Comment faire pour que l'intégrité du consentement ou la capacité de celui qui s'oblige soient respectées dans la formation du contrat ? Peut-on tout vendre sur Internet ? Quelles sont les garanties attachées à un paiement en ligne ? Plus généralement, quelles sont les règles applicables à ces contrats conclus sur le réseau, et les règles traditionnelles sont-elles suffisantes pour protéger le consommateur contre les abus d'entreprises ou vendeurs peu scrupuleux ?

La matière est vaste, nous avons donc choisi de nous attacher à l'étude de la formation du contrat de vente en ligne. La formation du contrat est la première étape du processus contractuel, la phase où la transaction se décide, où les consentements s'échangent pour aboutir à un contrat valide et équilibré.

Les réseaux ne sont qu'un vecteur pour la passation du contrat, pour le reste on retrouve les schémas connus et notamment les conditions de l'article 1108 du code civil selon lequel quatre conditions sont nécessaires pour que le contrat soit valablement formé :

- le consentement de parties
- leur capacité
- un objet licite
- Une cause licite.

Les conditions de formation du contrat sont dominées par le principe de l'autonomie de la volonté, selon ce principe, compte avant toute chose la volonté des parties. En matière de contrat de vente en ligne, l'autonomie de la volonté est relative du fait de la facilité et de l'anonymisation de la transaction. Faire ses courses sur Internet, commander des produits ou des services partout dans le monde est un jeu d'enfant, une simple pression du doigt sur le bouton de la souris suffit pour que l'internaute consommateur ait exprimé son consentement à la vente. Le risque est alors qu'il se retrouve lié par un contrat sans que les termes de celui-ci n'aient été portés à sa connaissance. La facilité de contracter dénature un peu le consentement, nécessitant alors l'instauration par les textes de mesures spécifiques de protection.

L'offre en ligne et l'acceptation, dont la rencontre forme le contrat, doivent être strictement réglementées afin que le consommateur soit en mesure de consentir librement et expressément à une offre claire, compréhensible et déterminée. Les mesures classiques du droit commun des contrats ont donc dû être précisées, adaptées et complétées par des textes spécifiques.

La construction du contrat de vente en ligne ne correspond à aucun standard, mais le fait est que la formule consistant à associer des conditions générales et des conditions spécifiques est assez fréquente.

Le commerce sur Internet ignore les frontières, l'offre peut concerner la France comme la Chine, on voit alors apparaître des contrats prévoyant expressément le « lieu d'ouverture de l'offre ». Le contrat de vente en ligne d'Infonie par exemple mentionne que « les offres ne sont valables qu'en France Métropolitaine », de même sur le site d'Apple il est mentionné « the Apple store sells and ships products only within the continental United states, Alaska and Hawaiï »<sup>1</sup>.

C'est également l'option retenue par le contrat type de commerce électronique élaboré par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris en 1998, annexé à cette étude. La clause restreignant les lieux de livraison participe à un soucis analogue, mais doit être distinguée car il s'agit d'une modalité d'exécution du contrat.

Dans le souci d'assurer la sécurité de la transaction, il est également bon de préciser la loi applicable au contrat, même si cela ne suffit pas à se prémunir contre le jeu de lois de police étrangères, en particulier les lois protectrices du consommateur. Les règles internationales ne doivent donc pas être écartées de cette étude. Cependant nous avons décidé de nous attacher plus précisément aux règles applicables aux consommateurs français, au regard de la récente évolution des textes et notamment les transpositions en droit français des directives sur le commerce électronique au travers de l'adoption de la loi pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004 et de la transposition de la directive relative à la protection des données personnelles du 24 octobre 1995 par la récente loi du 6 août 2004.

La formation du contrat suppose qu'une offre en ligne soit formulée par le vendeur et que cette offre soit acceptée par un internaute intéressé. Offre et acceptation doivent toutes deux répondre à un certain nombre d'exigences légales, et notamment aux quatre conditions de validité de l'article 1108 du code civil évoquées plus haut. Cependant ces conditions générales doivent être étudiées à la lumière de la spécificité de l'Internet et d'une communication au travers des réseaux.

Nous consacrerons une première partie à l'offre en ligne, étudiant au travers de deux chapitres les caractéristiques spécifiques de l'offre en ligne et leur aptitude à protéger le consommateur, puis nous compléterons le dispositif contractuel de formation du contrat en ligne en consacrant une deuxième partie à l'acceptation en ligne de l'offre par le consommateur, étudiant dans un premier chapitre les caractéristiques de cette acceptation et dans un deuxième chapitre les modalités de celle-ci.

---

<sup>1</sup> « la boutique Apple vend et distribue ses produits seulement sur le territoire des Etats-Unis, en Alaska et à Hawaiï »

## **PREMIERE PARTIE :**

### **LES CONDITIONS SPECIFIQUES DE L'OFFRE EN LIGNE**

Au sens technique, l'offre s'entend d'une proposition ferme de conclure un contrat déterminé à des conditions également déterminées. On doit la distinguer de l'offre à entrer en pourparlers qui vise seulement à instaurer une négociation d'où naîtra peut être un contrat mais sans que les éléments ne soient encore prévus. A ce stade le contrat apparaît encore comme une perspective assez lointaine. L'offre se distingue donc par sa précision et sa fermeté.

L'offre en ligne ne déroge pas à ces deux conditions essentielles, l'Internet n'est pas, comme certains profanes le pensent, une zone de non droit. Le droit commun des contrats va trouver à s'appliquer en matière de contrat en ligne, mais va nécessiter certaines adaptations du droit à la pratique et la mise en place de conditions spécifiques.

En effet en matière d'offres en ligne, certaines questions fondamentales se posent quant à l'application des traditionnelles conditions de l'offre dans le domaine particulier de l'Internet et des réseaux.

Le but de cette partie est de lever le voile sur les conditions spécifiques, posées par les textes et la pratique, nécessaires à l'évolution du droit dans ce domaine. Dans un premier chapitre nous nous attacherons à l'étude des caractères de l'offre dans le contrat de vente en ligne, et nous verrons l'adéquation entre les conditions traditionnelles de l'offre, nécessaires à la formation du contrat, et les exigences et spécificités d'une offre dématérialisée. Notre deuxième chapitre sera consacré plus spécifiquement à la protection du consommateur, partie faible au contrat.

# CHAPITRE 1

## **LES CARACTERES DE L'OFFRE DANS LE CONTRAT DE VENTE EN LIGNE**

Les caractères de l'offre dans le contrat de vente en ligne, ne sont pas différents du droit commun dans leur principe. Pour constituer une offre au sens juridique du terme, le message affiché sur le site commercial ou envoyé par courrier électronique doit contenir tous les éléments nécessaires à la conclusion d'un contrat, comme la désignation du produit, ou encore son prix.

Traditionnellement l'offre doit répondre à certaines conditions essentielles, elle doit être ferme, ce qui entraîne certaines conséquences juridiques pour l'offrant en terme de délais de validité, claire, précise et compréhensible.

Dans le contexte d'Internet, les échanges sont multipliés, instantanés et internationaux. Conscient de l'immense capacité d'Internet en matière de commerce électronique, mais également des nombreuses difficultés aussi bien techniques que juridiques qu'il engendre, le législateur est intervenu afin de poser une réglementation spécifique et adaptée à l'offre en ligne.

Cela va nous conduire à nous interroger tout d'abord sur la mise en ligne de l'offre, l'interprétation que nous pouvons en faire, et son adéquation avec les règles traditionnelles du droit commun français, ce sera l'objet de notre première section.

Nous consacrerons ensuite une deuxième section aux caractères de l'offre en elle-même. Ceux-ci ont une grande importance car l'offre est le premier contact du futur acheteur avec le produit qu'il convoite, elle se doit alors d'être précise, claire, et compréhensible.

Nous verrons au cours de ces deux sections que des questions qui pourraient paraître simples au regard du droit traditionnel, se complexifient lorsque nous les sortons de leur contexte habituel pour les appliquer dans un domaine que les rédacteurs de 1804 étaient bien loin d'imaginer.

## **Section 1 – Les questions relatives à la mise en ligne de l’offre**

Une offre de contracter peut figurer sur un site Internet marchand ou résulter d’une sollicitation au moyen d’un courrier électronique.

Dans le premier cas, elle s’adresse à un public indéterminé quant à son origine territoriale (nationale, régionale ou internationale) et quant à son caractère professionnel ou non.

Dans le deuxième cas, elle est dirigée volontairement vers une entreprise ou un individu. L’offre pouvant être délimitée dans le temps et dans l’espace, il conviendra que ses limites apparaissent clairement (§1).

L’offre mise en ligne devra également avoir un objet licite pour que le contrat qui résultera de sa rencontre avec l’acceptation du consommateur soit valablement formé (§2).

### **§1 Une offre en ligne permanente**

Dans les pays de droit civil, quand un commerçant propose des produits en ligne, il est en état d’offre dite « permanente ». En effet, Les sites marchands renouvellent régulièrement leurs offres compte tenu de la très grande capacité de comparaison avec les offres de sites concurrents qui sont à la disposition du consommateur sur le réseau.

L’offre en ligne est spécifique du fait de son support, elle est présente en permanence sur le site (A), et a pour vocation de toucher un maximum de personnes, en France et dans le monde entier (B)

#### **A. Les questions posées par une offre permanente**

L’offre en ligne ne peut être considérée comme traditionnelle. La très grande concurrence qui règne sur le réseau Internet contraint les vendeurs à faire preuve de créativité afin que leurs offres soient affichées en permanence et surtout compétitives. Cependant il est de la vocation d’une offre, en ligne ou non, d’être retirée une fois acceptée le contrat étant valablement formé. Malgré tout, certaines peuvent être oubliées, quelles en sont les conséquences juridiques ?

##### **1. Spécificité de l’offre en ligne : une offre permanente**

Des sites marchands comme « [www.Ebay.fr](http://www.Ebay.fr) » offrent tous les jours des offres de biens ou de services. S’ajoutent à cela les entreprises commerciales qui sont de plus en plus nombreuses à profiter de la formidable opportunité qu’offre Internet pour se faire connaître et proposer leurs produits partout dans le monde.

Ce phénomène a pour effet d'accroître la concurrence, obligeant les sites marchands et les entreprises à innover et proposer toujours plus de services et de produits nouveaux. Ils se retrouvent donc en position d'offre permanente, celle-ci étant destinée à un public à la fois régional, national, voir international. Cette situation implique de la part des « cyber-marchands » une forte mobilisation en matière de veille concurrentielle.

Cependant l'offrant est tenu de maintenir son offre pendant un certain temps. La majorité de la doctrine classique admet la libre révocabilité de l'offre, car selon elle seul l'accord de volonté est « générateur d'obligation »<sup>1</sup>. L'offre mise en ligne par l'offrant ne manifeste que sa propre volonté tant qu'elle n'a pas été acceptée. Cette opinion est tout de même contraire à la sécurité juridique des transactions. Celui qui reçoit l'offre, en se connectant par exemple au site marchand, risque de subir un préjudice s'il ne dispose pas d'un délai raisonnable pour examiner l'offre avec attention.

La jurisprudence a été sensible à ces considérations pratiques et admet que l'offre doit être maintenue pendant un certain temps<sup>2</sup>. En l'absence de délais mentionnés dans l'offre, la jurisprudence affirme souvent que l'offre est librement révocable si elle est adressée au public. Elle reconnaît tout de même l'existence d'un délai dit « raisonnable » au regard des circonstances, de la nature du contrat et des usages.

Cependant la nature du réseau est susceptible de bouleverser la notion de délai raisonnable en matière d'offre. En effet, le renouvellement fréquent des sites peut avoir pour conséquence que l'offrant, suivant de trop près les variations des offres concurrentes, en matière de prix par exemple, risque de retirer précipitamment son offre et de commettre le cas échéant une faute vis à vis des visiteurs de son site.

A l'inverse, une offre commerciale désuète qui sera restée en ligne par négligence, pourra engager contractuellement le responsable du site vis à vis d'un client qui aura manifesté son consentement et accepté l'offre.

## **2. Les solutions posées par la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique**

La Loi pour La Confiance en l'Economie Numérique adoptée le 21 juin 2004 intègre un nouvel article 1369-1 alinéa 1 au Code civil selon lequel « 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 ».

Le vendeur doit donc avoir une parfaite maîtrise des offres figurant sur son site marchand pour éviter tout engagement dû à une négligence de son fait.

Il sera alors judicieux pour le consommateur client de se préconstituer une preuve de sa commande, notamment par le procédé de signature électronique, qui sera étudié plus loin, et par un archivage sécurisé de ses échanges électroniques. Enfin une impression papier demeure une précaution supplémentaire et facile qui constituera un début de preuve par écrit.

---

<sup>1</sup> Flour et Aubert, « Les Obligations » page 92

<sup>2</sup> Req. 28 février 1870

## B. La nécessité d'un public déterminé

Selon les textes et notamment la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises, l'offre doit s'adresser à un public déterminé, or un des buts du commerce électronique est au contraire d'attirer et de toucher le maximum d'individus, l'Internationalité du réseau remet en cause un des caractères essentiels de l'offre en droit français.

### 1. l'offre doit être faite à des personnes déterminées (convention de vienne du 11 avril 1980)

La spécificité de l'Internet est que la notion de frontière n'existe pas. Le commerçant qui va mettre ses produits en ligne va s'adresser à un ou plusieurs consommateurs situés sur les territoires du monde entier. Par conséquent il faut prendre en considération des règles spécifiques à la vente internationale de marchandises.

Selon l'article 14 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente Internationale de marchandises, « (...) 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 quand elle désigne des marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de le déterminer. 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. »

En matière d'Internet, le vendeur poste une offre sur son site ou sur un site marchand. Celle-ci va pouvoir être lue par toutes les personnes connectées au réseau et plus précisément au site du vendeur ou du site publiant l'offre, il est difficile alors d'affirmer que l'offre a été adressée à une personne déterminée.

La Commission Economique des Nations Unies pour l'Europe, dans son projet « Electronique Agreement »<sup>1</sup>, approuvé en mars 2000 dispose dans son article 3.2.1 « A message constitutes an offer if it includes a proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons which is sufficiently definite and indicates the intention of the sender of the offer to be bound in case of acceptance. »<sup>2</sup>

Une telle clause pourrait être introduite sur le site du vendeur ou le site marchand, l'offre serait valable à condition d'être suffisamment précise et ferme pour que l'internaute intéressé, sache à quoi s'engager et contracte en toute connaissance de cause. Le vendeur doit également démontrer son intention d'être lié en cas d'acceptation par l'internaute.

---

<sup>1</sup> « Contrat électronique » CEFACCT mars 2000 article 3.2.1

<sup>2</sup> « un message constitue une offre s'il inclut une proposition de conclure le contrat adressée à une ou plusieurs personnes spécifiques, la proposition étant suffisamment définie et indiquant l'intention de l'offrant d'être lié en cas d'acceptation »

## **2. Un concept s'appliquant aux contrats «intuitu personae» en droit français**

En droit positif français, la jurisprudence rappelle que «l'invitation à entrer en pourparlers» est un concept qui ne trouve à s'appliquer que dans les contrats «intuitu personae», c'est à dire conclu en fonction des caractéristiques de la partie contractante, ses capacités professionnelles, son savoir faire...

Ce type de contrat semble à priori exclu en matière de relations contractuelles par le réseau Internet. En effet le contrat de vente en ligne, nous l'avons vu en Introduction, s'analyse comme un contrat à distance, entre absents. L'internaute du fait de la législation protectrice en matière de contrats à distance<sup>1</sup>, dispose d'un certain nombre d'informations obligatoires, nous le verrons plus loin, lui permettant à priori de savoir avec qui il contracte. Le vendeur cependant par l'offre en ligne balaye un public non seulement national, mais également international. La notion de contrat intuitu personae cadre mal avec l'utilisation d'Internet.

Cependant ce propos pourrait être nuancé, car il existe des marchés virtuels spécialisés, par exemple le marché de la chimie, qui vise à supprimer les intermédiaires et à mettre en relation directe les acheteurs et les vendeurs qui se connaissent déjà parfaitement car ce site est d'initiative commune<sup>2</sup>.

Par conséquent la mise en ligne d'une offre par le vendeur ne s'analyserait non pas comme une invitation à entrer en pourparlers, mais bien comme une offre réelle de contracter.

Cette offre en tant que telle doit de respecter les conditions de validité du contrat, et avenant toute chose son objet qui doit être licite.

### **§2 Une offre devant avoir un objet licite**

Internet ressemble à une immense sphère de liberté notamment du fait de la facilité avec laquelle il est possible à tout individu de proposer des produits ou des services divers et variés, sans contrôle apparent. Cependant cette liberté n'est qu'illusoire, car pour que le contrat soit valablement formé, il faut qu'il ait notamment un objet licite.

La lettre même de l'article 1108 s'applique ici, mais il reste à en étudier les contours : que peut-on vendre concrètement sur Internet (A) ? Internet nous l'avons déjà évoqué, est un réseau sans frontière, or les législations diffèrent d'un pays à l'autre, l'objet du contrat licite dans un pays, peut être illicite dans un autre. Comment surmonter ces difficultés ? Quelle loi s'applique alors ? Nous allons nous efforcer de répondre dans ce paragraphe à ces différentes questions.

---

<sup>1</sup> notamment le code de la consommation

<sup>2</sup> les Echos 18 mai 2000, à chercher...

