

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Spécialité : DROIT PRIVÉ

Arrêté ministériel : 7 août 2006

Présentée par

« **Mickael / BOUTROS** »

Thèse dirigée par « **Philippe /BRUN** »

Préparée au sein du **Laboratoire: Le Centre de Droit Privé et Public des Obligations et de la Consommation (CDPPOC)**

dans l'**École Doctorale Sciences et Ingénierie des Systèmes de l'Environnement et des Organisations (SISEO)**

Année 2014

Le droit du commerce électronique: (Une approche de la protection du cyber consommateur)

Thèse soutenue publiquement le « **20/10/2014** »,
devant le jury composé de:

Mme. Geneviève, PIGNARRE, Professeur à L'Université de Savoie
(Présidente Du Jury)

M. Philippe, BRUN, Professeur à L'Université de Savoie
(Directeur De Recherches)

M. Olivier, GOUT, Professeur à L'Université de Lyon.
(Rapporteur)

Mme. Hélène CLARET, Professeur à L'Université de Perpignan.
(Rapporteur)



« Les temps changent. Au commencement, le juriste voyait dans l'internet la "mort du droit". Aujourd'hui, internet apporte sa signature à un renouvellement du droit ».¹

¹ L.-M. DUONG, « Les sources du droit de l'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », Recueil Dalloz, 2010, p. 783

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier le directeur de cette thèse, M.Philipe Brun, pour m'avoir fait confiance malgré les connaissances plutôt légères que j'avais quand j'ai commencé mon travail de recherche, puis pour m'avoir guidé, encouragé, conseillé, pendant presque 5 ans. Merci Monsieur le professeur pour votre soutien, disponibilité et vos encouragements et j'espère avoir été à la hauteur de vos attentes.

Professeurs Geneviève Pignarre, Hélène Claret, et Olivier Gout m'ont fait l'honneur de participer au Jury de soutenance; je les en remercie profondément.

Merci à ma famille et surtout à ma femme, pour son soutien et son encouragement tout au long de mes années de recherche et lors de la rédaction de ma thèse.

Enfin, je tiens à remercier également M. Hatem Soliman, pour ses encouragements depuis mes premières années de travail et de recherche.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	10
ANNONCE DU PLAN	22
PREMIERE PARTIE : LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU MOMENT DE LA PRESENTATION DU PRODUIT OU DU SERVICE EN LIGNE.....	25
PREMIER CHAPITRE : LA PROTECTION DE L'INTERNAUTE DANS LA PUBLICITE EN LIGNE.....	28
SECTION PRELIMINAIRE : LA PUBLICITE EN LIGNE PEUT-ELLE ETRE CONSIDEREE COMME UNE OFFRE AU SENS JURIDIQUE?.....	32
SECTION I: UNE PROTECTION PARTIELLEMENT ASSUREE PAR LES REGLES DE DROIT COMMUN.....	35
§ 1- L'APPEL AU CADRE JURIDIQUE TRADITIONNEL DU DROIT DE LA CONSOMMATION.....	38
§ 2- L'APPEL AUX REGLES DE PROTECTION DE LA SANTE PUBLIQUE.....	49
SECTION II: LE NECESSAIRE RECOURS A UN CADRE PROTECTEUR PROPRE A L'UNIVERS DEMATERIALISE.....	54
§ 1- LES LIMITES D'UNE TRANSPOSITION DES REGLES GENERALES A LA PUBLICITE EN LIGNE.....	58
§ 2- VERS UNE HARMONISATION EN MATIERE DE CONTRATS ELECTRONIQUE.....	65
DEUXIEME CHAPITRE : LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE L'ACCEPTATION EN LIGNE.....	75
SECTION PRELIMINAIRE : LES ORIENTATIONS DOCTRINALES SUR LA THEORIE DU CONSENSUALISME.....	80
SECTION I : LES CONDITIONS PONCTUANT L'ACCEPTATION DU CONTRAT ELECTRONIQUE ET PROTEGEANT LE CONSOMMATEUR EN LIGNE.....	87
§ 1- L'ACCEPTATION A DISTANCE ET LES DIFFICULTES RENCONTREES PAR LE CONSOMMATEUR.....	91
§ 2- CONTENU DE L'ACCEPTATION A DISTANCE ET SON IMPACT SUR LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	102
SECTION II : LA PREUVE DE L'ACCEPTATION ELECTRONIQUE, ELEMENT ESSENTIEL PROTEGEANT LE CONSOMMATEUR EN LIGNE.....	111
§ 1- LA CREATION DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE.....	118

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

§ 2- LA MISE EN ŒUVRE DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE.....	136
DEUXIEME PARTIE : LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ELECTRONIQUE DANS LA RESOLUTION DES LITIGES	150
PREMIER CHAPITRE : LES ACTEURS DE LA REGULATION DU COMMERCE ELECTRONIQUE.....	156
SECTION PRÉLIMINAIRE: ASPECT GÉNÉRAL DU RÉLEMENT DES LITIGES EN LIGNE.....	160
SECTION I : PROBLÈMES SPÉCIFIQUES À L'APPLICATION TRANSNATIONALE DU COMMERCE ELECTRONIQUE.....	166
§ 1- PROBLÈMES SPÉCIFIQUES À LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE EUROPÉENNE PROPRE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE.....	171
§ 2- PROBLEMES SPECIFIQUES A LA REGLEMENTATION DU COMMERCE ELECTRONIQUE DANS LES PAYS DU MOYEN-ORIENT.....	176
SECTION II : LA MISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE L'ÉTAT SOUVERAIN.....	183
§ 1- LES JURIDICTIONS ETATIQUES COMPETENTES CONCERNANT LES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ELECTRONIQUE.....	187
§ 2- VERS UN ENCADREMENT NORMATIF DU POUVOIR ETATIQUE.....	196
DEUXIÈME CHAPITRE: LA VALIDITÉ ET L'EFFICACITÉ DU RÉGLEMENT DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE.....	203
SECTION I : LA THEORIE DU REGLEMENT DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE.....	209
§ 1- LES DIFFICULTES PRATIQUES ET CRITIQUES JURISPRUDENCIALES DU REGIME DE RESPONSABILITE DES HEBERGEURS.....	214
§ 2- LA CONCILIATION CRITICABLE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE AVEC LES CONTRATS DE CONSOMMATION EN LIGNE.....	220
SECTION II : DU NOUVEAU POUR LE RÉGLEMENT EN LIGNE DES LITIGES DE CONSOMMATION	228
§ 1- L'ADOPTION D'UN ENCADREMENT DU REGLEMENT HORS FORMES JUDICIAIRES DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE.....	232

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

§ 2- L'ARBITRAGE Électronique EST IL UN MODE EFFICACE POUR LA
RÉSOLUTION DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE ?.....240

CONCLUSION RECOMMANDATIONS.....247

BIBLIOGRAPHIES.....254

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al.	Alinéa dans un texte juridique.
arr.	Arrêté (règlement administratif).
Art.	Article d'un texte législatif suivi du numéro d'article.
Ass.	Assemblée.
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation.
Bibl.	Bibliographie.
BLD.	Bulletin législatif Dalloz.
BOCC.	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
BODAC	Bulletin Officiel des annonces civiles et commerciales.
Bull.	Bulletin.
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation (il existe aussi un Bulletin criminel - Les arrêts de la Chambre sociale et de la Chambre commerciale sont inclus dans le Bulletin civil).
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation.
C.A	Cour d'appel.
Cass. C. Cass.	Cour de cassation.
Cass. civ. I	Cour de cassation Chambre civile, première Chambre ; II : deuxième Chambre, etc.
Cass. Com.	Cour de Cassation Chambre commercial.
C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C.E.	Conseil d'Etat.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

CJUE	La Cour de justice de l'Union Européenne, anciennement Cour de justice des Communautés Européennes (CJCE).
CIJ	Cour Internationale de Justice.
Com. élect.	Communication commerce électronique.
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz.
Doct.	Doctrine.
éd.	Edition ou nom de l'éditeur (selon le contexte).
ex.	Exemple.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
JCI	Jurisclasseur.
JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique).
JCP CI.	Jurisclasseur périodique édition "Commerce et industrie".
J.O.	Journal officiel de la République Française.
JOCE	Journal officiel de la Communauté européenne.
jur.	Jurisprudence.
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique.
L. n°	Loi suivie du numéro de loi et de la date de sa promulgation au Journal Officiel.
NCPC	Nouveau Code de procédure civile.
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique.
ODR	Online dispute resolution.
OMC	Organisation mondiale du commerce.
p.	Page (dans la citation d'un livre ou d'une revue) suivie du numéro de page.
Rec.	Recueil.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Rev.	Revue.
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage.
Rev. conc.	Revue de la concurrence et de la consommation.
s. et s.	Et suivants (après l'énonciation d'un article) exemple : C. Civ. art. 1389 et s.
Somm.	Sommaires de jurisprudence.
Trib.	Tribunal, suivi du nom du lieu où siège la juridiction.
T. Conf.	Tribunal des Conflits.
T. com.	Tribunal de commerce.
TGI	Tribunal de grande instance.
URL	URL Uniform resource locator.
Vol. n°	Volume ou tome suivi d'un numéro en chiffre romain.
WWW	World Wide Web.

INTRODUCTION

1. Si le commerce électronique est en croissance rapide ces dernières années, il faut néanmoins distinguer entre le commerce interentreprises, qui progresse à grand pas, et le commerce de consommation qui, par contre, tarde à s'élancer. Pour ce dernier, les conséquences sont grandes car il s'agit de la protection des consommateurs².
2. Dès que le consommateur effectue son achat sur Internet, son principal souci est de vérifier si ses données personnelles transmises au commerçant sont actuellement protégées, et si sa carte de crédit est uniquement utilisée dans la transaction effectuée, un souci légitime concernant la sécurité et la protection de la transaction. De plus, ses soucis ne s'arrêtent pas ici : après avoir commandé le bien et payé, il veut s'assurer que sa commande sera livrée et en ce cas, que la livraison interviendra selon les conditions et modalités convenues. Toutes ces questions concernent la confiance. En Egypte, par exemple, la plupart des gens refusent d'utiliser leurs cartes de crédit ou donner des renseignements personnels. Cette mise en doute à l'égard du commerce en ligne ne se limite pas aux égyptiens, c'est une tendance existant dans l'ensemble du monde, bien que la consommation à distance ait pris son essor, il y a longtemps.
3. Le commerce électronique est un indicateur capital de l'activité économique mondiale contemporaine. C'est le secteur bénéficiaire au plus haut point, sur l'Internet. Etre sur Internet, malgré les apparences, signifie dépenser de l'argent. Les gains des fournisseurs d'accès sur l'Internet n'émanent pas que des frais d'utilisation du service, qui, du fait de la compétition, continuent toujours à baisser, la publicité en ligne représente cette autre source de rémunération. En 2006, les revenus de l' "e-pub" représentaient 12 milliards d'Euros en France et sont en croissance continue³. Actuellement, et selon une étude de IAB (International Advertising Bureau), le premier semestre 2013 a été un record pour les revenus de la publicité en ligne,

² Les enjeux du contrat de consommation en ligne, rédigé par C. BOUCHARD Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval et M. LACOURSIÈRE Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, Revue générale de droit (2003) 33 R.G.D. 373-438.

³ Mémoire rédigé par Mohamed Abdou en 2006 sur LA PROTECTION DE L'INTERNAUTE DANS LA PUBLICITE EN LIGNE, soutenu à L'IDAI, l'université du Caire.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

atteignant 20,1 milliards de dollars, soit une augmentation de 3,1 milliards de dollars par rapport à la même période en 2012⁴. Devant un tel chiffre, le droit doit définitivement s'intéresser à la publicité en ligne et s'assurer que ces ressources ne portent pas préjudice à l'internaute.

4. Avant d'examiner les règles en vigueur concernant la protection du consommateur en ligne et notamment celle de la publicité électronique, il faut signaler que la définition de la publicité n'est pas généralement uniforme. En effet, les diverses législations – en France et dans d'autres pays européens – offrent souvent des approches différentes. Dans le cadre de l'Union Européenne⁵, le dispositif essentiel est la directive sur la publicité trompeuse et le livre vert de 1996. L'article 2 de la directive no. 84/250 du 10 septembre 1984⁶ relative à la publicité trompeuse définit la publicité comme "*toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations.*" D'autre part, le livret vert de 1996⁷, qui n'est qu'un "code sans valeur effective", n'utilise pas le terme publicité mais plutôt "communication commerciale", la définissant comme: "*toute forme de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relation publiques destinées à promouvoir des produits ou des services*". Enfin, est venu l'article 20 de la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, modifié par la Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 39 qui dispose sans qu'il donne de définition nouvelle au terme "publicité": "*Tout publicité sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée*".

5. Dans ces textes, la publicité est vue non pas selon le support utilisé, mais en fonction de la finalité commerciale du message publicitaire. Ces textes s'appliquent même à

⁴ <http://www.iab.net/AdRevenueReport>

⁵ Il est important de noter que le droit communautaire est partie intégrante du droit français et à la valeur coercitive depuis la signature du Traité de Rome de 1957 (complété par la suite par d'autres conventions). Ainsi durant la rédaction de cette thèse un va et vient entre le droit français et communautaire sera établi.

⁶ La directive a été modifiée en 1997 pour inclure dans domaine d'application la publicité comparative.

⁷ Le livret vert a été conçu en vue d'harmoniser les législations nationales afin que leurs divergences ne créent pas de distorsions de concurrence nuisibles aux fonctionnements du marché intérieur. Il est destiné aux états membres et bien qu'il n'ait pas de valeur juridique coercitive (code de conduite), il conserve une valeur morale importante.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'Internet. C'est le cas de la publicité trompeuse électronique. Ainsi, la publicité en ligne peut être qualifiée comme une offre si toutes les exigences pour établir une offre sont remplies. La croissance continue du e-commerce nous oblige à protéger tous les consommateurs de façon homogène sur le marché électronique virtuel du Web.

6. Les théories juridiques classiques concernant les contrats et les obligations impliquées de ces contrats sont inapplicables dans le monde de l'internet qui offre au consommateur une chance de faire ses achats sans souci aux frontières alors qu'auparavant seule la protection juridique de son propre pays le satisfaisait. En l'utilisant, l'internet induit chez le consommateur un manque de confiance qui le pousse à exiger une protection au moment de satisfaire ses besoins indispensables. L'évolution technologique a un rôle essentiel et indispensable concernant la protection des renseignements personnels donnés par les consommateurs⁸. De plus, la protection juridique du consommateur – soit au moment de conclure des contrats de prestations de services électroniques (accès sur l'Internet), soit au moment de conclure des contrats pour subvenir à ses besoins personnels- peut ne pas être suffisamment visée parmi les doutes qui entourent cet environnement virtuel. L'Internet est un réseau mondial incluant tous les réseaux offrant à tout ordinateur, quelque soit son modèle, la

⁸ Ce qui était considéré comme impossible auparavant est devenu accessible dans le cadre de cette face à face entre le consommateur et son ordinateur. Si le caractère privé de l'information est la base de la protection des renseignements privés, nous remarquons que la violation de ce caractère a failli être un trait déterminant de l'âge numérique. À titre d'exemple dans l'affaire de la compagnie eBay Ltd vs. la compagnie Bidders Edge Ltd, nous retrouvons que le site des enchères de Ebay a intenté une action en justice contre un site qui s'occupe de la collecte des enchères connu sous le nom de Bidders Edge parce que ce dernier a obtenu des informations sur les enchères sans obtenir l'accord préalable de Ebay par le biais d'un logiciel spécifique intitulé Robots. Ebay a mentionné qu'elle avait notifié Bidders Edge que son accès est non autorisé par le biais des communications rapides (traditionnelles) ainsi que par ses tentatives d'entraver électroniquement le logiciel de Bidders Edge. En acceptant les allégations de Ebay de l'atteinte à sa propriété à l'information portée à son égard, la cour de la province a accepté la mise en demeure judiciaire et en a décidé ainsi et ce malgré le préjudice prétendu, s'il existe, il demeure méditatif et contenant la possibilité du préjudice si la cour refuse la mise en demeure. Par conséquent, l'utilisation pure non désirée de l'ordinateur du demandeur qui se résume dans son accès non désiré aux informations disponibles sur le site Ebay sur Internet fut en d'autre terme une justification du mandat ou de la mise en demeure judiciaire. cf. e.g. eBay, Inc. V. Bidders Edge, Inc. Loof. Supp. 2d 1058, 1068-72 (N.D. cal. 2000). Intel crop. v. Hamidi, 114 cal. Rptr. 2d. 244, 247-52 (ct. App. 2001), Review granted, 43 p 3d 587 (cal. 2002). <http://www.Robotstxt.org> (last visited Nov. 15, 2002).

Commentaire :

- Si la violation du droit à la protection des renseignements privés se fait entre professionnels détenant chacun les mêmes capacités technologiques et électroniques inimaginables ... quel sera-t-il le cas pour un simple consommateur ?!!!
- Nous pouvons déduire de cette action en justice à titre d'emprunt et au sens figuré que les frontières électroniques remplaceront les frontières géographiques, de façon à ce que « la violation des frontières électroniques deviendra un acte répréhensible en soi ».

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

possibilité de se connecter pour naviguer sur toutes les informations fournies sur le globe terrestre⁹.

7. Outil important de communication entre les individus et les organisations, l'Internet est devenu aussi pour l'internaute une source essentielle d'information politique, économique et sociale, ainsi qu'un moyen d'obtenir des connaissances intellectuelles, et un moyen de coopération illimitée entre les communautés différentes.¹⁰ L'idée d'entrer en contact à travers l'internet représente une évolution logique du

⁹ Pour plus d'informations voir : le rapport de communication et d'information dans le monde, 1999-2000, l'édition arabe, centre de publication de l'Unesco, le Caire, imprimé en France, p 284, l'annexe statistique.

En ce qui concerne le protocole d'Internet et l'intégration : les Wide Area Networks (WAN) est connu par Internet.

Il est à noter qu'Internet est le sigle de « Réseaux Internationaux (international networks en anglais) ». Les réseaux internet est le sigle de « Réseaux Internationaux Internes de Règlementation » et le réseau extranet est le sigle de « Réseaux Internationaux Additionnels de Règlementation ». Tout ce qui précède est soumis au Protocole de L'Internet. Ce Protocole a imprégné non seulement tous les réseaux métropolitains « Metropolitan Area Networks », mais également les réseaux locaux « Local Area Network » ; et ce en plus des outils et des équipements, tels les ordinateurs des réseaux, les stations de fonctionnement, les serveurs des ensembles de fonctionnement, les serveurs des médias, les serveurs des réseaux Web, les réseaux des câbles télévisions, les outils de liens sans fil des immeubles des consommateurs même s'ils sont des petits kiosks construits dans des jardins.

Voir : *Le Rapport de Communication et d'Information, Op.Cit., p. 134.*

Il est à noter que :

- L'Abonné est celui qui se paye une ligne directe ou qui loue la connexion via Internet.
- L'utilisateur peut être une personne qui utilise Internet une seule fois, ou parfois une personne qui a utilisé Internet une seule fois au moins pendant un certain temps. Ou une personne qui l'utilise tous les jours.

Qui est la personne liée par Internet ?

- De point de vue géographique, les pays liés par Internet sont tous les pays pratiquement. L'Union Internationale de Communication à distance a mentionné (décembre 1998) que trois pays seulement ne traitent pas avec Internet localement ou ailleurs. Les deux premiers pays ont fait ce choix sciemment, en revanche le troisième pays n'est pas connecté à cause de son espace. Ceci ne veut pas dire que les chances et les possibilités de se connecter et de traiter via Internet sont équivalentes. Il y a de grandes différences entre les pays au produit national brut élevé et ceux au produit national brut inférieur

Voir *l'Annexe statistique du rapport déjà mentionné p. 284.*

Historiquement Internet est né aux États-Unis en 1969 pour des raisons purement militaires.

V. HUITTEMA (C.) *Et Dieu créa Internet*, éd. Eyrolles, décembre 1995. P.1. ; LOUVIER (J.) *Le cadre Juridique de l'Internet, JURIS PTT. No 48, 2ème trimestre 1997, p. 3.*

Ce début d'internet aux États-Unis justifie la liaison entre Internet et la puissance et l'hégémonie, que la technologie serve des buts militaires ou civils. Si la domination technologique reflète les principes de domination dans le domaine militaire, il ne faut pas concrétiser celle-ci dans le domaine des contrats, de telle sorte que nous trouvons des contrats reflétant des conditions excessivement abusives dont les lois nationales se trouvent incapables d'empêcher les effets néfastes qui ravagent les droits du consommateur qui est une partie au contrat et son statut juridique doit être équivalent avec le statut juridique de l'autre partie contractuelle. Le pire est que l'interprétation des dispositions équivoques puisse être en faveur de la partie la plus forte au détriment de la partie la plus faible du contrat qui est dans ce cas le consommateur. La réalité d'Internet ignore la territorialité. « L'Internet « The inter communication Network » espace virtuel qui ignore la notion de territorialité". Il adresse l'expression humaine en provoquant en lui la curiosité. Il voyage à travers le globe terrestre du proche à l'extrême... V. le rapport du syndicat des compagnies de vente par correspondance et à distance fait en janvier 1999.

¹⁰ Cf. le rapport des communications et de l'Information, Op. Cit, p 284 de l'annexe statistique.

Selon le rapport mentionné de L'UNESCO le prix d'une connexion à l'internet diffère du fait qu'elle soit locale ou internationale. Divers forfaits sont disponibles selon les besoins pratiques de l'internaute.

Pour plus d'information à ce propos voir le tableau (a-7) p 227 de l'annexe de statistique du rapport déjà mentionné. Le tableau démontre les forfaits de connexion à Internet pendant 20 heures, les forfaits de communications locales, et les frais de fournisseurs de services Internet (incluant la taxe à la valeur ajoutée).

Voir *l'annexe de statistique du rapport déjà mentionné, p 287.*

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

multimédias et des systèmes d'harmonisation.¹¹ Ainsi il y a eu une croissance rapide entre 1997 et 1998, espérant que cela éliminera la relation "détaillant" entre les organisations commerciales et les acheteurs, du fait que les grossistes élaboreront eux-mêmes les informations sur les biens et services mis sur le marché.¹²

8. Ceci nous entraîne à demander si le consommateur est proprement immunisé contre les risques des transactions électroniques et d'éléments (négociations et endroit d'élaboration du contrat) ? Ou si en vérité les paramètres des transactions électroniques favorisent le commerçant professionnel au consommateur. En fait, les paramètres des contrats électroniques donnent une impression de sécurité et d'égalité entre l'acheteur et le vendeur alors qu'en fait ces conditions ou paramètres sont clairement conçus sur l'inégalité des partis. C'est pourquoi il est indispensable de rechercher des solutions pour immuniser l'acheteur au moment de l'élaboration du contrat électronique.

9. L'envergure internationale du réseau de l'e-commerce encourage à fournir une demande correspondante au marché international et à ses transactions qui ne sont pas gênées par le jeu des frontières. L'internet gagne bien son qualificatif d'être sans frontière.¹³ Mais cela n'empêche pas les compagnies d'initialiser régulièrement des

¹¹ La haute vitesse fournie par les réseaux internet et Web actuels permet aux utilisateurs des moyens "Vision Dome" et "Work Bench" d'expérimenter la simulation sur des modèles estimés de n'importe quel endroit dans le monde.

Le (PGI) Progiciel de Gestion Intégré (ERP= Enterprise Ressources Planning en anglais) qui a paru en 1997 et 1998, est un logiciel qui a permis aux organisations de gérer leurs ressources en les accommodant selon les besoins des consommateurs. Elle suggère des solutions pour atteindre le chiffre d'affaire plus rapidement, minimiser le temps pour atteindre le chiffre d'affaire désirable, ainsi qu'améliorer la performance ou réaliser de meilleurs bénéfices. Cette ERP peut lier les grossistes, les détaillants et les consommateurs et peut être utilisée par des organismes professionnels indépendants comme les administrations financières, de fabrication ou de distribution.
Voir : le rapport de l'Unesco, Op.cit., p. 137.

¹² Etant donné que les communautés virtuelles sont les clients de ces marchands électroniques, leurs souscripteurs, qui à leur tour se fient aux informations fournies sur les biens et services mis en vente s'attendent à recevoir ces produits à bon marché et de qualité supérieure.

On en vient à se demander si les stratégies électroniques poursuivies par les communautés virtuelles favorisent le professionnel ou le consommateur. Ainsi les professionnels obtiennent des informations essentielles sur les goûts et les attitudes de leurs consommateurs. L'évolution présente du message publicitaire permet d'attirer les achats des consommateurs, bien que ces derniers soient exposés à des publicités trompeuses, insécurité des transactions financières, manque des connaissances des lois en vigueur dans le cas de litiges, ainsi que des tribunaux compétents dans le cas de litige sur internet, qui de leur part donnent aux contrats une apparence irréaliste ?!!!

¹³ V. Huitema (C.), op. cit. qui disait : « L'Internet » Cette expression s'explique par le fait que l'Internet n'est pas un réseau unique. Il est constitué d'une « interconnexion de réseaux très divers ».

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

programmes de re-modulation de leur site Web pour maximiser leurs ventes au-delà des frontières nationales.¹⁴

L'Internet est donc le "seigneur" des réseaux électronique car il inclut sous son empire divers réseaux dont il assure la connexion.¹⁵

10. Le développement des technologies a entraîné la création de divers nouveaux produits et services sur le marché ainsi qu'un désir fervent de la part des consommateurs pour les acquérir. La consommation est donc devenue le trait de la vie moderne. Cela nous montre le besoin de formuler des règles et des normes juridiques spécifiques (et non pas juste adaptées) pour protéger le consommateur, mais que faut-il faire? Ce besoin est devenu indispensable pour permettre au consommateur d'effectuer des transactions contractuelles selon les pratiques conventionnelles et les conditions du marché, de même que juridiques. En fait, le consommateur n'est pas le sujet de cette protection.

¹⁴ Le nombre d'abonnés en ce service a atteint approximativement 159 millions.

V. annexe 1 : « les chiffres de l'internet et du commerce électronique » cité par : TORRIS (ch.) : L'internet et la vente aux consommateurs, thèse, Paris X-Nanterre, 1er Juillet 1999, p. 5.

La question posée est de savoir si l'internet est au-dessus de toutes poursuites juridiques. Il est prévu que le commerce de médicaments interdits en France se développe à travers les compagnies étrangères en ligne. De même le trafic d'esclavage en ligne est en pleine expansion.

V. LATRIVE (F.) Lois hors sujet sur le Net, Libération, 11 oct. 1996.

Web : « Le World Wide Web est un des services proposés sur Internet. Il permet la transmission et l'utilisation de documents multimédia en ligne » ; Le terme français est « toile d'araignée mondiale » ou « toile mondiale » ou « toile, Jo, 16 mars 1999, p. 3908. Interactivité : « activité de dialogue entre l'utilisateur d'un système informatique et la machine, par l'intermédiaire » V. Le Robert pour tous, Dictionnaire de la langue française, imprimé en France, mai, 1995, p. 615: consommateur peut avoir une attitude positive par le fait de rechercher les informations par lui-même selon le principe pull. Toutefois il peut avoir une attitude négative simplement en se contentant des informations reçues, c'est le principe dit push.

V. le rapport du conseil de l'état français contenant le texte suivant :

"La technologie dite push consiste à fournir à l'utilisateur, directement dans sa boîte aux lettres électronique l'information qui l'intéresse (selon les choix et les intérêts qu'il a exprimés ou en fonction de son profil comportemental).

Elle s'oppose au principe dit "pull", qui est la règle générale sur l'internet, selon laquelle c'est le consommateur qui va de lui-même chercher l'information sur les sites".

V. Conseil d'état, internet et les réseaux numériques, la documentation Française, 1998, p. 254

Serveur : Système informatique destiné à fournir des services à des utilisateurs connectés et par extension, organisme qui exploite un tel système, Jo, 16 mars

¹⁵ * Nous retrouvons dans ce même sens le mot du président Kennedy en 1962 « nous tous nous sommes des consommateurs. Bien que les consommateurs représentent le groupe économique le plus important, ils sont les moins écoutés. Je souhaite la promulgation d'une législation leur permettant d'exercer pleinement leurs droits.

V. CAS (G.) et FERRIER (D.), Traité de droit de la consommation, éd, PUF. p 33.

** Nous avons remarqué la diffusion très large de la culture de consommation appelée par les uns McDonaldisation qui réfère au monde de Mc Donald (des sandwiches). Malgré la mondialisation des médias, son effet demeure superficiel... et ce parce que la consommation dans ce cas ne représente pas une homogénéité culturelle... »

Voir : Dr. Heidar Ibrahim « La mondialisation et la polémique de l'identité culturelle » Magazine Alam El Fekr, Décembre 1994, p 120.

*** Il est évident que le phénomène de globalisation ou mondialisation initié dans les années 90 a déclenché une vague de transformation mondiale globale dans l'économie, la politique et culturelle sans toutefois détacher les sociétés mondiales de leur passé.

Voir : Dr. Hoda Mitkiss « les effets politiques internes de la mondialisation » publication du centre des études et recherches des pays en développement, no 23, le Caire, 2002, p 53 et suivantes.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Dans plusieurs parties du monde, c'est plutôt le contrat juridique de vente qui est important et donc c'est lui qui est visé par le fait des obligations qui en découlent. La notion de protection du consommateur n'est apparue qu'après l'apparition d'incidents injustes, néanmoins, sans déterminer parallèlement une définition du consommateur de par sa notion ou même dans le sens juridique. En même temps, la croissance de la demande a entraîné l'évolution de la distribution à travers de nouveaux moyens de vente et de promotion. Dès 1980, le téléphone, la télévision et le minitel furent les moyens utilisés par les professionnels ce qui a aidé à créer de nouvelles pratiques commerciales. Ensuite, l'internet fut introduit comme outil de communication, facilitant l'accessibilité de l'information. En 1995, Internet avait pris son élan et commence à apparaître comme un outil indispensable au commerce international du fait de ses effets sur le consommateur qui lui en bénéficie au maximum. Ainsi est né le e-commerce ou commerce en ligne. Ce commerce sera ultérieurement défini par la loi comme étant « l'ensemble d'échanges numériques associés aux activités commerciales dans le cadre d'un flux régulier d'information afin de mener à l'échange de produits et services ».¹⁶

11. Le e-commerce avait ainsi pris l'envergure d'une innovation dans l'histoire humaine. Une fois doté d'un ordinateur, on pouvait échanger sur tous les produits et/ou services. La variété des produits échangés allait des vêtements, à la nourriture, la musique et les livres. Une évolution des services par les banques, les compagnies d'assurance, les agences de voyages et l'abonnement aux revues et journaux en résulte. Toutes ces transactions sont effectuées, localement et à travers les frontières. Ainsi, l'internet a créé une nouvelle ère pour le commerce et la consommation locales de même qu'internationales, car il traversait les frontières sans rencontrer d'obstacle.
12. Dans le temps, on pouvait assimiler le contrat de consommation en ligne avec la théorie des contrats entre absents. Mais avec l'évolution rapide des contrats électroniques un besoin de règles propres à ce monde virtuel va émerger. En effet, si les parties au contrat électronique sont physiquement « absentes », elles sont néanmoins présentes sur un plan virtuel, sur un lieu d'échange constitué par un site

¹⁶ V. Dr. Osama Abou El Hassan Megahed, La spécificité du contrat à travers Internet, Dar El Nahda El Arabya, 2000.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

internet interactif qui permet au contrat électronique de se rapprocher d'un contrat classique¹⁷.

13. L'envergure internationale, instantanée et immatérielle du contrat électronique pousse à se poser des questions sur les moyens de protection fournis aux consommateurs ainsi que leurs champs d'efficacité. D'autre part, est-ce que les moyens traditionnels sont valables pour mettre en vigueur un contrat électronique ? Etant donné que l'internet est le milieu qui voit la naissance du contrat électronique, il est logique qu'il porte les caractéristiques de cet environnement. Comment les moyens traditionnels seront-ils applicables à ce contrat ?¹⁸
14. Ainsi, la loi est obligée de protéger le consommateur du fait que le e-contrat se forme par –comme certains auteurs l'indiquent –"la rencontre entre **l'offre** et son expression d'une façon virtuelle à travers l'internet et **l'acceptation** exprimée après un dialogue interactif entre le consommateur et l'information présentée par une machine."¹⁹ Le vendeur utilise les catalogues descriptifs des biens vendus pour matérialiser son offre, en même temps il énonce les conditions gouvernant le contrat, et le consommateur exprime son acceptation. Tout se fait à travers l'internet.²⁰
15. Compte tenu du développement des moyens de communication électroniques dans les années 80, tel que le téléphone, le fax, la télévision et l'internet²¹, le législateur européen a promulgué un texte pour protéger le contrat du consommateur en

¹⁷ Article en Contrats Electroniques entre Particuliers (Contrats 3), publié le 24 janvier 2013, par Maxence Genty & Florent Suxe, disponible sur:

<http://m2dc2en.fr/index.php?s=3&doc=La%20conclusion%20du%20contrat%20%E9lectronique%20et%20l'incitation%20%E0%20contracter%20par%20Maxence%20Genty%20et%20Florent%20Suxe>

¹⁸ V. ITEANU (O.) Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, éd. Eyrolles, avril 1996, p. 27.

¹⁹ V. CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), op.cit p 94, no 95.

²⁰ Le législateur français a organisé les ventes qui se réalisent à l'endroit du consommateur là où (le démarcheur) joint le consommateur selon l'article (L. 121-27) de la loi sur la consommation. Une part de la jurisprudence croit que la télévente est une vente à distance. V. CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.), op.cit. « La vente par téléphone fait à mon avis partie des ventes à distance ».

²¹ Pour gérer ainsi le domaine du commerce électronique, V. CHAMBRAUD « Commerce électronique et droit communautaire » INC Hebbo no 1096, oct. 1999 ; DE NAYER et LAFFINEUR, le consentement électronique, centre de droit de la consommation, Louvain – la- Neuvre, 2000.

D'après la loi française, tous les textes de loi concernant la vente en ligne sont applicables à l'offre en ligne. Cette dernière doit couvrir les éléments suivants:

I Un engagement du fournisseur avant la conclusion du contrat de donner toutes les informations nécessaires au consommateur ;

II Seule la langue française est autorisée ;

III Une confirmation écrite des informations données.

V. TORRÉS (C.), l'Internet et la vente aux consommateurs, thèse, paris X-Nanterre, 1999, p.23, no 39.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

ligne.²²Du fait que les transactions effectuées entre le fournisseur et l'acheteur sont faites en ligne, les deux partis sont donc physiquement absents.

16. De même, le législateur a formulé des dispositions essentielles pour donner un aspect valable au contrat électronique dans le but de protéger le consommateur. Ce sont les lois du 6 janvier 1988²³, du 25 juin 1989, et celle du 18 janvier 1992. La consommation a été ainsi organisée par les articles (L121-16) et (L121-20) en même temps cela a consolidé les lois juridique de la vente en ligne. Mais ces articles concernent seulement les dispositions générales du contrat en ligne et non le caractère de la transaction de vente elle-même.

17. Les éventuels avantages du commerce électronique portent aussi en leur sein les doutes et les risques qui détruisent la confiance du consommateur.²⁴ Les professionnels (commerçants ou fabricants) évitent tout litige juridique local avec les consommateurs, (qui eux sont de plus en plus la proie des activités de commercialisation frauduleuses), en utilisant l'internet de manière plus fréquente pour commercialiser leurs produits. De même la vente des produits peut être non sécurisée ainsi que les moyens de paiement qui à leur tour peuvent être violés par la divulgation des données personnelles de l'acheteur.²⁵ Les rapports américains montrent qu'il y a un individu sur 5 qui rencontre un problème d'achat en ligne. Il faut donc activer les moyens actuels de protection du consommateur et les mettre en vigueur. Etant donné que le consommateur est la personne visée par la vente en ligne, il est indispensable pour les législations actuelles de donner une définition du consommateur pour ensuite définir les règles juridiques qui lui seront appliquées.

²² V. PLAISANT « la loi du 6 Janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le téléachat » JCP, éd. E, 1988, 11, 15229.

²³ Intitulé « les craintes du consommateur dans un marché mondial sans frontières » ou « Consumer concerns in the Borderless Global Market » V. : Jay M. Tannenbaum, Keynote Address in Gateways to the Global Market consumers and Electronic Commerce 21 (Org, For Economic Co-operation and Development éd. 1998) (Ci-après l'autoroute).

²⁴ Voir le droit américain : ECOM World, Searching for the wisdom of solomon in EC Disputes, « La recherché de la sagesse de Salomon dans les litiges du commerce électronique ». @ : <http://www.ecomworld.com/html/govern/0610001.htm> dernière visite 1er décembre 2000) Plus de 700 million de \$ dépensés dans les ventes en ligne sont perdus à cause de la fraude en 2001, représentant 1.14% du total annuel des ventes en ligne du total s'élevant à 61.8 milliards ... « Michael pastore, Fraud continues to haunt online Retail E-Com. Ou La fraude continue d'avaloir les ventes en details en ligne du commerce électronique. Times (4 mars, 2002) sur le lien : <http://www.ecommercetimes.com/ec-news/articles/098444100.html> »

²⁵ ibid... l'auteur pense que d'un côté « les lois qui gèrent l'utilisation d'internet demeurent équivoques », « The laws governing the use of the internet are still ambiguous » et parfois non existantes. De l'autre côté, le consommateur ne peut recevoir les dommages –intérêts des préjudices qui lui sont causés par le marché électronique. S'il existe des solutions pour fleurir le marché électronique international, il faut tout d'abord protéger le consommateur en éliminant les risques qu'il comporte et jouer sur la sécurité nécessaire ou au moins amoindrir ces risques. Voir référence précédente.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

18. Le but de cette thèse est de faire une analyse des législations actuelles concernant la vente de sorte à pouvoir rédiger un e-contrat valide et conforme aux règles de la consommation. De fait de la nature du monde numérique (Internet), il faut légiférer à la mesure de ce monde virtuel. Toutefois ces règles ne doivent pas s'écarter des législations internationales appliquées au droit privé et au droit de la consommation. Il faut, pour ce fait, adapter les lois du droit privé appliquées et leurs juridictions au e-commerce. Mais cela est-il possible ? De même, est-ce que le droit international privé est prêt à une adaptation au monde ouvert et sans frontière de l'internet et à se libérer virtuellement du fait que les actes soient constitués de faits juridiques ?
19. Nous faisons ainsi face à deux hypothèses. La première est que le e-commerce est assujetti aux règles du droit commun. La seconde est que la vente en ligne est faite dans un cadre spécial qui impose d'autres conditionnements au contrat en ligne. Ceci est dû à la nature virtuelle du cadre du commerce électronique. De ces deux constatations, nous jugeons que les lois du droit commun sont insuffisantes et que des règles spécifiques doivent être mises en place.
20. Il est donc important d'étudier en profondeur les principales législations dans les pays en voie de développement et spécialement en Egypte pour faire face à l'évolution du monde virtuel de l'Internet et des techniques de communications en général. Il est important de noter qu'actuellement un droit spécifique au commerce électronique est en train de naître. Ce droit spécifique non seulement discute de tous les points de la nature virtuelle du monde du commerce électronique, mais aussi concerne la protection des usagers consommateurs de l'internet. En effet, il existe aujourd'hui diverses activités législatives dans le but de régulariser correctement l'application du commerce électronique. En effet, une dizaine de provisions législatives sur le commerce électronique, les contrats à distance, les services financiers... ont été promulgués en Europe Communautaire et un nombre identique de lois a été promulgué en France pour assurer l'application de ces provisions législatives. D'autres activités législatives sont en œuvre concernant l'amélioration des systèmes juridiques, adaptation des lois commerciales à la vente en ligne, renforcement des protections en vigueur par les gouvernements qui sont en faveur des changements du marché économique international et adaptation des jurisprudences internationales dans le but de résoudre tous les litiges émanant d'un conflit de commerce électronique. Toutes ces démarches sont destinées à protéger plus efficacement

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'utilisateur de l'internet sans toutefois gêner l'expansion et l'évolution du commerce en ligne. Cela semble beau et semble protéger au mieux l'internaute.

21. Mais la vérité est différente. D'après une étude par le gouvernement français, un tiers parmi 1000 sites de vente compris dans cette étude menée par la Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression de la Fraude ne satisfaisaient pas aux normes appliquées à la vente en ligne, 14% diffusaient des publicités frauduleuses ou publiaient en ligne des certificats non conformes.²⁶ Ce qui ne satisfait pas la cible désirée par le Conseil d'Etat et qui suppose: *"assurer aux [internauts]... une protection d'un degré comparable, lors de transactions dématérialisées, à celles dont ils jouissent à l'occasion de ventes à distance classiques"*.²⁷
22. Ce qui nous pousse à nous poser une question essentielle: Comment assurer une protection efficace au consommateur en ligne ?
23. En 2012, deux semaines avant Noël, les résultats publiés par la Commission Européenne²⁸ d'un contrôle fait sur les sites de vente de jeux, livres, vidéo, des fichiers de musique téléchargeable²⁹; ont montré que plus de 75 % d'entre eux ne respectent pas les lois et critères de vente en ligne.²⁹ Ceci est alarmant du fait qu'ils visent une clientèle d'enfants. Les consommateurs doivent filtrer les conditions des contrats qui sont nombreux pour connaître le prix de la marchandise qu'ils veulent acquérir, de plus certains jeux qui étaient soit disant gratuits s'avéraient être payant. Un tiers de ces sites ne mentionne pas leur adresse ou numéro de téléphone, ce qui élimine toute perspective de service après-vente. Nous citons pour ce cas le mot du commissaire européen à la santé et à la politique des consommateurs, M. Tonio Borg, qui a déclaré à cette occasion: *« Les enfants sont de plus en plus à l'aise avec la technologie : ils savent, dès leur plus jeune âge, comment télécharger un jeu, et il est bien difficile de les empêcher d'y jouer une fois qu'ils y ont pris goût. La moitié des jeux téléchargeables sont annoncés comme gratuits, alors qu'il faut payer pour y progresser ; la facture risque donc d'être salée pour les parents. Les résultats de*

²⁶<http://www.men.minefi.gouv.fr>, Com. Comm. élect. 2002, actu. 51.

²⁷ Conseil d'Etat, Internet et les réseaux numériques, Documentation française, 1998, p. 55.

²⁸ La Commission européenne est, avec le Conseil de l'Union européenne, le Parlement européen et le Conseil européen, l'une des principales institutions de l'Union européenne. Instituée par le Traité de Rome de 1957 (articles 155 à 163), elle est composée d'un commissaire par État membre, soit 28 commissaires.

²⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1320_fr.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'opération de contrôle, publiés aujourd'hui, montrent que, pour l'essentiel, la majorité des sites examinés ne facilitent pas l'accès aux principales dispositions contractuelles. Dans les mois qui viennent, les autorités nationales s'emploieront à remettre ces sites sur la bonne voie. »³⁰

24. Les autorités de ces pays ont commencé à convoquer les sites non conformes aux critères de vente électronique pour explication ou pour mentionner les informations requises clairement sous peine de poursuite judiciaire et leur imposer des pénalités financières ou qui aboutiraient à la fermeture des sites.³¹
25. Le e-commerce doit être doté d'une indépendance d'action ainsi que d'une liberté contractuelle. Et c'est à la juridiction de s'adapter aux nécessités de l'internet. Le droit civil n'est pas interchangeable.³² Les différentes innovations (automobile, contrats en masse, grandes usines, conception nouvelle de la famille...) ont contribué à l'évolution du droit civil. Le commerce électronique ne fait pas exception à cette hypothèse. Les institutions traditionnelles doivent être adaptées à l'évolution de cette nouvelle forme d'information, comme le moment de conclure le contrat ou l'incorporation des conditions générales dans le contrat. De cela, nous présumons que le commerce électronique contribuera à l'évolution du droit civil comme l'a fait auparavant le droit de consommation à travers ses contrats.³³

³⁰ <http://www.techno-science.net/?onglet=news&news=11108>

³¹ Rapport de la Commission Européenne, Bruxelles, 6 Décembre 2012.

³² <http://www.maphilo.net/droit-cours.html>

³³ CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ., avr. Juin 1994, p. 239.

ANNONCE DU PLAN

26. Cette étude a pour objectif de faire le point sur quelques problèmes et difficultés concernant les normes et règles applicables dans le système juridique communautaire, notamment le système français, en matière de protection du cyberconsommateur. L'idée adoptée par la plupart des doctrines et des jurisprudences est de comment adapter les règles du droit commun applicable en matière des contrats et des obligations sur le monde dématérialisé. L'objectif principal de cette thèse est d'arriver à une conclusion selon laquelle, il faut penser à élaborer des règles spéciales pour la régulation du commerce électronique. Ces règles doivent être applicable non seulement lors de la conclusion des contrats en ligne (offre-acceptation), mais aussi dans la protection du consommateur en ligne dans le processus de la résolution des litiges.
27. Pour pouvoir traiter ce sujet correctement, une comparaison entre systèmes juridiques moins développés (égyptien en l'occurrence) d'une part et celui de pays plus expérimentés (français en l'occurrence) est pertinente. En effet, l'émergence d'un droit spécifique dans un environnement aussi particulier que le Moyen-Orient présente des aspects remarquables aussi intéressants à étudier que dans un environnement où le domaine législatif comprend de nombreux outils.
28. Nous excluons de cette thèse, la réglementation de certaines formes de publicité particulière. La publicité en ligne est soumise aux règles générales applicables à toute sorte de publicité. Ces règles générales peuvent être de sources variées et peuvent avoir des objectifs différents. Cependant, il paraît difficile de traiter l'ensemble de ces normes dans cette modeste thèse. notre objectif n'est enfin pas d'examiner tous les instruments et procédures de protection établis dans les systèmes juridiques que nous avons analysés mais de s'arrêter sur certains points de divergences et de convergence essentiels à l'amélioration de la protection du consommateur en ligne. Nous allons donc nous limiter à étudier deux groupes de règles: d'un côté, les mécanismes qui peuvent favoriser la protection du cyberconsommateur et, de l'autre, les règles données par le Code de la santé publique qui soumettent certains types de publicités à des exigences spécifiques.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

29. Dans cette démarche, l'examen des droits européen et français, en matière de protection du cyberconsommateur, nous permettra de savoir la place actuelle des pays arabes et des pays en voie de développement pour leur permettre d'améliorer certains de leurs aspects.
30. Comme on va l'étudier plus tard, malgré le fait que la loi Egyptienne sur la signature électronique a été promulgué il y'a 10 ans, et vue l'hésitation des consommateurs dans les pays en voie de développent (notamment l'Egypte) soit à donner des renseignements en ligne sur leur carte de crédit ou le doute sur le bon fonctionnement d'un site Web, on n'a pas jusqu'a présent une seule décision rendue par la Cour de Cassation sur la protection des cyberconsommateurs. En effet, la cour de cassation Egyptienne se limite a chaque fois saisie sur une question qui relevé d'un contrat électronique, au domaine de la responsabilité civile ou contractuel des professionnels ou des sites internet sans aucune référence au commerce électronique. C'est pour cette raison, que cette thèse ne peut pas strictement parlant constituer une étude comparative, mais on a essayé simplement de faire référence a quelques éléments de comparaison entre le système en Europe et en Egypte tout en analysant le besoin juridique pour une telle règlementation en Egypte et dans les pays en voie de développement.
31. Ceci est observé pour les clauses au moment de la présentation du produit ou service (**1ère Partie**), en vue de protéger le consommateur en ligne, introduites à la formation du contrat jusqu'à la conclusion du contrat électronique. Dans les cas de litiges on remarque une évolution dans la conception par le recours à des solutions alternatives qui nécessite une adaptation parfois critiquable au monde virtuel (**2ème Partie**).
32. Pour pouvoir traiter ce sujet, et par souci de clarté et de simplicité, nous avons adopté un plan bipartite. En premier lieu, la protection du consommateur en ligne se manifeste lors de la présentation du produit ou du service (**Première Partie**). Comme la publicité électronique peut être considérée comme la forme d'offre la plus connue dans le monde dématérialisé si elle remplit les conditions nécessaire qui seront étudiées plus tard, le (**Premier Chapitre**) de la présente thèse va porter sur les diverses mesures de protection que les systèmes juridiques modernes accordent à l'internaute dans la publicité en ligne. A cet égard, on va s'interroger sur les règles du droit commun applicables en la matière qui ont pour objectif d'assurer un certain

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

minimum de protection au consommateur en ligne (**Première Section**) pour pouvoir arriver à la nécessité de mettre en place un cadre protecteur propre à l'univers dématérialisé (**Deuxième Section**). Enfin, nous évoquerons dans cette partie, des mesures de protection du consentement du consommateur en ligne dans la formation même du contrat et la rencontre de l'offre et de l'acceptation (**Deuxième Chapitre**). Pour ce faire, il s'agit d'examiner en détail les conditions et critères ponctuant l'acceptation du consommateur en ligne de l'offre (**Première Section**) et ce, pour concilier le principe de l'autonomie de la volonté avec le principe de la protection de la partie faible notamment avec les règles applicables en matière de preuve et la mise en œuvre de la signature électronique (**Deuxième Section**).

PREMIERE PARTIE :

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR AU MOMENT DE
LA PRESENTATION DU PRODUIT OU DU SERVICE EN
LIGNE

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

33. La directive sur le commerce électronique,³⁴ adoptée le 8 juin 2000, appliquée aux «services de la société de l'information»³⁵ a donné une définition à la publicité en ligne: "Toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée".
34. En France, la directive sur le commerce électronique a été transposée le 21 Juin 2004, par la loi n° 2004-575, sur la confiance dans l'économie numérique. Bien que cette directive ait consacré un chapitre entier à la publicité en ligne, elle ne l'a pas définie. Le premier article de cette loi parle de « service de communication au public en ligne »³⁶: « On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ».³⁷
35. L'évolution des technologies a permis une évolution du e-commerce, qui à son tour, a conduit à une évolution de la communication commerciale et de la publicité en ligne. Les techniques ont fait de l'Internet un laboratoire à ciel ouvert permettant de produire des messages publicitaires électroniques de toutes formes et qualités. Ce développement des techniques de communication électronique et leur usage dans les domaines du e-commerce et de la publicité en ligne, nous pousse à nous poser la question suivante: Quelle est la meilleure protection de l'internaute face à la publicité en ligne ?
36. Une offre acceptée en ligne par un internaute exige l'émission d'un contrat par le vendeur. Ceci entraîne l'émergence d'obligations et de droits comme pour tout autre contrat qui doivent forcément répondre à des critères légaux, entre

³⁴ UE, dir. n° 2000/31, 8 juin 2000.

⁴⁰ Le Parlement européen a défini les services de la société d'information dans la directive n° 98/34/CE. Celle-ci envisage une procédure d'information d'après des normes et réglementations techniques. La société d'information y est définie comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services. ». On peut dire que cette définition est applicable à pratiquement tous les services actuels en ligne.

³⁶ La définition proposée permet de déterminer les champs d'application de la loi et par conséquent les secteurs visés par la publicité.

³⁷ Cette loi crée ainsi une opposition entre la communication audiovisuelle et la communication au public en ligne. C'est du caractère interactif du service que l'on peut voir la distinction. (V.T. VERBIEST - Le nouveau droit du commerce électronique, éd. Larcier, 2005, p.29).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

autre aux quatre conditions de validité de l'article 1108 du code civil. Mais comme souligné précédemment, une certaine adaptation de ces conditions à la nature virtuelle de l'internet est exigée.

37. Le consommateur découvre les offres de vente en ligne selon deux options. Premièrement le consommateur a la **volonté** d'acheter un produit. Il navigue sur les différents sites de l'internet et une fois le produit trouvé, il exprime son acceptation de l'offre de vente de ce produit sur un site spécifique. La deuxième option qui est **involontaire** est celle représentée par la publicité en ligne. L'Internet permet au vendeur d'atteindre des milliers de consommateurs à un bas 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. La forme la plus importante de l'offre destinée au public, c'est la publicité en ligne.³⁸ Dans un **Premier Chapitre** nous étudierons donc la publicité en ligne sur deux Sections pour discuter des éléments de l'offre non sollicitée en ligne, dont la publicité en ligne fait partie, et des dispositions que ces éléments offrent pour protéger le consommateur. Ensuite dans un **Deuxième Chapitre**, nous évoquerons l'acceptation de l'offre en ligne par le consommateur qui représente la phase finale de la formation du contrat en ligne à travers deux sections: l'une consacrée aux caractéristiques de l'acceptation et la seconde à la forme de l'acceptation et ses preuves.

³⁸ Mémoire sur la Formation Du Contrat De Vente En Ligne Et La Protection Du Consommateur rédigé en 2005 par Lucile Archambault, disponible sur: http://www.droit-tic.com/pdf/contrat_vente_en_ligne_conso.pdf

PREMIER CHAPITRE :

LA PROTECTION DE L'INTERNAUTE DANS LA
PUBLICITE EN LIGNE

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

38. Le commerce électronique représente un indice essentiel de l'activité économique mondiale contemporaine. C'est le secteur bénéficiaire par excellence sur l'Internet. En effet, l'utilisation de l'Internet coûte de l'argent. Les gains des fournisseurs d'accès sur l'Internet ne proviennent pas seulement de l'utilisation du service. Une autre source de revenus est impliquée. Cette ressource est la publicité en ligne. Le 24 Janvier 2013, la Fevad³⁹ (Fédération du E-commerce et de la Vente à Distance), avec la participation de Sylvia Pinel, Ministre de l'Artisanat, du Commerce et Tourisme a dévoilé le bilan du e-commerce de l'année 2012 en France et des intentions d'achats du consommateur en ligne pour l'année 2013. Les résultats de ce rapport étaient plutôt optimistes. En effet malgré la crise les achats en ligne devaient être en hausse. 73% des Internautes interrogés disent qu'ils continueront à utiliser l'internet comme voie d'achat, 56 % considèrent que la crise n'a pas d'effet sur la vente en ligne et 20% des personnes interrogées voient, qu'au contraire, la crise les poussera à utiliser l'internet comme moyen d'acquisition de leurs.⁴⁰ Ces résultats impliquent qu'une intervention du droit plus efficace, notamment en matière de protection du consommateur, doit être mise en vigueur pour contrôler la publicité et ses recettes.
39. Avant de parler des règles régissant la protection du consommateur en ligne, et plus précisément celle de "e-pub", il faut souligner que la définition de la publicité en général n'est pas uniforme. En effet chaque législation- en France et dans les pays divers de la communauté- offre souvent des approches différentes.
40. Dans le cadre de la communauté européenne⁴¹, deux textes principaux régissent cette question: la directive sur la publicité trompeuse et le livre vert de 1996. L'article 2 de la directive no. 84/250 du 10 septembre 1984⁴² relative à la publicité trompeuse définit la publicité comme " toute forme de

³⁹ 560 entreprises et plus de 800 sites Internet travaillent sous les auspices de la Fédération du e-commerce et de la vente à distance (1957). Elle représente le secteur du commerce électronique et de la vente à distance. Sa tâche est d', informer le consommateur correctement sur le secteur pour un développement durable et éthique de la vente à distance et du commerce électronique en France. Pour en savoir plus : www.fevad.com

⁴⁰ Étude FEVAD Médiamétrie/NetRatings, bilan e-commerce 2012, disponible sur : http://www.fevad.com/fr/gre_page/affiche_page.asp?categorie=6&id_page=234

⁴¹ Il est important de noter que le droit communautaire est partie intégrante du droit français et à la valeur coercitive depuis la signature du Traité de Rome de 1957 (complété par la suite par d'autres conventions). Ainsi durant la rédaction de cette thèse un va et vient entre le droit français et communautaire sera établi.

⁴² La directive a été modifiée en 1997 pour inclure dans le domaine d'application la publicité comparative.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations."

41. D'autre part, Le livre vert de 1996⁴³, qui n'est qu'un " code sans valeur effective ", n'utilise pas le terme publicité mais plutôt " communication commerciale", la définissant comme: " *toute forme de publicité, de marketing direct, de parrainage, de promotion des ventes et de relation publiques destinées à promouvoir des produits ou des services*". Dans ces deux textes, la publicité est vue non pas comme un support utilisée mais en fonction du dessein commercial du message publicitaire. Ces textes s'appliquent même à l'Internet. C'est le cas de la publicité trompeuse électronique.
42. Dans le cas du droit interne français, la publicité n'a pas une définition globale appliquée dans tous les codes, chaque loi donne une définition propre selon le champ d'application fixé. Quelquefois, elle est définie comme technique de communication et de diffusion à travers un moyen déterminé.⁴⁴ Cette définition est plutôt limitée, vu que la publicité est communiquée sur un moyen déterminé et sans lequel la définition ne pourrait être applicable. D'autres lois définissent la publicité d'une façon plus générale incluant tout moyen technologique capable de délivrer le message publicitaire.⁴⁵
43. En fin de compte, la publicité en ligne n'est qu'une des formes innombrables de la publicité et ce qui la place sous la juridiction des lois de protection du droit commun de la publicité (**Première Section**). En raison des

⁴³ Le livret vert a été conçu en vue d'harmoniser les législations nationales afin que leurs divergences ne créent pas de distorsions de concurrence nuisibles aux fonctionnements du marché intérieur. Il est destiné aux états membres et bien qu'il n'ait pas de valeur juridique coercitive (code de conduite), il conserve une valeur morale importante.

⁴⁴ Pour ce qui est de cette supposition (publicité appréhendée par rapport à un support particulier), nous pouvons donner comme exemple la loi qui règle la publicité télévisuelle qui n'est applicable qu'au domaine audiovisuel. Sa définition est la suivante: « *toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens, y compris ceux qui sont présentés sous leurs applications génériques, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée* »

⁴⁵ Dans le domaine pharmaceutique, la définition de publicité est posée par voie d'exclusion (négativement), l'article L. 5122-1, alinéa 2, du Code de la santé publique excluant expressément de la notion de publicité commerciale : "*La correspondance, accompagnée le cas échéant de tout document non publicitaire, nécessaire pour répondre à une question précise sur un médicament particulier ; les informations concrètes et les documents de référence relatifs, par exemple, aux changements d'emballages, aux mises en garde concernant les effets indésirables dans le cadre de la pharmacovigilance, ainsi qu'aux catalogues de ventes et listes de prix s'il n'y figure aucune information sur le médicament ; les informations relatives à la santé humaine ou à des maladies humaines, pour autant qu'il n'y ait pas de référence, même indirecte à un médicament.*"

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

caractéristiques électroniques de la publicité en ligne, le droit commun apparaît comme insuffisant pour régler toutes les issues qui émanent des contrats émergeant de transactions électroniques, des règles spécifiques doivent être prévues (**Deuxième Section**). Mais avant tout, il est important de déterminer les caractéristiques des contrats émis en ligne. Il est donc essentiel de définir d'abord si l'offre en ligne a une valeur juridique (**Section Préliminaire**).

SECTION PRELIMINAIRE :

LA PUBLICITE EN LIGNE PEUT-ELLE ETRE
CONSIDEREE COMME UNE OFFRE AU SENS
JURIDIQUE?

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

44. La Loi n° 2004-575 du 21 Juin 2004, "pour la confiance dans l'économie numérique" dispose que le fournisseur d'un bien ou service doit fournir à sa charge préalablement au contrat toutes les informations explicatives de ce contrat (art. 19, notamment son identité ou sa raison sociale, son adresse, son immatriculation aux divers registres). Ces informations doivent être accessibles facilement, de manière directe et permanente sur la page d'accueil du site dès le début de la transaction. Ces exigences s'appliquent sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs ou réglementaires en vigueur, notamment celles qui résultent du Code de la Consommation. Ainsi l'internet peut être utilisé pour exposer des contrats ou des informations sur les biens et services. (C.civ., art. 1369-1⁴⁶).
45. L'offre exposée par le site, doit être claire et explicite. Toutes les informations précontractuelles d'un contrat commun doivent être incluses dans le message de l'offre, telles que: les conditions générales de vente, la disponibilité du bien et le délai de livraison, le prix (hors TVA, en indiquant le taux de celle -ci, lorsqu'elle est applicable), le montant des frais de port s'il en existe, les modalités de paiement et les garanties contractuelles. L'offre du fournisseur doit comprendre le prix (C. consom., art L. 113-3, al. 1er), ainsi que d'autres informations citées par le Code de la Consommation (C. consom. art. L. 121-18⁴⁷). L'ordonnance n° 2005-648 du 6 Juin 2005, prévoit des réglementations semblables pour la commercialisation à distance de services financiers (C. consom. Art. L. 121-20-10s). Souvent, les biens et les services sont proposés de manière identique aux consommateurs ainsi qu'aux professionnels, la loi ne définit pas spécifiquement la notion de consommateur. Selon la loi du 21 Juin 2004, "La Confiance dans L'économie numérique) (art. 25, II), le professionnel proposant par voie électronique la fourniture de biens ou prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière permettant leur conservation et leur reproduction (C.civ., art., 1369-4); Les conditions contractuelles doivent pouvoir être conservées et reproduites (à défaut elles sont inopposables au destinataire).⁴⁸ L'offre électronique doit donc préciser les conditions contractuelles et les autres conditions techniques propres au commerce en ligne. Mais cette exigence du droit commun n'est forcément pas le critère qui va protéger le consommateur en ligne qui généralement "accepte sans lire".

⁴⁶ Ord. No. 2005-674 du 16 Juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, D. 2005, L. 1840.

⁴⁷ L'état actuel de ces dispositions résulte de l'ordonnance no. 2001-741 du 25 Aout 2001, transposant la directive no. 97/7/CE du 20 Mai 1997, et de la L. no. 2008-3 du 3 Janvier 2008, transposant la directive no. 2005/29/CE de 11 Mai 2005- Malgré les termes du texte, le commerçant à distance n'est pas obligé d'indiquer sur ces offres un numéro de téléphone, s'il satisfait d'une autre manière la communication d'informations au consommateur (CJCE 4eme ch., 16 oct 2008, aff. No. C-298/07, obs. C. Manara.

⁴⁸ P. LE TOURNEAU, Contrats Informatiques et Electroniques, p. 351.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

46. Lorsque l'offre est en processus d'élaboration, elle doit inclure : "les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat par voie électronique"; les moyens techniques pour identifier ou corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant la conclusion du contrat, les langues proposées pour la conclusion du contrat (ce qui ne signifie pas que le français n'est plus obligatoire dans les contrats internes) ; si le contrat une fois conclu est archivé ou non ; les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre (C. civ. Art., 1369-4 al. 2, 1 ° à 5°). Il peut ne pas être d'accord avec les dispositions de l'article 1369-4 al. 2 dans les conventions conclues entre professionnels (C.civ. art., 1369-6). Il semble que le mot offre dans les articles 1369-4 et 1369-5 n'a pas sa valeur technique habituelle et qu'il est compris comme une simple proposition d'engager des pourparlers.⁴⁹
47. Théoriquement la législation assure d'après ses lois, d'où l'exigence d'une communication d'une information complète et claire. Plus encore, le consommateur en ligne est mieux servi d'un point de vue commercial. En effet, l'internaute consommateur, en recherchant des biens et services en ligne, a le choix entre plusieurs sites donc l'élément de concurrence est présent. De plus tous les renseignements requis par les règles de la consommation en ligne sont donnés par l'intermédiaire des forums de discussion (chat rooms).
48. Donc compte tenu que la publicité en ligne présente toutes les conditions et informations nécessaires pour un contrat en ligne, elle peut être considérée comme une offre d'après l'article 1369-1.

⁴⁹ Ph. STOFFEL- MUNCK, art., pré., no. 31s.

SECTION I:

UNE PROTECTION PARTIELLEMENT ASSURÉE PAR
LES RÈGLES DE DROIT COMMUN

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

49. Comme dans le commerce traditionnel, la langue d'usage dans le commerce en ligne doit être la langue française.⁵⁰ Le droit commun comprend le droit civil et le droit pénal. Or, certains procédés de vente sont interdits, sous peine de nullité relative du contrat et de sanctions pénales. Sont ainsi visées les ventes :- avec primes (C. consom., art. L. 121-35 - Et, pour les livres, L. n° 81-766 du 10 Août 1981 [Loi Lang], art. 6 liées ou jumelées (C. consom., art. L. 122-1) ; sans commande préalable (C. consom., art. L. 1222 s.) ; (C. consom., art. L. 122-6 et L. 122-7), et la publicité trompeuse (C. consom., art. L. 121-1 s).
50. Avec cette diversité que pose le droit électronique, la notion du droit commun n'est plus claire. Le mot droit commun est couramment utilisé par les juristes et sa définition reste encore floue. Afin de clarifier cette expression, JURIDIKA l'a opposé au droit spécial afin de souligner la différence entre les deux expressions, étant donné qu'on peut les considérer l'un comme étant le complément de l'autre. Le **droit commun** désigne l'ensemble des règles juridiques applicables à toutes les situations qui ne font pas l'objet de règles spéciales ou particulières. Encore appelé droit général, ce sont les dispositions qui s'appliquent en principe à toutes les affaires. Ce sont des règles non particulières ou non soumises à un droit spécifique. Le droit spécial, quant à lui, c'est l'ensemble de règles qui réglemente une activité spécifique. Par exemple, *la lex mercatoria* réglemente le commerce international. Il s'agit des usages et coutumes développées dans la pratique d'une activité. En effet, le droit commun ne peut pas savoir en avance tous les aspects d'une activité qui vient à peine de voir le jour. Donc l'activité elle-même se développe et les règles qui la régissent s'imposent d'elles-mêmes tout en restant conformes au droit commun. Donc, avec la diversité des branches dans ce qu'on peut appeler "droit spéciale", on peut considérer que le droit spécial peut être désormais considéré comme un droit commun. Par exemple, le droit de la santé publique (avec tous les secteurs réglementés: l'alcool, médicaments, tabac), il risque d'être transformé à un droit commun. Aussi, le droit du commerce en général avec l'existence du droit de commerce électronique et les autres branches très diversifiées, il risque lui aussi d'être transformé à un droit commun.

⁵⁰ Com. 24, Nov. 2009, no. 8-15.2002, Bull. Civ. IV.

51. Le Droit commun comprend aussi la CVIM.⁵¹ Elle est flexible et très facilement applicable au commerce électronique. Mais juridiquement, elle ne peut concerner que les biens matériels car le mot utilisé est marchandise, ce qui implique la nécessité de la présence d'un bien matériel pour son application. Il serait donc souhaitable de la modifier, en remplaçant ce mot par celui de bien (sans autre précision, couvrir les deux expressions : biens matériels et biens Immatériels).

52. Au sein du Droit commun, le Droit de la consommation occupe aujourd'hui une place importante. L'harmonisation totale entre les deux conduirait à importer en droit de la consommation deux notions jusqu'à présent inconnues de cette matière: la faute lourde et la faute intentionnelle du professionnel. Certes le juge français connaît bien ces notions. Mais précisément il les connaît parce qu'elles cristallisent un contentieux dans le droit commun des relations contractuelles, jusqu'à présent inconnu en droit de la consommation. L'harmonisation totale entraînerait une complexification au détriment du consommateur. Autre élément sur la difficulté d'harmonisation entre le droit de la consommation et le droit commun lors de l'offre, c'est la question de la qualification du contrat même de consommation en ligne. Est-ce qu'il s'agit d'un contrat négocié ou bien d'un contrat d'adhésion?

53. La publicité en ligne est soumise aux règles générales applicables à toute sorte de publicité. Ces règles générales peuvent être élaborées par diverses jurisprudences et pour des raisons objectives différentes. Mais il est difficile d'étudier toutes ces régulations dans cette modeste thèse. Un tel objectif demanderait plus d'une thèse entière pour couvrir toutes ces réglementations.⁵² Notre étude se dirigera, donc uniquement vers l'étude de deux groupes de

⁵¹ Convention de Vienne du 11/04/1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et Convention de La Haye du 15/06/1955 sur la loi applicable à la vente internationale d'objets mobiliers corporels

⁵² Pour des raisons de domaine d'application nous ne concernerons pas des règles très spéciales comme par exemple celle qui de la protection des mineurs (qui ne concerne que les mineurs) et de la contrefaçon de marques. Ces réglementations ne touchent que des groupes spécifiques d'individus et non pas tous les Internaute. Pour ce qui est de la contrefaçon des marques elle ne concerne que les entreprises, et donc leur protection, qui n'est pas vraiment le sujet de notre thèse celle-ci est orientée vers la protection de l'internaute est une personne physique. De plus, certains ont tendance d'inclure les règles de protection de l'internaute face à la collecte des informations à caractère personnel. Or, la aussi on peut objecter en soulevant le fait que cela ne touche pas directement à la publicité en ligne. Le profilage peut être une pratique antérieure à la publicité : c'est une technique qui consiste à chercher les clients potentiels lesquels subiront par la suite des campagnes publicitaires.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

règles : 1- les mécanismes en faveur de la protection du consommateur et l'appel au cadre juridique traditionnel du droit de la consommation (§ I), 2- les règles obligatoires prévues par le Code de la santé publique qui soumettent certains types de publicités à des critères particuliers (§ II).

§ 1- L'APPEL AU CADRE JURIDIQUE TRADITIONNEL DU DROIT DE LA CONSOMMATION

54. Le dispositif juridique Français concernant la protection a prescrit des conditions générales sur l'activité publicitaire. Elle doit être une publicité loyale, véridique et en langue française. Ces dispositions sont générales puisqu'elles sont appliquées à toute forme de publicité. Cette partie a pour but d'étudier la possibilité d'application de telles règles à l'internet.⁵³

55. Le droit de la consommation français comprend essentiellement trois délits pouvant affecter la validité du message publicitaire. La publicité est considérée comme illicite si elle a un caractère trompeur qui conduirait l'internaute à une erreur. De même elle est interdite si elle inclut des essais comparatifs qui excèdent les limites posées par la loi. Enfin, les règles relatives à l'usage de la langue française doivent être respectées.

56. Selon l'article L. 121-1 du Code de la consommation , « *Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs, ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires.* »

57. La publicité trompeuse peut être traitée à partir du point de vue pénal étant donné qu'elle constitue un délit au sens du droit de la consommation. Elle peut, en outre, être traitée sous son aspect civil parce qu'elle donne droit à une indemnisation pour la personne lésée. Nous allons donc brièvement présenter ces deux aspects afin d'étudier par la suite les possibilités d'application dans le domaine de l'Internet.

⁵³ D. VÉRET et G. ATTHÉA, Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ? - in *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2001 n° 289, P. 40

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

58. Une publicité trompeuse implique l'existence, à priori, d'une publicité, dont la définition légale a été donnée dans l'introduction. Il faut également préciser que l'article L. 121-1, mentionné au paragraphe 37, ne concerne pas seulement la publicité commerciale, mais son application s'étend aux annonces faites par les particuliers.⁵⁴ Ceci est conforme à l'idée de protection de l'internaute quelle que soit la finalité du message.
59. Or, comme il s'agit d'un texte pénal, il importe de mettre en évidence l'élément trompeur. Il faut donc prouver la présence d'un élément trompeur. Celui-ci doit concerner un élément visé dans la loi à titre spécifique⁵⁵ (par exemple : « *présentations fausses ou de nature à induire en erreur ...[sur] existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services* »). Le nouveau code pénal a supprimé les délits matériels, alors que le Code de 1994 pouvait prononcer une condamnation même à défaut d'intention de tromper les consommateurs⁵⁶. Donc il y a un assouplissement de la loi.
60. Il faut rappeler que la publicité frauduleuse revêt un aspect pénal et civil. Dans son aspect civil, elle offre le droit au consommateur à des dommages et intérêts. Dans le cas d'action entre professionnels, celle-ci sera dirigée sur le fondement de la concurrence déloyale.⁵⁷ Quant au consommateur, celui-ci aura le choix entre d'une part l'action pénale⁵⁸ et, d'autre part, l'action civile pour obtenir une juste indemnisation. L'action civile sera fondée sur le droit commun notamment les articles 1382 et 1383 du Code Civil. Nous n'envisagerons pas dans toutes ses dimensions le délit de la publicité frauduleuse. Cela nécessiterait une thèse de doctorat dédiée.⁵⁹ Notre but est

⁵⁴ Cass. crim., 24 mars 1987, JCP G 1988, II, 21017, note HEIDSIECK (R.). L'interprétation extensive de cette disposition ne peut être que respectée.

⁵⁵ Cela n'est que le renforcement strict de la règle du droit pénal. Bien que certains soient d'un avis différent, il en demeure pas moins que c'est le raisonnement actuellement adopté par la Cour de cassation (V. RAYMOND (G.), Publicité : règles générales, JCl. Comm., Fasc. 930, 2002).

⁵⁶ En effet, la Cour de cassation estimait que « *la mauvaise foi n'est pas un élément constitutif du délit poursuivi* » (V. Bull crim, 2 juin 1982)

⁵⁷ Dans les actions de publicité trompeuse les partis peuvent également agir sur les fondements du Code de la consommation.

⁵⁸ Qui est fondée sur l'article L. 121-1 et suivants du Code de la consommation : la victime a toujours la faculté de se porter partie civile.

⁵⁹ Pour de plus amples informations sur ce sujet (V. RAYMOND (G.), Publicité : règles générales, JCl. Comm., Fasc. 930, 2002).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

plutôt d'étudier la possibilité d'application des différentes jurisprudences à l'Internet notamment en matière de responsabilité.

61. La formule « *sous quelque forme que ce soit* » de l'article (L. 121-1 Code de la Consommation) nous parle explicitement de l'applicabilité de cet article à toute publicité. Dès lors toute publicité sur Internet est susceptible d'être une publicité trompeuse si les éléments caractéristiques du délit sont réunis⁶⁰. C'est à partir de cette notion qu'ont été légiférés les régulations de la vente en ligne qui prévoient dès leurs dispositions préliminaires que ces régulations sont complémentaires aux règles formulées par la directive sur la publicité trompeuse et comparative⁶¹ lesquelles sont considérées comme des « acquis communautaires ». De plus, la loi sur la confiance dans l'économie numérique, qui transpose la directive, confirme, à plusieurs reprises, que la loi s'applique « *sans préjudice des dispositions réprimant la publicité trompeuse* ».

62. Les lois applicables sont nombreuses. Cependant les affaires contre la société *Père-Noël.fr* restent les plus connues.⁶² La Cour d'appel de Lyon, dans un jugement récent du 7 mars 2007, confirme la condamnation du gérant de la société prononcée en première instance pour publicité trompeuse, du fait que les délais rapides annoncés (2 à 7 jours) par la société sur sa page électronique ne pouvaient être respectés.

63. Un autre cas du délit de publicité frauduleuse est la campagne publicitaire menée par un magasin spécifique sur les pages de l'Internet pour des remises ou rabais durant une période déterminée sur les prix affichés en magasin, bien que les rabais annoncés ne soient jamais respectés par l'établissement.⁶³

64. Pour conclure sur la question de la publicité trompeuse, nous confirmons que son applicabilité sur l'Internet est la même que celle du droit commun. C'est

⁶⁰ Ces dispositions sont plutôt applicables aux sites étrangers. En effet, l'article Article L121-5 du Code de la consommation prévoit que : "L'annonceur pour le compte duquel la publicité est diffusée est responsable, à titre principal, de l'infraction commise...Le délit est constitué dès lors que la publicité est faite, reçue ou perçue en France". Ce sujet est discuté dans la section sur les nouvelles problématiques posées par la publicité en ligne.

⁶¹ La directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984, qui vise à harmoniser le cadre légal de la publicité comparative entre les pays membres.

⁶² A. DEBET, Une dernière condamnation pour le site perenoel.fr : publicité trompeuse sur les délais de livraison, Com. Comm.elect., n.6, Juin 2007, comm..84.

⁶³ CA Toulouse, 22 nov. 2001 : Juris-Data n° 2001-169563.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

aussi le cas pour la publicité comparative comme nous le démontrerons ci-dessous. Généralement, la publicité comparative est une forme d'annonce qui consiste à vanter un produit ou un service par rapport à un autre produit ou un service concurrent.⁶⁴ Ce type de publicité fait le sujet d'un cadre législatif très exigeant. En général, la publicité comparative n'est pas considérée illicite en soi. Aux Etats Unis et dans les pays Anglo-Saxons, c'est une pratique répandue. En France, avant 1992, il n'y avait pas de texte légal ou réglementaire organisant la publicité comparative. Elle n'était donc pas explicitement illicite.⁶⁵ Mais la jurisprudence n'acceptait pas qu'un annonceur mène sa publicité en se basant sur la comparaison des caractéristiques des produits ou services proposés à des produits ou services similaires concurrents et ce en se basant sur l'article 1382 du Code civil⁶⁶. Ainsi la loi condamnait tout annonceur de publicité comparative jugeant que cette dernière discréditait un concurrent ou le produit d'un concurrent.

65. La doctrine et la jurisprudence refusaient nettement ce genre de publicité car elles considéraient que la limite entre la comparaison et le dénigrement était bafouée. Par contre, la chambre commerciale de la Cour de cassation par arrêt le 22 juillet 1986⁶⁷ a permis la comparaison des prix dans les annonces. La cour a reconfirmé cette solution par l'arrêt du 29 mars 1989.⁶⁸ Ainsi la publicité comparative est permise. Elle ne sera considérée illicite que si elle était utilisée comme discriminatoire contre des concurrents spécifiques ou facilement identifiables par les consommateurs.

66. En France, la loi de la consommation a légiféré la publicité comparative par l'article 10 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, concernant la protection des consommateurs. Par la suite cette loi fut intégrée dans les articles L. 121-8 à L. 121-14 du Code de la consommation.⁶⁹ Plus tard, l'Union européenne adopta une directive relative à la publicité comparative et a intégré ses

⁶⁴ TABAKA (B.), Divorce entre la e-commerce et le commerce : et si une conciliation était possible ?, Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, Paris, Lamy, 2006.

⁶⁵ *Op. cit.* 26.

⁶⁶ POURDIEU (S.), Publicité comparative, les tribunaux veillent, in Lamy droit de l'immatériel, p33, novembre 2006.

⁶⁷ D. 1986, jurispr. p. 436

⁶⁸ D. 1989, jurispr. p. 408, note Serra. - CA Paris, 25e ch. B, 22 mars 1991 : Contrats, conc. consom. 1991, comm. n° 215.

⁶⁹ *Ibid.*

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

dispositions dans la directive relative à la publicité trompeuse.⁷⁰ Les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation furent par la suite modifiés par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant sur la transposition de directives communautaires et l'adaptation au droit communautaire du droit de la consommation. Ces modifications⁷¹ auront pour effet d'assouplir la législation française du droit de la consommation.

67. L'article L. 121-8 du Code de la consommation, inséré par l'ordonnance du 23 août 2001 et transposant la directive n° 97/55/CE du 6 octobre 1997,⁷² légifère que « toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si », et répond donc à diverses conditions. Nous parlerons de ces conditions plus précisément.

68. Mais, si le texte en sa forme est précis, il est important de porter plus d'explications à la notion "implicite du concurrent ou de sa marque". Nous pouvons affirmer que ce texte ne concernera pas le cas de la publicité comparative d'ordre général ("Persil lave plus blanc") étant donné qu'il n'y a pas de comparaison implicite avec un concurrent déterminé.⁷³

69. Pour des cas autres que la comparaison d'ordre général, l'appréciation considèrera chaque cas spécifique séparément.⁷⁴ La mention " implicite" sera caractérisée par le fait, que le consommateur peut ou non d'après le message publicitaire annoncé et par les éléments de ce message identifier le concurrent. Le concurrent qui se voit victime de ces messages comparatifs aura à fournir la preuve de cette identification implicite. Cela semble être le critère retenu par les tribunaux.⁷⁵

70. Nous pensons que la question de mention implicite doit être traitée de manière souple et extensive pour assurer une protection maximum du consommateur

⁷⁰Dir. parl. et Cons. CE, n° 97/55, 6 oct. 1997 : JOCE, n° L. 290, 23 oct. 1997.

⁷¹V. GUNTHER (J.-Ph.), Harmonisation de la publicité comparative en Europe : *Contrats, conc. consom.* 1998, chron. n° 2. – LAURENT (Ph.), La publicité comparative harmonisée, *Contrats, conc. consom.* 2001, chron. n° 16.

⁷²Cette directive a modifié la directive n 450 de 1984 sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative. Ces considérants reposent sur l'idée selon laquelle "les dispositions essentielles régissant la forme et le contenu de la publicité comparative ...dans les États membres doivent être harmonisées ;"

⁷³*Op. cit.* 26

⁷⁴L'interprétation de l'adverbe implicitement fait l'objet d'un bon nombre de divergences (Sur la notion de publicité comparative, V. CA Douai, 2 oct 1995 : *Contrats, conc. consom.* 1995, *comm.* n° 213, *obs.* G. RAYMOND).

⁷⁵T. com. Salon-de-Provence, 24 juin 1994 : *Contrats, conc., consom.* 1995, *comm.* n° 80

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

en ligne. Il est important de mentionner que tous les essais comparatifs ne relèvent pas du domaine de la publicité comparative. C'est un fait que, les essais comparatifs réalisés par des tiers indépendants des producteurs ou des distributeurs, ne relèvent pas des articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation car ce genre d'essais n'a aucun objectif publicitaire. Par contre, les dispositions du Code de la consommation⁷⁶ doivent être respectées par l'annonceur qui dans son message publicitaire se réfère à des essais comparatifs entre son produit ou service et ceux de concurrents, ou s'il utilise dans ce message des essais qui ont été menés par un tiers.

71. Ceci est logique du fait que la publicité comparative est déterminée par sa finalité publicitaire. Nous ne pouvons pas parler de publicité comparative si à l'origine il n'y a pas de publicité !⁷⁷ Les dispositions postérieures du Code de la Consommation demandaient que la comparaison soit loyale, véridique, objective, qu'elle ne conduise pas à une erreur et qu'elle ne prenne pas en considération des opinions ou des appréciations individuelles ou collectives. Elle devait porter sur des caractéristiques "*essentiels, significatives, pertinentes et vérifiables*".

72. A ce jour, seule la mention de l'absence de caractère trompeur ou susceptible d'induire en erreur est citée dans la directive relative à la publicité trompeuse⁷⁸. De plus, on peut aussi penser à ajouter la "prohibition d'une confusion entre les produits et les services".

73. A notre avis, l'interdiction du caractère trompeur devrait être appliquée aux annonces si le consommateur n'arrive plus à identifier clairement les produits ou les services. L'article L. 121-9 du Code de la consommation, dans l'*ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 (art. 2)*, dispose :

La publicité comparative ne peut :

⁷⁶ Sur ce point V.T. com. Paris, 2e ch., 16 mai 1995, Contrats, conc. consom. 1995, comm. n° 214, obs. RAYMOND (G.).

⁷⁷ En effet, il serait illogique de voir des essais à des fins de recherche par exemple attaqués sur la base des dispositions de la publicité comparative.

⁷⁸ C'est à la directive européenne du 10 septembre 1984, relative à la publicité trompeuse, que l'on doit la définition qui, dans son article 2, § 1, dispose que la publicité est « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ».

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- (1) Profiter de manière discriminatoire de la réputation commerciale d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ;
- (2) Entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent ;
- (3) Créer une confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent ;
- (4) Présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé.

74. L'application de ces règles impératives est renforcée par le Code de la consommation qui oblige l'annonceur pour le compte duquel la publicité comparative est transmise de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans la publicité.⁷⁹ Toute violation des dispositions de cet article est légalement répréhensible. L'annonceur d'une publicité trompeuse peut aboutir à des pénalités de sanctions allant jusqu'à deux ans de prison et une amende de 37 500 €, et, éventuellement, être portée à 50 % des dépenses de l'annonce en question. Des peines complémentaires peuvent également s'appliquer en cas de non-respect.⁸⁰

75. Une comparaison objective qui n'induit pas le consommateur en ligne en erreur est requise pour l'application de ces dispositions. Les dispositions de la publicité comparative sont appliquées quelle que soit la nature des produits concernés, y compris ceux qui font l'objet de dispositions particulières comme les médicaments ou le tabac. C'est la position maintenue par la jurisprudence.⁸¹ Cette jurisprudence est ainsi alliée à la volonté d'étendre au maximum le domaine d'application des dispositions sur la publicité

⁷⁹ Article L121-2.

⁸⁰ Article L121-15.

⁸¹ CA Versailles, 18 févr. 1999 : *Contrats, conc. consom.* 2000

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

comparative pour assurer une protection optimale de l'internaute-consommateur.

76. Par un arrêt du 23 juin 2006, la Cour d'appel de Paris est venue pour la première fois dissocier les activités de vente en ligne de celles de ventes physiques pour apprécier l'intérêt à agir d'un acteur marchand en matière de publicité comparative. Un acteur du commerce physique n'a pas d'intérêt à agir pour se plaindre d'actes de publicité comparative opérés à l'encontre d'une de ses filiales en charge de la commercialisation des mêmes produits auprès des internautes. Pour justifier ce principe, les magistrats énoncent que « le marché de la vente en ligne (...) est bien distinct de celui de la vente en boutique ». ⁸² De l'arrêt rendu par la Cour de Paris nous concluons que les directives de la publicité comparative ne sont appliquées que selon les caractéristiques de chaque marché déterminé.

77. Ainsi l'idée de notre thèse ne peut qu'être renforcée par cet arrêt de la Cour de Paris : bien que la jurisprudence relative à la publicité en ligne soit similaire à celle de la publicité ordinaire dans de nombreux aspects, il n'en reste pas moins que le caractère virtuel de la publicité en ligne revêt une certaine originalité par rapport à celle de la publicité ordinaire ce qui confirme l'autonomie du marché de la vente en ligne. Ce raisonnement doit être le même pour l'usage de langue française sur Internet.

78. La loi « relative à l'emploi de la langue française », dite « loi Toubon » ⁸³, impose dans son article 2 l'usage de la langue française dans toute publicité :

« Dans la désignation, l'offre, la présentation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire.

Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle.

⁸²http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_tudes_documents_120/tudes_theme_libertes_122/commerce_industrie_5970.html

⁸³ Loi n° 94-665 du 4 août 1994.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à la dénomination des produits typiques et spécialités d'appellation étrangère connus du plus large public. »

79. Cette règle qui impose l'usage de la langue française dans tout message publicitaire transmis, diffusé au public a été élaborée pour protéger le consommateur et les salariés dans la plupart des documents officiels et publics, mais elle avait aussi le but de promouvoir l'emploi de la langue française.⁸⁴ Or, l'application des dispositions de cet article sur Internet⁸⁵ est difficile. Il faut tout d'abord déterminer quels sont les types de messages publicitaires concernés par l'application de cette réglementation. De plus une question nous vient à l'esprit: est-ce que ces règles sont applicable aux sites étrangers?

80. Pour répondre à la première question, il faut confirmer que la publicité a pour cible un public. Cette condition est impérative car la publicité offre deux caractéristiques : - une finalité commerciale et un public. Cette même règle est valide pour les messages électroniques une, distinction est faite selon les destinataires de ces message : s'ils sont destinés à des individus spécifiques ou s'ils sont envoyés en masse à une catégorie de public, comme c'est le cas du mailing publicitaire. Il est évident que la caractéristique "correspondance privée" ne peut être appliquée à ce dernier cas.⁸⁶

81. Nous remarquons que les solutions sur ce point sont très limitées et que tous les avis proposés sont basés sur des opinions doctrinales.⁸⁷ Pour le cas des publicités transmises à partir de sites étrangers, étant donné que l'Internet est un réseau mondial, l'application de la disposition de la langue française est difficile. Ceci est relatif à la diversité des règles définissant le rattachement national. En effet, comment déterminer l'emplacement ou le rattachement

⁸⁴ S. Joly, COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET PUBLICITÉ EN LIGNE, JCl. Comm. 2004, Fasc. 810.

⁸⁵ L'application de cette loi à Internet ne fait pas l'objet de controverses. En effet, il est prévu que « *s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle* ».

⁸⁶ C'est de ce point qu'un e-mail publicitaire est qualifié spam.