## **A. Les caractères de l'objet**

L'objet du contrat est « ce à quoi le débiteur est tenu envers le créancier »<sup>1</sup>. Dans un contrat synallagmatique comme le contrat de vente, qui fait naître à la charge des parties des obligations réciproques, pour le vendeur il s'agira de livrer la chose conforme à l'offre faite et pour l'acheteur d'en payer le prix, l'objet est donc double. Cet objet doit correspondre différentes caractéristiques pour que le contrat soit valablement formé. Il doit être déterminé ou déterminable (1) et licite (2).

### **1. La détermination de l'objet dans le contrat de vente en ligne**

Selon l'article 1129 du code civil « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

Cette exigence semble naturelle, l'acheteur ne va pouvoir s'engager valablement que s'il sait sur quoi précisément.

Dans le domaine de l'Internet, cela va se traduire par un certain nombre de mentions obligatoires que le responsable d'un site marchand va devoir apposer sur son site quant au produit ou au services offerts. Il en est de même pour les sites mettant en ligne des offres diverses venant d'Internautes : devront figurer dans le corps même de l'offre les caractéristiques essentielles du produit ainsi que son prix.

### **2. La licéité de l'objet**

L'article 1128 du code civil dispose que « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de convention ».

Le commerce électronique permet à priori l'échange de tous produits matériels sans distinction aucune. Pourtant si certaines marchandises peuvent être commercialisées en ligne sans restriction majeure, d'autres considérées « à risque » font l'objet de restrictions, tel est le cas par exemple des éléments du corps humain qui est considéré comme hors commerce du fait du principe d'ordre public d'indisponibilité du corps humain.

Cependant force est de constater que ce principe n'est pas toujours suivi sur le réseau. Les exemples restent rares mais existent tout de même : on pouvait trouver par exemple sur le site d'enchère en ligne « ebay » début décembre 1999 une offre pour la vente d'un rein humain, qui, pour l'anecdote, avait atteint 5.7 millions de dollars au moment de la suspension de l'enchère par « ebay »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Flour et Aubert, « les obligations », p164

<sup>2</sup> Article de Maître Etienne Wery, avocat aux barreaux de Bruxelles et Paris, Cabinet Ulys, paru en décembre 1999 sur le site [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org) « trafic d'organe sur le net : jusqu'où aller trop loin ? »

Dans des cas comme celui-ci, qui restent assez extrêmes, l'immoralité et l'illicéité du contrat du fait de la vente d'un produit hors commerce entraînent sa nullité.

## **B. Les difficultés posées par l'internationalité d'Internet**

Tout ne peut être vendu par Internet. L'article 1128 du code civil prohibe la vente de ce qui est hors commerce, nous l'avons vu, mais ce que la loi française réprime et prohibe n'est pas prohibé et réprimé partout dans le monde. L'internaute français a accès du fait du web à des produits de toutes origines, Un vendeur va pouvoir mettre en ligne un produit licite dans son pays d'origine mais considéré comme illicite (ou hors commerce) dans d'autres pays du monde. Quelles règles s'appliquent dans ce cas là ?

L'affaire « Yahoo »<sup>1</sup> donne un exemple de la difficulté posée par l'internationalité du réseau Internet.

Dans cette affaire, la Ligue Internationale contre le Racisme et l'Union des Etudiants Juifs de France reprochaient la mise en vente quasi quotidienne d'objets et de trophées nazis sur le site « Yahoo ». Ces deux organismes ont d'abord appelé à un boycott général de Yahoo, puis ont porté le litige de devant le Tribunal de Grande Instance de Paris.

Le 22 mai 2000 une première décision a été rendue ordonnant d'une part à Yahoo incorporation de « prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur « www.yahoo.com » du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis » ; et d'autre part que Yahoo France prévienne tout internaute consultant son site, avant de faire usage du lien lui permettant de poursuivre ses recherches sur « Yahoo.com », que si le résultat de sa recherche l'amène à « pointer » sur des pages, des sites ou des forums dont les contenus constituent « une infraction à la loi française », il doit « immédiatement interrompre la consultation du site concerné ».

Cette affaire est renvoyée au 24 juillet 2000. Lors de l'audience, Yahoo appuyée par un expert, expose que les mesures techniques demandées sont impossibles à réaliser. A la suite de cela, dans une ordonnance du 11 août 2000 une expertise est confiée à un collègue d'experts afin de décrire les « procédures de filtrage pouvant être mises en œuvre par la société Yahoo inc. Pour interdire l'accès aux internautes opérant à partir du territoire français des rubriques qui pourraient être jugées illicites par les autorités judiciaires françaises ».

Du point de vue du droit international privé, dans cette affaire le Tribunal de Grande Instance de Paris était-il compétent et pouvait-il appliquer le droit français ? Selon le juge, la simple visualisation est une faute sur le territoire français, ce qui cause un dommage au demandeur, ce qui justifie l'intervention de tribunaux français<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Association « Union des Etudiants Juifs de France » et la « ligue contre le racisme et l'antisémitisme » contre Yahoo incorporation et Yahoo France, tribunal de Grande instance de Paris, ordonnance de référé du 11 août 2000.

<sup>2</sup> Ordonnance du 20 mai 2000 : « la simple visualisation en France de tels objets constitue une violation de l'article R 645-1 du code pénal et donc un trouble à l'ordre public interne (...) en outre cette visualisation cause à l'évidence un dommage en France aux associations demanderesses »

Cette décision est justifiée par le fait qu'une simple connexion au site d'enchères de Yahoo réalisée à partir d'un poste situé en France, permet à la société de savoir qu'elle s'adresse à un public français. En effet l'adresse IP<sup>1</sup>, c'est à dire une adresse généralement sémantique (composée de 4x4 chiffres espacés de points) permettant de localiser les ordinateurs connectés au réseau, permet de déterminer l'origine géographique des appels. Mais d'autres indices peuvent être pris en comptes comme par exemples les « cookies », petits logiciels espions, qui permettent de réunir des informations sur les habitudes de consommation ou de navigation de l'internaute. De plus l'ordonnance retient que Yahoo répond par le renvoi d bandeaux publicitaires rédigés en Français.

De ces éléments elle déduit un lien de rattachement avec la France suffisant pour que la juridiction française soit compétente. Cependant certains auteurs dont maître Etienne Wery dans un de ses articles commentant cette affaire<sup>2</sup>, estiment que le juge français aurait du décliner sa compétence, car la simple possibilité de visualisation était un élément insuffisant pour fonder sa compétence. De plus, admettre la compétence du juge français du fait de la simple visualisation de l'offre en ligne proposant un objet illicite dans un ou plusieurs pays du monde, implique la compétence de tous les tribunaux des pays dans lesquels cet objet sera perçu comme illégal ou troublant l'ordre public et les bonnes mœurs, à partir du moment où il sera visible sur l'ordinateur d'un internaute local. Ainsi le vendeur qui mettrait son offre en ligne devrait penser à sa perception dans tous les ordres juridiques au sein desquels son offre sera accessible. Cela risque de constituer un frein de taille au commerce électronique même pour les internautes les plus chevronnés.

Enfin il faut préciser qu'après la décision du Tribunal de Grande Instance de Paris de se déclarer compétent pour juger de cette affaire, c'est la Cours d'Appel de Paris qui vient de rendre les mêmes conclusions. Dans cette affaire La juridiction de première instance avait déclaré que la « mise à disposition du public d'un site de vente aux enchères d'objets nazis, qui peut être vu et reçu sur le territoire national et auquel l'internaute peut accéder du fait de la simple existence d'un lien informatique « search<sup>3</sup> » caractérise l'élément de publicité qui constitue le délit d'apologie de crime de guerre, et ce sans besoin que l'internaute soit spécialement démarché par le propriétaire du site. ».Les juges d'appels se sont proposés dans le même sens dans un arrêt du 17 mars 2004.

Les mêmes critiques que celles faites lors de l'affaire Yahoo peuvent se retrouver ici. Le critère du lieu d'hébergement du site pourrait constituer un critère de rattachement afin de déterminer la loi compétente, cependant ce critère peut sembler trop restreint et surtout peu protecteur du consommateur, français notamment, qui pourrait se voir appliquer une législation moins favorable.

En revanche, le critère retenu en l'espèce, comme dans l'affaire précitée, à savoir la visualisation sur le territoire national semble trop large, admettant qu'une multitude de législations soit compétente en fonction du territoire sur lequel sera visualisé le site ou la page litigieuse.

L'internationalité d'Internet pose donc des questions fondamentales, et les solutions retenues, bien que critiquées ont cependant le mérite de protéger le consommateur français,

---

<sup>1</sup> « Internet Protocole »

<sup>2</sup> « Yahoo (re)condamnée en référé : à problème complexe solution boiteuse », 22 novembre 2000, [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)

<sup>3</sup> chercher

qui pourra se placer sous la protection des textes français régissant le droit de la consommation.

Celle-ci s'appliquant alors, devront être respectés les autres conditions de l'offre, qui doit être précise, claire et compréhensible.

## **Section 2 – Une offre en ligne qui se doit claire et compréhensible**

L'offre va donner naissance à un contrat à condition d'être acceptée. Pour cela elle doit être suffisamment précise et compréhensible pour que l'acceptation puisse provoquer ce résultat. Ce même principe s'applique en matière d'offre en ligne. L'offre postée par le vendeur doit pouvoir se rapporter à un objet ou une prestation précisément décrite pour qu'il puisse contracter en toute connaissance de cause.

Cependant en matière d'Internet, la question n'est pas si aisée, car l'offre va se disperser aux quatre coins du globe via le réseau. Comment la rendre compréhensible partout dans le monde ? Un élément de réponse nous est apporté par la jurisprudence et notamment les affaires précitées (§1). De plus la loi impose en matière d'Internet l'apposition sur le site d'un certain nombre de mentions et d'informations très précises par le vendeur (§2).

### **§1 La question de l'emploi de la langue française**

Selon la jurisprudence Yahoo, la simple visualisation par l'internaute français d'un site ou d'une page Web appelle la compétence des juridictions françaises. La loi française s'appliquera donc notamment si le site du vendeur est hébergé en France.

Par conséquent les informations véhiculées par le réseau et l'offre notamment doivent être en Français, conformément à la loi du 4 août 1994 sur l'application de la langue française et tendant de renforcer le droit de la consommation (A). Cependant, une fois encore des difficultés se posent du fait de l'internationalité du réseau (B).

#### **A. Une offre devant être compréhensible par l'internaute Français : la loi pour l'emploi de la langue française**

L'offre doit être « compréhensible », c'est à dire que celui qui en prend connaissance doit pouvoir sans difficulté, et nous nous adressons ici au standard du « bon père de famille », comprendre les conditions essentielles de celle-ci, à savoir, son prix, le produit en lui-même, et les conditions d'achat.

La loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française est un texte imposant une quantité de mesures sur des domaines divers, mais tournés vers un but unique : maintenir

ou renforcer l'usage de la langue française, celle-ci étant reconnue depuis 1992 comme « langue de la République »<sup>1</sup>.

La loi sur l'usage de la langue française a vocation à protéger le consommateur dans ses relations avec les diverses personnes susceptibles d'abuser de leur position notamment le vendeur surtout s'il s'agit d'un professionnel.

Il faut tout de même préciser qu'un tel dispositif n'est pas propre à la France, beaucoup de pays disposent d'un tel instrument afin de protéger leurs consommateurs en leur faisant bénéficier de l'emploi de la langue qu'il maîtrise le mieux<sup>2</sup>.

La loi sur l'usage de la langue française impose des obligations spéciales d'information : l'information du consommateur, quelle que soit son origine (offre de produits ou services, mode d'emploi, garantie ou publicité) est impérativement réalisée en français<sup>3</sup>. Cependant cette obligation n'est pas nouvelle car elle était déjà définie dans le code de la consommation à l'article L 121-68<sup>4</sup>. Il résulte de ce texte que l'offre afin d'être parfaitement comprise par le consommateur, doit être écrite dans sa langue, et en français s'il s'agit d'un citoyen français.

Ces règles s'appliquent – elles à Internet ? L'offre de biens ou de services lors d'une transaction sur le réseau n'échappe pas aux dispositions légales. Cela va dans le sens de la directive du 20 mai 1997<sup>5</sup> sur la protection du consommateur en matière de contrats à distance qui impose que l'information aux consommateurs soit « claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée dans le respect notamment des principes de loyauté en matière commerciale ». Par conséquent lorsque les internautes français ont la possibilité de souscrire à une offre commerciale en ligne les obligations réciproques en découlant doivent être rédigées en Français.

Cependant qu'en serait-il d'une offre visible en France via le réseau Internet, mais non dédiée au public français ? Il semblerait au regard de la jurisprudence<sup>6</sup>, que du simple fait de l'accessibilité du site ou de l'offre en France découle l'emploi de la langue française. Un commerçant ne souhaitant pas subir les rigueurs de la loi française en la matière aurait

---

<sup>1</sup> article 2 de la constitution française de 1958

<sup>2</sup> Loi de 1976 sur les médicaments en Allemagne, législation imposant des modes d'emploi en japonais au Japon...

<sup>3</sup> Article 2 alinéa 1 de la loi du 4 août 1994

<sup>4</sup> « Lorsque le consommateur réside en France ou lorsque le bien ou l'un des biens est situé sur le territoire français, l'offre est rédigée en langue française.

L'offre est en outre rédigée, au choix du consommateur, dans la langue ou l'une des langues de l'Etat membre dans lequel il réside ou dont il est ressortissant, parmi les langues officielles de la Communauté européenne.

Lorsqu'en application des alinéas qui précèdent l'offre est rédigée en deux langues le consommateur signe, à son choix, l'une ou l'autre version.

Lorsque le bien ou l'un des biens est situé dans un autre Etat membre de la Communauté européenne que la France et que le contrat n'est pas rédigé dans la langue de cet Etat en application du présent article, une traduction conforme dans cette langue est remise au consommateur »

<sup>5</sup> JOCE 4 juin 1997 n° L 44 p19

<sup>6</sup> voir infra

toujours la possibilité d'interdire les livraisons sur le sol français ou en refusant le paiement des cartes bancaires souscrites en France. La transaction ne pourrait jamais être réalisée.

## **B. Les difficultés posées par l'Internationalité du réseau**

Nous avons vu que les informations concernant un produit ou un service en vente sur le réseau doivent être rédigées en français du simple fait de leur accessibilité sur le territoire français par les internautes nationaux.

Cependant beaucoup de responsables de site, notamment marchands, réalisent ceux-ci en langue anglaise, de façon à toucher un plus large public de consommateurs, et afin également que leur site ou leurs offres soient référencés dans un plus grand nombre de moteurs de recherche.

Sur un réseau à vocation mondiale, la notion de rattachement national est difficile à cerner, qu'en est-il d'un responsable de site étranger qui désire vendre à un public largement défini ? A ce propos la loi du 4 août prévoit dans son article 4 une possibilité de traduction en langue française, à condition que celle-ci soit lisible, audible ou intelligible. La traduction doit être fidèle.

Une autre question se pose : un site destiné à apparaître sur l'ordinateur d'internautes situés aux quatre coins du monde doit-il être traduit simultanément dans toutes les langues des pays dans lesquels l'offre a la possibilité d'être visualisée ? Il existe des procédés de traduction automatique permettant de se conformer aux dispositions légales en vigueur : la Traduction Assistée par Ordinateur. Cependant ce dispositif ne permet pas de satisfaire à la protection du consommateur du fait de ses résultats souvent imparfaits qui peuvent semer le trouble dans l'esprit de l'internaute ou établir de contresens avec l'offre réelle. Celle-ci devient alors incompréhensible, empêchant la formation du contrat de vente en ligne, le consommateur ne pouvant donner un consentement éclairé.

Avec le développement d'Internet et du commerce électronique, le consommateur se retrouve en danger, confronté à une langue qu'il ne comprend pas forcément bien. Ce sujet n'est pas encore résolu, les différents rapports sur la question ne proposant pas de solution pratique satisfaisante. Cependant la réalité est là : l'internaute consomme et contracte via le Web. Si le mystère de la langue n'est pas résolu, certaines mesures ont pour but d'assurer sa protection en lui permettant de donner un consentement éclairé sur la chose objet de l'offre et sur la personne avec laquelle il contracte.

### **§2 les indications devant obligatoirement paraître sur le site**

Pour le législateur l'information des parties est une condition essentielle pour un contrat équilibré formé par la rencontre d'une offre précise et déterminée et d'un consentement libre et éclairé. Pour cela la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique promulguée en juin 2004, transposant en droit français la directive « commerce électronique » du 8 juin 2000, et le code de la consommation intégrant la directive sur les contrats à distance de 1997, imposent au responsable du site l'apposition sur celui-ci d'un certain nombre

d'informations indispensables (A), celle-ci devant être facilement accessibles aux internautes (B)

### **A. l'identification du vendeur et les caractéristiques essentielles du bien ou du service vendu**

L'article 19 de la loi pour la confiance en l'économie numérique impose au vendeur désireux de vendre des produits ou services sur Internet une série d'informations relatives à lui-même, à sa société et aux produits ou services vendus.

#### **1. les informations préalables**

Selon l'article 4 de la directive de 1997 sur les contrats à distance, l'obligation traditionnelle d'information a été renforcée. Les informations suivantes doivent être fournies :

- les noms et prénoms du vendeur s'il s'agit d'une personne physique,
- sa raison sociale s'il s'agit d'une personne morale, ainsi que son numéro d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés,
- son adresse, numéro de téléphone,
- Enfin, le prix du produit ou du service ainsi que la mention des taxes et frais de livraison.

Ces informations ont pour but de permettre au consommateur de savoir avec qui il contracte, et éventuellement de rechercher s'il s'agit d'une société sérieuse et non fictive. Les informations communiquées peuvent également servir à tester la situation financière de l'entreprise du commerçant afin par exemple de voir si celui-ci ne se trouverait pas en redressement judiciaire, ou liquidation, donc dans une situation où il ne serait pas en mesure d'exécuter ses propres obligations, notamment la délivrance du produit acheté sur le site.