⁸⁷ Le seul cas judiciaire de l'application de la loi de Toubon à une ressource Internet est l'Affaire Georgia Tech Lorraine Même dans cette affaire les magistrats n'ont pu donner suffisant de réponses ne délibération sur le cas. L'affaire a été rejetée sur la forme pour la nullité de la poursuite pour inaptitude à agir des associations. (V. DREYFUS-WEILL (N.), Sarl GW Management France c/Association « Avenir de la langue française » et association « Défense de la langue française », LPA 6 oct. 1997, p. 11)

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

d'un site ? Cela serait-il fait d'après la nationalité du site Internet ou le pays d'hébergement, c'est-à-dire lieu réel du site numérique? ⁸⁸

82. Le professeur Vivant ⁸⁹ trouve que cette règle doit être appliquée car ces réseaux sont des éléments d'une communication audiovisuelle, par conséquent ce genre de communication est à "destination de la France". La notion de communication commerciale "destinée" à la France n'est donc pas facile à déterminer car elle est vague et peut être identifiée selon des appréciations personnelles.

83. Se pose la question de savoir quel est le régime applicable à un site lorsque celui-ci incorpore des liens pointant vers d'autres sites absolument étrangers ou non conformes à la loi ? En l'absence d'illustrations jurisprudentielles en la matière, les avis doctrinaux sont divergents. Certains, pensent que cette pratique doit être réprimée en vertu des dispositions de la loi Toubon assimilant cela à une infraction commise par fourniture de moyens. D'autres sont d'un avis contraire estimant que l'internaute doit réaliser un acte positif pour se transporter sur la ressource contrevenante ⁹⁰ En outre, un auteur souligne que l'application de la loi Toubon à la publicité sur Internet pourrait être critiquée sur le terrain du droit européen. Elle serait susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des services. ⁹¹

84. Ces problèmes liés à l'application de la loi Toubon sur l'usage de la langue française montrent bien que les règles protectrices du droit commun peuvent dans certaines hypothèses se trouver inefficaces à assurer le même degré de protection sur Internet compte tenu du caractère particulier de la publicité en ligne.

⁸⁸ VIVANT (M.) et al. , *la régulation des réseaux*, Bull. Lamy droit de l'immatériel, 2007, 469-28. Il faut noter que la question est souvent plus complexe puisqu'il existe des copies de sites dits « *miroirs* » qui peuvent apparaître un peu partout sur le réseau. De plus, les fournisseurs d'accès Internet copient souvent les sites les plus visités sur un serveur dit « *proxy* » (dans un autre lieu géographique) pour en accélérer l'accès à leurs clients.

⁸⁹ VIVANT (M.) et RAPP (L.), in *Lamy informatique et réseaux*, Paris, Lamy, 2003, n° 2608.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ BENZAKOUR (N.), *La publicité sur internet et la nécessaire protection du consommateur*, mémoire présenté à l'Université Paris II Panthéon Assas, 2002-2003. La CJCE, dans un arrêt du 12 septembre 2000 considère que : "*L'article 14 de la directive 79/112 concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires destinées au consommateur final ainsi que la publicité faite à leur égard s'oppose à ce qu'une réglementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteurs soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures. Une telle obligation constituerait une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative des importations, interdite par l'article 30 du Traité*".

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

85. Pour conclure sur ce point, on peut dire que la protection de l'internaute dans le cadre du droit de la consommation est tantôt utile et importante, notamment en présence de publicité trompeuse ou comparative, tantôt inadaptée (loi Toubon). Il en est de même pour les règles de protection prévues dans le code de la santé.

§ 2- L'APPEL AUX REGLES DE PROTECTION DE LA SANTE PUBLIQUE

86. En France certains médicaments et le tabac sont soumis impérativement à certaines règles de la santé publique en matière de publicité. En effet le Code de la Santé Publique a édicté des dispositions impératives qui ont pour but d'organiser la publicité des médicaments. Or actuellement, les produits de pharmacie sont vendus de plus en plus par Internet. De ce fait et en ce qui concerne la commercialisation de ces produits, il faut distinguer deux genres de publicité : celle qui est destinée aux professionnels et celle qui vise le public.

87. Pour la publicité du public, les médicaments concernés sont uniquement les médicaments qui peuvent être commercialisés sans prescription obligatoire et dont la publicité n'est pas sujet à restrictions.⁹² Mais, la publicité pour ce genre de médicaments est soumise à l'approbation préalable de l'Agence Française de la Sécurité Sanitaire, dont le but est spécifiquement de s'assurer que ces médicaments ne sont pas dangereux.

88. Par contre, une approbation préalable de l'Agence française de la sécurité sanitaire n'est pas requise pour la publicité des médicaments dans le cas des professionnels. Elle fait par contre l'objet d'un dépôt dans les 8 jours qui suivent sa diffusion. En France et dans toute l'Union Européenne, la publicité Internet des médicaments est extrêmement surveillée ; les règles de droits sont appliquées de manière intransigeante en France ou à l'échelle communautaire. La directive 92/28/CE relative à la publicité de médicaments à usage humain a été transposée en France par la loi du 18 janvier 1994. Une harmonisation des règles européennes s'est faite par création d'un code communautaire pour les médicaments à usage humain.⁹³

89. Ce texte interdit aux états membres la publicité pour la vente par correspondance des médicaments dont la délivrance est réservée exclusivement aux pharmacies d'un état membre concerné. De ce fait, la publicité en ligne de médicaments fabriqués dans un Etat membre autre la France est donc permise tant qu'il ne s'agit pas de médicaments

⁹² Article L. 5122-6, Code de la santé publique.

⁹³ Dir. 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 novembre 2001

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

soumis à prescription légale.⁹⁴ Au contraire il est possible d'interdire ou à la rigueur de limiter la publicité de médicaments sur ordonnance.

90. Il y a donc un compromis dans le marché européen entre la libre circulation des biens et des services et les réglementations nationales impératives dans le domaine pharmaceutique. Ce code communautaire constitue une première étape vers l'harmonisation des règles dans le domaine des pharmacies en ligne. L'élaboration de règles juridiques uniformes serait donc la solution aux règles impératives que certains pays de la communauté européenne imposent sur la vente de médicaments délivrés sur ordonnance.

91. Pour ce qui concerne l'application de ces dispositions aux sites étrangers qui permettent de se procurer librement des médicaments soit non autorisés soit soumises à prescription en France, il faut rappeler le caractère pénal suscité par ces agissements. Ainsi, la législation française doit s'appliquer sur les sites étrangers qui permettent aux consommateurs français d'acheter de tels médicaments même si la législation du pays étranger du lieu de l'établissement du site offre des conditions plus souples.⁹⁵

92. Il est impératif de rappeler que la CJCE a considéré conformes au droit communautaire les dispositions prises par les états membres permettant un monopole à certains pharmaciens dans la distribution de certains médicaments.⁹⁶ Concernant la jurisprudence nationale, les exemples de cas de vente en ligne de médicaments sont rares pour ne pas dire inexistantes.⁹⁷

93. En conclusion, il faut avouer que les réglementations de la vente de médicaments en ligne ont progressé. Mais ces réglementations ne sont que des essais d'harmonisation des différentes dispositions juridiques réglementaires de la vente en ligne des médicaments entre les différents états de la communauté. En effet, la vente en ligne permet au consommateur se trouvant dans certains pays d'acheter des médicaments sans toutefois être soumis à la réglementation de son propre pays.⁹⁸ Pour éviter de tels

⁹⁴ *Op. cit.* 60, p. 60.

⁹⁵ VERBIEST (T.), La protection juridique du cyber-consommateur, 2003, p. 97.

⁹⁶ CJCE, 21 mars 1991, aff. C-398/88, Delattre : Rec. 1991, p. 1-1487.

⁹⁷ Pour la réglementation sur les médicaments (V. GORNY (A.), Droit de la santé, Publicité des produits de santé : le rouge est mis, in LPA, 26 octobre 2006 n° 214, P. 4).

⁹⁸ En effet, le site n'est obligé qu'à respecter la loi du pays où il est inscrit, toutefois même pour un site étranger la violation des règles posées par le Code de la santé imposent à son auteur à une sanction pénale. Donc, un tel délit serait incriminé par l'application de l'article 113-2 du Code pénal qui dispose que « La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur son territoire ». Or, les termes de l'article L. 5122-13, alinéa 2 du Code de la santé publique prohibent la publicité lorsqu'elle est « perçue ou diffusée en France ».

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

agissements, la solution serait de légiférer des dispositions juridiques communes établies par une convention communautaire, voire mondiale, qui aurait pour but d'unifier les règles de vente de médicament en ligne. Il en est de même pour la publicité du tabac car ce genre de problèmes est aussi rencontré dans ce domaine.

94. Aux termes de l'article L.3511-3 du code de la santé publique inséré par l'article 2 de la loi du 10 janvier 1991 et modifié par la loi n°2010-1658 du 29 décembre 2010 - art.73 , « *La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix inférieur à celui mentionné à l'article 572 du code général des impôts sont interdites.*».

95. Par conséquent, le Code de la santé publique a établi le principe d'une interdiction générale de la publicité en faveur du tabac et de ses produits⁹⁹ quel que soit le moyen publicitaire utilisé. Elle est interdite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet la propagande ou la publicité directe ou indirecte en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1. Ces dispositions sont aussi appliquées dans le domaine de la publicité sur Internet. Une recommandation (sans valeur normative contraignante) a été adoptée le 2 décembre 2002 par le Conseil des Communautés¹⁰⁰ sur la lutte contre le tabac. Elle recommande aux états membres d'adopter des mesures interdisant la publicité pour le tabac dans tout service de l'information. Cette recommandation fut suivie par la directive concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des états membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac.¹⁰¹ Le Code de la santé fut modifié par la suite pour prendre en compte ces mesures.

96. La publicité directe ou indirecte pour le tabac est totalement interdite.¹⁰² Par conséquent, un éditeur de site web qui permet l'affichage d'une publicité en faveur

⁹⁹ Article L. 3511-3 du Code de la santé publique.

¹⁰⁰ UE - Recommandation du Conseil du 2 décembre 2002 relative à la prévention du tabagisme et à des initiatives visant à renforcer la lutte antitabac, Journal officiel n° L 022 du 25/01/2003 p. 0031 – 0034.

¹⁰¹ Directive 2003/33/ce du parlement européen et du conseil du 26 mai 2003

¹⁰² L'appréciation du caractère directe ou indirect de la publicité en faveur du tabac se fait au cas par cas. La Cour de cassation a ainsi jugé que la diffusion d'affiches publicitaires destinées à promouvoir les montres des marques « Camel Trophy » qui reproduisaient le graphisme de Camel à l'identique de paquets de cigarettes est constitutive d'une publicité indirecte en faveur du tabac par fourniture de moyens. Le dirigeant de la société a été poursuivi pour avoir permis l'affichage de cette campagne sur des emplacements publicitaires. Un éditeur de site web ou une régie publicitaire qui, sur Internet, permettent l'affichage d'une publicité en faveur d'un produit offert sous une dénomination qu'il savait être une marque de cigarettes, " *procurer sciemment à l'annonceur les moyens de commettre une infraction.*" (V. J.C.P. Drt Pénal, novembre 1999, p. 15.)

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

d'un produit offert sous une dénomination d'une marque de cigarettes commet une infraction.¹⁰³

97. A ces règles,¹⁰⁴ il y a cependant des exceptions. Les magasins de tabac ainsi que certaines publications d'organismes professionnels et aussi les transmissions sportives font exception à cette règle. Par exemple, les enseignes et les affichettes sont des supports permis dans les débits de tabac. Il en est de même pour les publications éditées par les organisations « professionnelles » à souscription privées ou réservées à ce groupe professionnel et dont la liste est établie par arrêté ministériel, ainsi que lors de la retransmission de compétitions sportives. Une question surgit alors de la transposition de ces exceptions à l'environnement Internet. En transposant ces exceptions à l'environnement Internet, se pose la question de l'existence de débits de tabac virtuels et plus précisément celle de savoir si un site web peut vendre du tabac et bénéficier de cette dérogation pour les publicités diffusées à l'intérieur de ce site. Cette question ne s'est pas présentée à la jurisprudence.

98. Enfin, il importe de connaître la nature de la violation de ces règles. La violation de l'interdiction de toute propagande ou publicité, en faveur du tabac constitue-t-elle une infraction instantanée ou continue ? Dans un arrêt du 17 janvier 2006¹⁰⁵, la Cour de cassation estima que¹⁰⁶ : « *la violation de l'article L. 3511-3 du Code de la santé publique relatif à l'interdiction de toute propagande ou publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac constitue, quel qu'en soit le support, une infraction continue qui se poursuit tant que le message litigieux reste accessible au public* ». ¹⁰⁷ Cet arrêt montre à notre sens, que les règles protectrices de l'internaute doivent être interprétées au sens large surtout lorsqu'il s'agit d'un produit nocif tel que le tabac ; le fait de laisser le message exposé à la vue du public constitue à lui seule infraction, même si l'acte de publication est frappé de prescription.¹⁰⁸

99. Nous avons parlé dans cette partie de l'application du droit commun à la publicité en ligne. Or, il convient de rappeler que ces règles ne peuvent seules assurer la protection de l'internaute. La publicité en ligne pose des problématiques nouvelles

¹⁰³ Sur le caractère direct ou indirect de la publicité sur le tabac V. VÉRET et ATTHÉA, Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ?, Gaz. Pal., 16 octobre 2001 n° 289, P. 40

¹⁰⁴ L3511-3 du code de la santé publique.

¹⁰⁵ C. Cass., Ch. Crim., arrêt du 17 janvier 2006, ASSOCIATION « LES DROITS DES NON-FUMEURS » C/ M. JEAN-PAUL K., pourvoi no. 05-86.451

¹⁰⁶ Il s'agissait d'une affaire où le responsable de cette mise en ligne soutenait que toutes les infractions ainsi réalisées doivent se prescrire.

¹⁰⁷ DREYER (E.), Un an de droit de la publicité, Com. Comm. élect. N° 7, Juillet 2006, 7.

¹⁰⁸ La Cour a transposé la volonté du législateur : le souci de protection résultait nécessairement que le législateur a voulu prendre en compte, non la décision de publier telle qu'elle s'est matérialisée dans le premier acte de publication, mais une activité : le fait de laisser le message exposé à la vue du public.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

dont les solutions ne peuvent être trouvées qu'à partir de la mise en place d'un système (cadre) protecteur spécifique.

SECTION II: LE NECESSAIRE RECOURS A UN CADRE
PROTECTEUR PROPRE A L'UNIVERS
DEMATERIALISE

100. Pour la protection du consommateur en ligne, le législateur a adapté la loi existante sur l'offre de contrat ou a créé de nouvelles obligations. Ainsi, l'offre commerciale électronique est gouvernée par un double dispositif: le droit commun (droit civil et droit de la consommation) et celui relevant du régime propre au commerce électronique. Toutefois, des difficultés particulières de cet environnement virtuel numérique justifient une protection plus spécifique et particulière du consommateur en ligne. On peut notamment noter les points suivants qui nécessitent tout un travail de recherche et d'analyse de cas par cas ce qui peut poser des difficultés dans la pratique: (i) il est difficile de déterminer qui est l'initiateur de la relation contractuelle: Est-ce le professionnel (réputé l'auteur de l'offre) ou l'internaute consommateur (réputé acheteur)? (ii) les opérations de la transaction en ligne (contrat), ainsi que la possibilité d'obtenir des propositions personnalisées rendent les distinctions traditionnelles entre offre et acceptation vagues; (iii) il est difficile d'identifier le professionnel (fournisseur professionnel ou vendeur occasionnel) qui peut se trouver dans un pays étranger et dont la location est inconnue en plus d'être physiquement inaccessible; (iv) L'Internet fournit au consommateur en ligne des tonnes d'informations (contenu éditorial ou contenu publicitaire); (v) Internet supprime les frontières alors que les législations (donc les règles législatives et moyen de protection du consommateur) sont applicables à un territoire donné. Toutes ces particularités de l'offre commerciale électronique, la dématérialisation des documents, ainsi que les divergences des dispositifs légaux nécessitent une protection particulière de l'Internaute consommateur.

101. En effet, *"une multitude de produits et de services sont proposés chaque jour sur internet, avec pour seule restriction le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Comme dans le commerce « traditionnel », le meilleur moyen d'attirer le consommateur réside dans des campagnes de publicités adaptées et des offres toujours plus intéressantes. Grâce à internet, la publicité connaît d'ailleurs un nouvel essor et des innovations constantes. Néanmoins comme dans le commerce « traditionnel », la publicité électronique et l'offre de contracter électronique présentent des dangers car pour attirer les consommateurs ces techniques peuvent contenir de fausses*

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

*informations ou omettre certains renseignements de façon à induire en erreur le consommateur et ainsi à le pousser à contracter. Conscient de ce danger, le législateur français a mis en place une réglementation relativement complète pour encadrer la publicité et l'offre de contracter, lorsqu'elles s'adressent au consommateur, en mettant un accent particulier sur les informations à fournir. Ces textes ont une portée générale et ont donc vocation à s'appliquer au commerce électronique. Mais, eu égard aux spécificités techniques d'internet, la question se pose de savoir si ces règles suffiront à assurer au cyberconsommateur le même niveau de protection que pour un simple consommateur ou si les règles propres au commerce électronique viendront compléter voire modifier notre droit en matière de publicité et d'offre de contracter".*¹⁰⁹

102. Dans cette Section, nous essaierons de mettre en évidence les insuffisances constatées du fait de l'application pure et simple des règles de droit commun dans le cadre de la publicité en ligne (§ I). Ensuite, nous verrons qu'une nouvelle branche du droit est en train de naître: le droit du commerce électronique, ce qui nécessite d'aller plus loin qu'une simple harmonisation des réglementations en matière de contrats électroniques (§ II). En effet, à notre avis, on ne dépasse qu'une protection simplement adaptée à l'internaute.

¹⁰⁹ Thèse sur la Formation du Contrat Electronique : Dispositif de Protection du Cyberconsommateur et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (m.a.r.c.), par N. MOREAU, Université de Lille 2 Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion, soutenue le 30/9/2003, p. 19.

§ 1- LES LIMITES D'UNE TRANSPOSITION DES REGLES GENERALES A LA PUBLICITE EN LIGNE

103. Le caractère international de la publicité en ligne fait qu'elle est soumise à l'application de plusieurs systèmes juridiques. Ceci conduit à une instabilité fragilisant incontestablement la protection de l'internaute. L'existence de règles matérielles harmonisées est donc indispensable: l'adoption de règles de conduites ne présentant pas d'obligations contraignantes a été une solution temporaire à cette problématique. Mais l'adoption des solutions temporaires ne conduit pas à une protection continue assurée du consommateur en ligne. Le cas de la publicité sur Internet crée une situation juridique internationale. Cela sous-entend que plusieurs systèmes juridiques, qui sont éventuellement compétents, peuvent avoir juridiction sur les rapports sur Internet. Les dispositions du droit international privé permettent essentiellement de déterminer la loi nationale applicable à une situation juridique lorsque celle-ci se rattache à plusieurs Etats; et de déterminer le juge compétent pour trancher sur ce litige. Or, ces mécanismes conduisent à une instabilité juridique.¹¹⁰ Le seul moyen efficace de mettre en valeur de la spécificité des rapports internationaux consisterait à élaborer un droit matériel pour les régir.

104. La publicité sur Internet est devenue une opération à risque du fait de la multiplicité des lois nationales applicables qui ont fait de la publicité en ligne une activité soupçonnable qui induit des risques divers. Un auteur¹¹¹ identifie plusieurs types de risques (« le coût juridique »). Tout d'abord, le risque économique qui se subdivise dans le coût de la mise en place de la publicité ; les sanctions supportées en cas de contravention à une loi nationale de n'importe quel pays du monde et le risque d'une communication qui soit

¹¹⁰ En effet, le mode de raisonnement est identique d'un Etat à l'autre (notamment les méthodes relatives aux conflits de juridictions et aux conflits de lois), mais sa mise en œuvre diffère d'un Etat à l'autre. Les jurisprudences divergentes accentuent ce phénomène.

¹¹¹ BUIS (G.), Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur internet, in JCP. E., n° 47, NoV. 2000, p. 1846

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

tellement conforme aux lois qu'elle perdrait toute efficacité. Les contraintes d'ordre public doivent être prises en compte pour chaque pays (à part les secteurs réglementés : alcool, médicaments... V. supra).

105. En outre, la publicité en ligne fait état d'un risque de sanctions civiles vu le nombre croissant des affaires soulevées et rattachées au droit de la consommation et qui dans certains cas donnent droit à des indemnités très élevées. En effet, la jurisprudence française a adopté le principe de l'obligation extracontractuelle générale de surveillance des opérations de vente réalisées sur les sites d'eBay notamment avec toute la théorie de distinction entre éditeur et hébergeur pour élargir le champ d'application de la responsabilité dans le but de la protection du cyberconsommateur.¹¹² Mais, cette position peut toujours être critiquable et assure juste une protection partielle du consommateur (Voir Deuxième Partie).

106. Enfin, il faut prendre en considération le risque pénal. En effet, même si le droit pénal se limite traditionnellement aux atteintes aux biens ou aux personnes, il intervient de manière secondaire dans le cadre économique si l'on parle du délit de publicité trompeuse ou comparative (V. supra) dont l'application sur Internet ne diffère guère du droit commun.

107. Pour ce qui concerne la loi applicable à la publicité en ligne, la loi pour la confiance dans l'économie numérique,¹¹³ prise en application de la directive communautaire sur le commerce électronique du 8 juin 2000 traite de la publicité par voie électronique. Le Chapitre I, intitulé "Principes généraux", dénombre les dispositions relatives à l'application de la loi française au commerce électronique. Ainsi, l'article 6 du projet de loi définit d'après la loi française la notion d'établissement de commerce électronique établis en France, il propose la définition suivante : « *Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social.* »

¹¹² TGI Troyes, ch. civ. 4 juin 2008, RLDI 2008/39, n° 1296

¹¹³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

108. De plus l'article 17 de la loi envisage des exceptions à la règle de l'établissement régulier du fournisseur de services/produits. Ces exceptions ne représentent qu'une liste de règles d'ordre public auxquelles l'application de la loi française est obligatoire : « *L'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services. L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :*

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

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

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

109. Ces règles de relations contractuelles de droit international sont également applicables à la publicité en ligne.¹¹⁴ Or, ces normes mêmes si elles sont intervenues dans la directive sur le commerce électronique ne paraissent pas adaptées à la nature de ce dernier. En effet, la loi ne fait que mettre en place une règle de conflit classique¹¹⁵ comme il y en a tant d'autres en droit

¹¹⁴ S. Joly, Commerce électronique et publicité en ligne, JCl. Com. 2004, Fasc. 810.

¹¹⁵ La règle de conflit est une loi qui, lorsque différents ordres juridiques sont appelés à régir une même situation juridique, donne compétence à un ordre sans l'autre, c'est-à-dire désigne la loi applicable. (V. Lexique des termes juridiques, 13 éd. D., 2001).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

commun. Comme on l'a vu, ce type de règles ne peut être efficacement appliqué au commerce électronique car celui-ci de par sa nature exige une unification pure et simple des règles matérielles. Ce texte ne constitue à notre avis aucune avancée dans le sens du droit du commerce électronique.

110. En outre, la publicité n'est pas seulement un instrument de commerce électronique, mais aussi un instrument de communication qui est soumis aux dispositions du Titre 1er de la loi concernant la liberté de communication en ligne. Cependant ce titre ne précise pas la loi applicable.¹¹⁶ Une question se pose alors: Doit-on, se référer au droit commun, notamment aux principes tirés de la jurisprudence sur la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle, c'est-à-dire l'état du lieu où le fait dommageable s'est produit (*lex loci delicti*) ?¹¹⁷ Une des difficultés que soulève l'application de ces règles est de savoir où et comment situer le lieu et l'évènement causal ou de l'acte dommageable. L'application de la jurisprudence Fiona Shevill apparaît donc comme inadaptée en matière d'internet. Cela signifierait que la victime d'une publication serait obligée d'agir systématiquement devant un for étranger, soit celui d'établissement de l'éditeur, soit devant tous les fors où le site web peut être visualisé. Internet étant de nature universel, le critère de diffusion établi par Fiona Shevill semble inadéquat.¹¹⁸

111. Dans cette confusion totale et la multiplicité des règles de conflit, on ne peut que déplorer à nouveau l'absence de règles substantielles uniformes. Pour conclure sur cette partie, on peut dire que la loi sur la confiance dans l'économie numérique n'a pas résolu les problèmes juridiques liés au caractère transfrontalier de la publicité en ligne. Pourtant, les règles issues de la pratique peuvent représenter un commencement de solution pour certains de ces

¹¹⁶ V. M. VIVANT, *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy, 2003 p. 43.

¹¹⁷ Il est plus important encore de remarquer que la position défendue par le Parlement est en droite ligne avec la jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg. Dans un affaire **Fiona Shevill** (C-68/93 disponible via le lien suivant : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0068:FR:HTML>), la Cour a retenu le lieu de diffusion comme critère en cas de diffamation par voie de presse en précisant que son choix est guidé par le fait que c'est là où est diffusée l'information au tiers que la réputation d'une personne risque d'être atteinte. Cette position, qui fait référence à la théorie de la focalisation retenue en droit français, est une position de bon sens. Le principe de la loi la plus proche, principe que le droit international privé préconise, doit certainement être dans le cas de la diffamation la loi du lieu où la publication ou la diffusion est orienté. En effet, dans cet arrêt, La Cour a énoncé que la victime peut tenter une action en réparation contre l'éditeur soit devant la juridiction de l'Etat du lieu d'établissement de la publication diffamatoire pour l'intégralité du dommage, soit devant les juridictions de chaque Etat dans lequel la publication a été diffusée.

¹¹⁸ Mémoire soutenu publiquement le 25 Juin 2008, par DE Carlo Amanda pour l'obtention du diplôme de la Faculté Libre de Droit, d'Economie et de Gestion (FACO), p. 75.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

obstacles. Le caractère entre frontières de la publicité en ligne et l'internationalisation inévitable de la publicité en ligne peut inciter à se tourner vers une régulation par les usages. Cette autorégulation fondée sur la déontologie du métier a trouvé chemin bien avant tout texte à valeur normative. En France, le BVP¹¹⁹ s'efforce de mettre en place des régulations de bonne conduite professionnelle par des recommandations qu'il publie régulièrement. Ce bureau dicte aux professionnels de la publicité des formalités dont ils doivent tenir en compte dans la diffusion et publication de leurs annonces, telles que l'identification de la publicité, de l'annonceur. De même le BVP pousse les annonceurs à maintenir une publicité « légale », « véridique », « honnête », « décente », le respect des diverses sensibilités, protection des enfants, etc. Ce rôle important que joue le BVP ne consiste pas seulement à l'application de ces principes, mais il a aussi un rôle de surveillance par le fait qu'il essaie d'en assurer le respect. Le BVP s'assure de la bonne prise en compte de ces règles déontologiques : des conseils sont fournis aux distributeurs et le bureau peut même dans certain cas s'autosaisir.¹²⁰

112. Sur le plan international, la Chambre de Commerce Internationale a affirmé ces règles de bonne conduite professionnelle et a publié en 1998, ses *Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*.¹²¹ Ces lignes directrices consistent en ce que même en matière de publicité en ligne les activités de marketing et de publicité doivent également respecter les règles déontologiques publiées dans son Code international de pratiques loyales de la publicité.¹²²

¹¹⁹ Bureau de vérification de la publicité. C'est une association privée des professionnels de la publicité. Elle publie de manière régulière ses recommandations relative aux applications des règles déontologiques, élabore des codes de bonnes pratiques propose médiation entre professionnels et consommateurs. Elle prône les valeurs de l'autorégulation : chaque distributeur doit faire en sorte en ce que les publicités soit faites de manière « responsable » et conformes aux normes et pratiques en vigueur.

¹²⁰ Ceci se fera généralement après diffusion, dans l'hypothèse ou des cas constituant des manquements à la déontologie sont soulevés. Elle demandera soit la cessation complète de la publicité soit la modification de la campagne publicitaire.

¹²¹ Ce texte même si n'ayant pas une valeur normative, son respect pouvait faire bénéficier d'un nombre d'avantage : Les annonceurs s'engageant à respecter ces principes dans leurs communications publicitaires pourraient se prévaloir d'un label sécurisé, les identifiant comme les "bons joueurs". Aux Etats-Unis, le "Better Business Bureau" attribue un label aux communications commerciales loyales.

¹²² CCI, *Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*, 1997, 13 par. 3

113. Ce code propose l'engagement aux termes d'un certain nombre de règles dont les plus importantes sont les suivantes:

1) Identification du caractère publicitaire du message.

“La publicité doit pouvoir être nettement distinguée comme telle quels que soient la forme et le support utilisés. Lorsque le message est diffusé dans les médias qui comportent des informations ou des articles rédactionnels, il doit être présenté de façon que son caractère publicitaire apparaisse nettement”.

C'est une obligation d'identification qui s'applique aussi à l'identité de l'auteur de l'annonce. C'est la règle de « *divulgence de l'identité des annonceurs et des professionnels du marketing, lors de l'envoi des messages.* ». Or, cette règle a été mise en usage par les professionnels avant son apparition dans un texte juridique. Les usages ont donc eu un rôle important dans la réglementation de la publicité en ligne. De plus, la directive sur le commerce électronique a repris dans les mêmes termes cette obligation. »

2) L'engagement de ne recourir qu'à une “publicité loyale, honnête, véridique et décente”.

Or, dans ce domaine les directives de la CCI n'ont rien apporté de nouveau. Les dispositions du code de la consommation français considéraient déjà comme un délit ce type de pratiques (délict de publicité trompeuse, comparative...).

3) l'envoi de messages publicitaires licites, décents, honnêtes et véridiques, sachant que la notion de licéité du message publicitaire doit aussi répondre aux réglementations applicables aux messages publicitaires dans le pays d'origine ;¹²³

4) l'obligation d'informer clairement l'internaute des frais d'accès à un message ou à un service si ceux-ci étaient supérieurs au prix de télécommunication de base.

¹²³ MISSE (B.), De nouvelles lignes directrices en matière de publicité sur internet, Gaz. Pal., 15 janvier 2000 n° 15, P. 15.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

5) L'annonceur est obligé de s'identifier s'il utilise un lien hypertexte dans un site web ou un bandeau publicitaire.

114. Ces règles doivent être respectées par tous les auteurs des messages publicitaires et quels que soient leurs destinataires. La Chambre de commerce internationale dispose¹²⁴ « *que la notion d'annonceurs et de professionnels du marketing couvre par cette nouvelle vue toute personne physique ou morale envoyant des messages commerciaux électroniques et c'est à ces personnes de créer un environnement électronique mondial auquel les consommateurs auront toute confiance.* »

115. Cette approche est révolutionnaire. En effet, on ne protège plus l'internaute parce qu'il est consommateur,¹²⁵ mais on le protège pour sa simple qualité d'internaute. C'est dans ce même esprit qu'ont été élaborés les textes ci-dessus mentionnés. Dans son texte, la directive européenne sur le commerce électronique¹²⁶ dispose implicitement qu'elle est applicable tant au consommateur qu'au professionnel.

116. C'est un des fondements principaux du droit du commerce électronique. Comme le droit de la consommation cherche à protéger le consommateur qu'il considère comme le parti faible dans tout rapport de droit, de même le droit du commerce électronique se trouve dans l'obligation de protéger l'internaute qu'il considère comme faible parce qu'il est consommateur sur l'Internet !

117. Cette approche extensive ne peut que rassurer le consommateur en ligne qui est souvent méfiant à l'idée de « marketing en ligne ». Cependant ces règles de bonnes pratiques ne représentent pas une base solide de la protection de l'internaute vu leur caractère non contraignant. En effet, il a toujours été affirmé que les lois juridiques ne gagnent leur force que par l'intensité des sanctions imposées aux infractions commises.¹²⁷ Il est vrai que

¹²⁴ CCI, *Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet*, 1997, par.4.

¹²⁵ Comme le serait le cas dans le cadre du Code de la consommation ou du Code de la concurrence.

¹²⁶ Ou même la loi sur la confiance dans l'économie numérique de 2004 qui transpose en France les dispositions de la directive sur le commerce électronique.

¹²⁷ Elles restent des règles déontologiques qui ne constituent pas des sources officielles de droit dans la théorie juridique française : le juge est d'abord tenu d'appliquer la loi au sens strict, les coutumes ne pouvant, en théorie, aller contre la loi.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

nous encourageons l'institution de telles règles car elles représentent une référence au législateur pour modifier les lois actuelles, mais ce n'est que par l'adoption de mesures coercitives que la protection du consommateur en ligne sera assurée. Nous voyons donc que la création d'une directive spécifique doit être encouragée.

118. Voulant faire face à ces risques, l'Union européenne a dû intervenir pour mettre en place un cadre législatif uniforme pour la publicité en ligne. C'est ainsi qu'elle publia le livret vert, avant même d'adopter toute mesure coercitive.¹²⁸ Depuis, les initiatives législatives se multiplient. A l'échelle communautaire, furent adoptées les directives n° 97/7/CE du 20 mai 1997 relative aux contrats à distance qui a été transposée par l'ordonnance du 23 août 2001¹²⁹ et la directive n° 1000/31/CE sur le commerce électronique transposée en France par la loi sur la société d'information de 2004.¹³⁰ Dans ce cadre, il faut souligner que l'évolution législative concernant cette question, et les textes récemment adoptés, seront traités plus tard: (§ 2- La Conciliation Critiquable des Règles de Droit International Privé avec Les Contrats de Consommation en Ligne). Ce cadre législatif ainsi constitué permet d'unifier les solutions et de conforter la protection de l'internaute.

¹²⁸ *Op. cit.*, note 4. Le livret vert est publié sur Internet sur le site de l'union européenne : http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2004/ke6004078_fr.pdf

¹²⁹ Ord. N° 2001-741 : *Journal Officiel* 25 août 2001

¹³⁰ S'ajoutent d'autres directives qui ne relèvent pas directement du commerce électronique mais que la directive considère comme complémentaire tel est le cas de : la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs(5) et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse et comparative, la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, la directive 93/22/CEE du Conseil du 10 mai 1993 concernant les services d'investissement dans le domaine des valeurs mobilières, la directive 90/314/CEE du Conseil du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs.

§ 2- VERS UNE HARMONISATION EN MATIERE DE CONTRAT ELECTRONIQUE.

119. Ajoutées aux directives générales appliquées à toute forme de commerce, le législateur édicte des réglementations propres au commerce électronique¹³¹ dans le but de protéger l'utilisateur de l'Internet. Ces obligations sont tirées de deux séries de dispositions. Les dispositions issues de la directive n° 2000/31/CE sur le e-commerce dont l'application a été favorisée par la loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004¹³², et de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs.

120. L'obligation d'identification a été prévue dans la directive sur le e-commerce laquelle exige que deux types d'informations soient communiqués au consommateur. En premier les informations concernant l'auteur du message publicitaire et, en second, les informations du bien ou service objet du message publicitaire lui-même.

121. La publicité étant un élément intégrant de l'e-commerce, elle doit répondre à l'obligation de transparence qui permet l'identification de l'auteur de l'e-pub. Cette exigence prévue par l'article 5 de la directive n° 2000/31/CE sur l'e-commerce, est appliquée par la loi Française à la suite de l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. L'article 19 de loi pour la confiance dans l'économie numérique oblige tout vendeur en ligne offrant des produits qui peuvent être achetés en France d'éclaircir les faits suivantes:

¹³¹ L'article 14 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique de 2004 définit comme : « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent. »

¹³² La loi n 2004-575.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

1° S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;

2° L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ;

3° Si elle est enregistrée au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ;

4° Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du Code général des impôts, son numéro individuel d'identification ;

5° Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ;

6° Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'état membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite. [...]

Les délits entraînés par les abus aux dispositions du présent article sont condamnés dans les conditions fixées par les premier, troisième et quatrième alinéas de l'article L. 450-1 et les articles L. 450-2, L. 450-3, L. 450-4, L. 450-7, L. 450-8, L. 470-1 et L. 470-5 du code de commerce. »

122. Bien que cette règle réalise une avancée pour la protection du consommateur en ligne, nous pouvons regretter qu'elle prévoit seulement des mesures de recherches et de constatations des violations sans préciser les sanctions encourues. Cette absence fait perdre à cette règle un caractère important, à savoir, être contraignante et coercitive. Toutefois, un amendement de cette règle qui inclurait les sanctions pénales encourues par une infraction commise amplifierait le caractère de protection du consommateur en ligne voulu par son application.

123. La protection du consommateur en ligne se manifeste par l'obligation du commerçant d'informer le destinataire de la nature même du message

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

publicitaire. La publicité doit être identifiable par sa forme.¹³³ Cette règle est impérative car l'e-publicité a différentes formes. Il y a les bandeaux publicitaires qui en leur forme et contenu sont facilement identifiables, mais il y a aussi des sites web dont le contenu est informationnel ou publicitaire, ou à la fois les deux.

124. L'obligation d'identification est prévue dans l'article 6 de la directive communautaire sur l'e-commerce.¹³⁴ Comme nous l'avons signalé auparavant cette directive n'est pas limitée aux relations professionnels-consommateurs, mais est applicable aux relations entre professionnels¹³⁵ également. Par l'article 6 de la directive, « la communication commerciale doit être identifiable en tant que telle ». Cette obligation représente une innovation dans les règles de la communauté car la directive de 1984 relative à la publicité trompeuse ne traitait pas ce point.¹³⁶ Ces dispositions ont été transposées du Code international des pratiques loyales en matière de publicité de 1997¹³⁷. Le code de conduite est publié par la Chambre de commerce International.¹³⁸

125. En France, la directive sur le e-commerce a été reprise en droit interne par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique. L'obligation d'identification est prévue dans l'article 20 de la loi : « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle ».

126. Un auteur¹³⁹ estime que les informations concernant l'identification peuvent ne pas figurer directement dans la publicité même, et qu'elles peuvent être mentionnées à travers un lien hypertexte. Le crédit aux particuliers est étroitement surveillé en Europe communautaire, il fait l'objet d'une

¹³³ CAPRIOLI (É. A.), Commerce à distance sur l'Internet et protection des données à caractère personnel, Com. Comm. élect. n° 2, Février 2005, Etude 7.

¹³⁴ Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000

¹³⁵ MATHEY (N.), Le commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *Contrats, conc. consom.*, n° 10, oct. 2004, étude 13.

¹³⁶ VERBIEST (T.), *op. cit.* note 65.

¹³⁷ Même si ce code n'a pas de valeur juridique contraignante, il n'en demeure pas moins que le respect des règles qu'il comporte donnait une bonne image pour le vendeur en ligne. En générale, ce code de bonne conduite est respecté par les grandes sociétés.

¹³⁸ D. VÉRET et G. ATHÉA, Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ?, *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2001 n° 289, P. 40

¹³⁹ Verbiest (T.), *Op. cit.* note 65, p.62.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

réglementation complexe. Deux textes régissent notamment cette activité : la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur e-commerce et la directive n° 2002/65/CE du 23 septembre 2002 sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs en ligne. Mais, ces directives ne relèvent pas du champ de notre thèse car ils n'abordent pas directement la question de la publicité. En ce qui concerne la publicité, nous soulignons un autre texte : la directive n° 2002/58/CE sur la protection de la vie privée et des données à caractère personnel dans le domaine des communications électroniques.¹⁴⁰

127. Depuis le 1er Décembre 2005, le consommateur de services financiers est protégé par de nouvelles mesures de protection. Ainsi, le consommateur des services financiers doit recevoir les informations obligatoires « avant tout engagement ».¹⁴¹ Le droit français comprend des dispositions spécifiques à la publicité portant sur les opérations de crédit. Selon l'article L. 311-4 du Code de la consommation : "*Toute publicité faite, reçue ou perçue en France qui, quel que soit son support, porte sur l'une des opérations de crédit à la consommation visées à l'article L. 311-2, doit être loyale et informative. A ce titre, elle doit :*

1° Préciser l'identité du prêteur, la nature, l'objet et la durée de prêt ainsi que le coût total et, s'il y a lieu, le taux effectif global annuel du crédit, à l'exclusion de tout autre taux, ainsi que les versements forfaitaires fait par le client;

2° Préciser le montant, en euros, des remboursements par échéance ou, en cas d'impossibilité, le moyen de le déterminer. Ce montant inclut le coût de l'assurance lorsque celle-ci est obligatoire pour obtenir le financement et, le cas échéant, le coût des versements forfaitaires fait par le client ;

3° Indiquer, pour les opérations à durée déterminée, le nombre d'échéances."

128. Dans tout message publicitaire, quel que soit le moyen utilisé, les informations relatives à la nature de l'opération, à sa durée, le taux effectif

¹⁴⁰ JOUFFIN (E.), Démarchage et vente à distance de produits et services financiers : principes généraux, Rec. D. 2006 p. 1534

¹⁴¹ LEROYER (A.M.), Commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, in RTD CIV. 2005 p. 850.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

global, s'il y a lieu, et, s'il s'agit d'un taux promotionnel, la période durant laquelle ce taux s'applique, le caractère "fixe" ou "révisable" du taux effectif global et le montant des remboursements par échéance doivent figurer dans une taille de caractères au moins égale à celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement et inclus dans le corps principal de ce message.

129. Il est interdit, dans toute publicité, quel que soit le support utilisé, d'indiquer qu'un prêt peut être obtenu sans l'information précisant la situation financière de l'emprunteur, ou de préciser que le prêt entraîne une augmentation de ressources ou accorde une réserve automatique d'argent immédiatement disponible, sans étude financière spécifique.
130. L'offre préalable de crédit doit être distincte de tout support ou document publicitaire. Ce texte a un champ d'application international puisqu'il concerne toutes les publicités financières qu'elles soient faites en France ou à partir d'un pays étranger. Appliquée déjà depuis un certain temps, la directive 2011/83/UE (parue au Journal Officiel de l'Union européenne le 22 novembre 2011) relative aux droits des consommateurs vient prendre place de deux anciennes directives adressant respectivement les contrats négociés «hors établissement» et les contrats à distance. En effet, Remplaçant spécifiquement la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en termes de contrats à distance dont le texte a été revu par la Cour de justice de l'Union européenne récemment¹⁴², la directive de 2011 est appliquée en France en 2014.
131. Les institutions européennes, ayant toujours la volonté d'encourager la circulation des marchandises et les échanges commerciaux entre les États membres, voient dans cette nouvelle directive l'occasion de renforcer les droits des consommateurs tout en améliorant la lisibilité de sa législation, ainsi que son application. Le préambule de la directive évoque clairement cette volonté de clarification. De plus, elle annule deux directives, celle de 1997 déjà citée, et celle du Conseil du 20 décembre 1985 n° 85/577/CEE en faveur de la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors

¹⁴²Chronique de Murielle Cahen Avocat, disponible sur: <http://m.murielle-cahen.fr/category/commerce-electronique>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

des établissements commerciaux. En effet, la directive de 2011 est devenue une distinction fondamentale par ses dispositions entre le contrat à distance et le contrat hors d'établissement.

132. L'objectif de ce texte est d'offrir un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises. En effet, l'élan des ventes à distance (notamment sur Internet) demeure limité au-delà des frontières nationales des différents Etats membres de l'Union européenne. Cette directive a pour objectif de coordonner les règles de protection du consommateur entre les différents Etats membres afin d'augmenter les ventes transfrontalières.
133. Le texte adopté, dans ses nombreuses dispositions, affermit notamment le devoir d'information du professionnel envers le consommateur. La directive cite les éléments que le consommateur doit connaître avant l'établissement d'un contrat, conclu à distance ou pas. En ce qui concerne les contrats à distance conclus par voie électronique, le professionnel doit prendre soin que le consommateur comprenne bien que, passer sa commande induit une obligation de payer; à défaut, le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande. Lorsque le contrat est conclu par téléphone, le professionnel doit confirmer l'offre, par écrit ou sur support durable (tel qu'un courrier électronique), auprès du consommateur, qui est seulement lié par l'offre s'il la signe ou l'accepte par écrit. La confirmation du contrat conclu que le professionnel doit fournir au consommateur doit être sur un support durable et dans un délai raisonnable, après la conclusion du contrat à distance et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service.
134. Cependant, la confirmation écrite n'est pas nécessaire, si le contrat est exécuté à travers un moyen de communication à distance, les services sont fournis en une seule fois et leur facturation est effectuée par l'opérateur du moyen de communication. La directive confirme également l'obligation d'informer le consommateur concernant les prix : les sites de commerce en ligne doivent afficher des informations sur le prix du bien, les frais additionnels de livraison, d'affranchissement, tout autre frais supplémentaire,

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

les restrictions possibles de livraison, les modalités acceptées de paiement, le coût de renvoi en cas d'exercice du droit de rétractation, etc. Il vaut mieux souligner que les cyberconsommateurs seront exonérés des frais et d'autres coûts supplémentaires, si ces informations ne sont pas dûment communiquées, avant de passer commande et que la charge de la preuve concernant le respect de cette obligation d'information incombe au professionnel. Autre disposition essentielle de la directive : le délai de rétractation des consommateurs est désormais fixé à 14 jours à compter de la conclusion du contrat pour une prestation de service et à compter du jour où le consommateur prend physiquement possession du bien pour les contrats de vente.

135. A cet effet, la directive envisage, en annexe, un modèle de formulaire de rétractation devant être mis à la disposition du consommateur lors de la conclusion d'un contrat à distance. A défaut d'information claire ou d'absence d'information, le consommateur profite d'une protection accrue, le délai de rétractation passant à 12 mois. En plus, le consommateur paie uniquement les coûts directs résultant du renvoi des biens, sans payer de pénalités, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a manqué d'informer le consommateur qu'il doit les prendre à sa charge. En revanche, cette directive prévoit la responsabilité du consommateur dans l'exercice de son droit de rétractation. Elle ne peut précisément être engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens (sauf lorsque le professionnel a manqué de l'informer sur son droit de rétractation). Les Etats membres devaient avoir repris la directive relative aux droits des consommateurs dans leur droit national au plus tard le 13 décembre 2013. Les règles de droit national émanant de la directive devaient entrer en vigueur dans les Etats concernés au plus tard le 13 juin 2014.

136. Ainsi, comme on l'a vu, pour affirmer le bon fonctionnement du marché intérieur et garantir un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union Européenne a pris des mesures pour harmoniser les droits des consommateurs au niveau de la zone européenne. C'est dans ce sens que la directive 2011/83 /UE relative aux droits des consommateurs a été adoptée.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

137. Selon les Chroniques de Maître Mélanie Defoort,¹⁴³ la CJUE¹⁴⁴ détermine également que la page d'un site internet ne représente pas un support durable au sens de la directive, puisque le commerçant peut modifier à tout moment les informations qui y sont accessibles¹⁴⁵. Elle assure ainsi que le support durable doit être aussi fiable que le support papier, notamment que le client doit non seulement pouvoir stocker les informations qui lui sont adressées sur ce support, mais aussi y accéder et les reproduire sans que le vendeur puisse les modifier.

138. Quoique la CJUE ne donne aucun exemple de « support durable », on peut se référer à la directive 2011/83/UE, modifiant la directive 97/7/CE, qui énonce que des supports tels que le papier, les clés USB, les CD-Rom, les cartes à mémoires, les disques durs d'ordinateur ou les courriels peuvent être considérés comme des supports durables. Comme c'est déjà signalé, la CJUE précise que la page d'un site internet ne représente pas un support durable au sens de la directive, puisque le commerçant peut modifier à tout moment les informations qui y sont accessibles. Bien que la pratique de la case à cocher ne semble pas remise en cause, elle n'apparaît pas suffisante pour considérer que le client a « reçu » les informations obligatoires sur un support durable : les vendeurs devraient donc envoyer à leur client un courriel citant les informations obligatoires, soit dans le corps même du message, soit au sein d'un fichier joint. La décision de la CJUE implique que, bien que la pratique de la case à cocher ne semble pas définitivement remise en cause, elle n'est pas suffisante pour être considérée comme moyen de garantir que le client a « reçu » les informations obligatoires sur un support durable : le vendeur devrait donc, au plus tard au moment de la livraison de la commande, adresser ces informations au client par écrit ou sur un support durable.

139. La CJUE semble donc exiger des vendeurs d'envoyer à leur client un courriel comportant les informations obligatoires, soit dans le corps même du

¹⁴³<http://www.ccfi.asso.fr/blog/2012/12/vente-en-ligne-et-acceptation-des-conditions-generales-de-vente-la-decision-content-services-de-la-cjue/>

¹⁴⁴La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), anciennement Cour de justice des communautés européennes (CJCE), est la juridiction supranationale chargée de traiter les dossiers qui lui sont soumis au regard du droit communautaire. Les décisions de la CJUE s'imposent aux parties, même dans le cas où l'affaire est déjà passée devant une juridiction supérieure nationale (en France, Cour de cassation ou Conseil d'État). Cette Cour constitue donc de fait un niveau de recours supérieur à ceux existant au plan national.

¹⁴⁵(Arrêt de la CJUE, 5 juillet 2012, C-49/11, Content Services Ltd)

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

message, soit au sein d'un fichier joint. L'importance de cette décision provient du fait qu'elle s'applique à l'ensemble des sites de e-commerce de l'Union. Elle contrarie la pratique habituellement admise de l'acceptation des conditions contractuelles par opt-in et lien hypertexte, déclarées valide spécialement par les tribunaux français. Cette interprétation paraît limitative et ajoute à la directive une condition que celle-ci ne prévoit pas. D'autre part, on peut également s'interroger sur les conséquences à tirer de la décision rendue par la CJUE, notamment sur sa compatibilité avec l'article 1369-4 du Code civil, reprenant la position de la directive 2000/31/CE¹⁴⁶ sur le commerce électronique, précisant les conditions d'établissement d'un contrat par voie électronique et prévoyant que le vendeur doit simplement «mettre à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction», sans imposer leur envoi au client. En conclusion, l'interprétation faite par la CJUE de l'obligation d'information du consommateur semble particulièrement sévère et d'un intérêt pratique qui reste à démontrer et qui va au-delà en tout cas des dispositions de la directive de 2011.

140. Quoique le législateur européen ait pris soin de ne pas préciser le moment où le contrat électronique est formé, il semble faire prévaloir la théorie de la réception. Selon l'article 11 un peu vague de la directive de 2000, la conclusion définitive du contrat paraît correspondre au moment où l'offrant accuse «réception» de la commande et que les deux parties peuvent avoir accès à l'accusé de réception de cette commande. Ce processus en trois étapes (offre, acceptation et accusé de réception confirmant la commande) est le même que l'idée américaine et anglaise de la formation du contrat électronique¹⁴⁷. La théorie de la réception est aussi la mieux accueillie par le droit commercial international, ainsi elle est dédiée dans la convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandise. De plus, l'avant-projet de code européen des contrats dit projet «Gandolfi» envisage une

¹⁴⁶<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438585&dateTexte=20120215>

¹⁴⁷La conclusion du contrat électronique et l'incitation à contracter par Maxence Genty et Florent Suxe, publié le 24 Janvier 2013, disponible sur:
<http://www.m2dc2en.fr/index.php?s=3&doc=La%20conclusion%20du%20contrat%20E9lectronique%20et%20l'incitation%20E0%20contracter%20par%20Maxence%20Genty%20et%20Florent%20Suxe&PHPSESSID=6vccp3q2lko9oe3c5gdupdemg0>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

solution semblable dans ses articles 12 et 16, probablement une tentative de concordance internationale que le droit de L'UE a adopté une telle solution qui n'était pas celle prévue à l'origine et au préjudice de la protection du consommateur. Cependant, le droit français n'a pas opté ce choix, il l'a ignoré puisqu'il a prévu de subordonner la formation du contrat à une formalité additionnelle par laquelle le contractant reste le maître du moment de la formation définitive du contrat.

141. Ainsi, l'article 1369-5 du code civil dispose-t-il 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. ». Par ce texte, le législateur français a ainsi créé une autre étape supplémentaire dans le processus de formation du contrat électronique. Dès ce moment, quatre étapes sont nécessaires à la formation définitive du contrat électronique : l'offre, l'acceptation, l'accusé réception de l'offrant et la confirmation de son acceptation par l'offrant. Ainsi la première acceptation n'aurait plus aucun effet juridique, si elle n'est pas confirmée par une seconde acceptation. Ce principe conçu pour protéger le consommateur niait la force traditionnellement accordée à l'acceptation. Ainsi, ce formalisme très protecteur du consentement de l'acceptant vient à l'encontre de la force obligatoire du contrat, en imposant à l'acheteur une double acceptation du contrat. Ayant protégé le consommateur internaute, le législateur a donc inventé une nouvelle théorie : « la théorie de l'émission de la confirmation de l'acceptation ».

142. Si ce choix a été adopté pour rétablir l'équilibre dans la formation du contrat, il s'oppose directement aux dispositions de la directive et la responsabilité de l'Etat français. De même, il n'est pas sûr que le rallongement du processus de formation du contrat électronique déjà suffisamment long et complexe soit la meilleure solution pour protéger le consommateur, le résultat ne fera qu'alourdir le processus. Il faut donc bien étudier la rencontre des volontés qui est primordiale pour déterminer s'il y a effectivement un contrat visant créer des effets de droit, une question qui peut soulever certains problèmes dans le monde virtuel(**Deuxième Chapitre**).

DEUXIEME CHAPITRE :
LA RENCONTRE DE L'OFFRE ET DE
L'ACCEPTATION EN LIGNE

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

143. La formation même du contrat électronique n'est gouvernée par aucun texte spécifique. Si le Code civil définit le contrat dans son article 1101 et liste ses conditions de validité dans l'article 1108, l'échange des consentements dépend totalement des décisions des juges. C'est le rôle de la jurisprudence de déterminer le régime des pourparlers et les problèmes liés à la rencontre de l'offre et de l'acceptation.
144. La théorie de l'autonomie de la volonté est traditionnellement rattachée à la philosophie individualiste de la fin du 18^{ème} siècle.¹⁴⁸ L'Homme, essentiellement libre, se laisse assujettir à des obligations par sa volonté. Donc, faire intervenir une autorité extérieure à celle des individus reste toujours un cas exceptionnel. Appliquant cette idée au régime juridique du contrat, on se retrouve devant trois grands principes dérivés: l'effet relatif des conventions¹⁴⁹, la force obligatoire du contrat¹⁵⁰ et la liberté contractuelle. Pour ce dernier principe, le consentement est l'élément primordial du contrat, si bien que le formalisme doit rester exceptionnel, et la loi, en principe, agit comme addition à la volonté, ou moyen d'interprétation, la règle impérative ne devant intervenir que dans les cas où elle s'avère absolument indispensable.
145. Il y a contrat lorsque se rencontrent plusieurs volontés concordantes : une offre ferme et précise doit faire l'objet d'une acceptation pure et simple. L'offre (ou pollicitation) se définit comme la proposition ferme de conclure un contrat à des conditions déterminées. Elle doit être ferme (ne pas comporter de réserves) et précise (tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat doivent y figurer. Par exemple pour la vente, selon l'article 1583 du C. civ. ses éléments sont la chose et le prix. L'acceptation de l'offre suffit à ce que le contrat soit formé.¹⁵¹

¹⁴⁸ Mémoires par N. Huguette sur "La liberté contractuelle dans les sûretés personnelles en droit" disponible sur : <http://www.memoireonline.com/10/07/667/liberte-contractuelle-suretes-personnelles-droit-ohada.html#fn8>

¹⁴⁹ Chacun étant libre de créer sa propre norme, et ne pouvant être lié que s'il l'a voulu, nul ne saurait être assujetti à une « loi » à laquelle il n'aurait pas souscrit. La convention, et spécialement le contrat, ne doit donc pas nuire aux tiers, et même ne doit leur profiter que s'ils l'acceptent.

¹⁵⁰ On la présente comme un corollaire de l'autonomie de la volonté. Si les parties ont voulu se lier, elles demeurent tenues ; la volonté dont il faut tenir compte est celle qui a existé lors de l'échange des consentements, et non celle, versatile, qui évolue par la suite. Affirmer le contraire serait nier le pouvoir qui est reconnu à la volonté d'engendrer une loi ; pour cette raison, le contrat s'impose au juge, puisqu'il est la loi des parties.

¹⁵¹ L. Grynbaum, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation », D. 2003, p. 1706.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

146. Selon Olivia Franco¹⁵², l'offre peut être faite à une personne en particulier ou au public. Lorsqu'elle a été faite au public, elle lie l'offrant (appelé également pollicitant) qui accepte aux mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée¹⁵³. L'offre peut également être assortie d'un délai. Dans ce cas, l'offrant ne peut révoquer son offre tant que le délai n'est pas expiré. L'offre non assortie d'un délai doit toutefois être maintenue durant un délai raisonnable. Ce délai est apprécié souverainement par les juges du fond en fonction des circonstances. Par exemple, il a été jugé que l'offre comportant la mention « réponse immédiate souhaitée » avait été faite sans stipulation de terme et qu'elle devait être acceptée dans un délai raisonnable (en l'espèce 5 semaines compte tenu de la nature du bien et de la qualité de l'acquéreur).¹⁵⁴

147. L'offre devient caduque lorsqu'elle n'a pas été acceptée à l'expiration d'un délai exprès ou d'un délai raisonnable¹⁵⁵. Elle devient également caduque en cas de décès de l'offrant, sauf lorsqu'elle était assortie d'un délai exprès¹⁵⁶. La caducité se distingue de la nullité en ce que l'acte juridique est valable. Il n'a été privé d'effet qu'en raison d'un fait postérieur à sa création. L'acceptation doit quant à elle être pure et simple. Dans le cas contraire, il s'agit d'une contre-proposition.¹⁵⁷

148. En pratique, le cyberspace est dominé par la conclusion des contrats de nature numérique. Lesquels contrats sont marqués par le caractère probant de l'écrit même quand le droit commun ne le prévoit pas et ceci en raison de l'invalidité presque générale des échanges verbaux entre les cocontractants. Mais, il est souvent affirmé que le contrat électronique qui opère simplement par rapport aux contrats traditionnels, une modification du support de l'échange, n'entraîne pas la modification de la nature juridique du contrat.

¹⁵² La rencontre des volontés, Article publié en 2007 disponible sur: http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/La%20rencontre%20des%20volontes.pdf

¹⁵³ Cass. 3e civ., 28 Nov. 1968; JCP G 1969, II, 15797 - Cass. 3e civ., 13 juin 1972; D. 1973, somm. p. 88 - Cass. 3e civ., 12 févr. 1975; Bull. civ. 1975, III, n° 60

¹⁵⁴ Ch. Jamin, « Pour en finir avec la formation du contrat », Petites Affiches, 6 mai 1998, p.25. Voir aussi, Civ. 3ème, 25 mai 2005, Bull. civ. III n° 117.

¹⁵⁵ Les vices de consentement. Etudier.com. Récupérée 01, 2014, à partir de <http://www.etudier.com/dissertations/Les-Vices-De-Consentement/46285227.html>

¹⁵⁶ Cass. 1ère ch. civ. 25 juin 2014, n° 13-16529 disponible sur: <http://interetsprives.grouperf.com/depeches/31878.html>

¹⁵⁷ D. Mazeaud, « Mystères et paradoxes de la période contractuelle », Mélanges Ghestin, LGDJ, 2001, p. 637.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

S'agissant du contrat lui-même, sauf pour certains qui sont spécifiques et nécessitant un formalisme particulier, aucune forme particulière n'est requise pour la validité du contrat.¹⁵⁸

149. En tant qu'acte bilatéral, l'acceptation de l'offre est un élément fondamental de la formation du contrat à distance. Si l'offre s'inscrit dans la phase préparatoire, avec la manifestation de l'acceptation se noue la relation contractuelle. C'est seulement à partir de ce moment-là que les droits et obligations énoncés dans l'offre deviennent effectifs. Toutefois, dans la mesure où les contrats à distance, dont les contrats électroniques, mettent en relation des parties physiquement éloignées l'une de l'autre, cela implique que l'échange des consentements s'effectue à distance. Ainsi, l'acceptation de l'offre à distance prend souvent la forme d'un bon de commande en papier ou virtuel signé et envoyé à l'adresse de l'offrant. Cependant, pour entraîner la formation du contrat à distance, ce bon doit traduire de manière parfaite la volonté certaine et non équivoque du contractant, surtout du consommateur, d'accepter le contenu de l'offre proposée. Cette forme d'acceptation s'est rapidement avérée insuffisante à protéger le consommateur qui contracte à distance, et notamment en ligne. C'est pourquoi pour s'assurer qu'il s'engage en toute connaissance de cause, le législateur adopte conformément aux actes communautaires de nouvelles dispositions spécifiques relatives à la conclusion du contrat électronique. Ces nouvelles règles viennent s'ajouter à celles déjà existantes en matière de contrats à distance qui ne sont d'ailleurs pas toutes d'importance égale.

150. De ce fait, la conclusion des contrats électroniques est tout à fait possible pourvu qu'elle soit adaptée à l'expression du consentement.¹⁵⁹ Il n'empêche qu'il est important de souligner que dans un mode pareil, où le contrat est difficilement discutable, il prend plus la forme d'un contrat d'adhésion que d'un contrat ordinaire. D'où l'importance d'étudier les obligations et critères ponctuant la formation du contrat électronique (**SECTION 1**), avant d'aborder les moyens de preuve destinés à garantir et

¹⁵⁸ Y. Shandi, La formation du contrat à distance par voie électronique. Thèse de doctorat. Université Robert Schuman. 2005. p. 39

¹⁵⁹ GAUTRAIS V. cité par CAPRIOLI E.A. dans le rapport de la commission Lorentz.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

améliorer l'effectivité des droits qu'en retire le consommateur en ligne (**SECTION 2**). Pour le faire, il s'agit d'abord de s'interroger sur la théorie du consensualisme pour bien comprendre l'impact de cette théorie dans le monde virtuel (**SECTION PRELIMINAIRE**).

SECTION PRELIMINAIRE :

LES ORIENTATIONS DOCTRINALES SUR LA
THEORIE DU CONSENSUALISME¹⁶⁰

¹⁶⁰ Gautrais (v), La couleur du consentement électronique, disponible sur www.gautrais.com/IMG/pdf/consentement2003CPI.pdf.

151. Dès le début du XVI^e siècle, des praticiens sont acquis au principe du consensualisme, et au XVII^e siècle, des auteurs tels que Loysel¹⁶¹ et Domat y adhèrent largement, ainsi que Pothier à la veille du Code civil¹⁶². Le Code civil de 1804 est résolument consensualiste : il refuse de soumettre, par principe, la force obligatoire du contrat à la nécessité pour les parties de couler leur volonté dans des formes préétablies¹⁶³. Toutefois, il n'est pas pour autant anti-formaliste, en ce sens qu'il continue de soumettre certains contrats nommés au respect de solennités. Ainsi en est-il, en particulier, de la donation, du contrat de mariage ou de la constitution d'hypothèque. Comme l'expose X. Lagarde¹⁶⁴, sur le plan technique, les formes du Code civil se caractérisent par leur simplicité (obligation de s'adresser à un notaire ou de rédiger un écrit) et leur globalité (un même instrument répercute d'ordinaire l'acte dans tous ses aspects: protection du consentement, preuve, publicité...).
152. Il s'agit essentiellement d'un formalisme "instituant", qui se situe à la frontière entre le droit des biens et le droit des personnes : réservé aux actes graves – qui engagent la personne autant que son patrimoine –, il s'explique plus précisément en raison de l'altération du statut personnel que ceux-ci supposent (le mariage implique une modification de l'état des personnes et leur impose un nouveau statut ; un certain effet d'affiliation s'attache aux donations ; quant à l'hypothèque, elle revient précisément à hypothéquer le statut social du propriétaire immobilier). Etant donné l'importance de ces différents actes juridiques, on conçoit sans peine qu'ils fassent l'objet d'exigences formelles.
153. Il arrive que la loi entoure la conclusion-même du contrat de certaines formalités, à défaut desquelles celui-ci serait frappé de nullité. De tels contrats sont alors qualifiés de solennels, par opposition aux contrats consensuels. En effet, le formalisme de validité constitue une véritable exception au principe du consensualisme, dans la mesure où la seule volonté des parties ne suffit pas à conclure le contrat. L'objectif d'un tel formalisme est généralement de

¹⁶¹ "On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain", note LOYSEL de manière très significative dans ses *Institutes coutumières*, 1607, liv. III, l. 2.

¹⁶² Voy. M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, op. cit. p. 102, et les réf.

¹⁶³ Voy. B. NUYTEN et L. LESAGE, op. cit. p. 503, n° 18.

¹⁶⁴ X. LAGARDE, op. cit. spéc. p. 1772-1774.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

protéger le consentement des parties, en attirant leur attention sur la nature et l'étendue de leur engagement. Dans le Code civil, ces exigences d'ordre formel consistent notamment à l'intervention d'un officier public, la rédaction d'un écrit, authentique ou sous seing privé, la signature, la datation, les mentions. Or, avec l'essor des réseaux numériques et du commerce électronique, on assiste aujourd'hui à une prolifération des contrats conclus sans papier par voie électronique. Divers risques découlent de l'usage des réseaux comme canal pour communiquer et lier les volontés sur le plan juridique: la substitution de l'auteur d'un message, l'altération d'un message durant de sa transmission, la répudiation du message par l'émetteur ou le destinataire, la prise de connaissance par un tiers non autorisé, etc.¹⁶⁵

154. Il est étonnant de constater la rapidité avec laquelle la doctrine,¹⁶⁶ moins que les lois, a voulu valider les différents comportements que l'on peut considérer comme étant une manifestation de consentement valide. Certes, pourquoi en serait-il autrement, à l'égard de la liberté généralement prônée en pareilles circonstances. Un contrat peut en effet se former dès lors qu'un accord de volontés s'est manifesté. Pourtant, selon Monsieur Gautrais,¹⁶⁷ l'acceptation d'un « clic » et encore plus, le simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site Internet, ne répondent pas forcément aux critères requis pour exprimer une manifestation de volonté. Certes, il serait contestable d'interdire une telle façon de faire pour contracter; il en serait tout autant de l'accepter sans réfléchir aux spécificités du médium. Ces deux procédés font donc l'objet d'une jurisprudence fournie que nous étudierons maintenant. Malgré l'effervescence législative en commerce électronique, les lois furent quasiment muettes sur les spécificités du consentement électronique,¹⁶⁸ considérant sans doute, et c'est fort louable, d'abord que les

¹⁶⁵ Marie DEMOULIN et Etienne, le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique, une version mise à jour d'un article paru dans *La théorie générale des obligations, suite*, Liège, Formation permanente CUP, octobre 2002, vol. 57, pp. 99-181.

¹⁶⁶ Par exemple Olivier ITEANU, *Internet et le droit*, Paris, Eyrolles, 1996, p. 86.

¹⁶⁷ Avocat et professeur, Faculté de droit, Université de Montréal. Directeur de la Maîtrise pluridisciplinaire en commerce électronique. Courriel : vincent.gautrais@umontreal.ca. Site Internet : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm>

¹⁶⁸ Relativement au consentement électronique, l'une des rares dispositions de nature législative que l'on peut identifier est la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, (directive sur le commerce électronique) Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, où l'article 10 s'intitulant « Informations à fournir » dispose : « 1. Outre les autres exigences en matière

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

principes généraux en la matière étaient suffisamment souples pour répondre à cette nouvelle réalité et, ensuite, que les autres sources du droit pourraient y pallier. Aussi, s'il y a un type de « source juridique » qui sur ce point doit être pris en compte, c'est sans doute les pratiques, codes de conduite, principes et autres normes informelles provenant des communautés concernées¹⁶⁹. En effet, il est possible d'identifier une pluralité des recherches qui, internationales¹⁷⁰, nationales¹⁷¹, voire sectorielles¹⁷² vont tenter d'encadrer le comportement des cybercommerçants en recherchant ainsi à protéger l'information du cyberconsommateur, et en tout premier lieu, son consentement.

155. Parmi les éléments mis en avant, on peut, en premier lieu, citer les comportements habituellement préconisés pour améliorer la mise à la

d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque et avant que le destinataire du service ne passe sa commande : a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ; b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non ; c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée ; d) les langues proposées pour la conclusion du contrat. » L'article 11 « Passation d'une commande » est également intéressant prévoyant « 1. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire du service passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent : - le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique, - la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès. 2. Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande. » La Loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information, Chapitre C-1.1, disponible à : <http://www.canlii.org/qc/loi/lcqc/20030131/l.r.q.c-1.1/tout.html>, ne prévoit aucun élément particulier relatif au consentement électronique même si l'article 103 prévoit, sur le plan du formalisme, que les contrats de consommation qui doivent être faits par écrit (comme les contrats de prêt, de vente d'automobile, etc...) doivent l'être par le biais d'un document papier.

¹⁶⁹ Il nous importait de mettre le terme de « source » entre guillemets dans la mesure où un débat doctrinal existe, d'une part, quant à la juridicité associée à de tels documents et, d'autre part, relativement aux critères nécessaires pour les rendre utilisables par un juge. Pour une description de ces oppositions théoriques, lire notamment V. GAUTRAIS, op. cit. note 5, et particulièrement la Partie 2 s'intitulant Le complément normatif du contrat électronique : la notion de *lex electronica*.

¹⁷⁰ OCDE, Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, 1999, disponible à <http://www.oecd.org/pdf/M00000000/M00000360.pdf>.

¹⁷¹ BUREAU DE LA CONSOMMATION, op. cit., note 41 ; GOUVERNEMENT DU CANADA, « Internet Sales Contract Harmonization Template », disponible à <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html> ; « Australian Best Practice Model for Business », disponible à <http://www.ecommerce.treasury.gov.au/> ; « New Zealand Code for Consumer Protection in Electronic Commerce », disponible à <http://www.consumer-ministry.govt.nz/> ; « Dutch Model Code of Conduct », disponible à <http://www.ecp.nl/> ; « The Nordic Ombudsmen position paper », disponible à http://econfidence.jrc.it/default/show.gx?Object.object_id=EC_FORUM00000000000000C65.

¹⁷² DIRECT MARKETING ASSOCIATION, « The DMA Code of Practice for Electronic Commerce », disponible à <http://www.dma.org/uk/DMA/default.asp> ; FÉDÉRATION DES ENTREPRISES DE VENTE À DISTANCE, « Le Code professionnel de la vente à distance », disponible à <http://fevad.com/informer/accueilsup.asp?sup=16> ; FÉDÉRATION OF EUROPEAN DIRECT MARKETING, « Code on e-commerce & interactive marketing », disponible à <http://www.fedma.org>.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

connaissance d'un contenu textuel, tel que l'absence d'un langage juridique, une présentation calculée et agréable, et ce, quel que soit le support utilisé. S'y ajoute les éléments qui ont été précédemment identifiés relatifs à la lecture électronique.

156. En deuxième lieu, un autre élément important concerne l'utilisation mesurée des liens hypertextes. Certes, les contrats électroniques n'ont pas le monopole des clauses par référence, ou clauses externes, qui sont interprétées avec suspicion par le droit en général. En effet, dans un arrêt du 5 juillet 2012, la CJCE a décidé que ne répondait pas à cette condition d'accessibilité la pratique commerciale selon laquelle les informations sont rendues accessibles seulement via un hyperlien sur le site internet de l'entreprise concernée.¹⁷³ Pourtant, elles constituent un outil fort efficace de mise en connaissance du cyberconsommateur. Ainsi, un équilibre s'impose entre l'obligation pour ce dernier à se rendre « activement » vers un autre texte et le fait que ce procédé permette à la fois l'existence d'un lien direct plus concis pour l'utilisateur d'Internet. Si le lecteur aguerri dispose de la liberté et de l'efficacité offerte par l'hyperlien, qu'en est-il de celui qui ne souhaite pas se donner la peine de prendre connaissance d'un contenu qui nécessite une action ? Aussi, vu les difficultés de lisibilité que le procédé occasionne, il est sans aucun doute nécessaire de repenser à l'utilisation des hyperliens. D'ailleurs, c'est dans cette perspective que les principes du Bureau de la consommation d'Industrie du Canada ont souligné l'importance pour les commerçants d'offrir des conditions de vente qui soient en un seul et même document.

157. En troisième lieu, et même si l'on s'écarte un peu de la forme du consentement électronique pour s'approcher davantage des questions de fond, il y a une tendance de plus en plus consacrée par laquelle il importe que le consommateur électronique puisse bénéficier de la part du commerçant d'un support « post-contractuel ». Il faut entendre par cette expression que le commerçant qui offre des biens ou services en ligne doit être en mesure de faciliter, d'une part, la prise de conscience de l'action de l'adhérent et, d'autre part, la mise à la disposition du contenu du contrat à ce dernier. Ceci peut être

¹⁷³ CJUE, 3e ch., arrêt du 05/07/2012, affaire C-49/11, Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

fait, d'abord, par le biais d'un accusé de réception reprenant les éléments essentiels du contrat. On trouve aussi de plus en plus l'obligation pour le commerçant d'archiver le document contractuel et de le rendre accessible à la demande au contractant. Enfin, et sur le même registre, il est parfois exigé que le commerçant facilite la conservation dudit document en permettant à l'acheteur, généralement le « cyberconsommateur », de l'imprimer ; il faut donc l'y inciter et en faciliter le processus, notamment dans un format aisément lisible.

158. Monsieur Forray¹⁷⁴ nous présente la doctrine du consensualisme la distinguant du formalisme en soulignant le fait de ne pas opposer ces deux derniers. En principe le consensualisme est le contraire de toute forme proposée, mais l'auteur démontre que n'importe quel contrat ne peut jamais être déni de toute forme, ainsi on peut donc comprendre que même un contrat consensuel présente une certaine forme comme donnée accessoire pour le contrat consensuel ou on parle du domaine de forme non règlementée ce qui veut dire que la théorie du consensualisme a une forme libre, laissant la liberté aux contractants de formaliser leur contrat sans limites procédurales. L'auteur souligne le fait que le consensualisme est en réalité la vraie indication d'un contrat qui prend la base de l'échange des promesses qui équivaut au consentement des parties. Il oppose ainsi le droit positif et naturel représentant le formalisme comme une simple preuve pour la sécurité juridique. Mais si on considère que tout contrat est issu de bonne foi, on appliquera le contrat consensuel typique. C'est donc ce que Vincent Forray veut parvenir à prouver. dans quelle mesure peut-on considérer le contrat consensuel comme le modèle théorique ? L'auteur s'interrogera, afin de terminer son œuvre avec une conclusion qui présente le consensualisme comme le model futur du contrat. Si on commence à appliquer le consensualisme sur l'e-commerce, on peut cependant se questionner sur l'aspect morale du consensualisme puisqu'on parle d'une base de bonne foi obligatoire ce qui n'est jamais le cas en droit positif, les internautes comme les professionnels (commerçants) ne sont pas dans une utopie de droit positif c'est pour cela que le formalisme avec

¹⁷⁴ (V) Forray Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, préface de Geneviève Pignarre ; avant-propos de Christian Atias: thèse, Université de Savoie, soutenue publiquement en 2005 sous la direction de Geneviève Pignarre. Préface disponible sur: http://www.lgdj.fr/popup_introduction.php?_Ouvrage=19323

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

tous ces excès de la forme règlementé est celui qui offre la protection juridique nécessaire pour le consommateur mais aussi pour le professionnel (commerçant).

SECTION I :

LES CONDITIONS PONCTUANT L'ACCEPTATION DU
CONTRAT ELECTRONIQUE ET PROTEGEANT LE
CONSOMMATEUR EN LIGNE

159. La distance physique qui sépare les parties, la nature internationale des contrats effectués en ligne et le processus tri-dimensionnel qui accompagne leur formation distinguent les contrats électroniques des contrats sur support papier. En effet, les ententes contractuelles effectuées par le biais du réseau Internet sont généralement conclues à distance ce qui facilite et encourage le commerce voir sa rapidité. Mais, cette particularité peut poser des difficultés bien identifiées en théorie du droit, d'abord à l'offre et l'acceptation. Les articles L. 121-16 et suivants du Code de la Consommation imposent aux vendeurs de faire apparaître plusieurs informations sur les sites de commerce électronique dès lors qu'ils proposent aux internautes d'acquiescer en ligne des biens ou des services. Ainsi, doivent clairement figurer les informations suivantes : les coordonnées complètes incluant un numéro de téléphone, l'adresse du siège social ou de l'établissement en charge de l'offre ; les caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé à la vente ; le prix de vente du bien en euros, si celui-ci s'entend toutes taxes comprises et la somme qui devra effectivement être payée par le consommateur ; la durée de la validité du prix et de l'offre qui y est associée ; les modalités de paiement (carte bancaire, chèque, etc.), de livraison, les frais de livraison. Ces informations doivent être communiquées en français de manière claire et compréhensible au consommateur. Lors de la livraison du bien, l'ensemble des éléments d'information doit être rappelé au consommateur ainsi que l'adresse de l'établissement où il peut présenter ses réclamations, les informations relatives aux garanties commerciales et les conditions de résiliation.

160. Le Code de la consommation aménage également au profit du consommateur un droit de rétractation. Selon l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, une fois le droit exercé, le vendeur est tenu de rembourser l'acheteur sans délai et au plus tard dans les trente jours. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur et le vendeur s'expose à des sanctions pénales. Le consommateur demeure néanmoins tenu de supporter les frais de retour. Ce droit de rétractation est limité. Il ne sera pas possible de l'exercer pour les contrats relatifs aux services financiers ou, sauf accord contraire avec le vendeur, pour certains

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

produits ou services : un CD/DVD/vidéo/logiciel qui aurait été descellé¹⁷⁵, un journal ou un service dont l'exécution aurait commencée avec l'accord du consommateur avant la fin du délai de sept jours, un voyage en ligne ou la réservation d'un billet de train ou de spectacle.¹⁷⁶

161. Parallèlement à ces dispositions codifiées, le droit connaît d'autres textes qui viennent encadrer la pratique des vendeurs en ligne : dispositions du Code civil en matière de vices cachés, arrêtés relatifs au prix, etc. Bien que complexe et dense, le droit des contrats conclus à distance représente une base relativement connue des principales parties intéressées du commerce électronique. Des entreprises sans service juridique interne, sont bien souvent adhérentes à des fédérations professionnelles qui leur communiquent les règles applicables et diffusent les codes de bonne de conduite provenant de ces dispositions et opérant, dans certains cas, un renforcement de la protection applicable au consommateur. Mais une certaine méconnaissance des dispositions demeure au sein des petites structures¹⁷⁷, pour la plupart non adhérentes à des fédérations professionnelles.

162. L'acceptation est l'agrément pur et simple de l'offre, elle représente, plus précisément, l'expression de l'intention finale du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions déterminées par l'offrant. L'acceptation doit, pour être efficace, être donnée pendant le délai fixe de validité de l'offre, sur tous les éléments essentiels du contrat ou sur ceux tenus pour essentiels par l'une des parties. Ainsi, l'article 1583 du code civil relatif à la vente dispose que l'accord des parties sur la chose vendue et sur le prix rend le contrat de vente parfait. L'accord des parties sur les autres éléments dits accessoires n'est, en principe, pas nécessaire pour la conclusion du contrat. Toute modification - limitation ou addition - de l'offre sera considérée comme un rejet de cette offre et constitue en même temps une contre-proposition qui exige à son tour d'être acceptée pour que le contrat puisse se former.

¹⁷⁵ Article L. 121-20-2 du Code de la consommation.

¹⁷⁶ Article L. 121-20-4 du Code de la consommation.

¹⁷⁷ http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/03_publications/actualitesccrf/internet171.htm?ru=03

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

163. Ces règles sont de portée générale et s'appliquent à tous les contrats aussi bien entre professionnels, particuliers ou professionnels et consommateurs ; que les contrats soient conclus entre présents ou à distance. Toutefois, dans les contrats de consommation, l'acceptation de l'offre doit obligatoirement porter sur tous les éléments du contrat tant essentiels qu'accessoires puisque l'offre est dès son émission encadrée dans son contenu. L'ensemble de ces éléments doit être accepté pour que le contrat soit formé. Cette règle s'applique avec plus de clarté lorsque ces contrats sont conclus à distance étant souvent des contrats d'adhésion¹⁷⁸ excluant toute négociation. Autrement dit « c'est à prendre ou à laisser ». D'où l'intérêt de se questionner sur la définition et la forme de cette acceptation à distance (§I) avant d'attaquer le contenu de cette acceptation (§ II).

¹⁷⁸ S. Yadini-Naudot, Le contrat non négocié, thèse, Nantes, 2000

§ 1- L'ACCEPTATION A DISTANCE ET LES DIFFICULTES RENCONTREES PAR LES CONSOMMATEURS

164. L'acceptation peut se définir comme l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant, et à ces conditions seulement : l'acceptation doit être identique à l'offre.¹⁷⁹ Quelle est la valeur juridique de la validation d'un contrat comprenant des options sélectionnées ? S'agit-il d'une acceptation pure et simple, sachant que les options ont été prévues par le pollicitant dès l'insertion du contrat au sein du site, ou bien s'agit-il d'une contre-proposition car une offre ne peut comprendre plusieurs options, elle serait impropre à former un contrat ? Si elle est qualifiée de contre-proposition, l'offre devrait être retournée au site qui renverrait une nouvelle offre adjointe au contrat de base et aux options sélectionnées. En fait, plusieurs offres sont laissées à la discrétion de l'acceptant. L'accord des volontés sera immédiat sur le World Wide Web quel que soit les options sélectionnées. Par contre le contrat conclu par courrier électronique ne sera pas immédiatement formé, car l'offre originelle pourra faire l'objet de plusieurs contre-propositions avant de former le contrat. Ce modèle doit être calqué sur celui du courrier traditionnel. La distinction entre contrats d'adhésion et contrats négociés est perceptible sur Internet : les contrats conclus sur le World Wide Web auront tendance à être des contrats d'adhésion (les conditions générales de vente sont obligatoires).¹⁸⁰

165. L'acceptation en ligne ne peut être qu'expresse. L'acceptation tacite ne peut exister en matière informatique (à l'exception des virus) car la machine ne peut induire la volonté de contracter, c'est l'homme qui, derrière la machine, valide une commande ou exécute un programme. La forme de l'acceptation dans les contrats consensuels est en principe libre :¹⁸¹ les parties peuvent exprimer leur volonté d'une manière quelconque puisqu'aucune

¹⁷⁹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Les obligations, Armand Colin, 1994, p.105

¹⁸⁰ <http://www.degriftout.fr> : Voir les Conditions Générales de Vente. Voir également l'exemple du Contrat type proposé par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris en juin 1998. JCP Entreprises et Affaires 8/10/1998 n° 41

¹⁸¹ Les articles 1109 à 1118 du code civil n'envisagent le consentement que sous l'angle des vices du consentement : Cass. 1re civ. 27 nov. 1990, D. 1992, somm. 195, note G. Paisant

forme n'est requise à titre de validité. La loi exige simplement l'existence d'un accord de volontés. Il est alors nécessaire que l'acceptation soit extériorisée pour que l'autre partie puisse en prendre connaissance et pour que les volontés se rencontrent.¹⁸² La forme dans laquelle l'acceptation s'exprime n'est pas importante. Ainsi, un signe rudimentaire admis par l'usage ou un simple « oui »¹⁸³ prononcé ou écrit peut, dans un certain contexte, être analysé comme une acceptation sous réserve toutefois qu'ils traduisent sans équivoque la volonté de contracter.

166. Les contrats à distance ne posent pas de problèmes spécifiques sur ce point car la plupart d'entre eux sont consensuels et n'exigent aucune forme particulière pour leur formation. Cependant, à la différence des contrats conclus entre présents où les parties peuvent exprimer leurs volontés de façon expresse ou tacite,¹⁸⁴ l'acceptation dans les contrats à distance ne peut s'exprimer que de manière expresse. L'acceptation ne sera jamais déduite d'une attitude passive ou tacite du moins dans les contrats de consommation. Le silence du consommateur ne pourra jamais être interprété comme acceptation conformément au principe selon lequel le silence ne vaut acceptation.¹⁸⁵ C'est la raison pour laquelle l'envoi forcé de produits et services sans commande préalable est interdit. En effet, l'article L. 122-3 du code de la consommation (Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001) dispose que « la fourniture de biens ou de services sans commande préalable du consommateur est interdite lorsqu'elle fait l'objet d'une demande de paiement ». Le consommateur n'est pas obligé d'y répondre, son silence ne s'interprète pas comme une acceptation.¹⁸⁶

¹⁸² G. Rouhette, Contribution à l'étude critique de la notion de contrat, 1965, n° 98 et s ; F. Limbach, Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats, thèse Toulouse 2003, Paris LGDJ 2004 ; A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, thèse Strasbourg 1958 : Paris LGDJ 1961 ; J. Chabas, La déclaration de volonté en droit civil français, thèse Paris 1931.

¹⁸³ A. Bénabent définit l'acceptation comme étant « le oui donné à l'offre, qui réalise une conjonction des consentements, caractéristique du contrat » : Droit civil, les obligations, Montchrestien, 12e édition 2010, p. 41

¹⁸⁴ P. Gode, Volonté et manifestations tacites, thèse Lille 1977.

¹⁸⁵ Civ., 25 mai 1870 : DP 1870, I, 257. Dans cet arrêt, le silence ne vaut pas acceptation « ...en l'absence de toute autre circonstance » ; Civ. 1re, 16 avril 1996 : JCP, 1996, IV, 1366 ; Bull. civ., I, n° 181, p. 126 : la règle selon laquelle le silence ne vaut acceptation est déduit de son caractère équivoque parce qu'en matière contractuelle, « l'acceptation suppose une volonté certaine dont le silence n'apporte pas la preuve » ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux., Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 9 éd. 2000, n° 151, p. 102 ; M.-J. Littmann, Le silence et la formation du contrat, thèse Strasbourg, 1969.

¹⁸⁶ On trouve des dispositions similaires à l'article 9 de la directive du 20 mai 1997 : « *les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour : - interdire la fourniture des biens ou des services à un consommateur sans*

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

167. L'infraction est réprimée pénalement par l'article R. 635-2 du code pénal¹⁸⁷ aux termes duquel « le fait d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant que cet objet peut être accepté contre versement du prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si ce renvoi peut être fait sans frais pour le destinataire, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de 5ème classe ». Cette interdiction a été instaurée dans le but de protéger le consommateur d'un consentement forcé ou surpris.¹⁸⁸

168. Si, en règle générale, le silence ne signifie rien en raison de son caractère équivoque, il ne peut être interprété comme refus ou acceptation. D'ailleurs, dans les rapports entre professionnels, l'interprétation systématique du silence comme refus doit être écartée. On trouve quelques rares exceptions dans la loi où le silence peut être considéré comme une acceptation : en matière d'assurance, l'art. L. 112-2 alinéa 4 du code des assurances dispose « est considérée comme acceptée la proposition, faite par lettre recommandée, de prolonger ou de modifier un contrat ou de remettre en vigueur un contrat suspendu, si l'assureur ne refuse pas cette proposition dans les dix jours après qu'elle lui soit parvenue ».

169. La jurisprudence donne plusieurs exemples d'acceptation de l'offre par le silence :

- l'absence de réponse par le destinataire d'une offre vaut acceptation lorsqu'elle s'inscrit dans un courant d'affaires entre les parties à défaut d'un refus exprès ;¹⁸⁹
- lorsque l'usage donne une signification au silence comme acceptation ;¹⁹⁰
- le silence gardé par le bénéficiaire d'une offre faite dans son intérêt exclusif (ex : remise partielle de dettes).¹⁹¹

commande préalable de celui-ci, lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement ; - dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement ».

¹⁸⁷ Cass. crim., 14 Avril 1972: Bull. crim., 1972, n° 120 ; D. 1972, jurisp. p. 478; Cass. Crim., 25 Oct. 1972: Bull. crim. n°313; JCP 1973, II, 17308, note Guérin.

¹⁸⁸ Paris, 27 oct. 1965 : JCP 1966 : JCP 1966, II, 14662, Guérin.

¹⁸⁹ Civ., 1re, 3 déc.1985 : Bull. civ., I, n° 330 ; Metz, 12 Nov. 1998 : Juris-Data 055237

¹⁹⁰ Cass. com., 9 jan. 1956, Bull. civ., III, n°13.

170. Dans ces différents cas, le juge de fond dispose d'un pouvoir souverain pour donner au silence une telle signification.¹⁹² Sur le plan pratique, le client exprime son acceptation en remplissant et signant un bon de commande papier adressé à l'entreprise: un formulaire détachable se trouve dans le catalogue, dans le journal ou accompagne l'offre personnellement adressée au client. Ce dernier peut également passer commande par des modes plus sophistiqués tels que le téléphone, le fax, la télématique ou le courrier électronique.