#### **2. Les informations relatives aux produits et services vendus en ligne**

Le vendeur a l'obligation de fournir également des informations sur la prestation elle-même. Cette obligation est posée par les textes généraux, mais s'applique également aux contrats conclus en ligne.

Tout d'abord, selon l'article 1602 du code Civil, le vendeur est « tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige », mais il existe des dispositions plus précises dans le cadre d'un contrat de vente conclu avec un consommateur, comme l'article L111-1 du code de la consommation imposant au vendeur de permettre au consommateur de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service »<sup>1</sup>. De même il doit indiquer la période

---

<sup>1</sup> L111-1 « 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 ».

pendant laquelle les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché<sup>1</sup>.

Ensuite, Il est indispensable que le consommateur dispose d'une information « précise( ...) par tout moyen faisant preuve, avant la conclusion du contrat »<sup>2</sup> sur le prix du produit ou du service mis en vente en ligne. Le procédé retenu pour l'information importe peu ici, il doit seulement être adéquat. En général sur Internet cela se fait comme sur un catalogue par la simple mention du prix, avec mention de la devise utilisée, cette information est nécessaire au cadre international d'Internet. Il est généralement apposé à coté d'une photo du produit (bien souvent suivie de la mention « non contractuelle ») reproduisant fidèlement le produit et indiquant ses caractéristiques de taille, de poids et de couleur. Ce prix apparaîtra sur l'écran de l'internaute de façon à ne laisser aucune ambiguïté quant au produit auquel il est associé.

## **B. un accès facile aux informations obligatoires**

La directive sur le commerce électronique, transposée en droit français par la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique de juin 2004, prévoit un accès facile, direct et permanent aux informations.

Cet « accès facile » implique que le destinataire moyen, le « bon père de famille » pour reprendre les standards du droit, ne doit pas chercher en vain les informations sur le site. Celles-ci doivent donc être accessibles à l'internaute possédant les connaissances basiques en informatique et connaissance des réseaux. Cela implique que l'internaute consommateur puisse facilement revenir, tout au long de son processus de commande, aux informations, notamment celles relatives au produit. Cette mise en œuvre dans l'univers électronique est facile. Cela peut être mis en place par des liens hypertextes permettant un accès immédiat au produit ou aux informations, ou encore par un système d'onglets toujours visibles tout au long du processus de conclusion du contrat.

## **C. La sanction de l'obligation d'information du vendeur**

Le défaut d'information du consommateur peut être tenu pour une tromperie : le vendeur n'est pas ce qu'il prétend, le produit n'est pas conforme à la description donnée... le dol<sup>3</sup> pourrait même être caractérisé.

La jurisprudence cependant va plus loin puisqu'elle juge que cette obligation est de nature contractuelle et non pré contractuelle, bien que l'on se situe dans la phase de formation du contrat. Elle la rattache à l'obligation de loyauté et de bonne foi qui existe au stade de l'exécution du contrat.

---

<sup>1</sup> L111-2 « Le professionnel vendeur de biens meubles doit, en outre, indiquer au consommateur la période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché »

<sup>2</sup> Arrêté du 3 décembre 1987 article 14

<sup>3</sup> Il s'agit 'un comportement destiné à induire une personne n erreur pour la décider à conclure le contrat.

Par conséquent un manquement à cette obligation peut conduire à l'anéantissement du contrat.

### CONCLUSION :

Le droit de l'Internet peut paraître spécifique à bien des égards en ce qui concerne l'offre en ligne, ces spécificités existent, nécessitant un régime renforcé, mais non exorbitant du droit commun applicable aux contrats. Cependant des difficultés et des questions restent posées notamment du fait de l'internationalité de ce média, dans la vision plus particulière de la protection du consommateur.

## CHAPITRE 2

### **La protection du consommateur dans le contexte international de l'Internet**

Le commerce dit « B to C », c'est à dire « Business to Consumer »<sup>1</sup> doit respecter les règles protectrices des consommateurs applicables aux contrats à distance, celles-ci étant d'ordre public, c'est à dire qu'on ne peut y déroger.

Ces règles sont issues du droit interne, nous en avons déjà étudié, du droit de la consommation, du droit communautaire (directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance), mais également des conventions de Rome et de la Haye relatives à la loi applicable aux contrats. En effet le droit de l'Internet a aboli les frontières, on ne peut faire abstraction des règles internationales.

Cependant du point de vue spécifique de la protection du consommateur dans le cadre de l'offre en ligne, certains points méritent notre attention. Nous avons vu dans le premier chapitre de cette partie consacrée à l'offre en ligne que certaines informations devaient obligatoirement paraître sur le site Internet marchand, ces informations ayant pour but d'éclairer le consommateur sur le vendeur et le produit proposé, lui permettant ainsi de conclure le contrat en toute connaissance de cause. Nous avons étudié ces informations d'un point de vue national, mais nous ne pouvons passer à coté d'une étude de ces informations dites « obligatoires » d'un point de vue international, nous plaçant de ce fait du coté du vendeur établi en Europe ou ailleurs dans le monde (Section 1).

De même nous ne pouvons achever cette étude de l'offre en ligne sans étudier la protection du consommateur du point de ses données personnelles. L'internaute qui « surfe » sur Internet laisse derrière lui des traces de son passage, ces traces renseignant les responsables de sites, vendeurs ou non, sur ses habitudes de navigations, et donc par déduction sur le type de produit qu'il peut consommer. Quelles mesures de protection s'appliquent contre la collecte de ces données, bien souvent à l'insu du consommateur ? Quels sont les moyens de lutte ? C'est ce que nous essaierons de déterminer dans la deuxième section de ce chapitre.

---

<sup>1</sup> Entre un professionnel et un consommateur

## **Section 1 – Une information obligatoire à l’égard du consommateur nuancée en fonction des pays concernés**

Nous avons vu dans le premier chapitre de cette partie consacrée à l’offre en ligne que toute offre adressée à un consommateur doit être particulièrement précise, claire et compréhensible. Ces exigences sont imposées par le code de la consommation et la directive du 20 mai 1997 relative aux contrats à distance. Pour être tout à fait précis dans cette étude il faut distinguer trois cas : le cas du cyber – commerçant installé en France, celui du cyber commerçant installé dans l’Union Européenne, et celui du cyber commerçant installé dans un pays tiers ; Ces trois cas feront l’objet de trois paragraphes distincts.

### **§1 Le cas du cyber-commerçant installé en France**

En ce qui concerne le cas du cyber commerçant installé en France, nous ne nous étendrons pas, l’obligation pesant sur lui ayant été détaillé dans le chapitre précédent.

Nous nous contenterons de rappeler qu’outre les informations relatives au produit vendu, le vendeur doit selon le code de la consommation et la directive de 1997 précitée indiquer toute information le concernant : nom de l’entreprise, adresse, téléphone, numéros d’inscription au registre du commerce, numéro devant apparaître de plus sur les notes de commandes, tarifs et les notes publicitaires.

La Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris a établi un contrat type de vente à distance (annexe) au sein duquel elle prévoit une clause d’identification de l’auteur de l’offre, selon laquelle doivent apparaître le numéro d’identification unique et l’adresse du siège social si celle –ci est différente de l’adresse de l’établissement de l’auteur de l’offre.

### **§2 Le cas du cyber-commerçant installé dans un pays de l’union européenne**

Le régime des obligations pesant sur le vendeur européen est défini par le droit communautaire et le même texte que celui applicable en France. Les obligations restent donc similaires, mais l’article 4 de la directive de 1997 sur la vente à distance et la protection du consommateur précise que dans le cas d’un vendeur établi au sein de l’union européenne, doivent être indiqués « en temps utile avant la conclusion de tout contrat » l’identité du vendeur et son lieu d’établissement.

Que pouvons nous entendre par « en tant utile avant la conclusion du contrat » ? L’internaute doit être informé du caractère européen du vendeur avant d’accepter l’offre en ligne, le contrat étant formé par la rencontre de l’offre et de l’acceptation. Cela suppose donc que l’adresse du siège social du vendeur ou l’adresse du commerçant soit immédiatement disponible sur le site, par exemple au niveau de la page d’accueil du site, et non à la fin du processus de commande.

Cette précision est importante car contracter avec un commerçant national ou un commerçant étranger n’a pas la même portée pour le consommateur, notamment au stade de

l'exécution du contrat. Les délais de livraisons, les garanties, et la loi applicable en cas de litige doivent donc être expressément mentionnés sur le site.

### **§3 Le cas d'un cyber-commerçant installé dans un pays tiers**

Il n'existe pas de texte international spécifique à l'identification du vendeur professionnel. Cela impose de se référer aux lois internes éventuellement applicables, ce qui pose des problèmes de conflit de loi.

Le groupe de travail sur le commerce électronique réuni à Vienne du 17 au 21 novembre 2003<sup>1</sup> a cependant apporté quelques éclaircissements en ce domaine. L'article 11 de ce rapport traite des informations générales devant être fournies par les parties et notamment le nom de la partie au nom de laquelle l'annonce ou l'offre est faite, ainsi que sa dénomination sociale complète s'il s'agit d'une personne morale ainsi que son lieu d'enregistrement, son centre organique et son lieu de constitution.

Ces éléments sont importants car ils permettent aux parties de déterminer si une opération particulière, la vente dans le cas qui nous concerne, serait considérée comme nationale ou internationale, et quelles mesures devraient-ils alors prendre pour protéger leurs droits, notamment en cas de litige.

Ces mesures, nationales, européennes ou internationales concourent à un seul but : la protection du consommateur en assurant la sécurité juridique, la transparence et la confiance dans le commerce électronique. Selon certains membres du groupe de travail ces mesures sont jugées trop rigides impliquant une immixtion excessive pouvant porter atteinte à certaines pratiques commerciales existantes, d'autant plus que les opérations commerciales effectuées dans un environnement non électronique n'étaient pas soumises à des obligations similaires. Enfin, il a été également retenu que sur les sites d'enchères en ligne notamment, vendeurs et acheteurs avaient l'habitude de s'identifier à l'aide de pseudonymes pendant la phase de négociation.

Les divergences restent importantes en la matière, la meilleure sécurité pour le consommateur désireux de contracter en ligne, étant de faire attention aux sites sur lesquels il porte son choix, préférant peut être les sites en « .FR » où la législation française est applicable, le « .FR » étant un critère de rattachement au territoire français et donc à la loi française.

Une autre solution à été préconisée par le Conseil d'Etat dans son rapport « Internet et les réseaux numériques »<sup>2</sup>. Le conseil d'Etat préconise dans son rapport la mise en place de « labels », sorte de marques de qualité, qui seraient délivrées par des organismes professionnels ou des associations de consommateurs, et qui attesteraient de « l'honorabilité » des sites concernés. Ce label pourrait être retiré si le responsable du site venait à être déloyal à l'égard du consommateur.

---

<sup>1</sup> Assemblée générale des Nations Unies – commission générale des nations unies pour le droit commercial international - trente septième session – New York 14 juin – 2 juillet 2004

<sup>2</sup> Consultable sous <http://www.internet.gouv.fr>

En matière de protection du consommateur, une autre information devrait apparaître sur le site marchand : l'utilisation par le responsable du site de « cookies » : ce sont des fichiers qui sont stockés sur le disque dur de l'internaute et qui permettent au serveur de le reconnaître lorsque l'internaute revient sur le site. Quel régime s'applique à ces « espions » ? Le consommateur doit-il craindre pour ses données personnelles ?

## **Section 2 – L'offre en ligne et la transmission des données personnelles du consommateur**

Selon la CNIL<sup>1</sup>, « constitue des données à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres ; pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne. »<sup>2</sup>

L'internaute qui va contracter en ligne va le plus souvent remplir un formulaire de commande, une fois son choix du produit effectué, et d'un simple clic envoyer ce formulaire au vendeur via le réseau. Ce formulaire contient des données à caractère personnel le concernant et la protection de celle-ci est très encadrée en droit national et communautaire. Cependant des questions restent posées dans le domaine international (§1).

Parallèlement à la commande, dans laquelle le consommateur va indiquer volontairement ses données personnelles, l'internaute va laisser derrière lui, au fil des sites visités à la recherche d'un produit particulier, tout un tas d'informations sur ses habitudes de consommation (adresses des sites visités...), l'adresse de sa machine (adresse IP<sup>3</sup>), qui vont permettre de l'identifier et de lui proposer des offres personnalisées, notamment par voie de courriers électroniques. Bien souvent ces offres commerciales ne sont pas sollicitées et viennent polluer la boîte aux lettres électroniques de leur destinataire (§2).

### **§1 Un domaine sensible très encadré**

La protection des données personnelles du consommateur est un domaine sensible très encadré, notamment du point de vue national et communautaire (A). En matière internationale des mesures ont été mises en place, mais elles ne restent guère convaincantes du point de vue de la protection des consommateurs (B).

#### **A. La protection des données personnelles des consommateurs sur Internet d'un point de vue national et communautaire**

---

<sup>1</sup> Commission Nationale de l'informatique et des Libertés

<sup>2</sup> Projet de loi de transposition de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles.

<sup>3</sup> Internet Protocole

La France avait fait figure de précurseur en matière de protection des données personnelles, et ceci bien avant l'avènement de l'Internet.

La loi du 6 janvier 1978, dite « Informatique et libertés » mettait en avant le droit des individus à être informés de tout traitement de leurs données personnelles. Cependant avec la transposition de la directive du 24 octobre 1995, cette loi devait être amendée.

Depuis le 6 août 2004 la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel<sup>1</sup> transpose enfin la directive communautaire du 24 octobre 1995, et modifie la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés.

Cette loi est immédiatement applicable, sauf pour certaines dispositions nécessitant des précisions par décret, comme par exemple les correspondants à la protection des données.

La nouvelle loi nous donne une définition du traitement à caractère personnel : « constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement, m'interconnexion ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction. ».<sup>2</sup> Cette définition est relativement large, et s'applique à l'Internet.

En effet par le biais du formulaire mis en ligne par le commerçant, le consommateur va indiquer ses coordonnées ainsi que d'autres informations considérées comme nominatives. Ces informations vont ensuite être transmises via le réseau au commerçant afin que celui-ci se conforme à ses propres obligations, notamment de livraison. Face à la collecte de ses données personnelles, l'internaute n'est pas démuné. Il dispose de certains droits listés par la loi précitée, destinés à protéger ses données transmises via le réseau, notamment en réponse à une offre en ligne.

## **1. Le caractère des données pouvant être collectées par le commerçant**

Selon l'article 6 de la loi de 2004 les données collectées doivent être collectées et traitées de manière loyale et licite, elles doivent être exactes et complètes et ne pas concerner directement ou indirectement les origines sociales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses. Cela suppose notamment que le consommateur sache qu'elles sont les données qui sont collectées et pour quelle finalité.

L'article 2 de cette loi définit une donnée personnelle comme « toute information permettant directement ou non d'identifier une personne physique, notamment par un numéro d'identification ». Ces éléments de définition sont larges et on peut estimer sans se tromper que cela comprend les cookies, ces logiciels espions qui renseignent le responsable du site sur les habitudes de consommations de l'internaute identifié grâce au numéro de son ordinateur.

---

<sup>1</sup> JO n°182 du 7 août 2004 p 14063

<sup>2</sup> Article 2 loi du 6 août 2004

Peut-on dans ce cas parler d'une collecte loyale ? La plupart des internautes n'ont pas conscience des traces qu'ils laissent derrière eux.

La loi de 2004 de ce point de vue innove, car elle prend en compte explicitement les réseaux de télécommunication électroniques dans son article 32. Elle impose notamment au responsable du traitement d'informer de manière claire et complète la personne qui utilise le réseau de l'action consistant à stocker dans son terminal de connexion des informations, de leur finalité et de la manière de s'y opposer. Au même titre que les informations obligatoires devant apparaître sur le site marchand, ces informations doivent apparaître clairement. Cela sera le plus souvent fait grâce à la présence d'un onglet « confidentialité » ou un lien hypertexte renvoyant à la politique du site en la matière.

## **2. Le droit d'accès du consommateur à ses données personnelles transmises dans le cadre d'une réponse à une offre en ligne.**

Selon la loi précitée, toute personne justifiant de son identité a le droit d'interroger les organismes mettant en œuvre des traitements de données personnelles dans le but de savoir si ces traitements portent sur des informations à caractère personnel, nominatives, les concernant, ainsi que sur la finalité de ces traitements<sup>1</sup>.

Ainsi tout consommateur a donc la possibilité d'accéder aux informations transmises lors de la commande d'un objet en ligne, notamment au moment de remplir le formulaire de commande. La seule exigence est qu'il justifie son identité. Cependant il faut préciser que l'exercice du droit d'accès sur Internet est étroitement lié à l'obligation d'information du vendeur ou du responsable de site.

En effet d'une part ce droit d'accès, ainsi que ceux que nous allons voir plus loin, doit être mentionné sur le site au même titre que les informations obligatoires devant être fournies par le cyber commerçant. Il doit donc être facilement accessible. En pratique les responsables de sites marchands, et les autres, mettent en place un onglet intitulé « confidentialité » ou un lien hypertexte accessible sur la page d'accueil. En cliquant sur cet onglet ou sur ce lien, l'internaute accèdera à une page sur laquelle sera mentionnée la politique de confidentialité de l'entreprise et notamment la présence ou non de cookies, ainsi que la manière de les éviter.

D'autre part pour que l'internaute puisse exercer son droit d'accès, encore faut-il qu'il sache où s'adresser. Les informations obligatoires devant paraître sur le site mentionnent notamment l'identité du vendeur, son siège social s'il s'agit d'une personne morale, autant d'informations permettant de situer le responsable du traitement et d'exercer son droit.