171. Toutefois, l'acceptation exprimée par voie électronique s'est avérée problématique à l'égard des règles classiques de droit commun. C'est pourquoi on a inventé un nouveau système d'acceptation : **par simple clic**. Le principe de consensualisme devrait naturellement jouer en matière de commerce électronique. Ainsi, l'article 9 §1 de la directive du 8 juin 2000 condamne tout formalisme exigé à titre de validité de l'acte¹⁹³ et la LCEN vient de permettre la conclusion des contrats par voie électronique même dans les domaines où un écrit était requis ad validitatem.¹⁹⁴ En effet, l'acceptation par voie électronique se réalise par un simple clic.¹⁹⁵ Cependant, ce simple clic est-il suffisant à exprimer une intention certaine de s'engager ? Une réponse positive s'impose puisque la doctrine et la jurisprudence affirment depuis longtemps que l'homme peut exprimer sa volonté de diverses manières : un geste non équivoque ou un comportement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de s'engager. Il a été jugé, en effet, que le fait de monter dans un autobus ou dans un taxi en stationnement constitue bel et bien une acceptation expresse de l'offre de transport.¹⁹⁶ La doctrine va dans le même sens: hocher la tête dans une vente aux enchères peut être considéré comme une acceptation si dans une telle circonstance l'usage donne à ce geste la qualification d'acceptation¹⁹⁷.

¹⁹¹ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1969, JCP, 1970, II, 16445, note Aubert ; Colmar, 27 mars 1980 : JCP, 1981, IV, 390 : une partie de la doctrine a critiqué cette interprétation qui souligne le caractère fictif et inexistant de la volonté comme par exemple la remise de dettes ou de prix.

¹⁹² Cass. com., 24 avril. 1987, n° 85-10, 865.

¹⁹³ L. Grynbaum, La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, JCP E, 11 oct. 2001, étude, n° 41, p. 1617.

¹⁹⁴ Articles 1108-1 et 1108-2 du code civil.

¹⁹⁵ CiV. 3e, 5 janV. 1996 : RTD ciV. 1996, p. 446, P-Y. Gautier, sur la valeur de la mention « ok » écrits en marge d'un document.

¹⁹⁶ Nancy, 1^{er} mars 1950, JCP 1950, II, 5892 ; Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1969, Bull. civ., I, 1969, I, p. 303, n° 381.

¹⁹⁷ Vanwijck, M. Le processus de formation du contrat. 1^{ère} éd. Bruxelles: Larcier, 2004. P. 1

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

172. L'acceptation par un simple clic ne pose donc pas de problèmes. Mais pour qualifier ce geste d'acceptation, il faut qu'il soit voulu, c'est-à-dire, qu'il exprime une volonté interne de s'engager. Il doit également présenter une volonté consciente des conséquences attachées à cet engagement.¹⁹⁸ Toutefois, qualifier ce simple clic d'acceptation peut engendrer un risque, surtout pour le consommateur, qui peut prétendre n'avoir cliqué que par erreur de manipulation sans vouloir manifester une volonté de s'engager. Dans ce cas, il peut nier la valeur de son clic tout simplement parce qu'il ne signifie rien en soi. Il lui sera alors difficile d'invoquer l'erreur ou le dol parce que ce n'est pas la validité du contrat qui est en cause mais son existence.¹⁹⁹
173. Il y a donc deux intérêts contradictoires : d'un côté, un simple clic est insuffisant à manifester le consentement du consommateur et de l'autre côté, imposer des procédures et formalités complexes - par exemple une confirmation écrite de l'acceptation - aura pour conséquence d'affaiblir considérablement le recours au mode électronique pour contracter. Il convient alors de trouver un juste milieu. Afin de préserver le consentement de l'acheteur, surtout du consommateur, les entreprises qui proposent de passer commande de produits ou services en ligne ont, à l'appui de leur expérience, mis en place une procédure claire et minutieusement préparée pour que le consommateur puisse exprimer sa volonté d'accepter de façon libre et éclairée. Elles lui assurent surtout que le simple clic ne vaut acceptation qu'à condition que son auteur ait été préalablement averti.
174. Dans le même sens, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris²⁰⁰ prévoyait que le vendeur prépare « un système d'acceptation par pages écran successives proposant une série de saisies de données qui amènerait progressivement le client vers un consentement définitif ». Le Conseil d'Etat²⁰¹ a également proposé un système de confirmation où l'acceptation se réalise soit par l'envoi d'un courrier électronique avec obligation de conservation du message, soit par deux clics distincts sur deux icônes

¹⁹⁸ J. Ghestin, « les manifestations de la volonté expresses et tacites se caractérisent ainsi par l'intention de communiquer, c'est à dire par le but poursuivi par leur auteur » : précité, p. 302.

¹⁹⁹ A. Raynouard, La formation du contrat, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Journées nationales, Tome V, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 15 et s.

²⁰⁰ CCIP : « Pour un contrat type de commerce électronique », 27 mars 1997, p. 12

²⁰¹ Conseil d'Etat, Internet et réseaux numériques, la documentation française, 1998, p. 65

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

différentes : « j'accepte l'offre » et « confirmez-vous bien votre commande ? ».

175. La LCEN vient définitivement régler la question de la conclusion du contrat par voie électronique en prévoyant les modalités à suivre. Les nouvelles règles qu'elle prévoit n'échappent qu'en partie aux règles traditionnelles relatives à la détermination du moment de la formation des contrats à distance dont le contrat électronique fait partie.

176. Dans ce cadre, il est important de noter que quelques difficultés peuvent se poser. En effet, les marchands sont principalement satisfaits de la réglementation applicable en matière de vente à distance et ne revendiquent pas l'adoption d'un droit spécifique à l'internet. Ils indiquent néanmoins que des éclaircissements ou des aménagements à la marge semblent nécessaires pour prendre en compte la spécificité de la vente en ligne, notamment en matière d'application du régime des soldes, de présentation de l'offre, de l'identification de la majorité de l'acheteur, de publicité et de démarchage commercial par courriel.

177. Concernant la période des soldes, les entreprises qui ont recours à des sites internet pour commercialiser leurs produits peuvent réaliser, comme toute entreprise française, des soldes, mais elles sont tenues de respecter la réglementation instituée à l'article L. 310-3 du Code de commerce. Selon cet article, sont considérées comme soldes « *les ventes accompagnées ou précédées de publicité et annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock* ». Ces ventes ne peuvent être réalisées qu'au cours de deux périodes par année civile d'une durée maximale de six semaines. La période de soldes, commune à tous les canaux de vente, est fixée par décision préfectorale et peut varier en fonction des départements.²⁰² La question principale, au regard de ces dispositions, qui se pose en termes de ventes en ligne, est celle de la détermination de la date des soldes. L'interprétation communément adoptée estime que la date à prendre en compte est celle fixée, par le Préfet, pour le département de l'établissement responsable de l'offre faite à distance, au sens de l'article L.

²⁰² Article L. 310-3 du Code de la consommation, alinéa 2

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

121-18 du Code de la consommation, soit en pratique le département du siège social de l'entreprise. Néanmoins, cette disposition peut vivement être critiquée. En effet, contrairement aux sociétés traditionnelles de vente à distance qui sont généralement toutes situées dans le même département, les e-marchands se situent dans de nombreux départements différents. Prenons par exemple ²⁰³ l'un des principaux secteurs du commerce électronique, la commercialisation de produits informatiques : *la société Rue du Commerce à son siège social à Saint-Ouen (93), Cdiscount à Bordeaux (33), Nomatica à Labège (31) et Pixmania à Paris (75). Cet éclatement géographique des entreprises alors même que chacune d'elle est susceptible de toucher un marché national, implique mécaniquement un sort juridique différent susceptible, selon certains marchands, de porter atteinte à la concurrence. En effet, les entreprises débutant les premières les soldes pourront proposer des prix cassés quelques jours ou semaines avant leurs concurrentes et cela au même public. Dans ces conditions, il apparaît important à l'Observatoire de la Cyberconsommation de mettre en place, pour les activités « online », une période unique de soldes.*

178. Concernant la présentation de l'offre, aux termes de l'article L. 121-18 du Code de la consommation, l'offre de contrat à distance doit comporter, notamment, comme informations « la durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ». Ce texte impose aux commerçants de préciser une date de début et de fin de l'offre proposée et du prix assorti. Sur l'internet, cette disposition trouve une difficulté dans son application. En effet, les sites sont conçus comme des catalogues permanents et remis à jour continuellement. En cela, l'offre existe et est proposée tant qu'elle figure sur le site internet. Dès lors que l'offre n'est plus proposée, celle-ci disparaît quasi-automatiquement – sous réserve de rigueur dans la mise à jour du site par le marchand. Or, plusieurs parties intéressées économiques se sont plaintes de l'interprétation adoptée par l'administration (DGCCRF) leur imposant de faire figurer obligatoirement une date limite de validité de l'offre proposée, la mention précisant que l'offre est valide tant qu'elle est accessible sur le site n'étant pas

²⁰³ Premier Rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation en 2004 ; Forum Des Droits Sur l'Internet sur <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/groupes-de-travail/nbsp-cyberconso-nbsp-observatoire-permanent-de-la-cyberconsommation.html>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

suffisante. Pour justifier cette obligation, l'administration estime qu'une offre non valide peut demeurer accessible par, notamment, la fonction « cache » de certains moteurs de recherche. Les sites commerciaux répliquent en indiquant que, bien que disponible dans le cache d'outil de recherche, l'offre n'est techniquement plus accessible dès lors que l'internaute décide de basculer sur le site internet du marchand (en utilisant par exemple la fonction « consulter la page actuelle ») ou clique sur le lien permettant de procéder à la commande. L'interprétation adoptée par l'administration semble difficilement praticable, les consommateurs étant – dans tous les cas – amenés à se rendre sur le site internet du marchand pour procéder à l'achat. Par ailleurs, le principe du « double clic » instauré par la LCEN, permet d'éviter les confusions éventuelles des consommateurs. Ainsi, l'obligation imposée par l'article L. 121-18 semble remplie du moment que le marchand indique clairement la disponibilité du produit et les conditions de vente de ce dernier. Par ailleurs, l'article L. 111-1 du même code auquel renvoie l'article L. 121-18 précise que le professionnel est tenu de « mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». Au cours des auditions, plusieurs parties intéressées se sont interrogées sur la portée exacte de cette disposition car il leur apparaît quelquefois délicat d'identifier les conditions essentielles à communiquer préalablement à l'acte d'achat. Du fait que les distributeurs n'obtiennent pas forcément des fabricants la communication des « fiches produit », quelles informations de l'emballage du produit doivent être reprises pour être diffusées sur le site ? Un distributeur qui commercialise un produit contenant un grand nombre de composants, doit-il communiquer cette liste sur son site ? Les parties intéressées sont donc demandeurs d'une expertise sur la définition exacte des « caractéristiques essentielles du bien ou du service » au sens de l'article L. 111-1 du Code de la consommation afin de mieux informer le consommateur sur les qualités du produit mis en vente.

179. Concernant l'achat par un mineur, avec le relatif anonymat dans lequel s'opèrent certaines transactions sur le réseau internet, une difficulté supplémentaire – mais encore aujourd'hui largement théorique – semble apparaître. En effet, certains acheteurs sont en fait des mineurs non émancipés

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

qui contractent sans avoir averti au préalable leurs parents. En outre, sont commercialisés sur l'internet des produits qui, dans la vie réelle, ne peuvent être acquis par des mineurs. Dès lors se pose le problème de l'identification de l'âge de l'acheteur. Hormis les infractions pénales auxquelles pourraient faire face le commerçant, la sécurité juridique de tels contrats réalisés à distance peut être remise en cause. En effet, l'article 1124 du Code civil précise que sont « incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi, les mineurs non émancipés ». Dès lors que l'un des cocontractants est frappé d'une incapacité, le contrat peut être annulé, les parties devant être remises dans l'état antérieur (le bien restitué et le prix payé remboursé). Comme le Forum des droits sur l'internet a eu l'occasion de le préciser dans sa recommandation du 11 février 2004 relative à l'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables sur l'internet,²⁰⁴ il n'existe pas d'outils techniques permettant la certification précise de l'âge de l'acheteur. Ainsi, un contrôle de l'âge par vérification d'un numéro de carte bancaire ne sera pas suffisant dès lors que les cartes bancaires sont accessibles aux mineurs de 16 ans, et un mineur résolu à obtenir un code d'accès peut se procurer, en de multiples circonstances, des références d'une carte bancaire. Par ailleurs, certains organismes émetteurs de cartes bancaires s'opposent expressément à ce que ces dernières soient utilisées à une seule fin de vérification d'âge. Le GIE Cartes Bancaires, interrogé à ce sujet par le Forum, dénonce une telle pratique comme détournant les cartes bancaires de leur finalité première de paiement.

180. Une autre vérification peut avoir lieu au travers d'une authentification par un numéro figurant sur un document d'identité. L'intérêt de tels dispositifs officiels de certification doit toutefois être modéré dès lors que la communication du numéro de carte d'identité a pour limite qu'un tel numéro peut être recopié et circuler entre plusieurs usagers même mineurs. Enfin, un contrôle de l'âge peut avoir lieu par la délivrance d'un certificat par une autorité tierce. De nombreux « tiers de confiance » délivrent aujourd'hui, le plus souvent aux entreprises, des certificats électroniques de nature à attester l'identité de leurs porteurs. La délivrance de tels certificats répond à un

²⁰⁴ Recommandation du Forum des droits sur l'internet : 'Les Enfants du Net - (1) Les mineurs et les contenus préjudiciables sur l'internet'. <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=694>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

processus complexe et fiable de l'identité du demandeur, comprenant notamment la confrontation physique de ce dernier avec l'un des agents auxquels l'autorité délègue le pouvoir d'attester son identité. La complexité et le coût d'une telle procédure semblent toutefois exclure qu'un tel certificat soit distribué à l'ensemble des usagers majeurs et/ou mineurs de l'internet, et qu'un filtre des visiteurs des sites français ou européens aux contenus potentiellement préjudiciables aux mineurs soit mis en place sur cette base. Pour le Forum, « aucune application de contrôle de l'identité des usagers de l'internet ne paraît aujourd'hui de nature à satisfaire strictement à l'objectif recherché ». Dès lors, le Forum a recommandé que « soit étudiée, dans la définition des fonctionnalités du futur document d'identité électronique, annoncé pour 2006, l'opportunité de permettre au visiteur d'un site de justifier anonymement de sa majorité sur l'internet. L'utilisateur pourrait par exemple être invité à fournir un code prévu à cet usage ou à procéder à la lecture informatique du titre ». ²⁰⁵ Même si cette question est pour l'heure encore théorique, les commerçants en ligne sont demandeurs de conseils leur permettant de mettre en œuvre des mesures d'identification afin de pouvoir contracter en pleine sécurité juridique avec des personnes majeures ou des mineurs émancipés.

181. *"L'offre électronique, en vertu de l'article 1369-4 du code civil, doit mentionner très clairement les conditions contractuelles (identité du prestataire, prix, frais de livraison...), ainsi qu'un certain nombre de conditions purement technique qui sont propres à la dimension "informatique" de ce type de contrat : différentes étapes à suivre pour conclure le contrat, moyens techniques pour connaître et corriger avant la conclusion du contrat les erreurs de transmission, la langue utilisée, les règles d'archivage, les usages professionnels réglementant éventuellement ce secteur ou ce type de bien. L'acceptation est soumise aux règles du droit commun, mais contient en plus une disposition supplémentaire liée à la spécificité du contrat : c'est le système du double-clic. Cela signifie que le destinataire de l'offre accepte, dans un premier temps, la commande, puis, après un accusé de réception par*

²⁰⁵ Recommandation du Forum des droits sur l'internet du 11 février 2004 sur : <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-les-enfants-du-net-1-les-mineurs-et-les-contenus-prejudiciables-sur-l-internet.html>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

*le professionnel, confirme, dans un second temps, son acceptation. Le but est clairement d'éviter les erreurs de manipulation préjudiciable au client, professionnel ou consommateur*²⁰⁶.

182. Après avoir posé les règles générales du commerce électronique, il faut s'interroger sur le contenu de l'acceptation électronique et son effet sur la protection du consommateur en ligne.

²⁰⁶ Article " Du contrat électronique de droit commun au contrat de travail électronique" disponible sur:
<http://c2ientreprisedemat.wordpress.com/2012/02/27/du-contrat-electronique-de-droit-commun-au-contrat-de-travail-electronique/>

§ 2- CONTENU DE L'ACCEPTATION A DISTANCE ET SON IMPACT SUR LA PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE

183. L'acceptation d'une offre en ligne est le deuxième élément nécessaire pour la formation du contrat. 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 ». ²⁰⁷ L'acceptation peut donc être assimilée à la notion de consentement qui exprime la volonté et l'accord de chacun des contractants de conclure un contrat. L'acceptation tout comme le consentement reste l'expression d'une volonté unilatérale et indépendante. Dans le monde électronique, et plus précisément dans le 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.

184. En effet il s'agit, d'un contrat fait à distance, où 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 il n'existe pas de copie en papier, où les parties se retrouvent seules devant leur écran parfois séparé par 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, voire parfois la loi applicable au fond? ²⁰⁸

185. C'est à l'ensemble de ces questions que nous allons répondre dans le cadre de ce deuxième paragraphe, étudiant l'impact de l'Internet sur les caractères traditionnels de l'acceptation, et leurs conséquences dans la formation du contrat de vente en ligne et surtout la protection de la partie

²⁰⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique, 15ème édition, Sirey, 2012, p. 30-41 (classification des obligations).

²⁰⁸ Mémoire sur la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur par Lucile Archambault, année 2003-2004, Université Paris 1 Panthéon – Sorbonne

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

faible du contrat : le consommateur. Dans ce but il est important d'étudier les conditions de l'acceptation en ligne, et les modalités de celle-ci.

186. Les conditions générales de vente constituent un élément généralement défavorable à l'acheteur, puisque le vendeur (même soumise à un certain nombre de restrictions) va pouvoir imposer ses conditions pour arriver 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, notamment dans le but d'éviter que la partie forte (le vendeur ou le professionnel) n'abuse de la partie faible au contrat (l'acheteur ou le consommateur) tout en respectant des conditions de l'article L113-3 du code de la consommation par le Cybercommerçant. Lorsqu'un consommateur conclut un contrat de vente il consent à l'essentiel, qui est le produit/service et le prix, mais également il consent sur d'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. En effet, 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 pratiquées par l'entreprise.²⁰⁹

187. La Loi sur la Confiance en l'Economie Numérique transpose cette obligation dans l'univers numérique en insérant l'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

²⁰⁹ 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. »

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

qu'elle reste accessible de son fait ». Ces deux textes, et surtout l'Article 1369-1 du code civil, imposent une nouvelle étape dans le processus de commande : l'affichage des 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 affirmerait 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 et ne doivent pas abuser de l'acheteur.

188. En imposant 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 pour cette situation des règles spécifiques qui vont s'imposer au vendeur. Mais le problème, c'est que 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 pour consentir. Aussi, en matière de commerce électronique les possibilités 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. Donc, même si on va prévoir pour cette situation des règles spécifiques qui vont s'imposer au vendeur, en pratique, un contrat en ligne reste un contrat d'adhésion.

189. Ces clauses abusives ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat.²¹⁰ Le code de la consommation annexe une liste de clauses considérées comme abusives pour le consommateur. Il s'agira notamment de clauses limitatives de la 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

²¹⁰ Article L132-1 du code de la Consommation

caractéristiques du produit, ou enfin limitant le droit à agir du consommateur en cas de litige.

190. Le Tribunal de Grande Instance de Paris par une décision du 22 mars 2011²¹¹, a reconnu comme étant abusives plusieurs clauses des conditions générales de vente des sites, 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 durable²¹². 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 sanctionnées 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 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

²¹¹ TGI de Paris, Union Fédérale Des Consommateurs contre Société Free, rendu le 22 mars 2011 disponible sur: <http://static.pcinpact.com/media/Jugement-22%2003-11.pdf>

²¹² Les clauses abusives sont définies par l'article L. 132-1 du Code de la consommation, aux termes duquel: « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Selon B. DELEPORTE – Avocat- Deleporte Wentz Avocat, article sur la vente en ligne publié le 11 Juin 2011 et disponible sur: [http://www.deleporte-wentz-avocat.com/pdf/Art%20Clauses%20abusives\(06.11\).pdf](http://www.deleporte-wentz-avocat.com/pdf/Art%20Clauses%20abusives(06.11).pdf)

Douze "clauses noires", interdites : ces clauses sont considérées, de manière irréfragable, comme abusives eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat conclu entre le vendeur professionnel et ses clients, consommateurs. Ces clauses sont automatiquement réputées non écrites, et donc, inapplicables. Par exemple, sont réputées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre, et les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter le droit à réparation du consommateur en cas de préjudice subi du fait du manquement, par le professionnel, à l'une quelconque de ses obligations (art. R132-1 C. conso).

- Dix "clauses grises", présumées abusives : en cas de litige, le professionnel devra démontrer que la clause n'est pas abusive. Par exemple, sont présumées abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations, une indemnité d'un montant manifestement disproportionné par rapport à son achat ou à la prestation en cause (art. R132-2 C. conso).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

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.

191. La capacité de contracter est tenue comme condition de validité du contrat par l'article 1108 du code civil. L'inaptitude à contracter reste cependant 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, ce qui nécessitera dans le contexte particulier de l'Internet des solutions exorbitantes du droit commun. L'article 1124 du code civil énonce que les mineurs non émancipés²¹³ 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.

²¹³ 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.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

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. 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.

192. 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, notamment là où les usages autorisent les mineurs à agir eux-mêmes: les actes de la vie courante.

193. La question qui se pose alors est celle de savoir ce qu'est un acte de la vie courante dans le monde virtuel. 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.

194. 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 notamment les majeurs en curatelle. Ceux-ci pourront conclure un contrat de vente en ligne à la condition d'être assisté dans cette tâche. L'authentification de l'acheteur est donc primordiale pour

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

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 a bien la capacité de le faire.

195. Une des solutions envisagées, c'est la signature électronique. Comme on l'étudiera plus tard sous (Section 2 § I), la valeur probante de la signature électronique a été consacrée en permanence 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 un bon moyen de préserver l'identité du signataire et la manifestation du consentement au contenu de l'acte. Cependant, tous n'ont pas le même niveau de fiabilité. Nous pouvons distinguer les signatures «simples» que l'utilisateur démontre comme fiables, sécurisés et des signatures pour lesquelles la loi soulève une présomption de fiabilité du processus. Le second est l'identification la plus appropriée et la plus sûre pour permettre de le consommateur ou le vendeur. Mais le processus doit répondre à certaines exigences. La signature électronique doit être faite par une signature certifiée de dispositif de création sécurisé. Cette signature est créée par une autorité de certification pour créer et attribuer des touches et des certificats numériques. Le certificat est un registre de l'ordinateur avec une signature électronique qui identifie l'émetteur du certificat identifie l'abonné, et donne sa clé publique. Par analogie, il est une sorte de carte d'identité électronique délivrée par un tiers indépendant et neutre. La signature est présumée appartenir à la personne nommée dans le certificat.

196. En l'absence de certification le sujet d'échange sécurisé et d'identification des individus reste entier. En l'absence de certitude quant à l'identité du client, la transaction peut être contestée. La signature électronique permet de vérifier l'identité d'une personne, mais aussi sa capacité à conclure le contrat.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

197. Aussi, on trouve une solution concernant l'identification par numéro de carte bancaire. Les Sites d'implantation américaine, offrant du contenu interdit au moins 18 ans, exigent des visiteurs de leur site de s'identifier via leur numéro de carte de crédit. Ces sites vérifient l'âge des clients en contrôlant la validité de leurs numéros de carte de crédit. Pourtant, ce système ne peut pas être fiable, car dans de nombreux pays, comme la France, on peut avoir une carte de crédit à l'âge de 16 ans. En plus, il n'est pas difficile pour un mineur d'obtenir le numéro de carte de crédit de ses parents pour aller sur le site et conclure un contrat. L'élément clé manquant dans ce type de contrôle est un lien entre le nombre et la personne elle-même sur le site, un lien qui rend la signature électronique.
198. Concernant 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 susceptibles d'attester l'identité du titulaire. Si cette pratique est le plus souvent à l'avantage des entreprises, son application à des individus n'est pas à négliger.
199. Un quatrième moyen reste à prévoir, c'est le contrôle parental. Des outils tels que la signature électronique ou le certificat restent complexes et coûteux. Sur la minorité ou l'incapacité de l'acheteur, un contrôle a priori reste d'entre eux: les parents ou le représentant légal. Différents outils sont disponibles pour les parents ou les tuteurs légaux pour exercer un contrôle plus ou moins strict du contenu des sites, et ce, selon le degré d'invalidité. Le logiciel soi-disant "contrôle parental" travaille 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.
200. 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 pas constituer une mesure efficace de protection même s'ils permettent de restreindre l'accès à certains sites marchands pour les mineurs et les

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

incapables majeurs, ce ne sera absolument pas pour le vendeur une garantie sur la capacité de l'acheteur. Il s'agit donc de s'interroger sur l'acceptation électronique, élément essentiel pour protéger le consommateur en ligne.

SECTION II :

LA PREUVE DE L'ACCEPTATION ELECTRONIQUE,
ELEMENT ESSENTIEL PROTEGEANT LE
CONSOMMATEUR EN LIGNE

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

201. La preuve est un élément essentiel de tout système juridique dont le principe moteur est la prééminence de l'écrit. La nécessité pour les parties de se ménager la preuve de leur contrat impose en réalité le recours à un écrit, même si le contrat est valablement conclu sans écrit du seul fait de l'échange des consentements des parties.²¹⁴ Les contrats à distance sont généralement des contrats consensuels qui se forment par le simple échange des consentements des parties. En revanche, pour les contrats solennels, la loi impose à titre exceptionnel la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé pour leur validité (actes dits instrumentaires) et ce afin d'attirer l'attention sur l'importance de l'engagement de la partie réputée faible par rapport à son cocontractant (par ex. le consommateur). Le non respect de cette formalité est sanctionné par la nullité du contrat.²¹⁵

202. Dans les deux cas, la preuve n'intervient pas dans le processus contractuel et demeure étrangère à celui-ci. Cependant, elle représente un élément essentiel dans le rapport contractuel puisqu'elle permet ultérieurement de reproduire l'accord des volontés des parties et détermine, par conséquent, les droits et obligations de ces dernières dans la limite auxquelles celles-ci ont consenti.²¹⁶ Parmi les différents moyens de preuve admis légalement, seule la preuve écrite permet de reproduire de manière complète et certaine la réalité de l'engagement selon les termes consentis à l'époque de sa formation. C'est de là que vient l'intérêt de la preuve préconstituée par écrit. Toutefois, depuis l'ordonnance du Moulins en 1566, largement repris dans le code civil de 1804, le concept d'écrit était réservé à l'écriture sur un support matériel, souvent le papier. Ainsi des actes authentiques et sous seing privés souscrits sur du papier étaient admis en tant que preuves littérales. Leur valeur juridique était

²¹⁴ Y. Shandi, La formation du contrat à distance par voie électronique. Thèse de doctorat. Université Robert Schuman. 2005. p. 45.

²¹⁵ J. Flour, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in *Etudes Georges Ripert*, t. I, 1950, p. 93 ; X. Lagarde, Observations critiques sur la renaissance du formalisme, *JCP G* 1999, I, 170 ; *Etudes sur le formalisme électronique, avant l'adoption de la LCEN*, Voir : J. Huet, Rapport introductif, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?*, *Economica* 2002, p. 1 et s ; P. Catala, L'écrit électronique et la cohérence du droit, *Com. Com. électro.*, févr. 2001, n° 2 ; L. Grynbaum, *Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique*, *D.* 2002, le point, p. 378.

²¹⁶ D. Ammar, *Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique*, *RTD civ.* 1993, p. 752 ; Y. Chartier, *Preuve testimoniale*, *Jur.-Cl. Civil Code*, art. 1341-1348, Fasc. 154, n° 131.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

validée par la signature originale d'un officier public pour les premiers et les signatures des parties pour les deuxièmes imposées par signatures à la main.²¹⁷

203. L'écrit sur support papier et la signature tracée à la main ne posent pas de problèmes quand les parties contractent face à face ou quand elles agissent par l'intermédiaire de leurs représentants légaux. En revanche, ces deux éléments font souvent défaut dans les contrats conclus à distance par le biais du téléphone, du télex ou encore de l'Internet. Conscient de ces handicaps juridiques qui constituent un obstacle au développement du commerce à distance et qui introduit constamment de nouveaux moyens de communication, la jurisprudence, encouragée par la doctrine,²¹⁸ procède à un assouplissement des exigences légales rigides en matière de preuve littérale. Elle a admis la recevabilité en justice des télex et télécopies en tant que preuves littérales relatives en le traitant comme un commencement de preuve par écrit.²¹⁹

204. La nature immatérielle de l'Internet les oblige à élargir le concept traditionnel de l'écrit et la signature de l'écrit immatériel, afin qu'ils soient reconnus devant les tribunaux comme preuve. Cette adaptation n'est toutefois possible que si le message immatériel contient au moins les mêmes garanties qu'un document papier. Les techniciens ainsi que les juristes affirment d'après l'expérience de l'EDI que le message inscrit sur un support immatériel laisse des traces suffisantes pour identifier la personne dont il émane vu qu'il est conservé dans des conditions garantissant son intégrité. Cependant, l'aspect international de réseaux et les exigences légales dans ce domaine devraient être traités globalement. En fait, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a reconnu la valeur juridique des signatures électroniques. Quant à l'Union européenne, elle est maintenant confrontée à la question de la création du marché intérieur. L'objectif principal

²¹⁷ D. Lemetehe, *Réflexions sur la signature*, Gaz. Pal. 1976, I, doct., p. 74 ; I. Dauriac, *La signature*, thèse MF Paris II, 1997.

²¹⁸ P. Catala et P.-Y. Gautier, *L'audace technologique à la cour de cassation : vers une libération de la preuve contractuelle*, JCP G 1998, n° 29, p. 1110 ; J.-M. Moulin, *Preuve du cautionnement par télécopie : Revue de droit bancaire et financier*, janv./févr. 2001, analyses, n° 1, p. 32.

²¹⁹ Civ. 1er, 14 févr. 1995, JCP G 1995, II, 22402, note Y. Chartier ; Cass. Com., 2 déc. 1997, D. 1998, Jur., p. 192, note, D.-R. Martin ; *Droit de l'informatique* 1998, I, p. 59 ; JCP E 1998, p. 178, note T. Bonneau ; JCP G 1998, II, 10097, p. 1105, note L. Grynbaum. Cf. également, P. Catala et P.-Y. Gautier, *L'audace technologique à la cour de cassation...*, précité.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

de la Commission européenne était de promouvoir la société de l'information et d'anéantir les différences de traitement juridique dans les États membres. C'est ce qui explique le développement des 1998 d'un cadre juridique européen conduisant à la publication d'une directive du Parlement et du Conseil daté le 13 décembre 1999 sur la signature électronique, du Parlement et du Conseil le 13 Décembre 1999 sur la signature électronique. Cette directive a été transposée à la loi française du 13 Mars 2000, qui traite également de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et la signature électronique. Les deux sont compatibles avec la directive, car elle soutient le principe de subsidiarité. En fait, la loi du 13 Mars 2000 confirme la définition générale d'intégrer l'écrit immatériel comme pièce justificative fournie, à condition que la personne dont il émane puisse être identifiée correctement et que son établissement et sa maintenance soient dans des conditions qui assurent la sécurité. Cette loi reconnaît la parité entre deux types des écrits et valide une convention de la preuve, et l'a laissé au juge, en l'absence d'un accord contraignant pour l'arbitrage des différends. Il offre également la possibilité de développer les outils inhérents sous forme électronique.

205. Il introduit également, au paragraphe 1 de l'article 1316-4 du Code civil, une définition générale de la signature selon une approche fonctionnelle et indépendamment d'une approche de forme. Ce dernier est maintenant utilisé pour identifier l'expéditeur et exprimer le consentement du signataire en respectant les obligations découlant de l'acte signé. Le deuxième alinéa du même article, réservé à la signature électronique, déclare que si la signature électronique est créée dans le but d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel il est attaché, la loi établit une présomption de fiabilité à condition qu'elle satisfasse les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Une fois que ces dernières sont remplies, la signature électronique est équivalente à une signature manuscrite. Le décret du 30 Mars 2001 a été pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil relatives à la signature électronique. Il établit une distinction entre signature électronique simple et la signature électronique appelé "sécurisée". Seule cette dernière aura une valeur juridique équivalente à celle de la signature manuscrite et

bénéficie de la présomption simple de fiabilité établie par l'article 1316-4 du Code civil.

206. Quant à la portée de la loi du 13 Mars 2000, elle a produit une vive discussion doctrinale. Pour certains auteurs, la présente loi ne couvre pas seulement la zone où l'écrit est nécessaire *ad probationem* pour prouver un acte juridique, mais aussi où il est imposé pour la validité même de l'acte juridique. A présent, la question n'a plus sa place en droit français, puisque la LCEN qui transpose en France la directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique²²⁰ règle la question de l'écrit imposé *ad validitatem*.²²¹ Ainsi, dans un chapitre intitulé « Les obligations souscrites sous forme électronique », sont introduits après l'article 1108 du code civil, les articles 1108-1 et 1108-2, qui sont ainsi rédigés : (Art. 1108-1): « *Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans des conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317* ». Et selon (Art. 1108-2): « *Lorsque est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même*».

207. L'article 1108-2 liste des exceptions aux dispositions de l'article 1108-1 : ainsi, « 1° Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et de succession ; 2° Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession » (l'article 25, I). Il est question là d'une véritable innovation du droit français parce que la majorité des contrats

²²⁰ Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, JOCE L. 178 du 17 juin 2000 : Cette directive impose à l'article 9, 1 que « *Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie - électronique (...) notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique* ». Mais les Etats membres peuvent maintenir l'exigence d'un écrit papier *ad validitatem* uniquement lorsque il s'agit des contrats : a) qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ; b) pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou des professions exerçant une autorité publique ; c) de sûreté et garanties fournies par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ; d) du droit de la famille ou du droit de succession.

²²¹ JO n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168, texte n° 2 : la loi a été soumise à l'appréciation du Conseil constitutionnel, Cons. Const. 2004-496 DC, 10 juin 2004 ; sur le projet de loi : Sénat, Projet de loi n° 144 du 13 janv. 2004.

peut désormais être souscrite sous forme électronique même pour ceux où l'écrit est exigé à titre de validité de l'engagement juridique comme par exemple les contrats de consommation.

208. Du point de vue du législateur, l'écrit électronique permet, comme l'écrit sur papier, de retenir l'attention du contractant sur les conséquences juridiques de son engagement. Par cette modification, il confirme également, une fois pour toutes, le principe de consensualisme qui s'applique aussi en matière électronique.²²²
209. Une partie de la doctrine exprime une certaine inquiétude du fait que la mise en place d'un tel système peut remettre en doute les garanties particulières protectrices de certains contractants notamment les consommateurs :²²³ Le déroulement des pages sur un écran d'ordinateur reste - au moins psychologiquement - moins opportun à attirer l'attention du contractant que la lecture et la signature d'un acte sur support papier.²²⁴
210. D'ailleurs, la nouvelle loi procure au gouvernement le pouvoir, par le biais d'ordonnances, de faire les adaptations nécessaires à l'application de ces dispositions législatives « subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique ». ²²⁵ Le gouvernement va certainement procéder à la modification des formalités, contenues dans le code de la consommation, imposant jusqu'à maintenant un écrit sur papier : par exemple, les formalités

²²² Cf. O. Cachard, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance ..., précité, n° 7 et s. ; Joly-Passant, L'écrit confronté aux nouvelles technologies, thèse Montpellier 2004.

²²³ A.-M. Leroyer, L'épreuve d'Internet, in Faut-il re-codifier le droit de la consommation ? *Economica* 2002, p. 167 et s. ; A. Penneau, Contrat électronique et protection du cyber-contractant, *Du code de la consommation au code civil*, LPA, 13 mai 2004, p. 3 et s. ; J. Huet, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, *Mélanges J. Calais-Auloy*, p. 507 et s. ; M. Vivant, La protection du consommateur entre tentations, tentions et hésitations, in *Mélanges, J. Calais-Auloy*, p. 1151 et s.

²²⁴ L. Grynbaum, *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : encore un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique fiable*, *D. 2003*, Point de vue, p. 746 et s. ; J. Passa, *Commerce électronique et protection du consommateur*, *D. 2002*, p. 555, n° 35.

²²⁵ Art. 26 de la loi du 21 juin 2004, L'Ordonnance devrait être prise en 2005. Un projet de ratification de la présente loi devra être déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de la dite ordonnance.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

exigées en matière de crédit à la consommation. Mais, une telle modification peut-elle assurer une protection effective du consommateur ?²²⁶

211. Cette reconnaissance légale de l'écrit électronique dans le domaine de l'écrit exigé ad validitatem constitue une véritable victoire pour les parties prenantes du commerce électronique²²⁷ car elles peuvent désormais souscrire des contrats et apporter des preuves sous forme électronique. Pour bien comprendre la signature électronique et sa mise en œuvre (§2), il s'agit d'abord d'étudier les modalités technique et juridique de la création même de la signature électronique (§1).

²²⁶ A.-M. Leroyer, L'épreuve d'Internet, précité, p. 180 et s.

²²⁷ D. Gobert et E. Montero, Les contrats conclus par voie électronique, in Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Cahiers CRID, Bruxelles, Brulant 2001.

§ 1- LA CREATION DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

212. Publié le 26 avril 2013²²⁸, un décret a changé les dispositions des factures transmises par voie électronique en matière de TVA, et a complété la transposition de la directive 2010/45/UE du 13 juillet 2010 relative au système commun de TVA concernant les règles de facturation. Les dispositifs de dématérialisation qui existaient avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 décembre 2012 de finances rectificatives, ceux de l'échange de données informatisées et la signature électronique, sont maintenus. Le décret renforce les caractéristiques de la signature électronique, «qui doit désormais être fondée sur un certificat électronique qualifié et être créée par un dispositif sécurisé de création de signature électronique ». C'était la première fois que la notion de signature était définie par le droit, car en face de la nécessité d'adapter le droit de la preuve à l'ère du numérique, le législateur se trouvait obligé de donner une définition de la signature. La signature manuscrite a été définie comme une émanation de la personne portant double sens. C'est à partir de sa signature qu'on peut identifier tout individu, car en théorie, la signature est unique, propre à l'individu qui l'a apposée. En plus, cette signature, une fois apposée sur un acte, devient une marque référentielle de l'adhésion du signataire avec le contenu de l'acte. En effet, il suffirait de modifier l'acte après apposition de la signature pour modifier la teneur de l'engagement contractuel.²²⁹ La validité de la signature électronique n'est assurée que si l'auteur peut être identifiable. Il n'est pas question de fournir des informations de type état civil, un pseudonyme est toujours reconnu, même si parfois, son usage doit être limité. Pour certains actes graves, le signataire doit être formellement identifié, c'est pourquoi, il est important que le prestataire délivrant le certificat possède toutes les informations. Sinon, si l'identification n'était pas respectée, la signature perd toute sa force probante.

213. Pour connaître ce qu'est l'acceptation électronique et sa mise en œuvre, il faut se questionner sur le mécanisme même de la signature électronique. La

²²⁸http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=44EE51440818265FA62F291C4C7D67CB.tpdjo11v_3?cidTexte=JORFTEXT000027356611&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000027356558

²²⁹ Mémoire de DESS de droit du Multimédia et de l'Informatique par Esnault Julien.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

signature électronique dépend de deux familles d'algorithmes, utilisées de manière complémentaire :²³⁰

- des algorithmes de chiffrement dit « asymétriques » ou à « clef publique ».
- des fonctions de hachages, comme détaillées ci-dessous.

214. Concernant l'aspect technique, il s'agit d'étudier, sans entrer dans les détails, la matière, les asymétriques et les fonctions de hachage: Le concept d'algorithmes à clef asymétrique a été présenté pour la première fois en 1976 par Whitfield Diffie et Martin Hellman.²³¹ On devra attendre jusqu'au 1978, pour que Ronald Rivest, Adi Shamir et Leonard Adleman nous présente un tel système : l'algorithme RSA.²³²

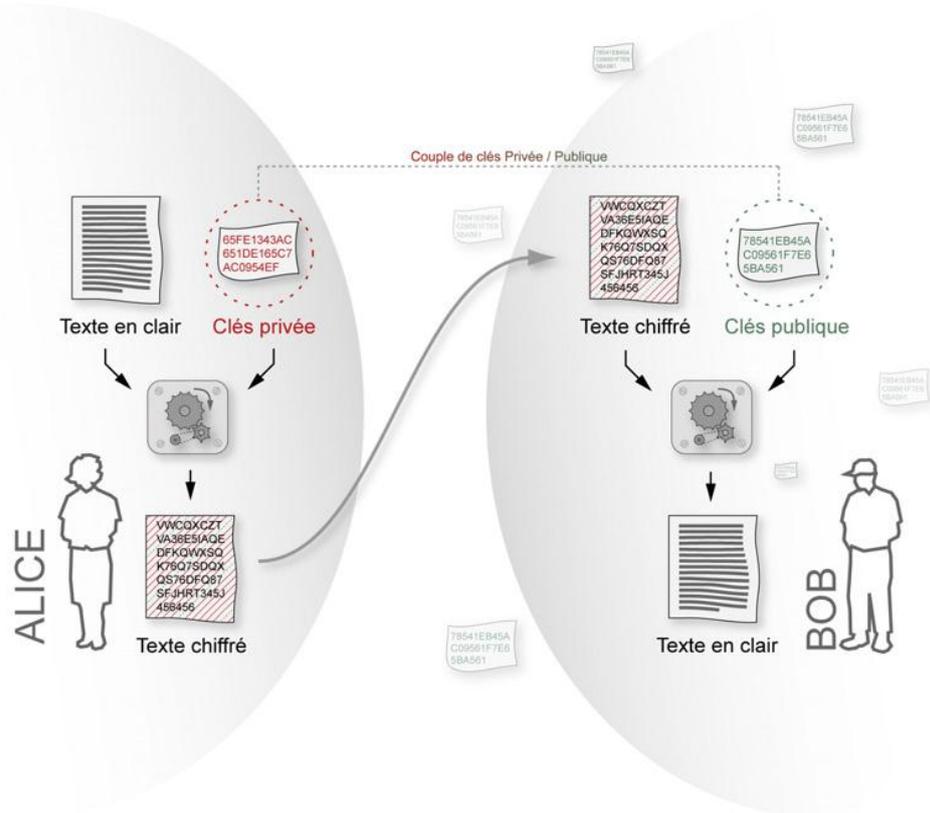
215. Un algorithme asymétrique est, en principe, relativement simple : deux clefs numériques construites de manière à ce que l'autre clef soit toujours le moyen de trouver un cryptogramme résultant à partir d'un texte clair et l'une des clefs. En pratique, on a une (clef privée) conservée secrètement, tandis que l'autre est publique, diffusée publiquement. Seul le propriétaire d'une clef privée (Alice dans notre exemple) aura le pouvoir de chiffrer un texte déchiffré avec la clef publique associée (figure 1).²³³ Ainsi, l'authenticité du document est garantie.