Le responsable du traitement est-il toujours obligé d'accéder à la demande de l'internaute ? La protection des consommateurs est un sujet délicat, et en cas de refus express du responsable, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés peut intervenir et inviter le consommateur à s'adresser à elle<sup>2</sup>. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs reconnu sa compétence, l'autorisant à adresser des avertissements aux sociétés refusant le droit d'accès aux données collectées, afin qu'elle prenne « toutes les mesures nécessaires »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> article 39 de la loi du 6 août 2004

<sup>2</sup> délibération CNIL 1<sup>er</sup> avril 1980 – JO du 29 mai 1980

<sup>3</sup> CE 14 juin 1999 – Expertise 2000 n°234

Selon l'article 45 de la loi du 6 août 2004, la Commission Nationale pour l'Informatique et les Libertés peut prononcer à l'encontre du responsable du traitement plusieurs types de sanctions :

- une sanction pécuniaire allant de 150 000 euros à 300 000 euros<sup>1</sup>,
- une injonction de cesser le traitement,
- l'interruption de la mise en œuvre du traitement pour une durée qui ne peut excéder 3 mois,
- Le verrouillage de certaines données traitées, pour un période qui là encore ne peut excéder 3 mois.

La CNIL depuis l'avènement de ce nouveau texte à de nouveaux moyens d'agir afin de faire respecter la protection des données personnelles.

Le droit d'accès se prolonge par un droit de communication, sans frais des informations collectées sur le site. Cette communication doit se faire selon la lettre de la loi « sous une forme accessible ». cela pourra être fait directement sur le site, ou encore par l'envoi d'une copie des données.

Une fois ses données à disposition, l'internaute consommateur va pouvoir exercer un troisième droit : il va pouvoir rectifier ou effacer ses données.

### **3. Le droit de rectification des données personnelles transmises par le consommateur**

Toute personne physique justifiant de son identité doit pouvoir demander la rectification ou l'effacement des ses données, si celles-ci sont incomplètes ou périmées<sup>2</sup>. Le responsable du traitement doit alors justifier au demandeur qu'il a effectué les opérations demandées. En cas de contestation la charge de la preuve lui incombera. Cette disposition est très protectrice des individus. Il faut tout de même nuancer car si les informations contestées ont été communiquées par la personne concernée ou avec son accord, ce sera à elle d'établir que les informations ne correspondent pas à la réalité.

### **B. La protection des données personnelles des consommateurs sur Internet d'un point de vue international**

Au moment de la multiplication des échanges rapides d'informations par Internet, la directive européenne du 24 octobre 1995 et maintenant le chapitre 12 de la loi du 6 août 2004, posent le principe selon lequel les données personnelles ne peuvent être transférées hors union européenne que si le destinataire des données ou le pays de destination assurent un niveau de protection « adéquat ».

---

<sup>1</sup> article 47 loi de 2004

<sup>2</sup> article 40 de la loi du 6 août 2004

A ce titre l'article 68 de la loi énonce que le responsable du traitement peut transférer ces données à caractère personnel vers un autre état n'appartenant pas à la communauté européenne que si cet état assure un niveau de protection suffisante. Un tel transfert peut se rencontrer dans le cadre d'une entreprise internationale, ayant un siège en France, mais dont les fichiers sont centralisés au siège international situé par exemple aux Etats-Unis. L'entreprise française devra bien sûr s'acquitter de ses obligations auprès de la CNIL et déclarer les fichiers constitués, notamment ceux contenant les coordonnées des consommateurs, mais le transfert de ce fichier ne sera autorisé que si le siège étranger assure une politique de protection des données suffisante.

Le texte pose toutefois des dérogations à ce principe, autorisant le transfert des données si la personne visée a expressément donné son consentement au transfert, ou si ce transfert correspond à des conditions strictement délimitées. Le droit international a envisagé des solutions qui cependant restent insuffisantes du point de vue de la protection du consommateur.

### **1. Le consentement express du consommateur au transfert de ses données personnelles vers un pays hors Union Européenne**

Le consommateur peut autoriser expressément que ses données soient transmises dans un état tiers, notamment en dehors de la Communauté européenne<sup>1</sup>. Comment peut s'exprimer cette autorisation express sur Internet ?

La Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique définit le consentement comme « toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à des fins de prospection directe ».

Plusieurs options sont possibles pour que le vendeur obtienne le consentement du consommateur au transfert de ses données :

- Recourir au système de la case à cocher, cette méthode dite de « l'opt-in » est consacrée par la loi pour la confiance en l'économie numérique, les données n'étant envoyées que si le consommateur coche la case à cet effet. Pour le transfert des données à l'international, cela suppose qu'apparaisse sur le site marchand, préalablement à l'envoi des informations, par exemple au bas du formulaire de commande, une clause mentionnant les droits du consommateur en matière de données personnelles, ainsi que la possibilité du transfert de celle-ci vers un pays ne se situant pas dans l'Union européenne.
- Téléphoner à la personne visée et lui demander expressément si elle autorise le transfert de ses données dans un pays tiers. Cette technique est extrêmement contraignante pour les entreprises du commerce électronique.

---

<sup>1</sup> article 69 de la loi du 6 août 2004

La solution de l'opt-in consacrée en droit français et européen reste la meilleure protection pour les données personnelles du consommateur. Cependant des dérogations ont été mises en place par la loi elle-même.

## **2. Les dérogations à ce principe**

L'article 69 de la loi du 6 août 2004 pose un certain nombre de dérogations au principe de consentement express de la personne visée par le transfert de ses données hors Union européenne : toutes n'intéressent pas le commerce électronique, mais on peut retenir parmi ces exceptions :

- l'exécution d'un contrat entre le responsable du traitement et l'intéressé,
- La conclusion ou l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure, dans l'intérêt de la personne concernée entre le responsable du traitement et un tiers.

Notre étude se situe dans la phase pré contractuelle, il ne semble donc pas qu'en matière d'offre en ligne, le responsable du traitement puisse s'appuyer sur ces exceptions, qui ont d'avantage trait à l'exécution du contrat. Dans des relations entre professionnels, la question des relations suivies d'affaires pourrait trouver un écho ici, mais dans le cadre d'une relation dite « B to C », c'est à dire « business to consumer », entre un professionnel et un consommateur, il semblerait néfaste pour le consommateur que l'entreprise puisse aussi facilement détourner les règle en prétextant que les informations recueillies le sont dans le cadre de la conclusion du contrat de vente, et qu'elles rentrent donc dans l'exception.

La question est d'autant plus importante que ces données vont être envoyées dans un pays tiers.

## **3. La notion de protection « adéquat »**

La facilité des flux transfrontières avec Internet met en avant les risques encourus par les consommateurs européens notamment, du fait des disparités entre les régimes de protection juridique des données personnelles dans les différents pays du monde, notamment avec les Etats Unis.

La directive européenne du 24 octobre 1995 transposée en droit français par la loi du 6 août 2004, fait obligation aux états membres de veiller à ce que les transferts de données personnels vers un pays tiers n'aient lieu que si ce pays assure un niveau de protection « adéquat »<sup>1</sup>.

Pour apaiser les différentes inquiétudes en la matière, les Etats-Unis ont mis en place un système dit de « Safe Harbor Principles ». Ceux-ci ont pour objectif d'assurer une protection adéquate en posant un code de conduite en matière de transfert de données à caractère personnel.

---

<sup>1</sup> article 25 de la directive 95/46/CE

Ces principes de la "sphère de sécurité" élaborés dès 1998, visent à définir un niveau de protection proche de celui de notre directive européenne, donc « adéquat ». Les règles de « Safe Harbor » seront reconnues comme suffisantes par la Commission européenne dans une décision du 26 juillet 2000. Ces principes sont basés sur l'autorégulation et le volontariat. Les entreprises américaines qui choisissent d'y adhérer prennent officiellement l'engagement de respecter un certain nombre de règles, reprenant pour la plupart les grandes lignes de la directive de 1995.

Les entreprises adhérant à ces principes s'engagent à informer les personnes visées de la raison de la collecte et de l'utilisation de leurs données personnelles, de manière claire<sup>1</sup>, ce qui correspond avec l'exigence posée par la directive d'indiquer la finalité du traitement. Le respect de la finalité du traitement est un point essentiel de la directive européenne et de la protection des données personnelles. La collecte doit être légitime, justifiée par le traitement. Or les principes de la sphère de sécurité parlent d'information des personnes visées. Une simple information n'est pas garante de la protection de la personne concernée, celle-ci n'a pas donné son consentement au traitement et elle ne justifie pas forcément le traitement.

L'article « Choice » des « Safe Harbor Principles » énonce que l'entreprise adhérente doit offrir aux individus l'opportunité de choisir si leurs données pourront être divulguées à un tiers ou pourront être utilisées pour un traitement autre que le traitement d'origine. La clause prévue à cet effet est une clause dite « d'opt-out » selon le texte. Cela signifie que les informations pourront être divulguées ou utilisées pour une finalité autre si la personne concernée n'a pas coché la case interdisant ces actions. Le système de l'opt-out en matière de consentement est dangereux, car il s'agit d'un consentement par défaut. Le consentement est présumé à tous les coups, sauf si la personne concernée coche la case. Nous avons là une différence importante avec les principes posés par le droit européen et notre droit national en la matière qui a consacré la clause de l'opt-in.

Enfin, les entreprises doivent également offrir aux personnes concernées la possibilité de s'opposer à un usage de ces données qui serait incompatible avec les finalités du traitement, ainsi qu'à la communication de ses données à un tiers pour une autre finalité que la finalité principale. Cependant le document américain multiplie les exceptions au droit d'accès « Under the Safe Harbor Principle, the right of access is fundamental to privacy protection... nonetheless, the obligation of an organization to provide access is subject to the principle of proportionality or reasonableness and has to be tempered in certain circumstances » c'est à dire qu'est reconnu le caractère fondamental du droit d'accès en matière de protection des données, MAIS ce principe peut être tempéré dans certaines circonstances. Les Principes de la Sphère de sécurité sont suivis de ce qui est appelé les « Frequently Ask questions » ou questions posées fréquemment. La huitième de ces questions a trait à ces exceptions. Elle reconnaît que les raisons de refus de l'accès aux données doivent être spécifiques : contradiction avec des intérêts publics, coût de l'accès disproportionné, violation d'intérêts légitimes... les formules restent vagues, permettant une large interprétation de cette question.

Ces principes ont été abondamment critiqués, et nous adhérons à ces critiques, d'autant plus que ces principes qui adhèrent de trop loin à la protection posée par notre droit restent d'application incertaine et basée sur le volontariat. L'entreprise souhaitant adhérer à de

---

<sup>1</sup> « NOTICE » Safe Harbor privacy Principles – US Department of Commerce – juillet 2001

tels principes passe par un mécanisme d'autocertification, qui bien qu'entouré de garanties, laisse planer le doute.

La protection des données personnelles des consommateurs est un domaine, nous l'avons vu, très encadré. Les réglementations en vigueur n'empêchent cependant pas certaines informations d'être véhiculées sur le réseau renseignant certains cyber commerçant sur les habitudes de consommation des consommateurs. Ils vont alors se servir de ces informations et notamment de l'adresse électronique, pour envoyer des offres ciblées.

## **§2 La délicate question des offres commerciales non sollicitées**

L'offre en ligne a diverses manières d'atteindre un consommateur. La première est volontaire : le consommateur va visiter différents sites afin de trouver un produit déterminé, il répondra à une offre en ligne correspondant au produit désiré. La deuxième est involontaire, il s'agit de la publicité sur Internet. Le cyber marchand ou le responsable du site marchand va envoyer des offres par courrier électronique à un large public de consommateurs. Cette méthode est l'équivalente du dépôt dans notre boîte aux lettres d'un trac publicitaire vantant les mérites d'un produit.

Avec Internet le vendeur va ainsi pouvoir prospecter auprès de milliers de personnes à moindre coût. L'envoi de ces milliers de courriers électroniques non sollicités par les consommateurs est une source d'inconvénients pour le réseau Internet, mais surtout pour ses utilisateurs. Il a donc fallu mettre en place des règles spécifiques protectrices des consommateurs.

### **A. La forme et le contenu de la publicité en ligne**

La publicité sur Internet se caractérise de plusieurs manières : par des bandeaux publicitaires quand le consommateur est connecté sur le réseau, des bannières, et surtout par l'envoi de courriers non sollicités. Ce type de publicité se traduit le plus souvent par un encombrement des boîtes aux lettres électroniques et un coût de connexion supplémentaire. La Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique du 21 juin 2004 ne donne pas de définition de la publicité en ligne, la jurisprudence est intervenue : « 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 »<sup>1</sup>.

#### **1. La forme de la publicité**

Une offre commerciale destinée à promouvoir un produit déterminé envoyée par courrier électronique par exemple peut donc être assimilée à une publicité.

---

<sup>1</sup> Cass Crim. 12 novembre 1986 : bull crim n°861

La publicité en ligne doit correspondre à un certain nombre de critères. Elle doit être identifiable et transparente, l'article 20 de la LCEN énonce qu'elle doit être « identifiée comme telle et qu'elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est identifiée. Concrètement, cette obligation légale sera acquittée à partir du moment où l'émetteur de l'offre aura apposé son logo ou un lien hypertexte permettant d'avoir accès à cette information.

## **2. Le contenu de la publicité en ligne**

Nous avons vu dans le premier chapitre de cette partie que tout ne pouvait être vendu sur Internet, or il est fréquent que les internautes reçoivent dans leur boîtes aux lettres des offres commerciales pour des produits dont la vente est illicite ou prohibée en France ou la publicité interdite. Prenons l'exemple des médicaments, selon le code de la santé publique<sup>1</sup>, la publicité de médicaments auprès du grand public ne peut concerner que des médicaments qui ne sont pas soumis à prescription obligatoire, ni remboursables par les régimes obligatoires d'assurance maladie. Or il est courant de recevoir des offres pour des médicaments distribués ou non en France l'offre proposant le plus souvent la possibilité d'acquérir ce produit sans ordonnance.

Ces publicités sont illicites et bien souvent non sollicitées par les internautes. Fleurissent dans les boîtes aux lettres des offres commerciales pour des produits et services en tout genre, pour perdre du poids, pour acquérir des produits miracles non disponibles en France, ou encore des services à caractère pornographique. Le contenu de ces messages n'est pas illégal en soi, mais de tels messages constituent une atteinte à la protection des données personnelles du consommateur dont l'adresse de courrier électronique aura été transmise ou collectée contre sa volonté.

Il est donc devenu urgent d'intervenir afin de prévenir le phénomène dit du « Spamming », c'est à dire l'envoi intempestif de courriers commerciaux non sollicités.

### **B. La prévention des offres commerciales non sollicitées**

Afin de prévenir les actes dits de « spamming » deux systèmes ont été envisagés : celui de l'opt-in et celui de l'opt-out. Ces deux notions ont déjà été évoquées plus haut et nous les retrouverons tout au long de cette étude, leurs enjeux étant fondamentaux en matière de commerce électronique.

#### **1. Consécration du principe de l'opt-in**

Le système de l'opt-out peut être actif ou passif. Dans le cadre de l'opt-out actif il faut cocher une case ou sélectionner un menu déroulant pour ne pas recevoir de message ultérieurement. On considère alors que l'accord de l'internaute est acquis par défaut,

---

<sup>1</sup> article L5122-6

implicite. Dans le cadre de l'opt-out passif, l'internaute est automatiquement inscrit sur une liste de diffusion en s'inscrivant sur le site. Sa désinscription ne pourra se faire qu'après son inscription.

De la même manière il existe un système d'opt-in actif et un système d'opt-in passif. Il s'agira d'une clause d'opt-in actif si l'internaute coche volontairement pour que son adresse soit utilisée ultérieurement à des fins commerciales. Enfin, il s'agira d'opt-in passif si la case est déjà cochée à la question « souhaitez vous recevoir des sollicitations ultérieures ? ».

L'article 22 de la loi pour la confiance en l'économie numérique consacre le principe de l'opt-in. L'ordonnance du 25 juillet 2001 transposant la directive du 15 décembre 1997<sup>1</sup> relative au traitement des données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, interdisait la prospection directe(...) d'un abonné ou d'un utilisateur de réseau de télécommunication n'ayant pas exprimé son consentement à recevoir des appels. Il s'agit là d'une clause d'opt-in. Cependant selon ce même texte, les autres moyens de communication à distance demeuraient soumis au régime de l'opt-out. C'était notamment le cas pour le courrier électronique.

La loi pour la confiance en l'économie numérique consacre le régime de l'opt-in aussi pour les courriers électroniques : « est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen<sup>2</sup> ».

Ce texte vise expressément les personnes physiques, il s'applique donc parfaitement à la relation dite « B to C », entre un professionnel de la vente et un consommateur dans le cadre d'un contrat de vente en ligne. Le vendeur désirant prospecter par voie électronique doit donc s'assurer dorénavant de posséder le consentement préalable des consommateurs.

Seulement comment demander ce consentement préalable si le consommateur n'a jamais été sur le site ou n'a pas reçu un premier courrier non sollicité ?

Plusieurs solutions seraient envisageables<sup>3</sup> :

- ouvrir un lieu d'enregistrement volontaire, seule la liste des personnes enregistrées serait exploitable pour l'envoi d'offres commerciales par courrier électronique,
- une case à cocher, c'est le système retenu par la plupart des sites marchands,
- Téléphoner à la personne visée afin de demander son consentement pour l'envoi de toute offre commerciale, un système qui s'avèrerait lourd en terme de temps, de coût et de personnel, alors qu'Internet favorise les économies.

La solution idéale n'a pu être trouvée, la loi est encore trop récente et le débat est loin d'être clos.

---

<sup>1</sup> nouvel article L33-4-1 du code des postes et des télécommunications

<sup>2</sup> article L121-20-5 du code de la consommation

<sup>3</sup> Maître Thiebault Verbiest « loi pour la confiance en l'économie numérique : examen du nouveau régime du commerce électronique » [www.droit-technologies.org](http://www.droit-technologies.org)

## 2. Les exceptions au principe

La loi pour la confiance en l'économie numérique a instauré une exception au principe de l'opt-in : « si à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, et de manière simple... »<sup>1</sup>. Quatre conditions cumulatives sont donc nécessaires pour que cette exception à l'opt-in puisse jouer :

- les coordonnées électroniques du consommateur doivent avoir été collectées directement auprès de lui à l'occasion d'une précédente vente ou prestation de service, et ceci dans des conditions satisfaisant à la loi du 6 août 2004 sur la protection des données personnelles,
- l'offre commerciale non sollicitée doit concerner des produits ou services analogues à ceux qui ont déjà été proposés ou vendus, la notion de produit analogue reste floue, mais l'on peut supposer qu'il s'agit de produits ou service appartenant à la même famille (électroménager, hi-fi...),
- ces services doivent être fournis par la même personne physique ou morale, cela s'oppose à la notion de tiers, ou des entreprises ayant une personnalité juridique différente,
- Le destinataire doit pouvoir s'opposer sans frais à des prospections futures, il s'agit d'une clause d'opt-out, le consommateur pourra s'opposer à recevoir des offres commerciales non sollicitées en cochant, par exemple, une case à cet effet. Cela suppose en suite que ses coordonnées soient effectivement effacées de la base de données.

L'exigence de quatre conditions cumulatives, rend ainsi difficile l'utilisation de l'opt-out, et garantie une meilleure protection du consommateur contre le phénomène du « spamming ».

Cependant pendant encore quelques mois, les entreprises de commerce électronique vont bénéficier d'un régime transitoire permettant d'adapter leur politique à ces nouvelles exigences. Cela va constituer un travail énorme pour mettre en conformité des fichiers qui étaient jusque là légaux.

La loi a alors posé à cet effet une présomption : l'utilisation de la prospection directe va pouvoir être utilisée pendant les six prochains mois. A l'issue de ce délai, toutes les personnes qui n'auront pas donné expressément leur consentement, seront présumées avoir refusé que leurs coordonnées puissent être utilisées à cet effet.

---

<sup>1</sup> article 22 loi 21 juin 2004

## CONCLUSION :

Cette partie a été consacrée à l'offre en ligne, nous l'avons vu, les conditions traditionnelles de cette offre destinées à garantir le consentement du consommateur, ne sont aucunement remises en cause ici. Cependant des interventions législatives ont été nécessaires afin d'adapter le droit à ce nouveau média, prouvant que le L'Internet, comme certains aiment le croire, n'est aucunement une zone de Non Droit.

Les adaptations nécessaires à l'évolution de la technique de l'offre en ligne vont être également nécessaires au cours des autres étapes de formation du contrat, permettant d'achever le processus pré contractuel et de préserver les intérêts de parties en présence.

## **DEUXIEME PARTIE**

### **LES CONDITIONS SPECIFIQUES RELATIVES A L'ACCEPTATION EN LIGNE**

L'acceptation d'une offre en ligne est le deuxième élément nécessaire à la formation du contrat de vente. C'est un élément essentiel, le destinataire de l'offre va manifester son consentement, son accord à la transaction et se joindre au consentement de l'offrant, afin de former valablement le contrat.

Selon Flour et Aubert, l'acceptation est « l'expression de l'intention définitive du destinataire de l'offre, de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant ».<sup>1</sup> L'acceptation peut donc être assimilée à la notion de consentement qui exprime la volonté et l'accord de chacun des contractants à la conclusion du contrat. L'acceptation tout comme le consentement restent l'expression d'une volonté unilatérale, indépendante.

En matière électronique, et plus précisément de commerce électronique, Les termes et conditions de l'acceptation restent les mêmes qu'en droit commun. Le consentement doit être libre et éclairé, non vicié, afin que l'accord soit valablement formé et que l'exécution du contrat puisse se faire correctement. Cependant dans le contexte particulier des réseaux la question n'est pas si simple.

En effet il s'agit, nous l'avons vu dans le cadre de la première partie, d'un contrat à distance, impliquant que les parties ne se rencontrent pas. De plus le réseau Internet rend les transactions anonymes. Comment dans ce contexte garantir le libre consentement non vicié des parties, comment ce consentement peut-il s'exprimer là où l'écrit papier n'existe pas et où les parties se retrouvent seules devant leur écran parfois à des milliers de kilomètres de distance ? Enfin comment déterminer le lieu de formation du contrat, qui permettra de déterminer par la suite la loi applicable à la forme du contrat, voir parfois la loi applicable au fond ?

C'est à l'ensemble de ces questions que nous allons répondre dans le cadre de cette deuxième partie, étudiant l'impact de l'Internet sur les caractères traditionnels de l'acceptation, et leurs conséquences pour la formation du contrat de vente en ligne et surtout la protection de la partie faible au contrat : le consommateur. Dans ce but nous consacrerons un premier chapitre aux conditions de l'acceptation en ligne, et un deuxième chapitre aux modalités de celle-ci.

---

<sup>1</sup> Flour et Aubert, « Les Obligations » p 96

# CHAPITRE 1

## Les caractères de l'acceptation en ligne

L'acceptation en ligne ne diffère pas dans le principe de l'acceptation de droit commun, élément essentiel à la formation du contrat. Le destinataire de l'offre va exprimer son accord sur les conditions de l'offre. L'acceptation peut être très sommaire et consister en un simple « oui ». Le consentement doit donc être libre et éclairé, non vicié.

L'acceptation doit être identique à l'offre. Ces conditions sont également indispensables en matière électronique, mais de nouvelles règles ont dû intervenir afin de protéger le consommateur des « pièges » du réseau, ce sera l'objet de notre première section.

Le contrat de vente sur Internet a pour particularité que les parties ne se rencontrent jamais, et que la transaction peut rester anonyme. La question qui se pose alors, est celle de la capacité des parties à exprimer leur consentement à l'offre postée sur un site marchand.

Nous avons vu que tout ne peut pas être vendu sur Internet, et certains produits ne peuvent être destinés qu'à une certaine catégorie de personnes, notamment interdits aux mineurs. Comment alors pouvoir s'assurer que la personne qui a donné son acceptation à l'offre est bien celle qu'elle dit être ? L'importante question de la capacité des parties, fera l'objet de notre deuxième section.

## **Section 1 – Un consentement libre et éclairé**

L'article 1108 du code civil pose comme condition pour la formation valable du contrat le « consentement de la partie qui s'oblige ». La forme dématérialisée du contrat passé sur Internet implique certaines exigences. Le consentement ne doit pas être donné par erreur<sup>1</sup>, or sur Internet l'automatisation des processus de formation du contrat augmente considérablement le risque d'erreur, notamment du fait d'une mauvaise utilisation des formulaires automatiques de commande, ou d'une mauvaise compréhension des conditions de l'offre en ligne.

C'est pourquoi le législateur est intervenu avec la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique qui insère depuis son adoption en juin 2004, un nouvel article 1369 dans le code civil. Cet article, ajouté aux dispositions du code de la consommation, en prenant en compte les particularités du réseau Internet, a pour objet de permettre au consommateur de donner un consentement libre et éclairé lors d'une transaction en ligne.

### **§1 Les informations sur le processus de commande**

L'article 1108, nous l'avons vu, pose quatre conditions pour la validité du contrat : le consentement des parties, leur capacité, un objet et une cause licite. L'article 1109 du même code apporte des précisions en ce qui concerne le consentement : le consentement ne doit pas avoir été donné par erreur, violence ou dol<sup>2</sup>. Dans ce but la loi pour la confiance en l'économie numérique a mis en place des dispositions spécifiques (A) afin de garantir le consentement du consommateur (B).

#### **A. La nouvelle disposition de l'article 1369-1 du code civil**

Le consentement libre et éclairé du consommateur passe au préalable, outre les informations obligatoires relatives à l'offre, que nous avons vues dans la première partie de cette étude, par une bonne information sur le processus de commande.

A ce titre, le nouvel article 1369-1 du code civil précise que « l'offre énonce en outre : 1° les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, 2° les différents moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, 3° les langues proposées pour la conclusion du contrat, 4° le cas échéant, les modalités d'archivage du contrat par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès, 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 ».

---

<sup>1</sup> article 1109 du code civil

<sup>2</sup> « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par la violence ou surpris par le dol » - article 1109 du code civil

Cet article vient compléter les informations relatives à l'offre elle-même. Si ces informations sont nécessaires pour le consentement du consommateur à l'offre, les dispositions de l'article précité viennent les compléter efficacement. Le consentement sera ainsi complet : sur la chose d'une part et sur la façon de contracter d'autre part.

L'interactivité du réseau Internet a pour effet d'affaiblir la notion de consentement. Les modalités d'acceptation peuvent être variées, il peut s'agir d'imprimer un bon de commande et de le renvoyer signé, ou remplir le formulaire directement en ligne et le renvoyer par voie électronique au vendeur. Aucune condition de forme n'est imposée par la loi. Dans ces deux cas le processus de prise de commande ne devra pas laisser la place à la moindre ambiguïté sur la volonté du contractant.

L'avantage de l'article précité est que le consommateur va être informé pas à pas du traitement de sa demande, comment elle va être envoyée, traitée, et conservée le cas échéant par le vendeur. Pour que l'on n'ait pas à faire à un consentement « réflexe » du consommateur il ne faudrait pas que le processus de commande soit trop simple, comme le fait remarquer très justement la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, on ne doit pas pouvoir se retrouver engagé dans un contrat par simple inadvertance, en cliquant simplement sur un lien hypertexte<sup>1</sup>. En pratique cette obligation d'information complémentaire des obligations d'informations relatives à l'offre elle-même, doit être respectée rigoureusement. Cela va se traduire au niveau du site Internet par plusieurs pages de formulaires avec un formulaire final récapitulant la totalité de la commande avant l'envoi final. Le fait pour l'internaute de relire ses informations et de confirmer à chaque fois, permet de lui faire prendre conscience de la transaction qui est en train de s'effectuer.

Cela constitue également un moyen de lutter contre les vices du consentement, qui peuvent être facilités par l'interactivité du réseau.

## **B. Un moyen de lutte contre les vices du consentement**

Selon l'article 1109 du code civil le consentement doit être libre et éclairé. Or celui ci peut être faussé par une erreur, soit fortuite, soit provoquée par des manœuvres frauduleuses, c'est ce que l'on appelle le dol. Ces deux vices atteignent le consentement dans son ordre intellectuel, le contractant n'a pas consenti en connaissance de cause. Les différentes obligations pesant sur le vendeur notamment celles relatives à la chose objet de l'offre ont pour objet d'éviter l'erreur sur les qualités du bien. Les informations relatives au processus de commande, par leur transparence, évitent que l'acheteur ne fasse d'erreur sur le produit, et lui offrent notamment la possibilité de corriger ses choix.

De manière classique, le contrat pourrait être annulé si l'acheteur arrivait à prouver qu'il a été victime d'erreur, de dol ou de violence.

### **1. L'erreur sur les qualités substantielles de la chose mise en ligne ou sur la personne du commerçant**

---

<sup>1</sup> Rapport CNIL 1996 « Voix, image et protection des données » - Documentation française p 50

L'erreur est une « fausse appréciation de la réalité »<sup>1</sup>, c'est à dire qu'elle consiste à croire vrai ce qui est faux et vice et versa. Cependant cette notion n'est pas si simple à appréhender, ce qui appelle la sanction (la nullité du contrat) c'est que ce que croyait l'acheteur n'est pas conforme à la réalité, c'est sa conviction qui compte<sup>2</sup>.

Dans le domaine de l'électronique et de l'immatériel la notion d'erreur devient complexe, notamment en matière de preuve des faits. En cas de litige, la réalité à prendre en compte sera celle que le juge peut appréhender au moment où il va statuer. Or un site Internet est facilement modifiable à posteriori. Le responsable du site peut donc effacer ou modifier le prix, ou n'importe quel élément se rapportant à l'objet ou au service en cause.

Le client a donc alors tout intérêt à se ménager une preuve, par exemple une capture de son écran au moment de la commande récapitulative. Celle-ci ne constituera qu'un début de preuve, mais montrera la distorsion entre la chose vue sur le site et la chose effectivement livrée.

Cependant il faut préciser que toute erreur ne peut pas conduire à la nullité du contrat de vente en ligne pour vice du consentement.

Tout d'abord l'erreur pour pouvoir conduire à l'annulation doit être suffisamment grave, on en distingue deux principales : l'erreur –obstacle et l'erreur vice du consentement.

#### **a. L'erreur obstacle**

La formule d' « erreur obstacle » est purement doctrinale. Elle désigne les cas où l'erreur est telle que la formation du contrat est inconcevable. Il s'agira par exemple d'une erreur sur la nature du contrat, par exemple entre une location et une vente. Cela pourrait être envisageable sur Internet par exemple sur un site dédié à l'immobilier. Il peut encore s'agir d'une erreur sur l'identité de la chose objet du contrat, ce cas pourrait être beaucoup plus fréquent sur Internet, où le cocontractant ne peut se fier qu'à une photographie du bien, bien souvent celle-ci étant suivie de la mention « photo non contractuelle ».

Dans ce type d'erreur le cocontractant serait fondé à demander l'annulation de la vente.

#### **b. L'erreur vice du consentement**

Là encore nous avons deux types d'erreur possible : l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Flour et Aubert – « les obligations » p 129

<sup>2</sup> cf. la célèbre affaire « Poussin » 1987

<sup>3</sup> Article 1110 du code civil

L'erreur sur la substance est celle qui porte sur la qualité substantielle, c'est à dire la qualité que les parties ont eu particulièrement en vue<sup>1</sup>. La question qui se pose est la suivante : le client aurait-il contracté s'il avait connu la réalité ? Une réponse négative serait suffisante à faire prononcer la nullité du contrat. En matière de contrat en ligne cette erreur sur la substance trouve parfaitement à s'appliquer. Il est d'autant plus facile de tromper son cocontractant que le bien n'est accessible que via un écran d'ordinateur. Il peut donc être modifié à volonté, ou ne pas correspondre à la description qui en est faite. Le client n'a aucun moyen de vérifier avant la livraison. Les exemples étaient déjà nombreux avant l'avènement de l'Internet, ils vont avoir tendance à se multiplier avec ce media qui multiplie de façon exponentielle les échanges.

Un autre type d'erreur est l'erreur sur la personne. L'article 1110 alinéa 2 du code civil pose comme principe que l'erreur « qui ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter n'est pas une cause de nullité (...) à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». Ce type d'erreur est donc consacré aux contrats conclu « intuitu personae », c'est à dire en considération de la personne du contractant. Or ce genre de contrat est difficilement envisageable sur l'Internet, Les Internautes qui utilisent ce média pour contracter le font, soit pour raison de facilité, soit pour trouver des prix moins chers, du fait de l'énorme concurrence entre les différents site. Le choix se fera non pas en fonction d'un site marchand en particulier ou d'une entreprise, mais le plus souvent en fonction du prix du produit ou du rapport qualité prix. Il est donc difficile d'envisager ici un contrat intuitu personae.

Cependant la question peut être discutée, notamment avec l'apparition de sites Internet ayant un « label qualité » décerné par exemple par un organisme de consommateurs à un site marchand. Ces sites peuvent être la vitrine d'une entreprise ou d'un commerçant en particulier. Les consommateurs recherchant la sécurité peuvent vouloir ne contracter qu'avec ce type de site pour une question de confiance. S'il s'avère par la suite que site choisi ne comporte pas effectivement le label mentionné, pourrait-on invoquer une erreur sur la personne ? Il s'agit d'un site Internet, et au travers lui un commerçant, personne morale ou physique. Mais l'extension du concept est trop importante pour être valablement retenue, l'erreur doit être faite sur une personne, et non sur une entité juridique.

## **2. Le dol ou la réticence dolosive de l'acheteur en ligne**

Le dol n'est pas défini par la loi. Il s'agit d'un « comportement destiné à induire une personne en erreur pour la décider à conclure un contrat »<sup>2</sup>. L'élément caractéristique du dol se trouve dans les manœuvres destinées à tromper le futur cocontractant. La preuve de celui-ci sera donc plus facile à rapporter car il s'agit de faits objectifs et non subjectifs comme l'erreur. Le contexte immatériel de l'Internet favorise le dol. Il nous faut analyser dans ce contexte les faits constitutifs du dol et les conditions de l'annulation du contrat pour dol.

---

<sup>1</sup> Formule de Pothier

<sup>2</sup> Flour et Aubert – Les Obligations – p 144

### **a. Les faits constitutifs du dol sur Internet**

Les faits constitutifs du dol sont les manœuvres et le mensonge<sup>1</sup>. Les manœuvres évoquent l'idée d'un acte intentionnellement commis en vue de tromper l'autre partie, l'emploi de certains artifices. Mais selon une jurisprudence constante, cette notion peut être entendue plus largement, comme un simple mensonge délibéré<sup>2</sup>. Cependant une nuance est à apporter, notamment en matière commerciale, les vendeurs ont bien souvent tendance à vanter les qualités de leurs produits dépassant quelque peu la réalité.