²³⁰ J-L Parouty, INRIA / Direction des Réseaux et des Systèmes d'Information (DRSI), R. Dirlwanger CNRS - Délégation Aquitaine et Poitou-Charentes (DR15) et D. Vaufraydaz, INRIA Rhône-Alpes / projet PRIMA, article sur la signature électronique disponible sur: <http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>

²³¹ Whitfield Diffie et Martin Hellman, National Computer Conference, 1976

²³² Rivest, R. L., Shamir, A., Adelman, L. A. : A method for obtaining digital signatures and public-key cryptosystems ; Communications of the ACM, Vol.21, Nr.2, 1978, S.120-126

²³³ <http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>

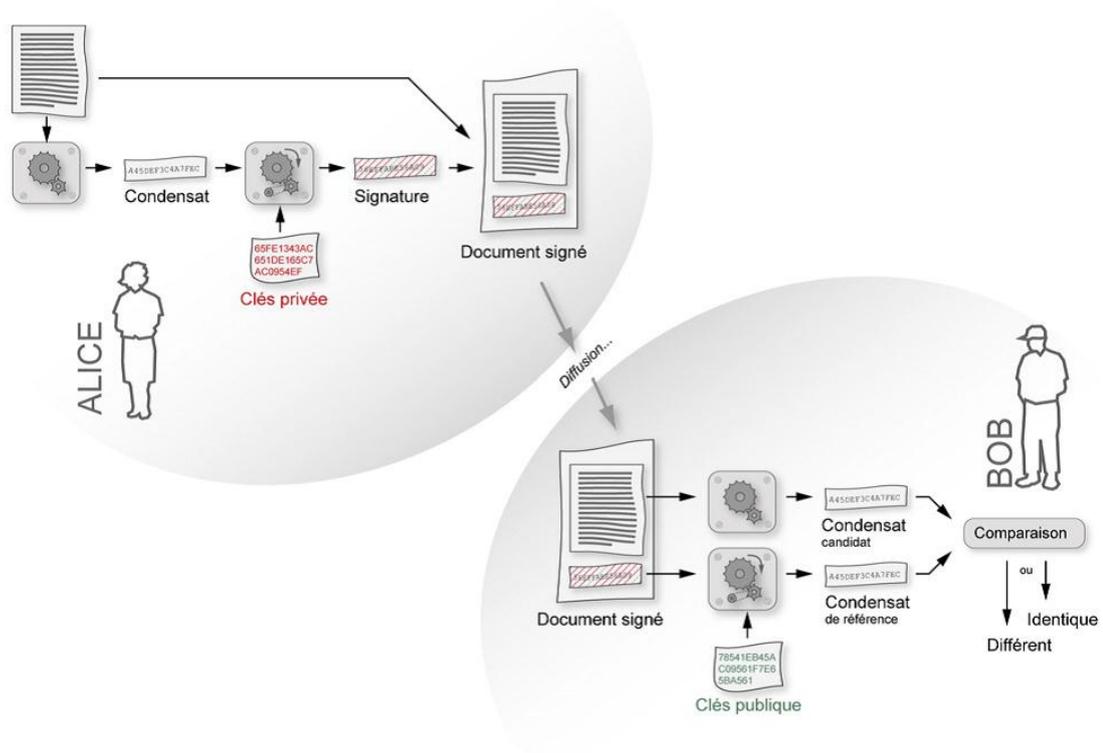


(*) Fonction de hachage :

216. La fonction de hachage est à sens unique (car il est impossible de retrouver les données initiales à partir de l’empreinte) et « sans collision » (car c’est très difficile de trouver deux sources différentes conduisant à un même résultat), Les fonctions de hachage créent une sortie de taille fixe (appelée condensat ou empreinte), caractéristique des données fournies en entrée. Le calcul du condensat d’un document et la comparaison de celui-ci avec sa valeur initiale aide à contrôler l’intégrité d’un document (figure 2).²³⁴ La signature électronique emploiera ces deux familles d’algorithmes, afin de pouvoir garantir l’authenticité et l’intégrité d’un document (figure 3).²³⁵

²³⁴<http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>

²³⁵<http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>



217. Pour vérifier la signature, on (ici le vérificateur) doit avoir confiance dans la clé publique de l'émetteur. Dans l'exemple précédent, l'attaque classique est de transmettre à Bob par un moyen quelconque la clé publique d'un tiers et de le convaincre que c'est celle d'Alice. Tout message signé avec la clé privée correspondante, Bob va le considérer comme étant signé par Alice. La transmission à Bob de la clé publique d'Alice doit donc se faire par un moyen sûr. Il s'agit ici de la technique de l'anneau de confiance (public key ring) utilisé dans PGP7 : Alice signe quelques clés publiques dont elle peut certifier le titulaire. Elle transmet à Bob sa clé publique, par un moyen sûr, et les clés publiques qu'elle a signées, par un moyen quelconque. Bob peut alors choisir d'accorder sa confiance dans toutes ces clés, et, éventuellement, dans toutes les clés publiques signées par les titulaires de celles-ci. Ce processus peut, en quelques échanges, certifier un grand nombre de clés. Néanmoins, en cas de grande population ou des liens entre utilisateurs ne permettant pas des échanges sûrs, il semblerait difficile qu'un utilisateur soit sûr qu'il a à tout moment dans son anneau de confiance toutes les clés publiques.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

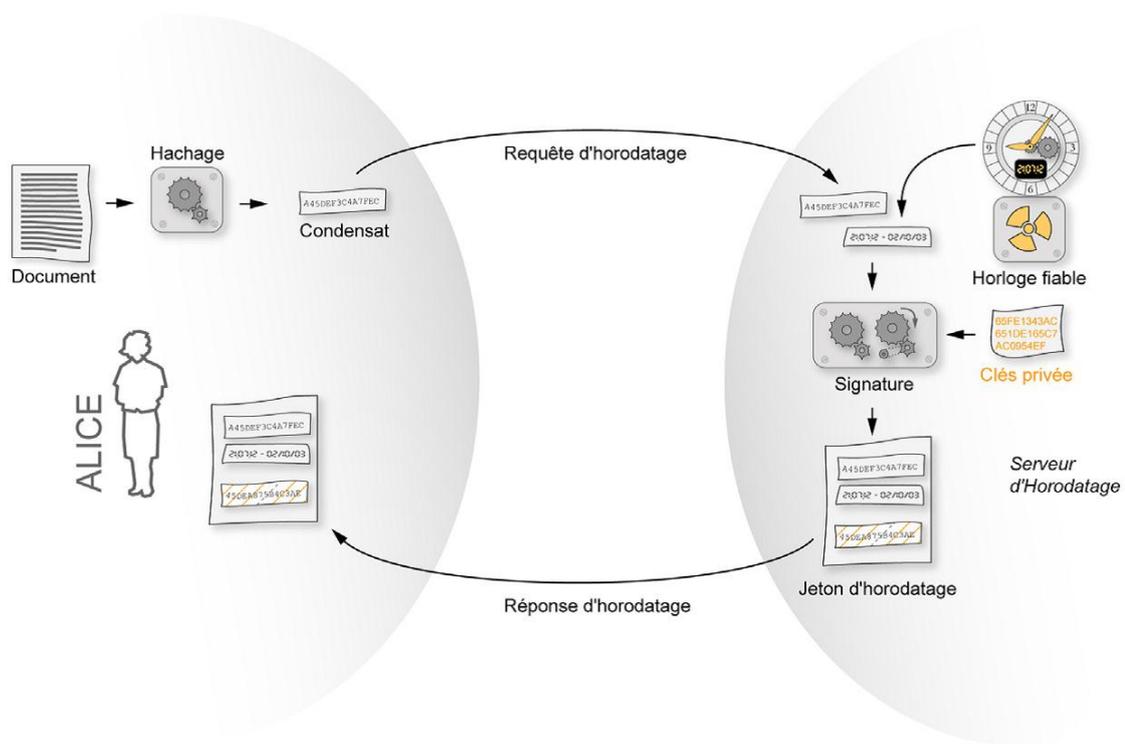
218. Pour résoudre ce problème, il faut faire signer une information sur l'identité en plus de la clé publique de chaque utilisateur par une autorité dans laquelle tous les partenaires ont confiance, ainsi, l'utilisateur n'a besoin de récupérer de façon sûre qu'une seule clé publique, celle de l'autorité. Grâce à cette clé, les clés publiques de tous les utilisateurs peuvent être validées. C'est sur cette idée que se basent les certificats X.509 et les infrastructures de gestions de clés (IGC) : un certificat contenant des informations sur son titulaire (nom, prénom, adresse électronique, organisme, ...), des informations sur l'autorité ayant signé le certificat, une date de début et une date de fin de validité, la clé publique du titulaire, les usages autorisés pour ce certificat, etc. Tout est signé par la clé privée de l'autorité de certification qui a émis le certificat. Elle détient elle-même un certificat (auto-signé ou signé par une autorité de niveau supérieur).

219. Pour qu'une vérification des signatures soit plus facile, le certificat du signataire doit être contenu dans les documents ou messages signés. Pour vérifier la signature des messages reçus d'Alice, Bob effectue, ainsi, les opérations suivantes :

- Extraire le certificat d'Alice du document ou du message
- vérifier la signature du certificat en utilisant la clé publique contenue dans le certificat de l'autorité de certification qui a émis le certificat d'Alice.
- Vérifier la validité du certificat (dates de validité, non révocation, etc...)
- Vérifier la signature du message en utilisant la clé publique contenue dans le certificat d'Alice.

220. Au bout de compte, la confiance dans les clés publiques d'une population potentiellement importante d'utilisateurs finit par devenir une confiance dans un petit nombre de clés publiques d'autorités de certification.

221. Horodatage: Il existe beaucoup de procédures administratives exposant la date d'envoi des documents : dépôt de candidatures, réponses à des appels d'offres, déclarations diverses, etc. Auparavant, on utilisait le cachet de la poste, mais, à présent, l'ère numérique remplace le cachet de la poste par son équivalent électronique. Dans le format PKCS#7 décrivant les conteneurs de données signées dans la messagerie électronique, il y a un champ pour indiquer la date et l'heure du poste de travail du signataire à laquelle le message a été signé. Ceci peut imposer un risque : l'émetteur peut falsifier les dates ; un tiers mal intentionné, en cas de certificats périmés, peut changer la date du certificat et émettre des documents signés. C'est pour cela que nous avons le système d'horodatage indissociable de la signature électronique d'un document, un mécanisme garantissant que la date et l'heure d'émission d'un document ne puissent pas être altérées. Ce système transmet à une autorité de confiance, appelée autorité d'horodatage, une requête comprenant le condensat du document à horodater. L'autorité renvoie au demandeur un jeton d'horodatage, le condensat, une date et une heure, le tout signé par l'autorité d'horodatage (figure 4).²³⁶



²³⁶<http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>

222. Normes et standards: De nombreuses normes et standards gouvernent les certificats, la signature électronique, l'identification des algorithmes cryptographiques, les messages signés, etc. Pour mieux comprendre le mécanisme de la signature électronique, on peut juste mentionner quelques normes. Le début était avec des travaux de l'ISO (International Standardisation Organisation) sur l'interconnexion de systèmes ouverts (OSI, Open Systems Interconnection), donnant naissance aux certificats X.509. On a conçu des structures régies par des divers protocoles et décrites par un langage évolué (ASN.1, Abstract Syntax Notation One) pour traiter les données requises. Des mécanismes (BER, Basic Encoding Rules) ont été définis pour encoder de façon standard ces structures de données sur n'importe quelle plate-forme, pour être ensuite décodées et reconstituées sur n'importe quelle autre.

223. Pour compromettre entre les mécanismes de codage de BER produisant des données binaires et les chaînes de caractères ASCII des technologies de l'internet, s'est trouvé le codage Base64 qui permet de transformer un document binaire en une suite de caractères ASCII. La partie Base64 est entourée d'une balise de début et d'une balise de fin caractéristiques du contenu et toute chaîne de caractères se trouvant en dehors de ces balises est considérée comme du commentaire. Ce format est communément appelé le format PEM (Privacy Enhanced Mail). Le format DER (Distinguished Encoding Rules) correspond aux données binaires contenues dans un fichier PEM, il est le résultat du décodage Base64 des données contenues entre la balise de début et la balise de fin, ainsi, pour les afficher ou les manipuler, il faut un interprète ASN1, comme par exemple, « openssl »²³⁷ ou « pp ».²³⁸ Les douze standards PKCS (Public-Key Cryptography Standards) sont conçus pour spécifier l'utilisation d'algorithmes de chiffrement ou d'échanges de clés, les interfaces avec des modules cryptographiques, les certificats, les requêtes de certificats, les conteneurs de diverses natures. Par exemple, PKCS#6 décrit les certificats. C'est un sur-ensemble des certificats X.509. Les deux PKCS les plus

²³⁷<http://www.openssl.org>

²³⁸<http://www.mozilla.org>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

courants : le 7 et le 12. Le PKCS#7 décrit les conteneurs de données : des données signées, chiffrées, signées et chiffrées ou bien d'une liste de certificats d'autorités de certification, etc. Le PKCS#12, ou le PFX, décrit les mécanismes garantissant l'intégrité et la confidentialité de données comme des clés privées, des certificats d'utilisateurs ou d'autorités de certification. C'est le format utilisé pour sauvegarder ou pour transporter des certificats d'utilisateurs et les clés privées correspondantes. Les données contenues dans un fichier au format PKCS#12 sont protégées par un certain nombre de clés. L'une sert au contrôle d'intégrité des données, les autres servent à chiffrer/déchiffrer des données confidentielles comme les clés privées. En pratique, les outils usuels comme les navigateurs n'utilisent qu'une seule clé définie par l'utilisateur au moment où il exporte son certificat et sa clé privée, pour toutes ces opérations. Elle est demandée au moment où il importe son certificat. Le format S/MIME définit une collection de types MIME permettant d'envoyer et de recevoir des données signées, chiffrées ou les deux à la fois via la messagerie électronique. S/MIME décrit notamment les types « multipart/signed », « application/pkcs7-signature » et « application/pkcs7-mime ». En plus de ces standards « historiques », il y en a plusieurs nouveaux mieux adaptés à nos besoins fonctionnels, provenant notamment du monde XML. Afin d'être en conformité avec la « Directive européenne 1999/93/CE », le projet d'architecture de signature électronique appelé « DigiDoc », se reposant sur les spécifications de XAdES, a pris place.

Au présent, le projet DigiDoc offre :

- Un client, permettant de vérifier une signature électronique et de signer un document avec sa carte d'identité électronique
- Un portail DigiDoc, offrant, outre les fonctions du client téléchargeable, la possibilité de signature multiple et collaborative (dépôt pour signature à 1 ou plusieurs signataires)
- Un format de signature [basé sur XAdES]
- Un ensemble de bibliothèques, permettant l'implémentation de clients.

224. Concernant l'aspect juridique et avec l'élan du numérique, les cours se sont trouvées dans une grande capacité de s'adapter. Pour sa part, la Cour de cassation a reconnu dès 1989 la validité de la convention de preuve introduite dans le contrat porteur des cartes bancaires,²³⁹ une étape permettant le développement du paiement électronique. La photocopie autrefois déniée de toute portée juridique par la Cour de cassation,²⁴⁰ fut reconnue à la fin comme valant commencement de preuve par écrit,²⁴¹ précisée par un arrêt récent de 2013²⁴². La recevabilité de l'écrit, se définit séparément de son support, et selon des critères précis, y inclut l'identification de son auteur et l'intégrité, deux conditions essentielles posées par la loi du 13 Mars 2000. Puisque les données informatiques sont par nature modifiables à volonté, immatérielles et volatiles, il s'avérait nécessaire d'adapter le droit national à ces nouvelles nécessités. Cette adaptation donnera naissance à une évolution dans le système juridique notamment dans les décisions des cours, quant à la manière de traiter les preuves et notamment après l'insertion des dispositions concernant la signature électronique dans le Code Civil. La signature électronique est devenue un mode alternatif d'expression de la volonté, telle que la signature « traditionnelle » : le statut incertain des actes et documents dématérialisés a dû être clarifié ; la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté en 1996 une loi-type sur le commerce électronique²⁴³ favorisant la reconnaissance juridique des outils du commerce électronique. En juillet 1998, le Conseil d'Etat a rendu un rapport « Internet et les réseaux numériques », y revendiquant la reconnaissance juridique des outils de transaction électronique. Ensuite, viendra le tour de la directive européenne du 13 Décembre 1999²⁴⁴ qui marquera alors un progrès de grande importance dans ce domaine : elle admet la signature électronique

²³⁹ C. Cass. 1ère civ., 8 Nov. 1989 (2 arrêts): Bull. Civ. I, n°342 ; JCP G 1990, II, note G. Virassamy ; RTDC com. 1990, p.78, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié, D. 1990 somm., p.327, obs. J. HUET.

²⁴⁰ C. Cass. com., 15 déc.1992 : Bull. civ. IV, n°419.

²⁴¹ C. Cass. 1ère civ. 14 fév. 1995 : JCP G 1995, II 22402, note Y. Chartier.

²⁴² C. Cass. 1ère civ. audience publique du mardi 19 février 2013 n° de pourvoi: 12-14381, disponible sur: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027104393&fastPos=1>

²⁴³ A l'origine, loi type sur l'échange de donnée informatisée (EDI). Le groupe de travail des paiements internationaux, renommé Groupe de travail sur l'échange des données informatisées a été finalement baptisé Groupe de travail sur le commerce électronique.

²⁴⁴ E. Caprioli, « La directive européenne n°1999/93/CE : sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques », Gaz. Pal. 29/31 Oct. 2000, p.1842.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

comme preuve, lui reconnaissant sa valeur juridique en son article 5²⁴⁵. Comparons la situation avec celle de pays en voie de développement, par exemple l'Égypte. L'Égypte est devenue le pays favori de nombreuses sociétés multinationales leaders dans ce domaine tels que IBM, Oracle et Télé-performance qui s'y sont établies et, qui, au cours de ces quelques dernières années, se sont engagées à continuer à soutenir le pays à l'heure où il planifie un nouvel avenir politique.²⁴⁶

225. En Égypte, seul le document écrit et la signature manuscrite ou l'empreinte de digitale étaient reconnus par la loi. Les arrêts de la Cour de Cassation Egyptienne jugeant que « Signature ou empreinte digitale des signatures ou le sceau est la seule source juridique pour donnant la valeur probante aux papiers informel conformément à l'article 14 de la Loi sur la preuve, et ce qu'est considéré comme un signature est celle manuscrite, par la main de son créateur » en est la preuve.²⁴⁷

226. Avec cette décision, on constate que la jurisprudence Egyptienne a établi une règle générale à respecter : l'écrit sur support papier est la seule forme ayant une valeur probante. Les règles générales selon la loi Egyptienne n'étaient pas donc pas suffisantes pour valider les documents électroniques signés électroniquement ou numériquement. Ainsi les parties n'avaient qu'un seul choix pour surmonter ce problème: passer des accords donnant aux documents électroniques sur supports électroniques la même valeur que celle des documents sur papiers et ils en ont admis la preuve dérivée.²⁴⁸ Ce genre d'accord constitue un exemple couramment utilisé dans l'accord entre une banque et un client pour une carte bancaire. Selon cet accord, le client va admettre que la signature électronique aura la même valeur de preuve de celle d'une signature manuscrite. Dans ce cadre, il était judicieux de s'interroger sur la valeur d'un tel accord afin de savoir si les règles de preuve sont des règles

²⁴⁵ Directive n°1999/93/CE du Parlement et du Conseil du 13 Décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JOCE 19 Janv. 2000, n° L13, p.12)

²⁴⁶ <http://www.generation-nt.com/informatique-jouera-role-central-dans-avenir-egypte-newswire-1174201.html>

²⁴⁷ C. Cass Egyptienne rendu le 21 Janvier 2008 disponible sur le revue des arrêts de la cour de cassation Egyptienne de 2010 aussi repris par Muhammad Gamil Khalaf Alla (réf 250 ci-dessous).

²⁴⁸ Mémoire sur La valeur probante de la signature électronique, par Muhammad Gamil Khalaf Alla, Université du Caire.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

de l'ordre public ou non, car si elles sont des règles d'ordre public, alors les parties ne peuvent pas s'entendre sur sa violation.

227. Cependant, le législateur Egyptien n'a pas donné une définition de l'ordre public quoiqu'il l'ait utilisé pour distinguer entre les règles obligatoires et les règles complémentaires. L'article 60/1 du code du Commerce Egyptien a stipulé que « dans les relations non commerciales, si le prix du contrat dépasse 500 LE ou s'il est d'une valeur indéfinie, il ne peut pas être prouvé par témoignage, sauf s'il y a un accord contraire ». Donc, d'une manière générale, il est possible de dire que les règles en matière de preuve ne sont pas d'ordre public. La Cour de cassation a émis une règle pour clarifier ou organiser le système de la preuve et la valeur des accords contre les règles de la preuve stipulées dans les lois. Selon la Cour de cassation, s'il y a une règle dans la loi exigeant des parties que les preuves soient par l'écrit, elle n'est pas de l'ordre public ; ainsi ceux désirant adhérer à cette règle contraignante doivent le faire avant le commencement des procédures de témoignage. Dû à la non-reconnaissance juridique de la signature électronique en Egypte, le législateur Egyptien n'a vu qu'une seule solution à prendre : adopter une loi spécifique pour donner une valeur probante à la signature électronique et l'écrit électronique et pour régler son existence, d'où l'annonce de lancement d'un système de e-signature, pour sécuriser et populariser les transactions électroniques dans les secteurs privés et publics. Une initiative dont on espère qu'elle permette de faire face aux multiples incidents de vol de données de cartes bancaires et d'informations personnelles en ligne. "La signature électronique sécurisera les opérations numériques", explique à L'Atelier, Sherif Hashem, vice-président de l'Information Technology Industry Development Agency (ITIDA)²⁴⁹, qui a lancé le service. Selon lui, celle-ci est le pilier pour les transactions électroniques dans le secteur commercial, gouvernemental et administratif. "Cela prend parfois des mois pour transférer et vérifier les documents", affirme-t-il. L'e-signature permettra de le faire d'une façon instantanée".

²⁴⁹ ITIDA : Entité gouvernementale affiliée au Ministère égyptiens des Communications et de la Technologie de l'Information: <http://www.itida.gov.eg/En/Pages/home.aspx>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

228. Représentant la même valeur juridique qu'une signature manuscrite, la signature électronique peut être utilisée comme preuve juridique devant un tribunal. Le système s'appuie sur la notion de certificat numérique, qui intègre les informations permettant une identification unique. Ce certificat prend la forme d'un logiciel à installer sur le poste de travail du signataire ou encore d'une clé USB à insérer sur ce même poste au moment de signer. Le signataire détient deux clés : une privée, permettant de signer, et une autre publique, transmise au destinataire et utilisée dans la vérification d'identité de l'expéditeur. "La signature électronique est sécurisée par des certificats internationaux", poursuit Sherif Hashem. "Par conséquent, les citoyens peuvent s'en servir librement, car elle empêche la fraude".

229. Il ajoute : "Plus de trente pays proposent déjà les mêmes services". Selon lui, le service aura pour résultat de faciliter et de favoriser les transactions électroniques et bancaires, ainsi que les importations et les exportations commerciales, donnant naissance à une croissance de compétitivité du pays au niveau international. Ce service offrira beaucoup de bénéfices, soit à l'industrie bancaire soit à d'autres. "Pour l'instant, le service est disponible pour vingt-cinq institutions gouvernementales et bancaires", conclut Sherif Hashem. "Mais leur nombre devra augmenter, lorsque les entreprises commenceront à en comprendre les bénéfices". La loi Egyptienne, en matière de la signature électronique, a vu le jour dans l'année 2004. Mais malgré la promulgation de cette loi, la jurisprudence égyptienne, jusqu'à présent, n'a pas de grandes connaissances quant aux engagements électroniques ou à la preuve avec les moyens électroniques.

230. Dans l'article 2 de la loi type de la « CNUDCI » « UNCITRAL » on trouve que « Aux fins de la présente loi :

a) Le terme « signature électronique » désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue ;

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

b) Le terme « certificat » désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature ;

c) Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie ;

d) Le terme « signataire » désigne une personne qui détient des données Afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente ;

e) Le terme « prestataire de services de certification » désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques ;

f) Le terme « partie se fiant à la signature ou au certificat » désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique. »

Dans l'Article 3, « Égalité de traitement des techniques de signature », la loi a stipulé que :

« Aucune disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable. »

231. La CNUDCI a souhaité adopter une législation uniforme qui peut faciliter l'utilisation des signatures numériques et d'autres formes de signature électronique. Pour cette raison, elle a essayé de trouver un niveau intermédiaire entre le caractère très général de sa loi type sur le commerce électronique et le degré de détail semblant nécessaire dans le cas d'une signature particulière en abordant les questions juridiques liées aux signatures électroniques. De toute façon, selon le principe de neutralité technique de la

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

loi type sur le commerce électronique, la nouvelle loi type ne doit pas être interprétée comme défavorisant l'utilisation d'une telle méthode ou d'autre de signature électronique actuelle ou future. Bien que la loi Égyptienne ait adopté les définitions prises par la loi type, on a constaté une différence très importante dans la loi type dans son article 3. La loi Égyptienne ne précise pas de ne pouvoir donner la valeur probante qu'aux signatures numériques adoptants le système de deux clés. Parce que l'article en question, en stipulant les conditions de la signature électronique ayant la valeur probante, s'est référé aux dispositions des règles de la loi, et dans les règles de la loi, l'Article 3 détermine que pour que la signature électronique soit d'une valeur probante, il faut utiliser le système de deux clés.²⁵⁰

232. A notre avis²⁵¹, le législateur Égyptien a dû suivre la loi type pour donner une valeur probante aux signatures électroniques quelque soit la méthode de ses créations, parce que ça va permettre de devancer les autres technologies modernes. En effet, le but de la reconnaissance de la valeur probante aux signatures électronique est de suivre la technologie moderne liée au commerce mondial, ainsi, l'expansion de la notion de signature électronique ayant la valeur probante va servir ce but plus efficacement.

233. La Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur le cadre communautaire concernant les signatures électroniques, a mis ses définitions dans son deuxième article en stipulant que « Aux fins de la présente directive, on entend par :

1) "*signature électronique*", une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification ;

2) "*signature électronique avancée*" une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes :

a) être liée uniquement au signataire ;

²⁵⁰ La valeur probante de la signature électronique par M. Khalaf Alla, Université Du Caire - Magistère de l'IDAI 2002, disponible sur http://www.memoireonline.com/07/10/3692/m_La-valeur-probante-de-la-signature-electronique5.html

²⁵¹ Mémoire sur La valeur probante de la signature électronique, par Muhammad Gamil Khalaf Alla, Université du Caire.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- b) permettre d'identifier le signataire ;*
 - c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; et*
 - d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ;*
- 3) *"signataire", toute personne qui détient un dispositif de création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui d'une entité ou personne physique ou morale qu'elle représente ;*
- 4) *"données afférentes à la création de signature", des données uniques, telles que des codes ou des clés cryptographiques privées, que le signataire utilise pour créer une signature électronique ;*
- 5) *"dispositif de création de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la création de signature ;*
- 6) *"dispositif sécurisé de création de signature", un dispositif de création de signature qui satisfait aux exigences prévues à l'annexe III ;*
- 7) *"données afférentes à la vérification de signature", des données, telles que des codes ou des clés cryptographiques publiques, qui sont utilisées pour vérifier la signature électronique ;*
- 8) *"dispositif de vérification de signature", un dispositif logiciel ou matériel configuré pour mettre en application les données afférentes à la vérification de signature ;*
- 9) *"certificat", une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne ;*
- 10) *"certificat qualifié", un certificat qui satisfait aux exigences visées à l'annexe I et qui est fourni par un prestataire de service de certification satisfaisant aux exigences visées à l'annexe II ;*

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

11) "prestataire de service de certification", toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques ;

12) "produit de signature électronique", tout produit matériel ou logiciel, ou élément spécifique de ce produit destiné à être utilisé par un prestataire de service de certification pour la fourniture de services de signature électronique ou destiné à être utilisé pour la création ou la vérification de signatures électroniques ;

13) "accréditation volontaire", toute autorisation indiquant les droits et obligations spécifiques à la fourniture de services de certification, accordée, sur demande du prestataire de service de certification concerné, par l'organisme public ou privé chargé d'élaborer ces droits et obligations et d'en contrôler le respect, lorsque le prestataire de service de certification n'est pas habilité à exercer les droits découlant de l'autorisation aussi longtemps qu'il n'a pas obtenu la décision de cet organisme. »

234. Et dans l'Article 5 elle a donné la valeur probante en disant que:

« 1. Les États membres veillent à ce que les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature :

a) répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier ; et

b) soient recevables comme preuves en justice.

2. Les États membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que :

- la signature se présente sous forme électronique

ou

- qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié

ou

- *qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification*

ou

- *qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature. »*

235. Ce qui est à noter ici est que la loi Égyptienne est plus précise dans sa définition de la signature électronique que la directive européenne. La loi égyptienne est aussi plus avancée dans sa détermination de la valeur probante de la signature et des documents électroniques formels et informels. Mais on peut en débattre : cela relève de la nature de la loi en opposant la directive. Tandis que la loi par nature gère les relations entre les gens directement, la directive dispose des règles générales pour que les états membres les suivent en rédigeant leurs lois. Une même remarque est à signaler concernant la reconnaissance de la directive de toutes sortes de signature électronique à la condition qu'elle soit accomplie sans déterminer le moyen de cryptage, tandis que la loi n'a défini explicitement que le moyen de deux clés. Enfin, la loi égyptienne a réglé la plupart des conditions et elle sera suffisante pour donner la valeur probante à la signature « numérique ». Mais reste à voir la position de la jurisprudence.

236. La loi du 13 Mars 2000 est venue modifier le droit Français relatif à la preuve. Désormais, le droit reconnaît le support numérique comme équivalent au support papier à condition que certaines exigences soient remplies. Le code civil dispose en son article 1316-4 que « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose ». La signature représente le consentement des parties aux obligations résultant de cet acte : apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte, électronique, elle repose sur l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La crédibilité de ce procédé est présumée, jusqu'à soumission d'une preuve contraire, une fois la signature électronique créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

garantie, selon les exigences fixées par décret en Conseil d'Etat. » Cependant, le législateur ne fait aucune référence à la manière utilisée pour satisfaire aux critères de fiabilité, Il a laissé cette affaire au pouvoir réglementaire pour qu'il détermine les critères techniques assurant la fiabilité. Agissant à une telle manière, il a laissé la porte ouverte pour insérer et appliquer toute évolution possible quant à l'avancement de toute technique relative, choix à approuver.²⁵² Le décret du 30 Mars 2001 a transposé la directive sur la signature électronique, il porte distinction entre une signature électronique simple et une signature électronique « sécurisée », 253 qui doit satisfaire à certains critères techniques afin de bénéficier de la présomption de fiabilité. En plus, il donne dans son article 1er une définition du signataire : « *toute personne physique agissant pour son propre compte ou pour celui de la personne physique ou morale qu'elle représente, qui met en œuvre un dispositif de création de signature électronique* ». Quant au décret du 18 avril 2002, il s'agit de l'évaluation et la certification des produits offerts par les PSCE,²⁵⁴ les *Prestataires De Services De Certification Electronique*. Ainsi, il conviendra d'étudier le mécanisme de création de la signature électronique, notamment la nécessité pour la signature électronique de garantir l'identification du signataire et l'intégrité du document ; avant d'envisager la mise en œuvre de la signature sous un angle juridique, c'est-à-dire en s'attachant à la force probante de la signature électronique et à la mise œuvre de la responsabilité des prestataires de services de certification.

²⁵² E. Joly-Passant, « L'analyse de la loi du 13 Mars 2000 montre que le législateur est resté technologiquement neutre vis-à-vis des procédés de mise en œuvre de la signature électronique en déléguant au pouvoir réglementaire le soin de définir les conditions de sécurisation de la signature électronique. Toutefois, compte tenu de la fugacité de l'état de la technique, on ne peut qu'approuver une telle sagesse. » Aussi, « le décret du 31 Mars 2001 pris pour application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique » : Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°137, juin 2001.

²⁵³ La directive employait le terme de signature avancée.

²⁵⁴ Qui sera étudiée plus loin.

§ 2- LA MISE EN ŒUVRE DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

237. La "signature" est le moyen par lequel est reconnue l'identification d'une personne dans un acte et, par lequel elle exprime son approbation finale sur le contenu de ce document.²⁵⁵ Tout engagement légal est considéré valide et ayant force probante s'il porte cette signature manuscrite. Sauf cas particuliers, jusqu'à récemment, un document ne comportant pas la signature manuscrite de celui auquel on l'opposait était réputé sans valeur juridique.²⁵⁶ Le texte de la loi de 2000 "portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique", est valable à la fois pour la transmission des e-mails ou mél et pour le courrier télécopié (fax). L'article 1316 du code civil devient l'article 1315-1, les paragraphes 1er, 2, 3, 4 et 5 de la section 1 du chapitre Vil du titre I du livre III du code civil deviennent respectivement les paragraphes 2, 3, 4, 5 et 6. Les conditions de forme des contrats conclus par voie électronique, sont consultables sur le site de Légifrance le texte de l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.²⁵⁷ La signature est définie comme une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou tout autre signe ou symboles représentant son émetteur et ayant une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. La signature électronique est admise comme preuve au même titre que la signature écrite sur support papier, sous réserve que la personne dont elle émane soit dûment identifiée et qu'elle soit établie et conservée dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. Lorsqu'elle est électronique, 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 contraire. La loi dispose dans un second paragraphe de l'article 1317 du code civil que "l'acte notarié peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État". Le décret porte le n°2001-272

²⁵⁵ <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/signature.php>

²⁵⁶ Bensoussan (A), Le droit des affaires du XXIe siècle - La signature électronique. Colloque Deauville, 27 et 28 juin 2000. ReV. jur. com., 2001, n°1, p. 43.

²⁵⁷ Caprioli (E.A.), La directive européenne n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Gazette du Palais, 2000, n°305, p. 5.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

du 30 mars 2001 et été publié au JO du 31 mars 2001. Il reste que, compte tenu des problèmes d'identification qui n'ont pas encore été résolus, la signature électronique n'est pas jugée suffisante pour authentifier l'origine d'un acte destiné à mettre en œuvre une simple demande pour acheter un produit en ligne. Il n'est pas pratique de demander à tous les consommateurs en ligne de certifier leur signature électronique.

238. Pour justifier sa décision une Cour d'appel qui, après avoir délibéré qu'il existait une incertitude sur l'identification de la personne ayant fait usage d'une signature électronique, en avait déduit que dans le régime antérieur à la loi du 13 mars 2000, la validité du recours à cette signature ne pouvait être admise²⁵⁸. En approuvant l'article 1326 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, la Cour de cassation²⁵⁹ a jugé que, si la mention de la somme, ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors découler, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification correspondant aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est l'auteur de ladite mention.²⁶⁰ Le Décret n° 2010-434 du 29 avril 2010 relatif à la communication par voie électronique, en matière de procédure civile dispose que vaut signature, pour l'application des dispositions du code de procédure civile aux actes que les auxiliaires de justice assistant ou représentant les parties notifient ou remettent à l'occasion des procédures suivies devant les juridictions des premier et second degrés, l'identification réalisée, lors de la transmission par voie électronique, selon les modalités prévues par les arrêtés ministériels pris en application de l'article 748-6 du code de procédure civile.²⁶¹ Depuis toujours, le document papier est notre support privilégié tant il nous est nécessaire de conserver le témoignage d'un accord entre plusieurs parties. Toutefois, et à défaut de pouvoir en protéger l'intégrité, l'usage de

²⁵⁸ C.A. Versailles, 12ème Ch., 2ème sect. - 25 septembre 2003, BICC n°594 du 15 mars 2004 et 2ème Civ. - 28 février 2006, BICC n°641 du 1er juin 2006. Voir aussi l'arrêt de la Chambre sociale du Sociale de la Cour de cassation du 21 juin 2006 (BICC n°649 du 1er novembre 2006) déclarant qu'est irrecevable le pourvoi lorsque le pouvoir spécial joint à la déclaration a été produit en photocopie.

²⁵⁹ Cass. 1ère civ. 13 mars 2008, n° 06-17.534

²⁶⁰ Esnault (J.), la signature électronique, mémoire, Univ. Paris II, 2003.

²⁶¹ Raynouard (A), Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Répertoire Defrénois, 2000, n°10, p. 593.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

sceaux ou de signatures, représentent une garantie de l'authenticité de ces documents. Avec l'utilisation croissante des outils de communication « immatériels », que sont le téléphone, le fax ou encore l'Internet, le problème de la protection de nos échanges est devenu particulièrement critique. Les progrès conjugués des mathématiques et de l'informatique ont permis, depuis les années 1970, de disposer progressivement d'un panel complet de solutions algorithmiques et de standards adaptés à la certification de nos documents électroniques. Avec la criticité croissante de nos échanges et la disponibilité de solutions techniques avérées, la mise en place progressive d'un cadre juridique adapté est venue compléter l'ensemble.

239. Le cadre juridique définissant le statut de la signature électronique en France, et plus généralement en Europe, est le résultat de la transposition de la directive européenne 1999/93/CE. Il y a deux types de signatures :

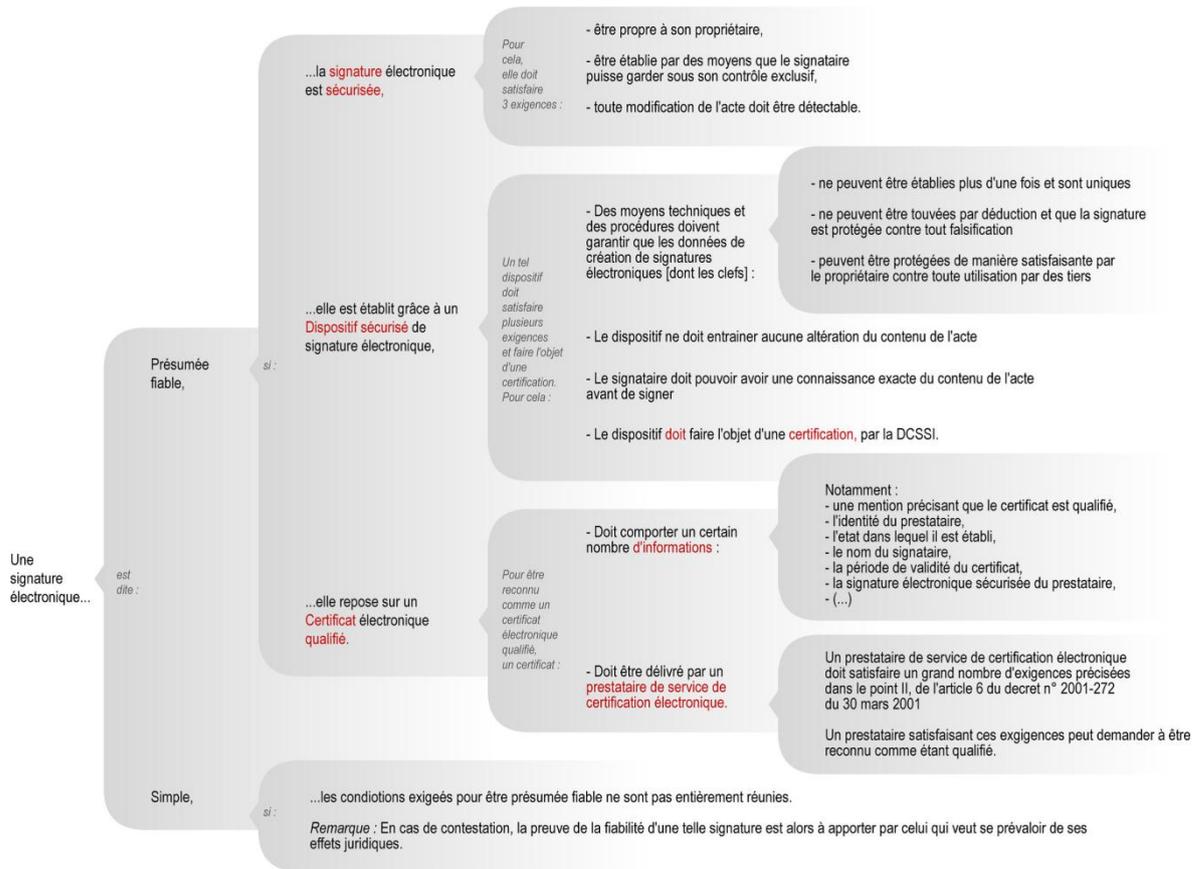
- La signature électronique simple, En cas de contestation, c'est donc à celui qui veut se prévaloir des effets juridiques de cette signature d'apporter la preuve de la fiabilité du système mis en œuvre.
- La signature électronique présumée fiable, qui ne peut être contestée qu'en apportant la preuve de sa non fiabilité.

240. Pour être « présumée fiable », le « procédé de signature électronique » doit remplir trois conditions :

- La signature électronique doit être sécurisée
- La signature électronique doit être établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature
- La vérification de la signature électronique repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié, émis par un prestataire de service de certification électronique.

Les différentes exigences sont résumées dans la figure 5 suivante :²⁶²

²⁶² Etude sur la signature électronique, son contexte, son applications et sa mise en œuvre, par Jean-Luc Parouty INRIA / Direction des Réseaux et des Systèmes d'Information (DRSI) et Roland Dirlwanger CNRS - Délégation



241. L'article 1316-1 du Code Civil dispose que la signature sous forme électronique est admise comme preuve au même titre que la signature sur support papier, sous réserve : a) Que puisse être dûment identifiée la personne dont elle émane; b) Qu'elle soit établie et conservée dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. En cas de conflit de preuve, l'article 1316-2 laisse au juge le soin de déterminer par tous moyens (le cas échéant, après expertise judiciaire) quelle est la preuve littérale la plus vraisemblable, séparément de son support. Ce contexte permet d'analyser la reconnaissance juridique de la signature électronique. Du point de vue du droit des obligations, l'article 1316-4 du code civil, reposant sur la signature, introduit deux innovations majeures: Le 1er alinéa de cet article donne une définition en quelque sorte générique de la signature: « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle représente le consentement des parties aux obligations qui résultent de cet acte. », donnant comme résultat que les deux fonctions de base attachées à la signature sont

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'identification de l'auteur, d'une part et la manifestation de sa volonté et, d'autre part, l'approbation au contenu de l'acte. Le 2ème alinéa du même article met en place une présomption de fiabilité au profit de la signature électronique, dès lors que celle-ci répond à certaines conditions : « Lorsqu'elle est électronique (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 (comme on l'a traité sous figure 5 ci-dessus), jusqu'à la soumission d'une preuve contraire, lorsque la signature est créée, si l'identité du signataire est assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. » L'objet du décret du 30 mars 2001 est justement de permettre l'application des dispositions de l'article 1316-4 en ce qui concerne la signature électronique.

242. Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 - modifié par l'article 20 du décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 concernant l'évaluation et la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information - complète la transposition de la directive européenne de 1999, (étudiée en détail comme Section II : La Preuve de l'Acceptation Électronique, Élément Essentiel Protégeant Le Consommateur en Ligne), il définit les normes et conditions autorisant la signature électronique sécurisée et la rendant présumée fiable, (allant avec la notion de signature électronique « avancée » au sens de la directive), jusqu'à la soumission d'une preuve du contraire. Pour que la signature électronique soit sécurisée, les exigences suivantes doivent être satisfaites :²⁶³ La signature doit être liée uniquement au signataire ; permettre d'identifier le signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; être liée aux données auxquelles elle se rapporte, de sorte que toute modification ultérieure des données soit immédiatement identifiable. La vérification des critères posés assure le caractère « sécurisé » de la signature électronique, et donc confère à celle-ci la présomption de fiabilité prévue par le décret, en protégeant le consommateur en ligne. Ces conditions dépendent d'un système d'accréditation à plusieurs étages, rappelant notamment :

²⁶³<http://www.andac.info/spip.php?article86>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

(1) la notion de certificat électronique qualifié, document électronique attestant du lien entre les données de vérification de la signature électronique et le signataire. On trouve sur ce certificat certaines mentions : le nom du signataire ou son pseudonyme ; la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat est destiné ; les données de vérification de signature électronique correspondant aux données de création de signature électronique ; la durée de validité ; le cas échéant, ses conditions d'utilisation (le montant maximum des transactions pour lesquelles le certificat pourra être utilisé) ;

(2) les prestataires de service de certification (PSC), la base de tout système de vérification, responsables de certifier les signatures électroniques et de délivrer les certificats électroniques qualifiés. En plus, les PSC devront :

- assurer le fonctionnement d'un service d'annuaire recensant les certificats électroniques attribués ;
- assurer le fonctionnement d'un service permettant de vérifier l'identité et la qualité du demandeur en vue de la délivrance et, le cas échéant, de la révocation en temps réel du certificat ;

243. Communiquer par écrit au demandeur, avant la conclusion d'un contrat de prestations de services électroniques, les modalités et conditions d'utilisation du certificat et les modalités de contestation et de règlement des litiges. Les PSC pourront ensuite demander à être reconnus « qualifiés » au terme d'un processus d'évaluation par des organismes eux-mêmes accrédités par une instance désignée par arrêté du ministre chargé de l'industrie. Cet arrêté (mentionné à l'art. 7 du décret) devrait également mettre en place les obligations/garanties et surtout les responsabilités qui incomberont aux PSC. Enfin, il est prévu qu'un contrôle spécifique des prestataires délivrant des certificats électroniques qualifiés sera effectué par la direction centrale de la sécurité des systèmes d'information (DCSSI) et que, sous certaines conditions, les certificats fournis par des PSC établis dans des Etats extérieurs à l'Union Européenne auront la même valeur juridique que ceux délivrés par des prestataires établis dans l'Union. Au total, il s'agit d'un dispositif dont la relative complexité, liée notamment à la conception du système d'accréditation, est à la mesure des enjeux liés au développement des échanges

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

informatiques et plus particulièrement à la sécurisation des transactions sur Internet en milieu ouvert, notamment dans le domaine du commerce électronique. Il est indispensable de rappeler que les dispositions de la loi du 13 mars 2000 sont transposées dans la partie du code civil relative au droit de la preuve. Cela montre bien que la volonté du législateur est de s'en tenir aux aspects probatoires quant à l'identification, voire l'authentification de l'auteur d'un acte juridique, sans aucunement aborder les questions touchant à la validité même des actes et de leur contenu. A noter qu'une telle restriction du domaine de la loi est conforme à la directive « signature électronique » de 1999 qui précise bien qu'elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire.