Le dol peut aussi être caractérisé par la réticence à donner une information au contractant, encore faut-il que le silence soit gardé intentionnellement par le vendeur. Le principal critère d'appréciation sera la gravité morale de l'acte ou de l'abstention.

En matière d'Internet, ces principes restent les mêmes, sauf que le dol est rendu plus facile et plus séduisant au travers du monde des réseaux. Leur configuration fait que les parties ne contractent qu'à distance sans jamais se rencontrer. Le cocontractant va baser sa transaction et son consentement sur un produit ou un service qu'il n'aura pu juger que sur son écran. Par conséquent le mensonge ou encore la réticence d'information est facile pour le vendeur. Ce que cherchent la majorité des acheteurs en contractant via le Web, c'est la rapidité des échanges. Ils auront donc tendance à contracter en accordant moins d'importance aux détails du produit.

Les manœuvres dolosives sur Internet pourront résulter du trafic d'audience sur un site, ou dans le cadre d'un site marchand comme e-bay, du nombre de produits ou d'acheteurs satisfaits par l'achat de leur produit en ligne. Ces indicateurs permettent à l'internaute de se repérer et de choisir un site par rapport à un autre. La jurisprudence relative aux compteurs kilométriques<sup>3</sup> pourrait s'appliquer ici par analogie : selon la chambre commerciale de la cour de cassation, le dol est caractérisé par le fait de trafiquer le numéro de moteur ou le compteur en vue de réduire le kilométrage d'une voiture. Ce sera aux juges du fond disposant d'un pouvoir souverain de dire si les éléments du dol sont réunis, il sera bon alors de tenir compte du contexte particulier de l'Internet.

### **b. Les conditions d'annulation du contrat de vente en ligne pour dol**

La nullité du contrat de vente en ligne pour dol ne pourra avoir lieu que si deux conditions sont réunies : Le caractère déterminant du dol et le caractère de son auteur.

Le dol doit avoir été déterminant, c'est à dire que sans les manœuvres dolosives, le contractant n'aurait pas contracté, il ne s'agit pas simplement du fait que le contrat aurait été

---

<sup>1</sup> Article 1116 du code civil « le dol est une cause de nullité du contrat lorsque les manœuvres pratiquées par l'une ou l'autre des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté »

<sup>2</sup> Cass civ 6 novembre 1970 – jcp 1971 n°16942

<sup>3</sup> Cass Com 19 décembre 1961

conclu à des conditions différentes. Il pourrait alors s'agir d'un mensonge sur le prix, qui est souvent déterminant pour l'acheteur, ou encore sur des conditions de livraison.

Cependant le dol n'entraînera la nullité du contrat de vente en ligne que s'il a été commis par l'un des cocontractants, la nullité sera alors considérée comme la réparation du préjudice subi par l'acheteur. En matière d'Internet il pourra s'agir du responsable du site, personne physique ou personne morale, s'il s'agit d'un site marchand ou d'une entreprise vendant ses propres produits via le web, mais la question deviendra plus compliquée sur des sites ouverts à tout individu qui pourra poster librement son offre sur le site. Les transactions sur Internet restent bien souvent anonymes et les parties peuvent être internationales, ce qui rend difficile l'identification des parties au futur contrat. Les internautes désireux de contracter via le réseau doivent donc observer une grande prudence et garder une trace de leur passage sur le site et de l'annonce en ligne afin par la suite d'apporter la preuve des faits constitutifs du dol.

### **3. La violence**

La violence contrairement à l'erreur ou au dol, atteint le consentement dans son élément de liberté : le cocontractant sent bien que le contrat qu'il est sur le point de conclure n'est pas bon, mais il se résout à le conclure pour échapper à un mal pire encore.

Pour que la violence soit retenue comme viciant le consentement, il faut que le cocontractant ait été menacé et éprouve de la crainte ; celle-ci peut-être appréciée de façon individuelle par rapport à la personne du contractant lui même, ou de façon générale, en référence à un contractant moyennement impressionnable. Un autre critère vient compléter celui-ci : la violence doit être illégitime et exercée par l'autre partie.

En matière d'Internet, la violence paraît être un cas difficilement envisageable, notamment par la nature même du contrat qui est un contrat à distance. Cependant compte tenu des avancées technologiques, ce vice ne doit pas être écarté. Peut-être que d'ici quelques années, équipé d'appareils sensoriels, le consommateur pourra se promener dans un supermarché virtuel et ressentir, interagir et contracter directement avec le vendeur. De façon plus réaliste, certaines publicités et pratiques publicitaires de plus en plus agressives pourraient être assimilées à du harcèlement et à de la contrainte morale, par exemple un « spamming » intempestif.

L'information complète du consommateur mise en place par les textes lui permet de donner un consentement libre et éclairé, évitant tant que possible, pour le consommateur raisonnable, de faire des erreurs et de conclure une transaction qu'il n'aurait pas voulue, ou sans connaître les informations essentielles sur le produit et le processus de commande. Cependant selon les sites et les commerçants les informations peuvent être plus ou moins complètes, les processus différents. Ceux-ci ont donc l'obligation de mettre à la disposition de tout individu un document mettant en lumière leurs conditions particulières.

## **§2 Les conditions générales de vente en ligne**

Les conditions générales de vente constituent un document généralement défavorable à l'acheteur, au sein duquel le vendeur impose ses conditions à la conclusion, l'exécution et la résiliation du contrat. Il est alors essentiel que l'acheteur puisse en prendre connaissance, afin qu'il sache exactement à quelles conditions il contracte. Ces conditions sont strictement réglementées dans le code de la consommation (A), notamment dans le but d'éviter que la partie forte, le vendeur, n'abuse de la partie faible au contrat, l'acheteur (B)

le respect des conditions de l'article L113-3 du code de la consommation par le Cyber-commerçant

Lorsqu'un consommateur conclut un contrat de vente il consent à l'essentiel, c'est à dire à la chose et au prix, mais également à diverses autres clauses accessoires dénommées « conditions générales », chacun sachant bien que souvent ces clauses ne sont pas lues jusqu'au bout et que le consommateur signe les yeux fermés.

Ces clauses sont réglementées par l'article L113-3 du code de la consommation selon lequel tout vendeur de produits ou de services doit informer le consommateur par voie de « marquage, d'étiquetage, d'affichage » ou par tout autre moyen approprié des conditions générales de vente du produit pratiquées par l'entreprise <sup>1</sup>.

La Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique transpose cette obligation dans l'univers numérique en insérant un nouvel article L1369-1 dans le code civil selon lequel : « Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permettent leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé tant qu'elle reste accessible de son fait ».

Ces deux textes, et surtout le nouvel article 1369-1 du code civil, imposent une nouvelle étape dans le processus de commande : l'affichage des conditions générales de vente. En pratique celles-ci pourront se trouver sur la page d'accueil du site ou accessibles de celle-ci par un lien hypertexte conduisant l'acheteur sur une page spécialement dédiée aux conditions générales de vente. Cependant rien n'assure que l'acheteur en a réellement pris connaissance au moment de valider sa commande. Il serait alors bon afin que son consentement soit complet de les incorporer à la commande elle-même, si besoin en cochant une case spécialement conçue à cet effet par laquelle l'acheteur assurerait avoir pris connaissance de ces conditions générales.

Les conditions générales de ventes sont établies par le vendeur, en général selon les usages de la profession ou de l'entreprise. Elles se doivent de ne pas abuser de la position de faiblesse de l'acheteur.

---

<sup>1</sup> L113-3 code de la consommation : « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2. Les règles relatives à l'obligation de renseignements par les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du code monétaire et financier sont fixées par les I et II de l'article L. 312-1-1 du même code. »

## **A. La prohibition des clauses abusives**

Par l'imposition de ses conditions générales de vente à l'acheteur, le cyber commerçant est incontestablement en position de force. Cela peut engendrer un déséquilibre contractuel né de l'absence de négociation. Le législateur a prévu dans cette situation des règles spécifiques qui vont s'imposer au vendeur. Sur Internet les clauses abusives ou léonines vont avoir tendance à se développer plus facilement, notamment par la rapidité des transactions, un simple « clic » suffit à consentir.

En effet en matière de commerce électronique les facultés de négociation du consommateur sont quasi inexistantes, on se rapproche du contrat d'adhésion, le commerce électronique force à la contractualisation des échanges et des relations, le consommateur devant adhérer aux conditions générales du site.

Ces clauses peuvent avoir pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat<sup>1</sup>. Le code de la consommation annexe une liste de clauses considérées comme abusives. Il s'agira notamment de clauses limitatives de responsabilité du vendeur, comme par exemple une clause excluant ou limitant la responsabilité du professionnel en cas de dommage corporel, ou de décès du consommateur, ou encore une clause l'autorisant à modifier unilatéralement les clauses du contrat ou les caractéristiques du produit, ou enfin limitant le droit à agir du consommateur en cas de litige.

Les sociétés « Père-noël.fr » et « voyage-père-noël.fr » ont fait parler d'elles à ce sujet. Leurs sites proposent des biens de consommation et des voyages à forfait. Elles ont été assignées en juillet 2002 par l'association « Famille de France » afin que le tribunal déclare abusives sur le fondement de l'article L132-1 du code de la consommation, certaines de clauses figurant dans les conditions générales de vente des sites. Elle demandait la suppression de ces clauses, de telles clauses étant réputées non écrites.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris par décision du 4 février 2003, a reconnu comme étant abusives plusieurs clauses des conditions générales de vente des sites, et notamment celles par lesquelles le site Internet se réservait la possibilité de modifier à tout moment les présentes conditions générales de vente, ou encore la clause concernant la faculté de rétractation du consommateur, stipulant que cette faculté ne pouvait jamais jouer si les produits avaient fait l'objet d'une utilisation manifestement durable. Il s'agissait ans ce cas de quelques minutes. Les autres clauses concernaient des frais restant à la charge du client ou des clauses limitatives de responsabilité.

Le Tribunal a ordonné la suppression de ces clauses les jugeant abusives et a ordonné des mesures réparatrices pour l'association.

Les clauses abusives présentes sur Internet bien que plus faciles, sont punies de la même manière que les clauses abusives présentes dans un document papier : par la nullité de la clause. Cependant le juge pourra tenir compte des circonstances et notamment du contexte

---

<sup>1</sup> Article L132-1 du code de la Consommation

électronique du contrat et de l'éloignement des parties. Le contrat ne sera pas annulé, les clauses seront anéanties mais le contrat demeurera applicable s'il peut subsister sans elles.

Le consommateur protégé par les textes va pouvoir donner son consentement libre et éclairé à la transaction. Les multiples informations obligatoires ainsi que les conditions particulières du vendeur ont pour objet la liberté de son consentement et surtout son intégrité. Cependant pour que le contrat soit valablement formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation, un élément est essentiel : les parties doivent pouvoir avoir la capacité de contracter.

## **Section 2 – La capacité de contracter des parties**

L'aptitude à contracter est posée comme condition de validité du contrat par l'article 1108 du code civil. L'inaptitude à contracter reste cependant l'exception. En effet, selon l'article 1123 du code civil, « toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi ». La capacité se définit comme « l'aptitude à posséder et à exercer l'ensemble des droits subjectifs reconnus à l'homme », elle est donc générale, car elle concerne tous les droits, et virtuelle car elle peut ne jamais être mise en œuvre.

Tout individu peut être à un moment ou à un autre privé de la capacité à contracter. Cette incapacité peut être une incapacité de jouissance si l'individu est privé d'un droit, notamment d'accomplir un acte juridique comme un contrat de vente, ou une incapacité dite « d'exercice », qui est beaucoup plus fréquente, selon laquelle l'individu, qui possède les mêmes droits que les autres individus, ne peut les exercer lui-même librement. Cet individu pourra être partie à un contrat mais ne pourra le signer lui-même, il devra être représenté. Ce type d'incapacité frappe les individus en raison de leur âge (les mineurs non émancipés), les majeurs protégés ou les incapables majeurs en raison de l'altération de leurs facultés mentales ou corporelles si celles-ci empêchent l'expression du consentement.

Le commerce électronique a pour inconvénient la facilité des transactions qui se font à distance sans que jamais les parties ne se rencontrent. Comment s'assurer que l'acheteur n'est pas un mineur ou un majeur incapable ? Le contrat sera réputé formé dès lors que le consentement des parties sur la vente se sera exprimé par simple clic. Cependant l'élément essentiel de formation du contrat que constitue le consentement reste aléatoire dans ce contexte. Les parties à la transaction devront nécessairement être authentifiées (§1), ce qui nécessitera dans le contexte particulier de l'Internet des solutions exorbitantes du droit commun (§2)

### **§1 Le problème de l'authentification des parties**

Comme en droit commun, la personne qui est amenée à passer une commande sur Internet doit avoir la capacité juridique de contracter. Lorsqu'elle est majeure et qu'elle n'est pas sous le régime de protection des incapables, cela ne pose pas de problème (A).

Cependant, compte tenu de la nature du réseau, il est très difficile de contrôler en amont la capacité juridique de l'internaute qui répond à une offre en ligne, d'autant plus que certains sites en raison de leur contenu vont leur être prohibés (B).

## **A. L'interdiction pour les mineurs et les majeurs incapables de conclure un contrat**

L'article 1124 du code civil énonce que les mineurs non émancipés<sup>1</sup> et les majeurs protégés sont incapables de contracter. Ce régime repose sur un souci de protection contre la faiblesse ou l'altération (présumée) de leur consentement. Cependant les règles de droit commun en matière d'incapacité sont nuancées en fonction du mode de protection et de l'étendue de l'incapacité. Ces nuances sont importantes car dans certains cas le consentement exprimé, notamment par voie électronique pourra être valable et former le contrat.

### **1. Protection des incapables et étendue de leur incapacité**

Les mineurs non émancipés et les majeurs protégés vont pouvoir conclure des contrats à condition d'être représentés ou assistés. Les incapables qui vont pouvoir être représentés ne vont pas pouvoir contracter par eux-mêmes, un représentant, tuteur ou administrateur légal, sera désigné pour signer le contrat en leur nom.

Les incapables pouvant être assistés, ont besoin de l'autorisation d'une autre personne, généralement un curateur pour pouvoir conclure un contrat. Si les mineurs non émancipés sont systématiquement placés sous le système de la représentation, les majeurs incapables pourront être soit représentés soit assistés.

L'incapacité peut être plus ou moins étendue. Lorsqu'elle est générale elle s'applique en principe à tous les actes juridiques. Elle frappera en général tout incapable représenté, notamment les mineurs non émancipés. Cependant il existe des exceptions qui sont directement édictées par la loi. Elles concernent certains actes prévus par des textes particuliers, ou les cas où les usages autorisent les mineurs à agir eux mêmes : les actes de la vie courante.

La question qui se pose alors est celle de savoir ce qu'est un acte de la vie courante dans l'ère numérique. Celui-ci est décrit par les auteurs comme étant « d'une importance minimale »<sup>2</sup>. Télécharger un logiciel pourrait être considéré comme un acte de la vie courante, surtout vu la précocité des internautes, mais conclure un contrat par voie d'Internet ne peut être considéré de la sorte, au regard de ses effets juridiques le contrat est une source d'obligations qui repose sur la volonté de ses contractants, celle-ci ne doit en aucun cas faire défaut.

Enfin, l'incapacité peut être spéciale, c'est à dire ne s'appliquer qu'aux actes énumérés par la loi ou par le juge. Ce type d'incapacité frappera en majorité les incapables assistés, et

---

<sup>1</sup> L'émancipation est une institution qui confère la capacité au mineur. Elle résulte de plein droit du mariage, ou peut être prononcée par le juge des tutelles si le mineur a atteint l'âge de 16 ans.

<sup>2</sup> Flour et Aubert – Les obligations p 160

notamment les majeurs en curatelle. Ceux –ci pourront conclure un contrat de vente en ligne à la condition d’être assisté dans cette tâche.

## **2. Nullité du contrat pour incapacité et dérogations**

Le contrat conclu avec un incapable pourra être annulé. Il s’agit d’une nullité relative, qui pourra être invoquée uniquement par la personne concernée, c’est à dire l’incapable ou son représentant légal.

La règle selon laquelle la nullité doit s’appliquer à tout contrat conclu par tout incapable, du seul fait que celui-ci a agi de lui même alors qu’il devait être représenté ou assisté, doit cependant être nuancée dans deux cas :

- En cas d’existence d’une lésion, c’est à dire d’une perte pécuniaire : en cas d’absence de lésion dans le contrat, celui-ci va devenir inattaquable, malgré l’irrégularité qui l’entache du fait de l’incapacité d’un des cocontractants. Cela se justifie par le fait qu’en concluant une affaire normale, l’incapable a démontré ses capacités à défendre ses intérêts. Il n’est plus besoin de lui accorder la protection légale.
- En cas de dissimulation frauduleuse de l’incapacité, selon l’article 1307 du code civil la simple déclaration de majorité faite par le mineur, ne fait pas obstacle au prononcé de la nullité, à moins de fournir un acte de naissance falsifié par exemple. Dans ce cas il y aurait faute de l’incapable et l’annulation du contrat entraînerait un préjudice pour le vendeur.

L’authentification de l’acheteur est donc primordiale pour que le contrat de vente soit valablement formé. Cependant le contexte d’Internet rend difficile cette authentification. Le vendeur ne peut jamais être réellement sûr que la personne qui répond à son offre et consent à bien la capacité de le faire.

### **B. L’accès limité à certains sites en raison de son contenu**

Internet est le média de référence auprès de jeunes, du fait de son interactivité et de la diversité des informations et des contenus. Cependant certains sites vont proposer des produits et des services qui sans être illicites vont être interdits ou strictement réglementés par exemple la vente d’alcool, de médicaments...