244. La mise en œuvre des principes prévus sera progressive et graduelle car :

1. D'une part, les conditions de la force probante de l'écrit et de la signature électronique sont liées à la fiabilité des systèmes et à l'intégrité des données. Dans le cas de la technologie, il se trouve qu'aujourd'hui les seules signatures électroniques fortement sécurisées, reconnues dans le monde de l'entreprise et de la finance, sont les signatures numériques basées sur la cryptologie dite à clés asymétriques (bi-clés) et sur des infrastructures à clé publique (ICP ; PKI en anglais) impliquant l'utilisation de certificats électroniques d'identification. Or, il apparaît que le marché des services de certification en est encore à un stade précoce et reste principalement orienté vers les entreprises. Les infrastructures à clés publiques, gage de sécurisation et de réduction maximale des risques, s'avèrent complexes, extrêmement chères et leur utilisation reste pour l'instant relativement limitées.²⁶⁴

2. D'autre part, la force probante de la signature électronique dépend des conditions techniques, qui ne sont à cette phase que des points dans le mécanisme mis en place. Il s'agit de la conservation et d'archivage, éléments indissociables de la notion de preuve, et de la date de l'acte (exemple : en matière de marchés publics, il faut connaître avec précision la date de remise

²⁶⁴ <http://www.andac.info/spip.php?article86>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

du dossier de candidature à un appel d'offres, compte tenu du délai imparti). Cependant, il n'existe jusqu'à présent aucun « cachet électronique » faisant foi. Au niveau du décret, quant aux normes d'archivage électronique et d'horodatage, toute certitude sur la date d'envoi/réception d'un message contractuel ou de connexion à un site n'existait pas. Autant de points - laissés en partie à l'initiative des prestataires de services techniques - qui tendent à affaiblir la validité des rapports contractuels sous forme électronique mais qui ne feront pas obstacle à la poursuite du processus de dématérialisation des procédures.

245. En cas de conflit de preuve, il faudra appliquer les dispositions de l'article 1316-2 nouveau du code civil qui énonce : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support. » Le juge s'est vu ainsi accordé un large pouvoir d'appréciation et d'interprétation de la loi. C'est aussi son opinion qui sera énoncée sur la validité des conventions de preuve (moyens de preuve/charge de la preuve) et il exercera son contrôle au regard des exigences requises pour la fiabilité du procédé de signature. Progressivement on commence donc à distinguer la position favorable de la jurisprudence au bénéfice du consommateur.²⁶⁵ La question qui peut alors se poser c'est de savoir si une telle position peut s'appliquer dans le cadre du commerce électronique. Si la signature ne répond pas aux critères sus-évoqués, en termes de certification, il appartiendra à la partie qui entend s'en prévaloir d'apporter la preuve que le procédé de sécurisation utilisé est fiable et qu'il répond bien aux exigences légales. Si la fiabilité de la signature électronique n'est pas reconnue, c'est en définitive l'acte juridique sous forme électronique lui-même qui ne sera pas admis en tant qu'acte sous seing privé. Compte tenu de la technicité de la matière, le juge devra nécessairement recourir à une expertise technique afin de pouvoir établir que la signature

²⁶⁵ CJCE 4ème ch., 4 juin 2009, aff. C-243/08. C'est une décision qui se place dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire en faveur de l'application des normes communautaires. La cour conclut que le consommateur se trouve en situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant son pouvoir de négociation que d'information. Ainsi, l'objectif de l'article 6 de la directive ne pourrait être atteint si les consommateurs devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif d'une clause contractuelle et qu'une protection effective du consommateur ne saurait être assurée que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

résulte, ou non, d'un procédé fiable. En pratique, conséquence directe de la présomption instituée par la loi, en cas de contestation de la fiabilité d'une signature à *a priori* conforme aux critères de la signature électronique sécurisée, au sens du décret, la partie qui invoque une défaillance doit soumettre la preuve, à ses frais. Ces derniers risquent alors d'être élevés, compte tenu de la nécessité de démontrer l'existence d'une faille dans le processus d'accréditation ou d'un dysfonctionnement dans le cadre d'une infrastructure de gestion des clés (IGC).

246. Après avoir établi les points importants de la réforme, il importe maintenant d'apprécier l'intérêt, pour les gestionnaires des organismes destinataires de la présente circulaire, de choisir un mécanisme sophistiqué de signature électronique sécurisée (SES). Depuis la loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (la « loi Madelin »²⁶⁶), les entreprises sont autorisées à transmettre par voie électronique leurs déclarations destinées aux administrations et aux organismes gestionnaires d'un régime de protection sociale ou relevant du code de la sécurité sociale, dans des conditions fixées par voie contractuelle. Dans ce cadre, et aux termes de l'article 4.-I de cette loi, le contrat passé entre l'entreprise et l'organisme, «le contrat d'échange», doit préciser « pour chaque formalité, les règles relatives à l'identification de l'auteur, à l'intégrité, à la lisibilité et à la fiabilité de la transmission, à sa date et à son heure, à l'assurance de sa réception ainsi qu'à sa conservation ». Les contractants peuvent toujours se mettre d'accord quant au régime probatoire des contrats passés. Ceci a donné naissance à la décision de la Cour de cassation concernant la licéité des conventions de preuves, qui a autorisé la signature résultant de la présentation d'une carte munie d'un code à 4 chiffres en matière de paiement électronique²⁶⁷. Dans tous les cas, le procédé de signature utilisé doit garantir au minimum: 1. L'identification de l'auteur, 2. La manifestation du consentement aux obligations résultant de l'acte. Dans ces conditions, il apparaît que l'intérêt

²⁶⁶ La loi 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle (dite loi "Madelin") favorisant les conditions d'existence et d'activité des entreprises individuelles et simplifiant les formalités administratives, permet également la défiscalisation (déductibilité du revenu imposable au titre des BIC ou des BNC) des cotisations effectuées à titre volontaire par les travailleurs non-salariés non agricoles.

²⁶⁷ Cass. Civ. 1ère, 8 novembre 1989, (2 arrêts) D. 1990, note GAVALDA ; Bull. civ. I, n° 342 ; JCP 1990, éd. G note G. VIRASSAMY ; RIDC com. 1990, p. 78, observations M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; D. 1990, somm. , p.327, observations J. HUET.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

essentiel d'un système de signature sécurisée, d'un point de vue gestionnaire, réside dans la possibilité de profiter, en cas de litige soit sur l'identification de l'auteur, soit sur la manifestation du consentement, d'une présomption de fiabilité quasi absolue, à cause même de la difficulté (et donc de l'importance du coût associé), pour le requérant éventuel, d'avoir à apporter « la preuve du contraire ». Néanmoins, la présomption instituée par la loi est limitée à la fiabilité du procédé technique assurant l'existence du lien entre la signature (électronique sécurisée) et l'acte.

247. S'agissant du risque de litige et de la charge de la preuve, on peut parler ici des justificatifs (exemple : copie du bail de location devant être transmise à l'appui d'une demande d'allocation logement). Ceci ne représente pas un obstacle à l'engagement ou à la poursuite du processus de dématérialisation des procédures dans la sphère sociale. Afin de trouver un juste milieu entre deux objectifs contradictoires, à savoir le développement du commerce électronique et la protection du consommateur, le législateur communautaire a choisi d'imposer plus de formalités pour le moment de la conclusion du contrat, là où il n'y en avait pas et à l'inverse d'ôter les formalités existantes. Le législateur français est allé plus loin que son homologue communautaire et s'est engagé dans son projet de LEN à assurer une meilleure protection du cyberconsommateur. Il a ainsi décidé d'imposer plus de formalisme pour la conclusion du contrat en consacrant le système du « double clic » et il s'est refusé à renoncer à son formalisme protecteur et a reconnu l'équivalence entre écrit papier et écrit électronique par l'insertion d'un article 1108-1 dans le code civil. Cette solution n'est pas sans incidence car elle nécessite une modification importante du droit commun des contrats, qui vient pour la première fois poser une exception au principe du consensualisme. Le projet de LEN n'est pas encore voté, la réforme n'est donc pas encore effective, mais elle est importante. Elle marque une fois de plus l'influence du droit communautaire sur le droit des obligations mais surtout du commerce électronique sur le droit commun des contrats.

248. Cependant, il n'est pas suffisant d'accorder des droits aux cyberconsommateurs pour rendre effective leur protection, sans mettre à leur disposition les procédures qui leur permettent de défendre leurs intérêts. Sauf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

quelques arrêts relatifs à la responsabilité des prestataires de services de la société de l'information,²⁶⁸ peu de décisions portent sur les contrats de cyberconsommation. Les instances européennes ont adopté, le 8 juin 2000 une Directive sur le cadre juridique du commerce électronique²⁶⁹ dont les dispositions (art. 17) portent sur l'importance des modes hors formes judiciaires des différends dans la Net-économie. La directive a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, tout en garantissant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres. La directive s'applique à toutes les relations entre professionnels (B - B) et entre professionnels et consommateurs (B - C), sauf dans certains domaines comme la fiscalité et les questions réglées par d'autres textes communautaires.

249. Dans la directive commerce électronique²⁷⁰, on trouve posé un principe d'irresponsabilité repris par la Loi sur l'Economie Numérique,²⁷¹ risquant ainsi de diminuer encore plus le contentieux. Pour d'un long procès couteux, aujourd'hui, on trouve l'alternative dans les Modes Alternatifs de Règlements des Conflits, ci-après dénommés M.A.R.C., en plein essor, ils semblent satisfaire le cyberconsommateur qui s'estime lésé dans la formation de son contrat électronique. Comme tout contrat, le contrat de commerce électronique représente certains risques juridiques auxquels peuvent être soumises les parties dans un contentieux. Ces risques ont un nouvel environnement, le réseau Internet. Il n'ya aucun contact physique entre le client et le bien qu'il veut acquérir, il le découvre seulement au moment de la livraison. Il se peut que la chose achetée ne soit pas conforme à ses attentes, à la description ou bien encore à la photographie figurant sur le site Internet du

²⁶⁸ On peut citer l'affaire Estelle Halliday c/ Lacambe (TGI Paris 9 juin 1998, JCP éd. E, 1998, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC) dans laquelle le mannequin reprochait à un prestataire d'héberger un site reproduisant des photos d'elle dans son plus simple appareil et l'affaire du portail Yahoo qui permettait d'accéder à des sites de ventes aux enchères proposant des objets nazis.

²⁶⁹ La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique du 8 juin 2000. Elle institue au sein du marché intérieur un cadre pour le commerce électronique garantissant la sécurité juridique pour les entreprises et pour les consommateurs. Elle établit des règles harmonisées sur des questions comme les exigences en matière de transparence et d'information imposées aux fournisseurs de services en ligne, les communications commerciales, les contrats par voie électronique ou les limites de la responsabilité des prestataires intermédiaires.

²⁷⁰ Article 14.

²⁷¹ ROZENFELD (S.), *Projet de loi sur l'économie numérique : un contenu dicté par les directives européennes*, févr. 2003, p. 43.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

commerçant et il peut avoir de nombreuses raisons de se plaindre.²⁷² Le contrat de commerce électronique est un contrat d'adhésion conclu à distance. Le client se voit faire face à des conditions générales de vente, ayant seulement les seules informations figurant sur le site Internet du commerçant. Il peut de ce fait manquer parfois de réflexion tant la conclusion du contrat par un simple clic de souris semble facile et tentante.

250. Après avoir examiné les règles qui peuvent protéger le consommateur en ligne lors de la formation d'un contrat électronique nous consacrerons la deuxième partie à traiter des difficultés que le consommateur peut avoir en cas de litiges lors de l'exécution de son contrat. En second lieu, nous examinerons la grande attention accordée au règlement en ligne des litiges de consommation en ligne. En effet, la sécurité que peut avoir le consommateur en ligne est directement liée au fait de garantir sa protection au cas d'un conflit avec le commerçant. La possibilité de régler en ligne des litiges de façon simple, rapide et effective, est très importante vu le fait que le consommateur en ligne ne connaît pas forcément la partie avec qui il va contracter. Recourir aux nouvelles technologies pour la conclusion des contrats exige une adaptation (progressive) des législations nationales relatives au contrat, notamment en cas de litige. Elles ne sont pas toutes encore remises à jour et les adaptations réalisées ne sont pas nécessairement cohérentes. En plus, il y a encore la question de l'insécurité juridique. En effet, dans le contrat déjà formé, on peut trouver source de difficulté quand à son exécution, ce qui va conduire à un litige à distance.

251. Après avoir exposé les règles qui peuvent protéger le consommateur en ligne lors de la formation du contrat électronique, nous traiterons dans la deuxième partie des difficultés que le consommateur peut avoir en cas de litiges lors de l'exécution de son contrat. En second lieu, nous porterons une grande attention au règlement en ligne des litiges de consommation en ligne. En effet, la sécurité que peut avoir le consommateur en ligne est directement liée au fait de garantir sa protection au cas d'un conflit avec le commerçant (**Deuxième Partie**). La possibilité de régler en ligne des litiges de façon

²⁷² JACQUOT (F) ET WEITZEL (B), Le guide Juridique du Commerçant électronique, chapitre 11, p. 205, disponible sur : www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap11.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

simple, rapide et effective, est très importante compte tenu du fait que le consommateur en ligne ne connaît pas forcément la partie avec qui il va contracter. D'où l'intérêt de connaître en premier lieu les acteurs du commerce électronique notamment ceux qui peuvent intervenir en raison de l'application transnationale du commerce électronique (**Première Section**) et les difficultés qui peuvent se poser devant ou parfois par ces acteurs soit au niveau Européen (**Premier Paragraphe**) soit au niveau des pays du Moyen Orient, notamment l'Egypte (**Deuxième Paragraphe**). Ces difficultés nées de la nature transnationale du commerce électronique, ont conduit à la mise en cause d'un des principes essentiels en droit international, à savoir le principe de l'état souverain (**Deuxième Section**). Il sera donc intéressant d'examiner en premier lieu la question de la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable au contrat de consommation en ligne en faisant un examen comparé non seulement des différentes règles de conflit de juridiction mais également des diverses interprétations de la jurisprudence de leur propre compétence (**Premier Paragraphe**). Nous procéderons dans un second temps à une analyse qui donne sur l'encadrement du pouvoir étatique face au pouvoir des autres acteurs du commerce électronique (**Deuxième paragraphe**). Le second chapitre sera réservé à la question de la validité et efficacité du règlement des litiges de consommation en ligne (**Deuxième Chapitre**). Dans cet égard, en examinant en premier lieu la théorie générale du règlement des litiges en ligne (**Première Section**), apparaitront les difficultés jurisprudentielles et critiques pour engager la responsabilité en cas de litiges. En effet compte tenu de la diversité d'acteurs en matières de commerce électronique, nous évoquerons la responsabilité des sites hébergeurs en cas de conflits nés avec un professionnel (**Premier Paragraphe**) et la conciliation parfois critiquable des règles de droit international privé pour pouvoir régler les litiges de consommation en ligne (**Deuxième Paragraphe**). Enfin, nous allons étudier l'évolution récente en matière de règlement en ligne des litiges (**Deuxième Section**) favorisant le règlement extrajudiciaire (**Premier paragraphe**) et le développement de l'arbitrage électronique, solution critiquable (**Deuxième Paragraphe**).

DEUXIEME PARTIE :

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR
ELECTRONIQUE DANS LA RESOLUTION DES
LITIGES

252. L'Internet anéantissant toute frontière, il offre à tout fournisseur ou client un accès virtuel au commerce mondial jusqu'alors propre au cercle fermé des importateurs et exportateurs. Cependant, le résultat implique de nombreuses difficultés juridiques liées à l'inadéquation entre les règles juridiques de caractère national et territorial et ces opérations économiques de nature internationale. Il devient alors important de savoir quelles règles juridiques groupant l'opération, quels arrangements particuliers possibles elles acceptent, quelles autorités habilitées à dire le droit peuvent être mobilisées. Quand il s'agit d'Internet et des litiges que peut générer une opération de commerce électronique, plusieurs risques peuvent apparaître, du côté du vendeur ainsi que du côté de l'acheteur. En plus des risques classiques de mauvaise exécution du contrat et de piratages informatiques, il existe la nécessité de bien connaître les règles de droit applicables. De nombreux commerçants se lancent aujourd'hui sur Internet alors que leurs affaires jusqu'alors ne comprenaient qu'un ensemble modeste de marchandises et de proximité par rapport à une structure d'exploitation limitée. Le risque auquel ces nouveaux exportateurs font face en développant leurs affaires vers « l'extérieur », est de ne pas connaître ni maîtriser le nouvel environnement juridique qu'ils abordent. Le plus important est de veiller à la réglementation concernant l'import-export, la fiscalité, le sanitaire, le militaire, le douanière ...etc., émanant d'un grand nombre d'Etats.

253. On peut conclure de ces quelques observations que l'opération de commerce électronique peut être une opération à hauts risques juridiques. Cependant, cela ne doit pas décourager les opérateurs, mais simplement les inciter à être plus prudents, et les encourager à prendre les conseils utiles. Le risque de différends dans une opération de commerce électronique est réel, mais il existe de nombreux textes, nationaux et internationaux, qui les régissent. En plus, l'Internet est devenu un réseau de confiance, grâce aux nombreux travaux qui sont actuellement menés de par le monde. Pour cette raison, il convient d'indiquer qu'il existe aujourd'hui plus qu'avant des techniques très précises en matière de protection du consommateur, en matière de droit international privé et en matière de résolution rapide des litiges.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

254. Il importe de rappeler, qu'il y a deux voies possibles pour mettre fin à un litige : la voie traditionnelle, impliquant la voie judiciaire qui fera l'objet de la deuxième section. Cependant, celle-ci peut sembler souvent incertaine, longue, coûteuse, surtout en cas des litiges internationaux où la simple détermination du tribunal compétent devient délicate. De ce fait, peut être préférée une seconde voie, présentée dans la première section, fréquemment recommandée par les praticiens des affaires internationales, celle du règlement hors formes judiciaires des différends, encore appelé mode alternatif de règlement des litiges (ADR, « alternative dispute resolution »), en incluant le recours à la médiation et à l'arbitrage dont il faudra dans une section première bien peser le pour et le contre. Cependant, quel que soit le mode de règlement du différend considéré par les parties, le caractère international de l'opération de commerce électronique exige de rechercher quelles règles juridiques (et aussi le cas échéant professionnelles) sont applicables pour parvenir à la solution du litige.

255. En cas de ventes sur internet entre un professionnel et un consommateur, des difficultés ont existé depuis longtemps quant au tribunal compétent, lorsque le consommateur et le professionnel ne sont pas domiciliés dans le même état membre. Selon le droit européen, un consommateur est une personne concluant un contrat pour un usage étranger à son activité professionnelle. Selon L'article 15 1.c) du règlement 44/2001,²⁷³ le tribunal compétent est celui où réside le consommateur : « lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités". Le commerce en ligne s'intéresse donc par sa nature à la notion d'activités dirigées vers un État membre. Cependant, le règlement ne donne aucun exemple d'activité pointé vers un État membre. Les commerçants électroniques affrontent une doute juridique ;

²⁷³ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

ils ne peuvent pas prévoir avec précision quels sont les cas où ils pourront être poursuivis dans d'autres États membres.

256. Dans un arrêt relativement récent du 7 Décembre 2010,²⁷⁴ la Cour de Justice de l'Union Européenne, réunie en grande chambre, a réuni deux affaires relatives à ce conflit de compétence et en a profité pour donner des exemples d'indices permettant de qualifier la notion d'activité dirigée vers un autre État membre comme "*la nature internationale de l'activité ; la mention d'itinéraires à partir d'autres États membres pour se rendre au lieu où le commerçant est établi ; l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie autre que la langue ou la monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel est domicilié le commerçant avec la possibilité de réserver et de confirmer la réservation dans cette autre langue ; la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication d'un préfixe international ; l'affectation de dépenses dans un service de référencement sur Internet afin de permettre aux consommateurs domiciliés dans d'autres États membres d'accès au site du commerçant ou à celui de son intermédiaire ; l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi ; et la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres.*"

257. Cette liste n'est pas complète. Le juge national doit vérifier ces éléments et apprécier leur pertinence en tant qu'indices. Le juge communautaire a également précisé les cas qui ne pouvaient pas être considérés comme indices pour qualifier la notion d'activité dirigée vers un État membre :

- Avoir simplement accès au site Internet du commerçant ou de celui de l'intermédiaire dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur est domicilié.

²⁷⁴ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 7 déc. 2010, Peter Pammer contre Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG (C 585/08), et Hotel Alpenhof GesmbH contre Oliver Heller (C 144/09) Recueil de la jurisprudence 2010 I-12527, affaire n^o C-585/08.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- Mentionner une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou employer une langue ou une monnaie habituellement utilisées dans l'État membre dans lequel le commerçant est établi.

258. On remarque que les indices sont supposés relever de la volonté du commerçant de diriger son activité vers un autre état membre.²⁷⁵ Cette notion de volonté a été l'objet d'une attention particulière (point 63 à 69) dans cet arrêt notamment quant à la publicité. Cependant, le juge européen a trouvé d'autres indices ne traduisant pas nécessairement cette volonté du commerçant électronique de diriger ses activités vers un autre état membre, y compris le choix du nom de domaine qui peut découler d'une indisponibilité ou d'une facilité d'enregistrement. Le commerçant électronique doit faire attention lors de la création de son site à ces éléments, de peur que ses activités soient considérées comme dirigées vers un autre état membre, ayant pour but bien sûr d'échapper aux juridictions des autres États, en cas de conflits avec un consommateur.

259. Jusqu'à présent, des millions de différends ont été résolus par des méthodes de résolution des litiges en ligne : arbitrage, médiation et négociation par Internet.²⁷⁶ Le mouvement Online Dispute Resolution (ODR), depuis sa présence dans notre milieu juridique, avance à un rythme exponentiel : depuis plusieurs années le nombre de cas traités, concernant surtout le commerce électronique, double chaque année.²⁷⁷ Une telle emprise ne va pas sans générer certaines perturbations dans le champ social où elle s'exerce, offrant de nouvelles voies de régulation, déplaçant la position de certains acteurs et modifiant les normes appliquées. Cette Deuxième Partie propose une étude de ces phénomènes. Le lecteur y trouvera notamment discuté de manière critique et qui se veut novatrice, les modèles actuels de régulation du cyberspace (réglementation par l'État, autorégulation, régulation par la technique, co-régulation), (**Premier Chapitre**), Les Acteurs de la Régulation du Commerce Electronique, avant de traiter La Validité et

²⁷⁵ Une réflexion au sujet de « Commerce électronique et tribunal compétent » Publié le 28 avril 2011 par mésallies, disponible sur : <http://blog.economie-numerique.net/2011/04/28/commerce-electronique-et-tribunal-competent/>

²⁷⁶ http://fr.bruylant.larciergroup.com/titres/125147_2/reguler-le-commerce-electronique-par-la-resolution-des-litiges-en-ligne.html

²⁷⁷ <http://www.thomasschultz.org/books.html>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'Efficacité du Règlement Extra-judiciaire des Litiges de Consommation en
Ligne (**Deuxième Chapitre**).

PREMIER CHAPITRE :

**LES ACTEURS DE LA RÉGULATION DU COMMERCE
ELECTRONIQUE**

260. Le problème ne provient pas tellement de la dimension internationale d'Internet, mais plutôt du fait que des lois nationales divergentes règlent une situation internationale. Le défi qui se présente au droit est celui d'établir un pont entre le droit national et la réalité globale du cyberspace.²⁷⁸

261. D'une part, l'internet est source de problèmes pour le consommateur :²⁷⁹ on lui demande de faire confiance à un entrepreneur inconnu, de lui fournir des informations personnelles, par exemple le numéro d'une carte de crédit, de payer avant d'obtenir la prestation. Peut-être le consommateur risque-t-il d'établir un contrat par inattention, en cliquant trop vite sur la souris et donc sans volonté contractuelle, selon des règles qu'il ne connaît et ne comprend pas. Ou bien l'application du droit matériel ne reste-t-elle qu'un fantasme juridique face aux difficultés de garantir le respect du droit national dans le cas d'un entrepreneur situé à l'étranger et n'ayant souci des règles juridiques du pays du consommateur. D'autre part, l'application des lois du pays du consommateur reste risquée pour l'entrepreneur. L'Internet lui permet d'entrer en contact avec des consommateurs de nombreux pays, notamment si l'exécution du contrat est possible par voie électronique. Il faut que l'entrepreneur sur Internet connaisse nombre de droits nationaux et soit préparé à leur application.

262. Pour pouvoir garantir une protection pertinente des cyberconsommateurs et avoir des instruments de protection au niveau global, la logique impliquerait d'utiliser les cadres internationaux existants. Cette revendication est adressée notamment aux Etats-Unis et à l'Union Européenne, les deux protagonistes principaux du commerce mondial. Selon une première estimation, les bases pour une telle coopération semblent bien préparées. Des deux côtés de l'Atlantique, on croit aux effets positifs du commerce électronique sur la croissance économique et il y a une tradition importante quant à la protection du consommateur. Néanmoins, la coopération continue à

²⁷⁸ D. Josef, dans son article sur « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 t. XVI, p. 405-444. DOI : 10.3917/ride.162.0405V. a repris la citation de BOEHME-NESSLER: " *Du point de vue de la théorie économique, on pourrait dire qu'Internet réduit les imperfections du marché par une plus grande transparence ; cf. A.L. BOMSE, « The Dependence of Cyberspace », Duke Law Journal 50 (2001), p. 1717 (1735 et s.).*"

²⁷⁹ A. ENDESHAW, « Consumer Protection in Cyberspace : Back to Caveat Emptor ? », *Consumer L.J.* 1999, p. 157 (163).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

être difficile, avec une confiance plus ou moins grande dans la capacité des forces libres du marché d'être capable de protéger le consommateur et dans les possibilités d'autorégulation. Ainsi préfère-t-on en Europe, comme en Egypte, une approche régulatrice plutôt traditionnelle, alors que les Etats-Unis privilégient des méthodes d'autorégulation.²⁸⁰

263. De plus, malgré le choix de la neutralité technologique, la technicité relative à la nature même des technologies de l'information et de la communication exige des États de regrouper les parties concernées de ce secteur à la prescription des règles juridiques adaptées. En France, ce fait a été très tôt compris par les autorités étatiques. Lionel Jospin, alors premier ministre, affirmait à Hourtin (Gironde) «quelle que soit son importance, il serait illusoire de tout attendre de l'intervention publique. L'État n'a pas vocation à se substituer aux autres acteurs de la société de l'information : particuliers, entreprises et collectivités territoriales»²⁸¹. En 1998, le Conseil d'État encourageait également la co-régulation. Il serait à noter que « la protection législative et réglementaire ne saurait à elle seule permettre d'aboutir à une situation satisfaisante. Il importe d'associer les professionnels, en particulier les entreprises de vente à distance, à la mise en place d'instruments garantissant le respect effectif des droits du consommateur »²⁸². Cette main tendue de l'État a été bien accueillie du côté des parties concernées qui ont plus de liberté et de possibilité dans l'élaboration des normes de régulation des activités en ligne. Magali Lanord Farinelli relève pour cette raison que « les mesures réglementaires instaurées de manière unilatérale par la puissance publique, sans concertation ou négociation avec les citoyens, souffrent de maux importants. Les lenteurs, les blocages juridiques et la nature numérique des engagements, expliquent la nécessité de recourir à de nouveaux modes d'élaboration des normes juridiques. L'engagement des parties concernées intervenant sur ces réseaux numériques apparaît ainsi essentiel pour régler efficacement les transactions électroniques. L'existence de normes privées se fonde alors pleinement dans le commerce électronique.

²⁸⁰ Drexl Josef, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », Revue internationale de droit économique, 2002/2 t. XVI, p. 405-444. DOI : 10.3917/ride.162.0405

²⁸¹ Discours de Lionel Jospin prononcé à Hourtin (Gironde) le 25 août 1997: www.admiroutes.asso.fr

²⁸² Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques, Paris, La documentation Française, 1998, p. 69 et s.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Conjointement aux textes internationaux ou communautaires cherchant à uniformiser les législations des différents États, les normes privées représentent un moyen pour y parvenir. En plus de leur flexibilité, ces normes privées aident les parties concernées à s'engager directement et volontairement indépendamment de leur État de résidence ou de leur nationalité. Elles peuvent ainsi aider à avoir une uniformisation des législations, nécessaire au développement des affaires. En plus, ces normes énoncent parfois des règles de valeur morale universellement reconnues, permettant ainsi de recueillir l'adhésion du plus grand nombre. En effet, comme le souligne justement Lê-My Duong: *«L'un des problèmes majeurs d'internet réside dans les difficultés à faire appliquer la règle au plan national et international car, dans le domaine très technique et particulièrement évolutif d'internet, la norme ne peut se réaliser que par son acceptation sociale»*.²⁸³

264. Dans ce Chapitre, l'analyse se concentrera sur la régulation des situations transnationales, en particulier dans le droit européen avec quelques éléments de comparaison avec les pays du Moyen Orient. Nous traiterons les problématiques propres à l'application transnationale du droit de la consommation sur Internet (**Section I**) pour aborder ensuite la mise en cause du principe de l'état souverain par l'application des règles concernant la régulation du commerce électronique et leur effet sur la protection du consommateur en ligne (**Section II**), il s'agit tout d'abord de s'interroger sur l'aspect général du règlement des litiges en ligne (**Section Préliminaire**).

²⁸³ Voir Droit Souple et Commerce Electronique, par Ninata Sarr, Doctorante aux Universités Montpellier I et Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal), Jurisdoctoria, no. 8, 2012.

SECTION PRÉLIMINAIRE:

ASPECT GÉNÉRAL DU RÉLEMENT DES LITIGES EN
LIGNE

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

265. Sans confiance, pas de commerce, et sans conditions de sécurité assurées, il n'y a pas de commerce électronique possible. C'est seulement après des années de confiance dans les promesses économiques de l'internet que des mesures ont commencé à être prises pour permettre la confidentialité, l'effectivité des conventions passées à travers les réseaux, et leur preuve.²⁸⁴ Différents textes communautaires ou français ont ainsi tracé la voie du recours à la cryptologie, aux signatures électroniques et à la certification²⁸⁵ sans trouver encore des solutions à toutes les difficultés engendrées par le contrat électronique (la question de l'archivage par exemple). Si ces mesures doivent permettre de répondre aux attentes légitimes des consommateurs et entreprises qui se rencontrent sur le marché électronique, elles ne sont toutefois pas essentielles à ces dernières : les plus audacieuses (ou les moins réfléchies ?) ne les ont pas attendues pour établir des contrats depuis plusieurs années via l'e-mail ou le web, et en apporter la preuve par tous moyens, ce qu'autorise l'article L. 110-3 du Code de commerce pour les relations d'affaires ou les conventions de preuve. C'est ainsi qu'émanent déjà des litiges liés à des opérations en ligne, dont le nombre se multipliera à mesure de l'essor du commerce électronique. Afin d' " accompagner " la résolution de tels litiges, on a vu se développer diverses initiatives ou propositions pour leur règlement en ligne, lesquelles ont aussi tendance à traiter d'autres contentieux apparus hors des réseaux mais pour lesquels les intéressés s'en remettent à une procédure en ligne. Les mécanismes existants interviennent selon le cas : arbitrage, médiation, ou conciliation. Ils sont pour l'essentiel gérés par des acteurs privés, s'adressant à un objet spécifique (les noms de domaine), aux seuls professionnels, ou aux relations de ces derniers avec les consommateurs.
266. Le premier marché qui a pris place sur internet fut certainement celui de l'achat frauduleux de noms de domaine, soit pour empêcher son titulaire légitime, soit pour lui revendre à un prix bien supérieur à l'achat. Pour assurer aux titulaires de marques un moyen de revendiquer un nom de domaine qui la reproduit ou l'imité, tout en franchissant les complications, lenteurs, et coûts

²⁸⁴ Eric A. Caprioli et Cédric Manara, Règlement des litiges en ligne. Quelles solutions ?, www.caprioli-avocats.com

²⁸⁵ E.A CAPRIOLI, Ecrit et preuve électroniques dans la loi n°2000-320 du 13 mars 2000, JCP (E), 2000, Cah. Dr. Entr., n°23, juillet 2000, p. 1-11 ; E.A CAPRIOLI, La loi du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, JCP (G), I, 224, Doctrine, 3 mai 2000.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

d'une action qu'il faut bien souvent débiter et faire exécuter contre un étranger, fut créée en 1999 une procédure uniforme pour la résolution de tels litiges, dite " U.D.R.P.²⁸⁶ Pour sa mise en œuvre, il est fait appel à des prestataires (providers) agréés à cette fin. Ces quatre centres - 'A.D.N.D.R.C. basé à Pékin et Hong-Kong, C.P.R. à New-York, 'A.D.R à Minneapolis, et O.M.P.I. sise à Genève - peuvent être saisis par voie électronique par le plaignant. Instaurer de règlement est choisie discrétionnairement par le plaignant (son choix se portant généralement sur celle dont les statistiques l'indiquent comme la plus favorable aux propriétaires de marques...), pour le faire tous les moyens nécessaires sont à entreprendre pour que le défendeur reçoive effectivement notification - incluant le papier -, et pour réaliser les communications liées au débat de la même façon. La langue de la procédure est celle du contrat d'enregistrement du nom de domaine disputé ; le défendeur a vingt jours pour présenter sa défense, la commission administrative quatorze pour rendre sa décision. Jusqu'à 2002, ce sont déjà six mille cas qui ont été tranchés selon des normes U.D.R.P., essentiellement en faveur des propriétaires de marque, ce qui amène à comprendre dès lors que les conditions de leur mise en place sont l'absence de droit ou d'intérêt légitime, et l'enregistrement et l'utilisation de mauvaise foi.²⁸⁷

267. L'exposé schématique de la procédure tel qu'il vient d'être fait aide à comprendre que cette procédure est sujette à critiques. Au regard des règles essentielles de procédure, les règles U.D.R.P. sont susceptibles de poser un problème de conformité au principe du contradictoire, des droits de la défense, et plus généralement du procès équitable.²⁸⁸ Cependant, elles sont souvent prises comme modèle de référence ou base de travail pour le développement de solutions d'arbitrage en ligne.

268. L'expression "arbitrage en ligne" est utilisée par facilité en français pour désigner ce que l'anglais appelle *online dispute resolution*, mais aussi parce que la définition du phénomène est imprécise. La première expérience

²⁸⁶ Consultable sur le site de l'I.C.A.N.N., son initiatrice, à l'adresse <http://www.icann.org/udrp/>

²⁸⁷ <http://www.caprioli-avocats.com/publications/1-commerce-electronique-et-internet/20-reglement-litiges-en-ligne#2>

²⁸⁸ Pour une critique d'ensemble, V.A Cruquenaire, Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit n°21, Bruylant, Bruxelles, 2002, spéc. Le dernier chapitre.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

de résolution d'un litige uniquement par moyens électroniques date de 1996, et depuis, il est devenu difficile de connaître les parties concernées (au moins une soixantaine selon une étude),²⁸⁹ leur champ d'activité, et leurs offres, depuis la simple aide à la négociation pour une solution jusqu'à la proposition d'une collection complète de résolution visant à être substituée presque entièrement aux mécanismes judiciaires. L'expérience des règles U.D.R.P. montrant la mise en concurrence des offreurs, leur multiplication peut laisser pressentir que les critères de choix de l'un ou de l'autre des prestataires pourraient dépendre par exemple des tarifs proposés plutôt que de la qualité du travail fourni. Les procédures en ligne tendent à la rapidité de la résolution du litige, ce qui est une attente des entreprises.

269. Cependant, si les techniques modernes de communication accélèrent les échanges, on peut se demander si la vitesse est une garantie des règles processuelles. Il faut aussi souligner que le recours à de tels services spécialisés dépend d'une base volontariste et contractuelle, les rapprochant moins de l'arbitrage que de la conciliation. Tous ces procédés ont par ailleurs en commun deux défauts majeurs : premièrement, ceux se chargeant de leur mise en place ne disposent ni de l'imperium ni de la juridiction de ces pouvoirs de juger et de faire exécuter la décision par la force publique. Deuxièmement, les décisions rendues seront difficilement recouvertes de l'exequatur nécessaire pour qu'elles soient exécutées dans un pays étranger. En somme, on pourrait presque dire que ces deux éléments dont la source est l'État et qui émanent du droit romain montrent qu'il est difficile de concilier justice et modernité ! De plus, toutes les décisions en ligne sont susceptibles d'être portées devant la juridiction étatique compétente... Pourtant, certains États encouragent les solutions de règlement des litiges en ligne, notamment pour ceux de faible valeur.

270. C'est ainsi qu'est né en 2000, grâce aux encouragements de la communauté, le projet ECODIR,²⁹⁰ conçu pour régler les litiges de consommation après la réalisation d'une transaction par internet. Le système

²⁸⁹ t. Schultz, g. Kaufmann-kohler, d. Langer, v. Bonnet, online dispute resolution : state of the art and the issues, e-com research, project of the university of geneva, geneva, 2001, <http://www.onlineadr.org>

²⁹⁰<http://www.ecodir.org>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

propose de mettre fin au contentieux qui s'élève en trois étapes : la négociation, la médiation, puis la recommandation, une fois que les parties sont d'accord. En cela, cette expérience montre le caractère completif d'une procédure en ligne, demandeur et défendeur conservant leur droit à recourir à un juge, ou de contester devant lui une décision rendue à travers internet, comme c'est le cas dans la procédure U.D.R.P. Si cela leur permet d'offrir aux consommateurs un moyen simple de parvenir à une solution, il est toutefois prévu que la procédure soit onéreuse, pouvant rapidement épuiser les objectifs recherchés. Le projet ECODIR peut en rappeler un autre, celui de la société SquareTrade, peut-être l'une des formules de médiation engendrées par le web les plus intéressantes.²⁹¹ La société offre tout à la fois une assurance, une marque pour les transactions, et des processus de médiation différenciés selon les conflits. Son exemple permet d'identifier l'un des premiers intérêts des offres de règlement en ligne des litiges à savoir d'exister, ce qui peut avoir pour effet de rassurer celui qui hésite à s'engager sur l'internet. Il s'agit d'une garantie additionnelle et supplétive, qui ne peut prétendre remplacer les procédures judiciaires ou arbitrales traditionnelles, qui pour être lentes ne sacrifient pas les principes au nom de l'efficacité.

271. Partant du principe selon lequel : "Famille, contrat, propriété sont, de tradition, les trois piliers de l'ordre juridique"²⁹², nous pensons qu'il s'agit dans le droit du commerce électronique pour ce triptyque de la personne, du contrat et de la propriété. Cette modification résulte de plusieurs éléments : l'individualisme libéral, la technologie ("one to one"), l'internationalisation des échanges et l'interactivité. Selon Ripert : "Ce qui assure la stabilité du droit, c'est la plasticité des règles générales, qui peuvent toujours être étendues à des objets nouveaux"²⁹³. Inscrit dans ce contexte, de nombreux juristes soutenaient qu'avec l'accession de la société de l'information, le droit commun suffisait sans besoin de règles spécifiques pour les réseaux numériques. Cependant, cette approche semble être contredite par une multitude de textes

²⁹¹ E. Katsh, Online Dispute Resolution, Actes du colloque " Premières journées internationales du droit du commerce électronique " (23-25 octobre 2000, dir. E. A. CAPRIOLI), co-organisé par le Centre de Droit de l'Entreprise de l'Université de Montpellier et le Département Sciences Juridiques de l'EDHEC, Editions Litec / Droit de l'Entreprise, 2002, p.41.

²⁹² Jean Carbonnier, Flexible Droit, 10e édition, Paris : L.G.D.J., 2001, hors collection, p. 496

²⁹³ Premières Journées Internationales (Synthèse du Colloque de Nice), Eric A. Caprioli, www.caprioli-avocats.com

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

en l'état de simples projets ou adoptés, de natures diverses (directives, recommandations, lois, règlements, ...) et d'origines différentes, qui proviennent de la réalité actuelle. Les sources juridiques se confrontent pour remplir ces nouvelles zones de droit. Est-ce que les modifications apportées aux trois piliers remettent en cause leurs principes fondateurs ? Alors que l'Internet ne modifie pas l'application des règles de droit, il ressort, à l'analyse, que de profonds bouleversements du droit se font jour.²⁹⁴

²⁹⁴Supra 327

SECTION I :

PROBLÈMES SPÉCIFIQUES À L'APPLICATION

TRANSNATIONALE DU COMMERCE

ELECTRONIQUE

272. Conjointement aux textes internationaux ou communautaires qui tendent à uniformiser les législations des différents États, les acteurs privés vont constituer un moyen pour y parvenir. En plus de leur flexibilité, ces protagonistes privés supportent l'idée de l'engagement directe et volontaire indépendamment de l'État de résidence ou leur nationalité. Ils peuvent ainsi encourager une uniformisation des législations, nécessaire au développement des affaires. Aussi, ces parties intéressées énoncent parfois des règles de valeur morale universellement reconnues, ce qui permet de recueillir l'adhésion du plus grand nombre.

273. Le contrat électronique, étant conclu sans la présence physique des parties à travers une technique de communication à distance, est un contrat à distance au sens de l'article L 121-16 du code de la consommation. Conclu avec un cyberconsommateur, il rejoint la catégorie des contrats dits « de consommation », pour lesquels le législateur a mis en place un système de protection relativement efficace. Ces règles retrouvées dans le droit commun des contrats et plus particulièrement dans le droit de la consommation s'appliquent au contrat électronique, mais l'actualité législative quant au commerce électronique démontre que des règles propres sont aussi nécessaires. Cependant, en ce domaine, deux objectifs contradictoires s'opposent : d'une part, un objectif économique (le développement du commerce électronique), et d'autre part, un objectif juridique (la protection du cyberconsommateur).

274. Or, le développement du commerce électronique passe par une confiance essentielle des cyber-consommateurs, qui peut être affirmée par une protection accrue des cyberconsommateurs. Ces deux objectifs ne sont donc pas contradictoires et le législateur français ne s'y est pas trompé en intitulant son projet de loi de transposition de la directive commerce électronique « projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique ». La protection du cyberconsommateur passe par la prévention, elle intervient donc principalement au stade de la rédaction du contrat et plus particulièrement dans la protection du consentement du cyberconsommateur. L'analyse du système de protection du cyberconsommateur montre qu'il y a une influence

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

réciroque du droit commun des contrats et du commerce électronique qui s'accompagne également d'une importante complémentarité.