Cependant on ne peut pas réguler le contenu mis en ligne aussi facilement que ça. L’internationalité d’Internet rend difficile les dispositions nationales notamment réglementant la vente d’alcool, monopole de l’Etat, ou la vente de médicaments (dans des officines pharmaceutiques). De plus il paraît essentiel de tenir compte de la diversité du public concerné, nous l’avons vu, il existe différents degrés d’incapacité, ce qui pourra être accessible à un majeur sous curatelle, pourra ne pas l’être pour un mineur non émancipé. La limitation du contenu va plus loin que le simple droit de la vente. Les législations nationales ont très à cœur la protection des mineurs sur Internet, notamment en raison des contenus pornographiques et violents. Selon le rapport les « enfants du Net » rendu public le 11 février

2004<sup>1</sup>, 17% des internautes français de moins de 18 ans ont vu, au cours d'un mois, au moins une page à contenu pornographique. Le même constat se retrouve en Europe et dans le reste du monde.

Il est donc essentiel que ces contenus soient réglementés, notamment si une transaction est possible afin d'acquérir un produit ou un service présentés sur de tels sites. Cependant la limitation du contenu, et la nécessaire identification des parties nécessitent des mesures exorbitantes des mesures traditionnelles, adaptées au contexte international et interactif d'Internet.

## **§2 Les solutions envisagées**

Dans l'ère numérique, la réalité et la pratique dépassent les concepts et les solutions traditionnels. Cependant le contrôle systématique de la capacité à contracter alourdit énormément la procédure d'achat en ligne et contredit ainsi les objectifs du commerce électroniques qui sont la rapidité et la facilité des transactions. L'authentification des parties est tout de même un élément indispensable à la sécurité juridique de la transaction. Différents moyens, adaptés au contexte particulier d'Internet sont envisageables.

### **A. La signature électronique**

La valeur probatoire de la signature électronique a été définitivement consacrée dans le code civil à l'article 1316-4 §2. Selon cet article « lorsqu'elle est électronique, elle (la signature) 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 du contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garanti, dans des conditions fixées par le conseil d'Etat ».

La signature électronique est donc un bon moyen d'assurer l'identification du signataire et la manifestation de son consentement au contenu de l'acte.

Cependant toutes n'ont pas le même niveau de fiabilité. On peut distinguer les signatures « simples » l'utilisateur devra démontrer qu'elles sont fiables, et les signatures sécurisées pour lesquelles la loi pose une présomption de fiabilité du procédé. La deuxième semble la plus appropriée et la plus sûre pour permettre une identification du consommateur ou du vendeur. Mais le procédé doit remplir certaines exigences.

La signature électronique doit être établie au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature certifiée<sup>2</sup>. Cette signature est créée par une autorité de certification chargée de créer et d'attribuer les clés et les certificats électroniques. Le certificat est un registre informatique revêtu d'une signature électronique qui identifie l'émetteur du certificat, identifie le souscripteur, et donne sa clé publique<sup>3</sup>. Par analogie il s'agit d'une sorte de carte

---

<sup>1</sup> [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org) enquête juin 2003

<sup>2</sup> Décret n° 2001-272 30/03/2001 article 2

<sup>3</sup> L'utilisateur A signe avec sa clé privée son message. Tout le monde peut vérifier qu'il en est bien l'auteur en comparant la signature du message avec la clé publique correspondant à l'expéditeur ainsi identifié.

d'identité électronique émise par un tiers indépendant et neutre. La signature est présumée appartenir à la personne mentionnée dans le certificat.

En l'absence de certification la question d'échanges sécurisés et de l'identification des personnes reste entière. En l'absence de certitude sur l'identité du cocontractant, la transaction peut être contestée.

La signature électronique permet donc de vérifier l'identité d'une personne mais également sa capacité à conclure le contrat

## **B. L'identification par numéro de carte bancaire**

Des sites d'implantation américaine, proposant des contenus interdits au moins de 18 ans, exigent que les visiteurs de leur site s'identifient via leur numéro de carte bancaire<sup>1</sup>. Ces sites vérifient l'âge de leurs clients en contrôlant la validité de leurs numéros de carte bancaire.

Cependant ce système ne peut pas être fiable, car dans de nombreux pays, comme en France, on peut disposer d'une carte bancaire dès l'âge de 16 ans. De plus il n'est pas difficile pour le mineur de se procurer le numéro de carte bancaire de ses parents afin de pouvoir aller sur le site et contracter. L'élément essentiel manquant à ce type de contrôle est un lien entre le numéro et la personne elle-même présente sur le site, lien que fait la signature électronique.

## **C. L'autorité de certification**

Nous avons vu le rôle du certificat dans le cadre de l'attribution d'une signature électronique. En dehors de ce cadre, de nombreux tiers « de confiance » délivrent des certificats électroniques de nature à attester de l'identité de leurs porteurs. Si cette pratique se fait le plus souvent au profit des entreprises, son application aux particuliers n'est pas à négliger.

Le processus de ces certificats est complexe mais fiable : il comprend une confrontation physique du porteur du certificat avec un des agents disposant du pouvoir d'attester de son identité. Cette procédure permet donc d'exclure que ce certificat soit distribué à un mineur ou à un majeur incapable, bien qu'aucun texte ne semble l'interdire. Ce processus, avec la signature électronique, semble donc un moyen sûr de s'assurer de la capacité d'une des parties contractantes. Un quatrième moyen reste à envisagé : le contrôle parental.

## **D. Le contrôle parental**

---

<sup>1</sup> Issu de la recommandation du forum des droits sur l'Internet le 11 février 2004

Les outils comme la signature électronique ou le certificat restent complexes et coûteux. Concernant la minorité ou l'incapacité de l'acheteur un des moyens reste le contrôle à priori de ceux qui le représente: les parents ou le représentant légal.

Différents outils sont à la disposition des parents ou des représentants légaux afin d'exercer un contrôle plus ou moins strict des contenus et des sites, et ceci en fonction du degré d'incapacité. Les logiciels dits « de contrôle parental » fonctionnent de différentes façons.

Le contenu ou les sites peuvent être filtrés par des mots clé, ou une liste de sites peut être proscrite dès le départ, qui peut être éventuellement enrichie par la suite. Enfin un autre système peut consister en une liste des sites dits « acceptables » par exemple ceux ayant reçu un label de la part d'organismes de consommateurs.

Les dispositifs de contrôle à priori ne pourront constituer une mesure efficace de protection et surtout même s'ils permettent de restreindre l'accès à certains sites marchands pour les mineurs et les incapables majeurs, ce ne sera absolument pas une garantie pour le vendeur de la capacité de l'acheteur.

#### CONCLUSION :

La question du consentement des parties est fondamentale à la formation du contrat. Cependant en matière numérique garantir un consentement libre et éclairé est d'une grande difficulté, et les conditions traditionnelles du droit commun se doivent d'évoluer et de s'appliquer à un média dont les maîtres mots sont interactivité, réactivité et internationalité.

Dans ce contexte garantir que le consommateur aura eu en main toutes les informations essentielles lui permettant de contracter en toute conscience, lutter contre la facilité et la rapidité des échanges, respecter les règles de capacité des parties, constituent un défi quotidien pour les législateurs nationaux et internationaux, ceux ci- adaptant les textes à la pratique et à la technique afin que les contrats en ligne puissent être valablement formés.

Les conditions de l'acceptation nous l'avons vu, ont subi des adaptations au regard des usages et de la technique de l'Internet. Des questions se posent dorénavant sur les modalités de cette acceptation.

## CHAPITRE 2

### **Les modalités de l'acceptation de l'offre en ligne par le consommateur**

Le contrat selon l'article 1108 du code civil nécessite un consentement libre et éclairé des deux parties pour être valablement formé. Nous avons vu dans le premier chapitre de cette partie consacrée à l'acceptation en ligne, que la notion même de consentement libre et éclairé était difficile à appréhender dans l'univers électronique, notamment du fait de l'immatérialité des transactions.

Ce chapitre sur les modalités de l'acceptation va être orienté vers l'aspect plus technique et pratique de celle-ci. En effet Internet n'est pas un support contractuel comme les autres, d'une part par l'éloignement des parties, qui affaiblit déjà considérablement la notion d'acceptation, et d'autre part par l'expression même du consentement, qui en pratique peut s'exprimer de multiples manières : signature électronique, pour les plus rigoureux, ou simple clic.

Nous arrivons à la fin de la phase pré-contractuelle, comment dans un contexte immatériel, la manifestation du consentement peut-elle valablement s'exprimer ? Le phénomène du consentement par « clic » ou double « clic » permet-il de s'assurer du consentement complet du consommateur à une offre en ligne, à l'heure où les exigences sont rapidité et interactivité ?

C'est à ces différentes questions que nous allons essayer d'apporter une réponse au sein de ce chapitre, en consacrant une première section au nécessaire consentement en deux étapes du consommateur (section 1) et une deuxième section au moment et au lieu de l'acceptation en ligne, cette question étant d'une importance toute particulière au regard de l'internationalité de l'Internet (section 2).

## **Section 1 – Vers un consentement en deux étapes**

L'acceptation peut être expresse ou tacite. L'acceptation expresse est celle qui résulte de tout acte ou tout geste qui ne peut avoir été accompli qu'en vue de faire connaître la volonté du consommateur.

La forme la plus courante de l'acceptation est la signature des parties, qui apposée sur l'acte exprime directement leur agrément à la convention. Hocher la tête ou se taper dans la main constituent également des signes d'acceptation marquant le consentement.

L'acceptation tacite suppose un acte à partir duquel on peut raisonnablement déduire la volonté de contracter. La plus caractéristique va être l'exécution même du contrat.

Sur Internet l'expression du consentement n'est pas aussi évidente, les parties ne se rencontrent pas, et il se peut qu'il n'y ait rien d'autre d'échangé que des documents immatériels. Comment dans ce contexte assurer un consentement non équivoque, ne permettant pas de douter de la volonté de son auteur ? C'est ce que nous verrons dans un premier paragraphe.

Le contexte dans lequel va se conclure le contrat va imposer certaines mesures particulières, sur l'expression même du consentement au travers du réseau, nous verrons ce point dans un deuxième paragraphe.

### **§1 la nécessité d'un consentement non équivoque**

Selon l'article 18 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise « Une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation »<sup>1</sup>.

Ce texte comme Internet se situe au niveau de la vente internationale, ce principe est donc à retenir et à envisager dans le cadre de la formation du contrat de vente sur Internet (A).

Cependant, loin des mécanismes traditionnels de l'acceptation, le contrat va être formé par un simple clic, mécanisme qui comporte à l'égard du consommateur bien des dangers (B).

#### **A. Le principe : le silence ne vaut pas acceptation**

En droit commun national, tout comme en droit commun international, le principe est que le silence des parties ne vaut pas acceptation. Un proverbe dit « qui ne dit mot consent », cependant en matière contractuelle cela est contraire à la sécurité juridique des transactions.

---

<sup>1</sup> convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)

Ce principe s'explique par le fait que l'acceptation suppose, nous l'avons vu, une volonté certaine dont le silence ne peut apporter la preuve.

Cependant il existe en droit commun des exceptions, notamment dans le cadre de relations d'affaires suivies entre les parties. Dans ce cas lorsque l'offre a trait à un contrat qui est habituellement conclu entre elles, par exemple un client commande une marchandise à son fournisseur habituel, cela manifeste la volonté de poursuivre le contrat en cours et le silence dans ce cas peut perdre son caractère équivoque.

De même selon les usages commerciaux, il se peut que le défaut de réponse soit considéré comme une acceptation. Il faut tout de même préciser que de tels usages restent rares.

Enfin, il reste à préciser que dans certains cas la jurisprudence admet que le silence vaille acceptation si l'offre a été faite dans le seul intérêt du destinataire, mais ce point de vue reste des plus discutables de par son caractère purement subjectif.

Dans le cadre du commerce électronique il ne fait aucun doute que le silence ne peut valoir acceptation, surtout dans le cadre d'un contrat avec un consommateur qui dispose d'une législation et d'un statut extrêmement protecteur. Les exceptions légales ou jurisprudentielles mentionnées ci dessus se prêtent très mal au contexte de l'Internet, où les relations antérieures d'affaires vont n'être qu'exceptionnelles avec un consommateur. Elles pourraient en revanche trouver à s'appliquer dans la relation dit « B to B », « Business to Business » entre professionnels, dans le cadre particulier de la reconduction d'un contrat de vente en ligne.

Le consentement du consommateur va devoir donc s'exprimer par un acte positif. Sur Internet cela va passer nécessairement par l'outil informatique.

## **B. Le danger du consentement par simple « clic »**

Nous l'avons évoqué plus haut en matière électronique plusieurs moyens s'offrent aux consommateurs pour valider une commande et exprimer leur consentement.

Le premier de ces processus est celui qui reste le plus traditionnel : le consommateur va imprimer son bon de commande récapitulant les éléments essentiels de l'offre, va le remplir et le renvoyer par voie postale ou par télécopie. Ce système est de loin le plus fiable en matière de consentement car le consommateur avant de signer de façon manuscrite la commande va pouvoir s'assurer des informations contenues sur le bon, cela prend plus de temps mais lui permet de reconsidérer la transaction. Cette méthode, bien que très protectrice, ne correspond pas (ou peu) aux attentes des internautes et des professionnels sur Internet. L'avantage de ce média, sa rapidité notamment, est remis en cause par les voies traditionnelles empruntées par le courrier.

Bien souvent, nous pouvons même dire dans la majorité des cas, l'acceptation de l'offre par le consommateur se traduira par un simple clic sur le bouton ou l'icône « envoyer ». Cette expression de l'acceptation est celle qui « cadre » le plus avec Internet et le commerce électronique la commande va transiter en quelques secondes via le réseau et arriver chez le commerçant. L'offre et l'acceptation se seront rencontrées et le contrat sera

valablement formé. La rapidité est ici à la fois l'avantage et l'inconvénient majeur. Conclure une transaction est enfantine, extrêmement rapide et les distances sont abolies, cependant cette facilité risque d'induire l'internaute en erreur. Le risque alors est que le consentement ne devienne un réflexe : « cliquer » est un acte machinal de la part d'un consommateur habitué à travailler sur l'outil informatique, c'est un acte impersonnel, bien différent d'une signature manuscrite.

L'erreur est alors facile, nombre d'entre nous ont déjà « cliqué » par erreur sur un bouton ou un onglet, or ici, l'erreur devient difficilement réparable le contrat étant formé et producteur d'obligations.

## **§2 Un système renforcé : la nécessaire confirmation du consentement**

Nous venons de le voir, un simple clic, est insuffisant pour garantir le consentement clair et entier du consommateur, c'est pourtant le moyen le plus usité. Le consentement par « clic » étant tout relatif, il est nécessaire de s'assurer que l'autonomie de la volonté est bien présente et que le consommateur n'a pas donné son consentement par mégarde. La Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique a donc intégré au code civil un nouvel article 1369 –2 qui va permettre d'éviter au possible un consentement « non voulu » (A).

Cependant on peut se demander qu'elle valeur réelle va t-on pouvoir accorder à ce consentement « informatique » et quelle adéquation peut-il y avoir réellement avec l'autonomie de la volonté du consommateur (B)

### **A. Les dispositions de l'article 1369-2 du Code civil (A14-2 LCEN)**

Le législateur consacre avec la loi pour la confiance en l'économie numérique le principe du double « clic » comme modalité du consentement des consommateurs lors d'une vente en ligne. Mais celle-ci n'est pas suffisante, et nécessite une confirmation du vendeur à la transaction.

#### **1. Consécration du système du « double clic »**

Le nouvel article 1369-2 du code civil, mis en place par la loi pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004 dispose dans son premier alinéa 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 ».

Le premier alinéa de cet article est un moyen de lutter contre le consentement « réflexe du consommateur ». Il impose une nécessaire revérification des informations transmises par le consommateur par un premier « clic », le deuxième clic intervenant pour confirmer ces informations.

Le législateur consacre ainsi le système du « double clic » : le contrat n'est formé que lorsque le destinataire de l'offre aura cliqué deux fois. Ce dispositif lui permettra de prendre conscience des obligations mutuelles du vendeur et de lui même.

Cependant cet article va plus loin en imposant un accusé réception venant confirmer la commande à posteriori.

## **2. La nécessaire confirmation de la transaction par le vendeur**

L'article 1369-2 poursuit ainsi dans son alinéa 2 : « L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été transmise et adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

L'obligation d'accuser réception de la commande, permet au consommateur d'être certain que sa commande est bien arrivée et reconnue, de la même manière qu'une lettre recommandée avec accusé réception, car le plus souvent l'accusé réception reprendra un récapitulatif de la commande passée.

Le dispositif de l'article 1369-2 du code civil impose un certain formalisme à des contrats de vente en ligne qui comme les autres contrats de vente pourraient être soumis au principe du consensualisme. On comprend bien l'objectif de la loi qui est de réglementer des transactions conclues au moyen d'un support hors du commun, mais même si l'informatique permet d'alléger le formalisme des transactions (moins de papier, plus de rapidité), il n'en reste pas moins que l'on peut se poser la question de la valeur d'un consentement donné par voie informatique.

### **B. La valeur du consentement informatique par double « clic »**

Lorsque l'on regarde les textes de doctrine, on s'aperçoit que la notion de consentement dépend étroitement de la notion de volonté des parties. Le consentement exprime la volonté des parties, mais une volonté qui se veut autonome. Selon le principe de l'autonomie de la volonté, l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties.

#### **1. La relativité du consentement « informatique »**

Le consommateur qui va acheter sur Internet va transmettre sa commande en cliquant et en envoyant le document ainsi validé par le réseau jusqu'à la boîte aux lettres ou la base du vendeur ou il sera enregistré et traité. Le vendeur en échange va renvoyer par le même chemin un accusé réception assurant l'acheteur que sa commande a bien été prise en compte.

L'autonomie de la volonté s'exprime dans le contexte de l'Internet au travers d'un échange de messages confirmant les volontés réciproques de vendre et d'acheter. Cependant la pratique veut que du côté du vendeur le plus souvent ces messages soient générés automatiquement sans réelle intervention de l'homme. Cette pratique s'explique aisément par le volume des transactions parvenant au vendeur chaque jour. Quelle valeur accorder alors à cette impulsion électronique envoyée automatiquement ? Du côté du consommateur, cliquer est-ce vraiment contracter ? Le rôle de la personne juridique devient accessoire ici au profit des échanges automatisés.

Nous l'avons vu l'expression du consentement reste libre, du moment qu'elle est exprimée. Une pulsion du doigt sur le bouton de la souris pourrait avoir la même valeur que de se taper dans la main. Cependant à notre sens « cliquer », même deux fois, ne permet pas d'exprimer le consentement réel et sérieux. Le consommateur, de bonne ou mauvaise foi, peut toujours arguer qu'il a cliqué par inadvertance, même après avoir eu accès à toutes les informations nécessaires au produit et à la passation de la commande. Cliquer par inadvertance n'exprime aucun consentement, ni la volonté de s'engager dans un contrat de vente en ligne. Or le consentement est un élément essentiel du contrat.

Dans ce cas le consommateur aura sans doute à rapporter la preuve qu'il n'a exprimé aucun consentement en cliquant, preuve qu'il est très difficile de rapporter, car il s'agit d'une appréciation purement subjective.

La meilleure solution reste celle qui est le moins en phase avec Internet : la confirmation de son consentement par écrit de la part du consommateur, ou celle obligeant l'utilisation de la signature électronique pour de telles transactions. Mais l'une comme l'autre restreindrait la portée du commerce électronique en restreignant la facilité qui est un de ses points forts.

## **2. La réalité du consentement « informatique »**

La réalité du consentement est, malgré les difficultés, reconnue car les législations ne remettent nullement en cause les mécanismes du commerce électronique et la réalité des échanges. Pour arriver à ce résultat d'un point de vue théorique, l'ordinateur est considéré du même point de vue que le télécopieur : comme un outil de communication, l'objet par lequel est transmise la volonté du véritable acteur juridique : l'acheteur.

Cependant parfois l'ordinateur joue plus qu'un simple rôle de transmission. Selon les sites, les logiciels ou les paramétrages de la machine, il se peut que l'informatique intervienne pour combler certaines zones de négociation, en affichant automatiquement certaines informations manquantes (le prix ou la quantité de marchandise). La volonté de l'acheteur n'est pas intervenue à cet endroit.

Les risques sont alors en cas d'erreur de programmation, ou de calcul par la machine. Tout acheteur en ligne se doit d'être extrêmement vigilant à l'accusé réception qui confirmera sa commande et sur les conditions essentielles de la transaction.

En cas de litige il sera alors nécessaire de rechercher la volonté réelle des cocontractants, en recherchant dans les actes effectués par le système informatiques des

preuves de celle-ci. Le juge compétent pourra se baser sur un faisceau d'indices, telles que les pratiques commerciales des acheteurs. La pratique des « cookies » qui peut être prise comme une menace par les consommateurs, pourront dans ce cas s'avérer très utile.

Le consentement des parties s'il apparaît virtuel, n'en est pas moins réel, même si des adaptations pratiques, techniques sont nécessaires quant à son expression. La technique fait évoluer la pratique et les mentalités remettant en cause des principes bien établis du droit commun. Il nous reste à nous interroger sur une ultime question concernant l'acceptation, et déterminante de la bonne exécution du contrat : il s'agit du moment et du lieu de l'acceptation, cette question n'étant pas évidente au regard une fois encore de l'internationalité du réseau et de l'instantanéité des échanges.

## **Section 2 – Le moment et le lieu de l'acceptation**

Le moment et le lieu de l'acceptation comportent des intérêts pratiques, notamment dans un contrat entre absents comme c'est le cas du contrat de vente en ligne. Le droit commun applique différentes théories à la question du moment et du lieu de l'acceptation, il va falloir les définir, ce qui sera l'objet de notre premier développement, pour ensuite voir leur application dans le monde numérique.

### **§1 Application de la théorie classique des contrats de vente à distance de droit commun**

Lorsque le destinataire d'une offre accepte celle-ci sans la présence du vendeur, l'expression de leurs volontés ne coïncide pas. Une double question se pose alors : a quel moment et en quel lieu s'opère la rencontre des volontés, et par conséquent la formation du contrat ?

Pour répondre à cette question il nous faudra étudier les intérêts qui se rattachent au moment et au lieu de formation du contrat (A), avant d'envisager les différentes théories envisagées par le droit commun pour résoudre cette question (B).

#### **A. Les intérêts attachés au moment et au lieu de formation du contrat**

Dans un contrat entre absents, ou à distance, il y a un intérêt important à déterminer d'une part la date de formation du contrat, et d'autre part son lieu de conclusion.

##### **1. Les intérêts attachés à la date de formation du contrat de vente à distance**

Dans un contrat classique, à distance, la transmission d'une lettre d'acceptation prend du temps. On peut se demander si le contrat est formé au départ ou à l'arrivée de la lettre. On mesure donc l'intérêt de la question du fait du délai d'attente.

Si on opte pour la formation du contrat à l'arrivée de l'acceptation, on peut envisager le cas où un courrier en sens contraire parviendrait avant elle, annulant cette confirmation et du même coup le contrat.

De même en matière de risques, les risques de la perte de la chose seront supportés par le vendeur car celui-ci gardera la propriété du produit tant que l'acceptation ne lui sera pas encore parvenue.

Si au contraire on opte pour la formation du contrat lors du départ de l'acceptation, les solutions évoquées plus haut sont inversées, l'offre et l'acceptation deviennent irrévocables dès l'envoi du courrier, liant les parties et l'acheteur qui supportera les risques liés à la chose, celle-ci étant devenue sa propriété, bien qu'il ne la possède pas encore physiquement, il en devra le prix.

Dans un contrat de vente en ligne, les enjeux sont les mêmes, la seule différence réside dans l'instantanéité des échanges qui abolit la notion de temps. Cependant nous ne devons pas écarter le possible encombrement du réseau ou ses dysfonctionnements qui empêcheraient l'une ou l'autre des parties d'accéder à l'acceptation formulée par l'autre.

## **2. Les intérêts attachés au lieu de conclusion du contrat de vente à distance**

Le problème ici est similaire au développement précédent. La question qui se pose est celle de savoir si le contrat s'est formé à l'endroit d'où est partie l'acceptation ou de l'endroit où elle est arrivée.

En droit interne, la question n'a plus la même importance car l'article 46 du nouveau code de procédure civile ne fait pas du lieu de conclusion du contrat un critère de compétence pour les tribunaux. En revanche, elle permet de déterminer certains usages locaux qui pourraient orienter l'interprétation de certaines clauses du contrat.

En droit international, les conditions de forme du contrat sont régies en principe par le lieu où il a été conclu. Ce dernier point a une grande importance pour un contrat de vente en ligne, qui nécessite au regard du droit français et européen un certain nombre d'informations obligatoires. Il se peut même que cela détermine la loi applicable au fond.

Au regard de ces considérations, la solution la plus avantageuse pour le consommateur serait quant au lieu de conclusion, celui où l'acceptation s'est formée, c'est à dire le pays où se trouve le domicile de l'acheteur.

Cette question est très débattue en Droit.

### **B. Les différentes théories et positions jurisprudentielles sur la question**

La question du lieu et de la date de formation du contrat dans les ventes à distances est fortement débattue. Plusieurs théories s'affrontent.

## 1. Les théories classiques

Deux théories classiques s'affrontent.

Selon la première le contrat serait conclu dès qu'il y aurait coexistence de deux volontés concordantes<sup>1</sup>. Il suffit que l'acceptant ait exprimé sa volonté, c'est à dire qu'il ait rédigé sa lettre ou cliqué sur « envoyer ». Cependant une difficulté se pose : on ne peut prouver le moment exact de cette manifestation de volonté.

On s'est donc penché vers une variante, celle de l'émission, le contrat est conclu au moment où l'acceptant s'est dessaisi de sa lettre, donc au moment où celle-ci a été postée, traditionnellement ou électroniquement.

Selon la seconde théorie, le contrat n'est conclu que lorsque les parties connaissent les volontés de l'une et de l'autre, ou du moins où elles sont en mesure de la connaître. Il faut donc que l'offrant ait effectivement lu la lettre d'acceptation de l'acheteur. Sur Internet cela serait réalisable grâce au système d'accusé réception des messageries électroniques. Cependant cette méthode reste aléatoire, le destinataire pouvant toujours ne pas ouvrir son courrier.

Là encore une variante à été imaginée : le contrat serait conclu dès que l'offrant aurait eu la possibilité de lire le message. La réception fait présumer l'information.

Ces deux théories ont pour mérite d'apporter des éléments de réflexion au débat, mais posent d'importants problèmes de preuve. De plus le code civil exige simplement la rencontre des volontés pour que le contrat soit valablement formé, il n'impose pas en plus la connaissance de cette acceptation.

## 2. Les autres théories

Les théories plus récentes prennent en considération les intérêts en présence, avec pour but de faire prévaloir ceux qu'elles estiment le plus digne d'être protégé.

Pour certains, les questions de la date et du lieu du contrat doivent demeurer liées, c'est le cas de la théorie dite « Moniste ». Elle constate que le système de l'émission (le contrat est formé au lieu et à la date de l'émission du message) est plus favorable à l'acceptant c'est à dire au consommateur. A l'inverse le système de la réception serait plus avantageux pour le vendeur. En effet l'avantage réside notamment dans le fait que le consommateur ne ressent aucune incertitude sur la date de formation du contrat, celle-ci pèse sur le vendeur, et quant au lieu, le tribunal du lieu où l'acceptation est partie pourrait être compétent en cas de litige.

---

<sup>1</sup> Flour et Aubert – les Obligations p107

Pour d'autres au contraire il paraît logique de différencier les questions liées à la date et au lieu. Il s'agit des théories dites « Dualistes ». Selon eux « un acte de volonté n'est susceptible ni de déplacement, ni de localisation »<sup>1</sup>. La question de la date est une question de fait à trancher d'après la volonté des parties, à défaut d'indications de leur part, les partisans de la théorie dualiste penchent pour la date de l'émission. Quant au lieu de formation du contrat il conviendrait de le situer au lieu où l'offre s'est manifestée, c'est à dire au lieu de localisation de l'acceptation.

Ces deux théories sont favorables aux consommateurs, partie faible au contrat. Mais on ne doit pas ignorer les solutions pratiques à ces questions émises par la jurisprudence.

### **3. La position jurisprudentielle**

Traditionnellement pour la Cour de Cassation, la question de la localisation du contrat était considérée comme une question de fait laissée à l'appréciation des juges su fond. Mais par un arrêt de la chambre des requêtes de 1932<sup>2</sup>, elle y a vu une question de droit et semble avoir consacré la théorie de l'émission.

Cependant d'autres décisions ont décidé que la date et le lieu de formation du contrat doivent être déterminées simultanément et selon le même critère, il n'y pas de dissociation en les deux, mais la Cour ne pose aucune règle de principe. Les juges appliquent tantôt le principe de l'émission, tantôt celui de la réception, mais la première solution semble constante en ce qui concerne le lieu de formation et la désignation du tribunal compétent.

Ces questions ont fait couler beaucoup d'encre par leur importance et les enjeux qui s'en dégagent. En droit de l'Internet et plus particulièrement en matière de commerce électronique, la question revêt la même importance. On peut se demander toutefois si les règles qui semblent se dégager, à savoir la théorie de l'émission, sont adaptées au commerce électronique et à son environnement particulier.

#### **§2 Confrontation de ces théories à la vente en ligne**

La théorie de l'émission reste, à notre sens, parfaitement applicable en matière électronique.

Cependant, l'article 1369-2, transposant au travers de la loi pour la confiance en l'économie numérique la directive sur le commerce électronique, dans ses dernières lignes dispose que « La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ». Cela impose une règle d'interprétation quant à la notion de réception, mais elle ne donne aucune valeur juridique à cette réception. Cet article semblerait consacrer implicitement la théorie de la réception, qui reste pourtant moins favorable au consommateur. Qu'en serait-il de la théorie de l'émission ?

---

<sup>1</sup> Flour et Aubert –Les obligations

<sup>2</sup> 21 mars 1932 – D 1933. 1. 65 note SALLE DE LA MANIERRE

Selon la théorie de l'émission, le contrat est réputé formé au moment où l'acceptant se dessaisi du message, en matière informatique cela implique le moment où il clique sur le bouton « envoyer », présent à l'écran. La date sera celle de l'envoi du message. Le lieu de formation est selon la même théorie le lieu d'où est parti le message, c'est à dire le lieu où peut être localiser la machine sur le réseau.

Si cette théorie semble avantageuse aux premiers abord, car favorable à la protection du consommateur, la question du lieu reste incertaine. L'abolition des frontières et des distances fait que tout individu peut contracter de n'importe quel endroit, en France ou à l'étranger. La théorie de l'émission pourrait revenir à former un contrat dans un pays dont le consommateur ne serait pas originaire. La vente traditionnelle à distance se rattache souvent au domicile de l'acheteur, et rend plus rare les éléments d'extranéité. Avec Internet on ne peut nier l'implication d'éléments extérieurs, l'accès à l'information à des milliers de kilomètres de chez soi peut conduire le consommateur à conclure un contrat dont les règles applicables au fond ou à la forme lui seront défavorables.

Réception ou émission perdent un peu de leur sens dans un monde où le maître mot est instantanéité. L'une et l'autre seront instantanée : l'émission du message sera concomitante à sa réception par le vendeur.

## **CONCLUSION :**

Le contrat de vente en ligne pose de nombreux problèmes du fait de ses caractéristiques et surtout du support par lequel il transite. Nos règles juridiques ainsi que les règles européennes et internationales ont dû être adaptées à cet environnement si particulier qu'est l'Internet, et elles sont appelées à évoluer encore avec le constant développement de celui-ci.

Les métiers de la vente ne peuvent plus ignorer ce formidable média, qui est un énorme défi pour les juristes et les législateurs. Dans le Rapport du Conseil d'Etat du 8 septembre 1998 Madame Isabelle Falque – Pierrotin, maître des requêtes a assuré qu'il n'était « nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux ».

Cette affirmation est à la fois vraie, nous l'avons vu, les règles de droit traditionnelles trouvent à s'appliquer en matière de commerce électronique, mais à elles seules, elles sont insuffisantes ou mal adaptées pour assurer la protection des échanges et des individus, et plus particulièrement des consommateurs.

Les différents textes qui sont intervenus, et notamment la Loi pour la Confiance en l'Economie Numérique, ainsi que la très attendue loi du 6 août 2004 transposant après de nombreuses années d'attente, la directive sur la protection des données personnelles, permettent en France de rester dans la course pour le progrès en assurant à ses consommateurs et ses professionnels des règles aptes à assurer la protection de leurs intérêts.

# **ANNEXES**

- **ANNEXE 1 : BIBLIOGRAPHIE**
  
- **ANNEXE 2 : CONTRAT TYPE DE COMMERCE ELECTRONIQUE  
ENTRE UN PROFESSIONNEL ET UN CONSOMMATEUR** Chambre  
de Commerce et d'Industrie de Paris

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES :

- FLOUR ET AUBERT – « Les obligations – l’acte juridique » - 8<sup>ème</sup> édition, collection Armand Colin, août 1998
- FRANCOIS COLLART DUTILLEUL – « Contrats civils et commerciaux » - 6<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz, 2002
- ALAIN BENSOUSSAN – « Informatique, télécoms, Internet » - Editions Francis Lefèvre, 2001
- LAMY – « Informatique et Réseaux » - 2003
- LAMY – « Droits des médias et de la communication » - 2003

## II. TEXTES DE REFERENCE :

Textes de loi :

- Directive du 8 juin 2000 du Parlement européen et du conseil sur le commerce électronique – dir. 2000/31/CE – JO n° L178 du 17/07/2000 p 0001 –00016
- Directive du 20 mai 1997 du Parlement européen et du conseil sur la protection du consommateur en matière de contrats de vente à distance – dir. 97/7/CE – JO L144 du 04/06/97
- Directive du 24 octobre 1995 du parlement européen et du conseil sur la protection des personnes physiques à l’égard des traitements de données à caractère personnel et à la libre circulation des données – dir. 95/46 CE – JO n° L281/31 du 23/11/1995
- Loi du 6 janvier 1978 – L78 –17 – relative à l’informatique aux fichiers et aux libertés
- Loi pour la Confiance en l’Economie Numérique du 21 juin 2004 – L2004-575
- Loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l’égard des traitements de données à caractère personnel, modifiant la loi du 06/01/1978

Articles :

- « Contrats, Responsabilité et sécurité sur Internet : commentaires des dispositions de la Loi pour la Confiance en l’Economie Numérique » par Maître Naftalski, Avocat à la Cour –Revue Lamy droit des Affaires juillet 2004
- « Loi pour la confiance en l’économie numérique : examen du nouveau régime de commerce électronique » par Maître Verbiest, avocat à la Cour – 30 juillet 2004

## III. SITES INTERNETS :

- [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)
- [www.telecom.gouv.fr](http://www.telecom.gouv.fr)
- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)
- [www.internet.gouv.fr](http://www.internet.gouv.fr)
- [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr)
- [www.droit-technologie.org](http://www.droit-technologie.org)