275. Ainsi, au stade de la présentation du produit ou du service, on remarque une influence du droit commun des contrats par l'application des règles sur la publicité trompeuse et mensongère ou encore celles relatives à l'obligation d'information préalable à la signature du contrat quant à l'offre. toutes ces règles apparaissent cependant insuffisantes pour tenir compte des spécificités du contrat électronique. Les règles du commerce électronique ajoutent aux dispositions du droit commun des contrats sans les modifier, notamment en ce qui concerne la lutte contre les communications commerciales non sollicitées ou spamming, et l'obligation d'information préalable à la signature du contrat sur les différentes étapes de la formation du contrat électronique. L'influence réciroque du droit commun des contrats et du commerce électronique se voit au travers de l'analyse de la protection du cyberconsommateur au stade de la formation du contrat électronique et comprend deux points essentiels. Premièrement, elle assure l'influence toujours grandissante du droit communautaire sur le droit des obligations, et ensuite elle établit que le droit est bien un droit vivant qui continue à évoluer avec la société et à s'adapter dans le but en l'espèce d'assurer une protection efficace du cyberconsommateur.²⁹⁵

276. Le commerce électronique se distingue de « l'abolition des distances géographiques et la réduction du temps »²⁹⁶. Il est devenu un enjeu politique et économique majeur dans les pays industrialisés. L'Internet n'est plus un « no man's land juridique »²⁹⁷ avec le développement de règles juridiques transnationales, en termes de commerce électronique et la possibilité de dématérialiser les documents commerciaux depuis plus de vingt ans. L'élan du commerce électronique dépend de la confiance des utilisateurs sur le système. Le droit a dû intervenir pour relever le défi juridique de comprendre les

²⁹⁵ Thèse sur la Formation du Contrat Electronique : Dispositif de Protection du Cyberconsommateur et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (m.a.r.c.), par N. MOREAU, Université de Lille 2 Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion.

²⁹⁶ E. A. CAPRIOLI, Sécurité et confiance dans le commerce électronique : signature numérique et autorité de certification, JCP G., n° 14, 1er avr. 1998, I 123, p. 1, §1

²⁹⁷ E. A. CAPRIOLI, Sécurité et confiance dans le commerce électronique: signature numérique et autorité de certification, JCP G., n° 14, 1er avr. 1998, I 123, p. 1, §2

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

technologies pointues touchant le commerce électronique (le paiement sécurisé en ligne, la définition des obligations du cybercommerçant...) ²⁹⁸.

277. Le fait que le commerce électronique soit destiné à une forte croissance est indéniable, en raison du développement mondial de l'internet et de la progression rapide de l'accès à ce réseau dans les pays développés ainsi que dans les pays en voie de développement. Il est aussi à souligner qu'il a déjà connu une grande croissance ces dernières années, sans toutefois représenter encore une part significative du commerce dans les pays en voie de développement.

278. Cependant, le commerce électronique n'est ni un phénomène nouveau, ni un phénomène simple à délimiter et encore moins facile à évaluer ²⁹⁹. Tout d'abord, on se trouve confronté par des définitions diverses, donnant naissance à des mesures diverses. Le premier objectif est de créer la confiance. Le commerce électronique ne peut se développer que si les consommateurs et les entreprises s'assurent que leurs transactions ne seront pas interceptées ou modifiées, que les vendeurs ou les acquéreurs sont bien les personnes qu'ils allèguent être, et que les mécanismes de transaction sont accessibles, licites et sûrs. *"La confiance est la condition pour gagner les milieux d'affaires et les consommateurs à la cause du commerce électronique. Pourtant, nombreux sont ceux qui s'interrogent encore sur l'identité et la solvabilité des fournisseurs, leur véritable situation géographique, l'intégrité des informations fournies, le respect de la confidentialité et la protection des données à caractère personnel, l'exécution des contrats à distance, la fiabilité des paiements, les recours en cas d'erreur et de fraude, les possibles abus de position dominante- autant d'aspects qui revêtent une importance accrue dans les transactions transnationales. S'il importe de décourager l'adoption de réglementations nationales incompatibles, il convient également de veiller à l'établissement, au niveau européen, d'un cadre réglementaire cohérent pour le commerce électronique. Ce cadre réglementaire s'appuiera inévitablement sur la législation en vigueur concernant le marché unique, laquelle crée déjà,*

²⁹⁸ V. ETIENNE, Le Développement De La Signature Electronique, Master 2 Recherche Droit des affaires à l'Université de Paris 13, Dirigé par M. GUÉVEL, Année universitaire 2010-2011.

²⁹⁹ Alain Rallet « Commerce électronique ou électronique du commerce ? », Réseaux 2/2001 (no 106), p. 17-72. Disponible sur: www.cairn.info/revue-reseaux-2001-2-page-17.htm.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

dans une large mesure, les conditions favorables aux activités en ligne des entreprises. Dans ce cadre, des mesures spécifiques ont déjà été prises pour accompagner les nouveaux développements."³⁰⁰

279. Il est essentiel de connaître en premier lieu les acteurs du commerce électronique notamment ceux qui peuvent intervenir en raison de l'application transnationale du commerce électronique et en deuxième lieu d'identifier les difficultés pouvant se poser devant ou parfois par ces acteurs soit au niveau Européen, soit au niveau des pays du Moyen Orient, notamment l'Egypte. Pour clarifier nos propos, nous devons nous interroger sur les problèmes propres à la réglementation dans l'Union Européenne (§1) et dans les pays en voie de développement (§2) en ce qui concerne le commerce électronique.

³⁰⁰Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, 15 Avril, 1997, disponible sur: <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/esprit/docs/ecomcomf.pdf>

§1- PROBLÈMES SPÉCIFIQUES À LA RÉGLEMENTATION COMMUNAUTAIRE EUROPÉENNE PROPRE AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE.

280. Ne s'accrochant pas des frontières, le commerce électronique est un commerce international et immatériel par essence et qui, dans cette perspective, est susceptible d'engendrer des problèmes classiques de droit international privé, rendus plus complexes avec le recours à Internet. Il est possible que les parties à une transaction se retrouvent dans un même pays, mais dans la grande majorité des cas, ils sont des partenaires de pays différents ; le contrat peut être exécuté dans un pays autre que celui du lieu de la formation et conclusion. En cas de transactions complètement internes en Europe, pas de réelles difficultés, la législation est la même et se substitue aux réglementations nationales ; mais la situation diffère en cas d'opérateurs de la zone européenne et de partenaires en dehors de la zone communautaire. Le législateur était donc obligé de fixer des règles concernant la législation des prestataires de services de la société de l'information (les fournisseurs des sites d'hébergement, les intermédiaires...), de reconnaissance mutuelle des signatures et de certificats électroniques étrangers, et surtout des règles de conflits de lois et de juridictions. Le législateur communautaire a dû encadrer le commerce électronique, le vide législatif dans ce secteur étant particulièrement dangereux en créant une insécurité juridique notable. Ainsi, nous devons pour cela s'intéresser à tous les aspects et toutes les branches du commerce électronique. Cependant, comme nous allons voir ultérieurement, le fait de poser des normes ou des règles ne suffira pas comme unique moyen de résoudre ce problème, des organes spécialisés doivent être mis en place en aval pour assurer la mise en œuvre efficace de ladite réglementation.³⁰¹

281. Toute société ayant pour but de se faire connaître, dans le bon sens du terme, a intérêt à éviter les conflits avec ses clients. Si l'Internet est un excellent moyen pour communiquer et arriver à une clientèle potentielle énorme, il représente aussi un grand risque de conflit. Donc, une législation claire et complète est le meilleur moyen de prévention contre de tels litiges.

³⁰¹<http://www.kalata.cm/document/enam/MJDA019.pdf>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

pourtant, il arrive que des litiges émanent des rapports commerciaux et l'on se doit, en tant que propriétaire d'une société qui se veut pérenne, de s'assurer de la loi applicable et de bénéficier du maximum de sécurité juridique possible, et s'il y a des litiges, prendre conscience des risques encourus et du droit applicable afin d'en faire bon usage. C'est à ce moment là que les problèmes se posent en raison du caractère d'extranéité du e-commerce. En termes de droit des contrats, le principe de l'autonomie de la volonté est un des éléments essentiels par l'application de l'article 1134 alinéas 1 du Code civil :

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».

282. Cependant, une nuance est à apporter concernant ce principe, puisqu'il faut distinguer ce qui relève du B to B (business to business) de ce qui relève du B to C (business to consumer). Quant au B to B, la loi gouvernant le contrat peut être librement choisie, de même, pour le juge compétent. De plus, il faut relever qu'il se trouve un mode privilégié de règlement des litiges : l'arbitrage (instauration d'un juge privé par les parties). Or, le fait qu'il s'agisse de e-commerce ne change rien à ces prérogatives. On peut donc conclure, qu'entre professionnels, prévaut le principe de liberté de choix de la loi et du juge qui l'appliquera.

283. Cependant, en termes de B to C, une limite doit être apportée à ce principe. En effet, les contrats sont bien souvent des contrats d'adhésion, ainsi, il s'est avéré nécessaire de créer une protection pour la partie faible (le consommateur). Cette protection vient donc entraver la voie de la liberté contractuelle. La protection des consommateurs fait partie des priorités reconnues par les grands organismes régulateurs de l'économie mondiale. Ainsi, l'article 153 du traité de Rome³⁰², tel qu'issu de la révision d'Amsterdam débute par :

«Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs».

³⁰²Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est l'un des deux traités fondamentaux des institutions politiques de l'Union européenne avec le Traité sur l'Union européenne. Il portait le nom de traité instituant la Communauté économique européenne ou traité CE avant l'entrée en vigueur le 1er décembre 2009 du traité de Lisbonne. On l'appelle également couramment le traité de Rome.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

284. Le Conseil Européen, dans sa résolution du 19 Janvier 1999 sur la dimension consumériste de la Société de l'information a déclaré que les consommateurs ont besoin d'une protection particulière dans ce contexte. Enfin, l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economique)³⁰³ a précisé, dans «ses lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique» en 1999, que :

«les gouvernements devaient s'efforcer d'assurer aux consommateurs un niveau de protection au moins équivalent à celui que procurent d'autres formes de commerce ».

285. De tout cela, émane donc un régime plus protecteur offert aux clients du e-commerce qu'aux partenaires professionnels d'un cybermarchand. Si le cadre juridique européen est relativement cohérent, des problèmes nombreux, seront soulevés par le commerce en dehors de la communauté. Si un cybermarchand français se décide à avoir une ouverture sur le monde entier, il sera difficile pour lui de savoir à quelles exigences législatives il devra faire face. La seule solution pour lui serait alors de restreindre sa clientèle cible en limitant le vaste champ territorial de son offre. Ainsi, de grandes entreprises, dans le cadre du « global business dialogue » ou encore la chambre de commerce international (ICC) ont voulu faire appliquer la loi du pays d'origine, mais ils ont dû faire face aux associations de consommateur³⁰⁴.

286. Concernant la situation en France, selon la Contribution Euro-Info-Consommateurs³⁰⁵ - Centres Européens des Consommateurs (CEC) France/Allemagne concernant les travaux préparatoires aux Assises de la

³⁰³<http://www.oecd.org/fr/apropos/>

³⁰⁴ Fiche de discussion sur Le Commerce Electronique International, rédigé par Elfiad Youssef et Poteaux Emmanuel

³⁰⁵ L'une des missions d'Euro-Info-Consommateurs est de signaler à la Commission européenne les problèmes récurrents rencontrés par les consommateurs, surtout si ces problèmes sont dus au non respect par les Etats membres de la législation européenne. Euro-Info-Consommateurs a par exemple tiré la sonnette d'alarme européenne en 2008, en signalant à la Commission européenne les difficultés d'immatriculation récurrentes rencontrées en France par des consommateurs pour certains types de véhicules d'occasion en provenance d'Allemagne pour lesquels il n'existe pas de certificat de conformité communautaire.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

consommation en 2010³⁰⁶, la France ne valorise pas assez sa position au niveau communautaire. Les raisons sont diverses :

- le manque d'entente des organismes garants de la protection des consommateurs au niveau national par rapport aux autres Etats membres, pour parler d'une seule voix au nom des consommateurs,
- le défaut de maîtrise de la langue anglaise qui s'est imposée peu à peu au niveau de la Commission européenne et qui joue un rôle considérable non seulement dans le processus de rendu de la décision, mais aussi dans l'accès à l'information,
- le manque de connaissance des rouages des processus décisionnels, de la culture européenne et des aspects interculturels devenant fondamentaux dans les relations avec les autres associations de consommateurs des différents pays.

287. Comparant la situation en France et celle des autres pays de l'UE ou des pays du Moyen Orient, on peut remarquer en France un haut niveau de protection juridique des consommateurs, mais, qui, hélas, n'est pas assez connu des consommateurs. A quoi peut servir la meilleure loi, si elle demeure inconnue ? A quoi peuvent servir des dispositifs de protection, si les gens qui peuvent s'en servir ne les connaissent pas ? Par ailleurs, l'expérience (selon la contribution du centre Kehl³⁰⁷ en 2009) a montré que l'information des consommateurs était un instrument essentiel non seulement de sensibilisation et d'éducation du consommateur, mais aussi un instrument de prévention des litiges. Les niveaux d'information ou même d'éducation des consommateurs

³⁰⁶http://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/eu-consommateurs/PDFs/evenements/5.1.11_CEC_Assises_de_la_consommation.pdf

³⁰⁷Le Centre Européen de la Consommation est une association franco-allemande d'information et de conseils aux consommateurs basée à Kehl (Allemagne), créée en 1993 à l'occasion de la mise en place du marché intérieur sous le nom «Euro-Info-Consommateurs». Aujourd'hui, l'association est devenue le Centre Européen de la Consommation ayant pour mission de «garantir et promouvoir les droits des consommateurs en Europe, notamment dans le cadre des missions imparties aux Centres Européens des Consommateurs». Choisi par la France et l'Allemagne pour exercer les missions de protection des consommateurs en Europe, le centre de Kehl (Euro-Info-Consommateurs) est la seule « structure binationale » du réseau européen des Centres Européens des Consommateurs. Ils sont actuellement présents dans chaque Etat membre de l'Union européenne (soit 27 Centres auxquels s'ajoutent l'Islande et la Norvège). Le Centre de Kehl est l'interlocuteur direct des consommateurs résidant en France et en Allemagne. Au-delà de cette mission, il est aussi le point de contact de l'ensemble des consommateurs des autres pays lorsque ceux-ci ont un litige avec un professionnel établi soit en France, soit en Allemagne. Les consommateurs étrangers saisissent alors leur propre centre national qui transmettra la demande au centre du lieu du pays du professionnel.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

diffèrent d'un pays à un autre. Ceci résulte des différences de fonctionnement des organismes de protection des consommateurs, des comportements et habitudes des consommateurs ainsi que du rôle des médias. On a observé un manque d'information juridique du consommateur dont les conséquences peuvent devenir plus graves, lorsqu'il achète ou établit une transaction commerciale à l'étranger. Le consommateur n'est pas préparé à faire face aux nouveaux risques émanant de l'internationalisation des échanges commerciaux, comme le montre l'augmentation constante des litiges de consommation entre frontières.

288. Selon A. Yassin³⁰⁸, pour 43% des internautes du monde arabe, le manque de confiance dans les transactions est l'élément qui pose problème. Par ailleurs, la moitié des consommateurs du Moyen Orient (47%), en 2013, n'auraient pas de carte de paiement. Comme il l'a précisé en commentaire de l'article de référence³⁰⁹, il aurait été intéressant d'ajouter à la synthèse :

- a. le taux de pénétration de l'Internet inégal parmi les populations : par exemple, 55,5% des utilisateurs de l'Internet en Jordanie en 2013 ont des vitesses de 512 Ko/s ou moins, la vitesse moyenne en Arabie Saoudite est de 1,85 Mo/s ;
- b. la vitesse de connexion Internet inégale selon les pays et régions du MENA ;
- c. le numéro des maisons et le nom des rues non standardisés.

289. Pour pouvoir bien aborder ce sujet, toute comparaison entre systèmes juridiques arabes d'une part et celui de pays plus expérimentés d'autre part, est adéquate. En effet, l'apparition d'un droit spécifique dans un environnement aussi particulier que le Moyen Orient présente des aspects notablement aussi intéressants à limiter que dans celui où le domaine législatif est composé d'outils quantitativement plus importants. D'où, l'intérêt de s'intéresser aux problèmes propres à la réglementation du commerce électronique dans les pays du Moyen-Orient.

³⁰⁸ Consultant, Social Media et Inbound Marketing basé dans le sud de la France - sur Aix-Marseille.

³⁰⁹ "Le site Wamda publie une synthèse de statistiques de l'e-commerce au Moyen-Orient et en Afrique du Nord (MENA)".

§ 2- PROBLEMES SPECIFIQUES A LA REGLEMENTATION DU COMMERCE ELECTRONIQUE DANS LES PAYS DU MOYEN-ORIENT

290. Il est désormais envisageable que les frontières et les barrières qui ont longtemps divisé les peuples soient sur le point de s'anéantir et que les nouvelles lois réglant les relations humaines soient en train de prendre une forme nouvelle, grâce aux nouvelles technologies de l'information. Aujourd'hui, ces technologies ont, en grande partie, tissé leurs mailles autour du globe et les mots "nation", "communauté" et "frontière" sont à la recherche d'une nouvelle définition. Avec l'apparition de l'Internet et du World Wide Web, le village global, dans le sens de Marshall McLuhan, a peut-être déjà pris forme et la communication n'est semble-t-il plus restreinte ni dans l'espace ni dans le temps. D'autres indications montrent pourtant que certains pays prendront plus de temps à s'insérer dans la nouvelle société de l'information et la net-économie. Le fossé séparant les pays occidentaux, asiatiques, africains et arabes serait-il en train d'être comblé grâce aux technologies modernes ? La région du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord – MENA – compterait 72,5 millions d'utilisateurs de l'Internet. En 2015, le nombre d'utilisateurs pourrait dépasser le seuil des 150 millions d'utilisateurs. D'après les chiffres publiés par ArabNet³¹⁰, la Turquie possède la moitié du nombre d'utilisateurs de l'Internet parmi l'ensemble du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord³¹¹. Les Émirats Arabes Unis, tout comme l'Égypte, par exemple, prennent très au sérieux la nécessité de se restructurer préparant la voie pour la société de l'information et de la nouvelle économie. Les EAU ont d'ailleurs déjà commencé l'aménagement d'une zone franche pour les petites entreprises spécialisant dans l'Internet. L'initiative incorpore la création d'une université spécialisée dans l'Internet et le e-business, d'un centre de développement de logiciel et d'une cité des sciences et de la technologie.

291. Quant à l'Égypte, elle a réservé 120 hectares pour un smart village (village intelligent) dans la Cité du 6 Octobre. Le village héberge des

³¹⁰ <https://www.arabnet.me>

³¹¹ Statistiques : Croissance d'E-Commerce au Moyen-Orient. Disponible sur : <http://www.ya-graphic.com/2012/10/e-commerce-moyen-orient/>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

entreprises de développement de logiciel ainsi que des centres de formation. S'il y a de grandes différences entre les pays dits avancés et les pays arabes, il en existe aussi au sein de ces derniers. Les six pays du Golfe se distinguent par des revenus moyens élevés, une population d'expatriés importante, un système bancaire développé et une infrastructure de communication avancée, donnant comme résultat un taux de pénétration de l'Internet dans ces pays quinze fois plus important que celui des autres pays arabes. Ainsi, dans les 12% de la population arabe totale, 60% de tous les internautes arabes sont dans les pays du Golfe.³¹²

292. Il n'existe pas de législation spécifique à la régulation du commerce électronique dans le monde arabe, bien que l'on ait enregistré le début d'une expérience législative en termes de commerce électronique dans quelques pays, dont la Jordanie, la Tunisie, Dubaï, le Liban, l'Egypte,... Il reste certains vides juridiques, bien que les pays arabes aient essayé d'entamer des réformes, économiques ou numériques, sans réussir à relever tous les défis juridiques du commerce électronique. Une législation est nécessaire pour garantir les droits et les obligations de chacun, et pour contribuer au développement de leurs économies.³¹³

293. Quoique les pays du Moyen-Orient aient de nombreuses raisons d'entreprendre une activité dans le commerce électronique, les problèmes de sécurité des clients restent un grand obstacle à l'expansion des services et du commerce électronique. La plus grande difficulté est probablement l'hésitation des clients à donner des renseignements en ligne sur leur carte de crédit. Le bon fonctionnement d'un site Web que les clients connaissent bien et dans lequel ils ont confiance s'est révélé être l'un des principaux facteurs de succès du commerce électronique. Dans le même ordre d'idées, la croissance de la bande large a accentué le besoin des utilisateurs de protéger leur sécurité et leur vie privée dans un milieu "en ligne". Les particuliers et les entreprises indiquent que les virus informatiques sont les logiciels malveillants qu'ils

³¹²Le commerce électronique et le Monde arabe, Revue Le Manager, No. 47, juin 2000, pages 42-45 disponible sur : <http://www.louadi.com/Vulgarisation/Le%20CE%20et%20le%20Monde%20arabe.htm>

³¹³http://theses.univ-lyon2.fr/documents/getpart.php?id=lyon2.2011.fadel_n&part=353283#Notefn111

rencontrent le plus.³¹⁴ La sécurité demeure un problème pour les entreprises en ligne, car les clients doivent avoir confiance à l'intégrité du processus de paiement avant de s'engager à acheter.³¹⁵

294. Le potentiel du commerce électronique ne peut prendre forme que grâce à une infrastructure adéquate. Dans la plupart des pays en développement, c'est un obstacle majeur. Du fait que les petits marchés Internet à faible revenu de ces pays, particulièrement en Afrique, n'ont pas réussi à attirer d'investissements suffisants dans l'infrastructure et vu l'absence de concurrence, le coût de la bande passante peut y être jusqu'à 100 fois plus élevé que dans les pays développés.³¹⁶ Dans la plupart des cas, ces pays sont hors de portée des câbles en fibre optique et doivent s'en remettre aux satellites pour la connectivité internationale – et même parfois nationale. Il en est ainsi malgré de notables améliorations apportées par la technologie. Un autre sujet inquiétant est le manque de compétences techniques, qui empêche les pays du Moyen-Orient de d'optimiser leur potentiel concret en ce qui concerne le commerce électronique. Un grand nombre de pays en développement n'ont pas de main d'œuvre suffisamment formée dans la technologie et internet. De nombreux pays du Moyen-Orient qui pourraient chercher à se diversifier ou à se lancer dans le commerce électronique se trouvent ainsi fortement désavantagés. Il est très important d'essayer de maîtriser l'ensemble des compétences et des aptitudes nécessaires à une utilisation productive des technologies pour pouvoir profiter des avantages économiques liés au commerce électronique. De nombreux entrepreneurs dans les pays du Moyen-Orient notamment en Egypte n'ont pas les capacités nécessaires pour profiter pleinement du commerce électronique ou n'ont pas conscience de cette nécessité. Même s'ils ont accès à un téléphone mobile ou à l'Internet, ils ne savent pas toujours comment prendre avantage de ces outils au profit de leur activité. Dans certaines circonstances, ils risquent même de ne

³¹⁴ Gefen, David, "E commerce: the role of familiarity and trust", OMEGA, The International Journal of Management Science.

³¹⁵ Commerce Electronique, Développement Et Petites Et Moyennes Entreprises, Organisation Mondiale Du Commerce, publié Le 14 Février 2013

³¹⁶ http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/tdr2013overview_fr.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

pas voir l'importance de la technologie pour pouvoir exploiter les possibilités offertes par le commerce électronique.³¹⁷

295. La question importante qui se pose à ce niveau concernant le monde Arabe ou bien Africain, spécifiquement en Egypte, est celle de savoir s'il est vraiment nécessaire de réglementer le commerce électronique, soit au niveau national ou bien dans la communauté. Il est clair que le commerce électronique pose de nombreux problèmes exigeant des solutions, tous n'ont pas nécessairement besoin d'un nouveau cadre, certains en effet demandent une relecture ou une interprétation des règles existantes (règles sur les contrats à distance). Mais la plupart d'entre eux requièrent une réglementation spéciale et pertinente, visant à protéger les intérêts des divers protagonistes et à accorder un minimum de sécurité nécessaire aux échanges. En effet, le développement du commerce électronique dépend de mesures réglementaires préalables relatives à la validation des actes sous forme électronique, à l'échange de données, protection des consommateurs en ligne, etc....

296. Nous pouvons noter que le vide juridique concernant le commerce électronique dans les pays du Moyen-Orient peut être attribué au fait que le secteur du commerce électronique est encore très embryonnaire dans les pays Arabes et africains et que par ce fait, le besoin d'une réglementation n'est pas pressant. Cet argument est d'autant plus pertinent que le commerce électronique au sens strict aboutissant au paiement des transactions par des procédés électroniques n'est qu'au stade de la gestation dans la zone des pays du Proche et Moyen-Orient, ou bien les pays en voie de développement. En Egypte par exemple, il y a des sites marchands présentant des offres d'affaires ou de partenariats à établir qui précisent que si le paiement doit s'effectuer, il interviendra suivant les modalités classiques.³¹⁸ C'est un secteur dont les limites techniques et les aspects juridiques restent encore très vagues. La prudence est donc de mise, mieux vaudrait attendre. De plus et en toute

³¹⁷ www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/.../w193_f.doc

³¹⁸ http://www.journaldunet.com/solutions/0306/030616_wireless.shtml : « la norme ISO 7498-2, de 1989, décrit cinq grandes catégories de « services » relatifs à la sécurité : le contrôle d'accès, l'authentification, la confidentialité et l'intégrité des données, la non-répudiation. La norme 802.10 fait en sorte de prendre en compte cette architecture mais comme cette dernière a été principalement définie et créée pour les réseaux de grande envergure (WAN : Wide Area Network), elle la complète et l'affine pour les réseaux de plus petite taille (LAN et MAN) ».

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

logique, on peut observer que les domaines les plus complexes sont aussi ceux nécessitant une intervention rapide du législateur, afin que les intérêts des usagers et la sécurité juridique ne soient pas mis en péril.

297. Si ces arguments sont appropriés à plus d'une raison, ils sont largement insuffisants pour justifier le *statu quo* : l'absence de législation et l'absence du législateur communautaire. Nous pensons que l'encadrement juridique dans ce secteur spécial du commerce est nécessaire pour assurer le minimum de garantie indispensable au développement de telles opérations et à l'émergence de leur pratique. Ce paragraphe met en évidence que les pays du Proche et Moyen Orient, spécialement l'Égypte, n'en sont qu'au début. Face à une législation lacunaire, l'Égypte doit agir au plus vite. L'Égypte doit dépasser le seul fait qu'il a une législation sur la signature électronique³¹⁹ et doit le consacrer à la protection des internautes établissant des contrats en ligne. La preuve électronique est un sujet primordial, urgent face à ce vide juridique. Les techniques de signatures électroniques ne cessent de se développer. Les règles juridiques doivent ainsi toujours s'adapter afin d'accompagner au mieux ce phénomène. Certes, il s'agit d'un système juridique complexe, mais les contrats électroniques ont tout de même réussi à dépasser divers obstacles. Grâce au développement croissant du commerce électronique au niveau mondial, les contrats électroniques occupent une place privilégiée au sein de la catégorie des contrats. Nous sommes entrés, il y a quelques années, dans une nouvelle ère, celle du monde virtuel du web. Ainsi, les pays du Proche et Moyen Orient devront s'efforcer d'évoluer sur un plan juridique afin de profiter des avantages commerciaux et sociaux, en toute sécurité.³²⁰

298. L'Internet comme espace social virtuel est pleinement investi par l'imaginaire politique de ses acteurs. C'est sur la question des formes que doit prendre l'encadrement des usages et des rapports sociaux que diverses conceptions s'opposent. Elles s'analysent en ce qui concerne la vision libertaire, contractuelle, et réglementaire (régulation impérative). Cette typologie indique qu'en fait ces conceptions varient selon l'importance plus ou

³¹⁹ L. Costes, Transactions en ligne, preuve et signature, Lamy, droit de l'informatique et des réseaux, n°122, Fév. 2000, p. 5.

³²⁰ Thèse par A. Jabber, docteur à l'Université Montpellier I, Les Contrats Conclus par Voie Electronique : Etude Comparée, soutenue, le 30/6/2012

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

moins grande accordée au rôle joué par les États et les institutions démocratiques dans le processus de régulation. C'est pourquoi, on peut dire que derrière ces conceptions se dissimulent en fait divers courants idéologiques projetant sur l'Internet leur propre choix de société. Chaque courant axiologique cherche à faire supplanter sa propre conception afin de préserver sa capacité à configurer ce nouvel espace social conformément à sa philosophie des rapports sociaux. Le caractère entre frontières de l'Internet interpelle les États d'un double point de vue. D'une part, celui d'une nécessaire coopération dans le domaine de l'entraide judiciaire et policière pour l'effectivité des décisions de justice et l'efficacité des enquêtes et poursuites policières. D'autre part, celui d'une coopération nécessaire dans le domaine des règles relatives à la licéité des contenus, aux flux de transfert en dehors des territoires de données à caractère personnel, aux contrats établis via l'Internet, à la sauvegarde des droits en tant que propriété intellectuelle, etc. A défaut d'une telle coopération, les États s'exposeraient à pérenniser la brèche d'imprévisibilité juridique ouverte dans leur ordre juridique interne par le caractère pluri-localisé des cyber-litiges. Pour limiter l'extension de cette zone d'incertitude juridique au sein de leur propre ordre juridique, les États se trouvent obligés à être ouverts à toutes formes de coopération visant à l'harmonisation conventionnelle des normes d'encadrement des activités qui se nouent via l'Internet. Mais, la coopération interétatique dans le domaine normatif de l'Internet confronte les États à des difficultés sérieuses en termes de compatibilité entre traditions juridiques différentes³²¹, de compatibilité entre options nationales différentes dans le domaine des mesures de sécurité nationale³²², etc.

299. Ces difficultés bien souvent ne peuvent être surmontées qu'au prix de lourdes concessions qui restreignent le champ d'exercice des compétences exclusives, restreignent la marge nationale d'appréciation du niveau adéquat des limites à apporter au régime des libertés, et portent atteinte aux traditions

³²¹C'est le cas pour le régime de la liberté d'expression entre les États-Unis et les pays européens : si, en Europe, cette liberté connaît une portée relative, aux USA, en revanche, elle bénéficie d'une portée absolue.

³²²Pour certains États, celui de l'Égypte par exemple, la régulation de l'Internet est une question de souveraineté nationale. A ce titre, il trouve légitime d'imposer aux prestataires de service sur le réseau des obligations de filtrage des contenus (qui équivalent à une censure politique) afin de préserver l'ordre idéologique national.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

nationales en termes de philosophie juridique.³²³ D'où l'importance de s'interroger sur le principe de l'Etat souverain et sa mise en cause concernant la régulation du commerce électronique.

³²³ Ahmed Dahmani, José Do-Nascimento, Jean Michel Ledjou, Jean-Jacques Gabas, dirs, *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*. Paris, Éd. Gemdev/ Éd. Karthala, coll. Hommes et sociétés, 2007, 375 p.

SECTION II :

LA MISE EN CAUSE DU PRINCIPE DE L'ÉTAT

SOUVERAIN³²⁴

³²⁴ Voir Droit Souple et Commerce Electronique, par Ninata Sarr, Doctorante aux Universités Montpellier I et Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal), Jurisdoctoria, no. 8, 2012.

300. Le développement logique du contentieux des activités immatérielles et en premier lieu du commerce électronique relance la problématique éternelle de la compétence territoriale et matérielle des juridictions. Les interrogations autour de l'internationalité provenant du concept du contrat électronique avaient posé des défis significatifs aux défenseurs de l'application des règles classiques de droit international privé³²⁵. S'il est vrai que le droit international privé ne se résume pas à un simple conflit de territorialisme³²⁶, il est tout aussi vrai que le périmètre géographique du commerce électronique interroge par son caractère variable et ajustable, à la fois dans l'espace et dans le temps. Aussi doit-on s'interroger: le juge national n'est-il pas «condamné» à défendre sa compétence territoriale en usant de critères discutables et fluctuant d'une tendance à l'autre³²⁷? Le droit matériel national ne manque-t-il pas de hauteur lorsqu'il se réduit à l'expression désuète de la posture défensive de l'Etat à l'encontre de la face cachée du progrès? L'émergence de la *lex mercatoria* avait également déjà mis en agitation la réflexion doctrinale autour de la nécessité de trouver des règles matérielles universelles applicables aux litiges transnationaux: ces règles étaient conçues pour passer d'une fonction de subsidiaire à celle de lignes directrices principales. La rencontre entre la *lex mercatoria* et le commerce électronique apparaît décupler la force de dissémination de ce nouveau corpus du droit. La mise en cause du principe de l'Etat souverain est, en effet, un facilitateur, même un générateur de règles internationales applicables en matière de commerce électronique.

301. Les traités de Westphalie de 1648³²⁸ mettant fin à la guerre de Trente ans (1618- 1648) sont considérés comme la charte constitutionnelle de l'Europe et consacrant la disparition de l'ordre médiéval³²⁹. Ces traités ont posé les premiers éléments d'un "droit public européen", en construisant l'Europe

³²⁵Eric A Caprioli (Avocat à la Cour de Paris, Docteur en droit.) et Ilène Choukri (Avocat au Barreau de Nice, Docteur en droit) réflexions et perspectives autour de l'arbitrage international et du commerce électronique : vers une nouvelle gouvernance du contentieux ? Disponible sur : http://www.victoria.ac.nz/law/nzawl/PDFS/SPECIAL%20ISSUES/HORS%20SERIE%20VOL%20XVII/08%20Caprioli_Choukri.pdf

³²⁶Olivier Cachard, La régulation internationale du marché électronique (LGDJ, Paris, 2003) p 13.

³²⁷Cass.. 1re civ, 9 décembre 2003, n° 01-03.225, Roederer : JurisData n° 2003-021338 ; JCP G 2004, II, 10055, note C Chabert ; D 2004, p 276, obs C Manara.

³²⁸Les traités de Westphalie conclurent la guerre de Trente Ans et la guerre de Quatre-vingts ans le 24 octobre 1648. Ils sont à la base du « système westphalien », expression utilisée pour désigner le système international spécifique mis en place, de façon durable, par ces traités.

³²⁹Jean-Jacques ROCHE, Relations internationales, Paris, L.G.D.J., 3e édition, 2005, p.99~ Jean COMBACAU et Serge SUR, Droit international public, Paris, Montchrestien, 6e édition, 2004, p. 18 et s.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

des Etats. Depuis cette date, la légalité et la souveraineté des Etats sont reconnues comme principes essentiels des relations internationales entre - Etats. Cette souveraineté westphalienne a une double forme. D'une part, c'est une souveraineté externe où les Etats ne sont sujets à aucune autorité, ni nationale, ni régionale, ou internationale. Autrement dit, chaque Etat reconnaît tout autre Etat comme son égal. Cette souveraineté possède deux éléments : un interne selon lequel tout Etat dispose d'une autorité exclusive sur son territoire et sur la population qui s'y trouve et, et un autre externe selon lequel chaque Etat n'a pas le droit d'intervenir dans les affaires internes d'un autre Etat.³³⁰

302. La mondialisation produit un des modes de création du droit, par l'intervention accrue d'entités sans normes. Ainsi, l'Etat qui détenait le monopole de la normalisation, s'est trouvé profondément concurrencé par des entités normatives non étatiques. C'est une tendance vers une sorte de « contractualisation du droit », ou plutôt vers un « droit négocié ». La faiblesse du droit étatique revient essentiellement à la rapidité du rythme d'évolution des technologies, souvent en décalage avec le rythme d'évolution du droit. Ensuite, les législations étatiques sont tellement fragmentées et hétérogènes, qu'il est difficile de concevoir une législation harmonieuse qui puisse contenir tous les aspects du commerce électronique. Cette transformation a fait passer le droit de la logique de la réglementation verticale à la logique de la régulation horizontale. C'est ainsi que l'on a vu surgir de nouveaux acteurs de la régulation de l'Internet en général et du commerce électronique en particulier. L'autorégulation fait référence aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui les ont faites. Elle entraîne une coïncidence substantielle entre auteur et destinataire de la régulation. Les techniques de régulation sont développées par différentes parties et prennent plusieurs formes. Parmi ces parties intéressées on peut citer notamment : l'ICANN, l'ISOC (Internet Society), l'IETF (Internet Engineering Task Force), la W3C et le SDMI (le consortium Secure Digital Music Initiative).

³³⁰ Essai sur la diffusion du modèle européen du procès équitable à la politique uniforme de résolution des litiges relatifs aux noms de domaine " UDRP " par Yassin EL SHAZLY, Université Lumière-Lyon 2 - Master 2 recherche. Disponible sur http://www.memoireonline.com/08/07/552/m_diffusion-modele-europeen-proces-equitable-udrp2.html

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

303. De multiples questions juridiques, touchant au droit pénal, public, civil, commercial, fiscal se posent à propos du pouvoir de l'état pour réguler le commerce électronique (communautaire ou bien international). On essaiera ici d'en signaler quelques-unes, en particulier celles constituant une entrave au développement du commerce électronique. Une des questions les plus traitées entre les experts, concerne la compétence juridique internationale pour un litige qui comporte un élément d'extranéité qui se rattache par nature à plusieurs ordres juridiques. Certaines difficultés concernant ce sujet, vont entraîner un encadrement normatif de la justice étatique.

§ 1- LES JURIDICTIONS ETATIQUES COMPETENTES **CONCERNANT LES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE** **ELECTRONIQUE**³³¹

304. Longtemps utilisé dans d'autres branches du droit, le droit souple ou soft law apparaît comme « une nouvelle forme de régulation sociale aux côtés des normes traditionnelles émanant de l'institution étatique ». Les intéressés du commerce électronique sont capables de s'en saisir pour compléter l'œuvre législative. Le droit souple est composé de règles diversifiées qui ne font pas l'objet d'une délimitation précise et qui se distinguent principalement par leur caractère non contraignant. En droit international public, le droit souple constitue un moyen de régulation utilisé par les États pour parvenir à un compromis sur un certain mode de gouvernance. À côté du droit souple interétatique comme la CNUDCI (traitée ci-dessous), se développe un autre droit souple provenant des acteurs privés qui se dotent de normes privées pour organiser leurs relations. Ces normes privées, en plus de leur caractère non contraignant, se caractérisent également par leur origine extra étatique et la négociation qui conduit à leur élaboration.

305. Néanmoins, les objectifs du législateur se heurtent à des obstacles. Les règles de droit issu de la réglementation étatique présentent en effet plusieurs caractères qui ne s'accommodent pas facilement des réseaux numériques. Le commerce électronique s'effectue dans un marché qui n'est assujéti à aucune frontière tangible et est exercé par des parties avec des traditions juridiques différentes. Les règles de droit national et international ne suffisent pas à régir les relations qui se tissent sur les réseaux numériques. Philippe Amblard affirmait que « la réglementation étatique renvoie à un modèle territorial du droit, alors que l'Internet se caractérise par son architecture internationale et décentralisée. La nature même de l'Internet contredit la logique étatique ». Dans le même sens, Olivier Cachard nous renseigne sur le fait que des auteurs nord-américains «prennent appui sur la dématérialisation des échanges et sur

³³¹Thèse par A. Jabber, docteur de l'Université Montpellier I, Les Contrats Conclues par Voie Electronique : Etude Comparée, soutenue, le 30/6/2012

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'altération de la perception de l'espace pour contester l'adaptation des règles de rattachement ».

306. La détermination de la juridiction étatique compétente concernant les contrats à distance est importante puisqu'elle dépend, d'une part, de la détermination des procédures à suivre pour régler le litige et d'autre part, elle assure ultérieurement de l'exequatur d'un jugement rendu par un tribunal étranger qui devrait être exécuté sur le territoire d'un autre Etat. Mais pour déclarer compétente la juridiction d'un tel Etat, cela requiert - comme en matière de conflits de lois - de vérifier préalablement que le contrat à distance présente un élément de rattachement entre cet Etat et les éléments du litige.³³² Autrement dit, le contrat à distance ne pose pas toujours un problème de conflits de juridictions de droit international privé. Cela dépend des circonstances propres à la transaction. En effet, si l'ensemble des éléments du contrat litigieux se trouve exclusivement rattaché au territoire d'un seul Etat, le problème de conflits de juridictions ne prend pas place. Il s'agit alors d'un conflit interne de juridictions où les règles procédurales de cet Etat déterminent la juridiction nationale compétente à reconnaître le litige.³³³ Cependant, si les éléments du contrat litigieux se trouvent rattachés aux territoires de plusieurs pays dont les tribunaux paraissent potentiellement compétents, le fait exige un conflit international de juridictions. Toutefois, le rattachement du contrat à distance au territoire d'un pays déterminé pose une grande difficulté en termes de vente électronique. Sur Internet, les frontières s'effacent et le caractère peu localisé du réseau rend l'établissement de l'existence d'un tel rattachement difficile.³³⁴

307. Malgré la différence entre les compétences judiciaire et législative, les deux sont étroitement liées de par l'influence de réciprocité qu'elles exercent l'une sur l'autre. Le conflit de lois est commandé par le conflit judiciaire, puisque le juge compétent applique ses propres règles en ce qui concerne tant le rattachement que les qualifications ou l'ordre public. Ainsi, les parties

³³² B. Audit., *Droit international privé*, Economica 370, 6e éd., 2010, p. 290, n° 319

³³³ http://www.memoireonline.com/01/13/6864/m_De-la-vente-electronique-en-droits-congolais-et-compare-etude-de-la-jurisdiction-competente18.html#fnref72

³³⁴ Mémoire rédigé par Augustin NSILAMBI MAMBOTE sur la vente électronique en droits congolais et comparé : étude de la juridiction compétente, Université libre de Matadi RDC - Maà[®]trise en droit 2011.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

cherchent à attirer le litige devant le tribunal dont la règle de conflit désignera la loi la plus favorable. En revanche, le conflit de lois n'a pas la même influence sur le conflit judiciaire³³⁵. En France, la Cour de cassation n'a pas hésité à affirmer dans plusieurs arrêts que le juge français ne peut se déclarer incompétent au motif que la loi étrangère est applicable³³⁶. Le système de compétence internationale français n'était réservé qu'aux français. D'une part, les deux articles 14 et 15 du Code civil français accordent compétence aux juridictions françaises pour connaître des litiges impliquant un français, demandeur ou défendeur ; et d'autre part, l'incompétence des juridictions françaises dans les litiges entre étrangers a confirmé que l'on est devant un système assez réservé envers la compétence juridique internationale sur les critères géographiques. En revanche, le système français a écarté progressivement la compétence judiciaire qui s'appuie uniquement sur les critères de la nationalité et l'a totalement abandonné dans l'arrêt de la Cour de cassation en 1948³³⁷ «l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises»³³⁸.

308. Déterminer la loi applicable et le juge compétent sont deux opérations procédant de la même démarche : dans les deux cas, on fait face à une autorité publique. En face d'une question de compétence législative, cette autorité est le législateur, auteur de la loi sur l'application de laquelle on s'interroge. En face d'une question de compétence judiciaire, cette autorité est le juge, celui qui a été saisi et à qui les parties demandent de rendre un jugement tranchant le litige. Dans les deux cas, l'autorité publique est une autorité de norme. L'autorité publique en cause en cas de question de compétence législative, est le législateur qui édicte des lois, normes générales et abstraites. L'autorité publique en cause en cas de question de compétence judiciaire, est le juge, qui prononce des jugements, normes spéciales et concrètes. Dans les deux cas, l'acte de norme pris par l'autorité publique implique que son efficacité est conditionnée par la compétence de cette autorité. Pour le conflit de lois, on se demande si les contacts entre la question de droit et le pays auteur de la loi sur

³³⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9e éd., Dalloz, 2007, n° 439.

³³⁶ Cass. Civ., 19 juin 1963, 16 janv. 1973, 19 mars 1973.

³³⁷ Cour de cassation Chambre civile, 21 juin 1948, Patino, J.C.P. 1948.II.4422, note Lerebours-

Pigeonnière.

³³⁸ L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, Presses Universitaires de France, édition 2004, p. 181 et suiv.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'application de laquelle on s'interroge, sont assez forts pour justifier l'application de cette loi à cette question. Pour le conflit de juridictions, on se demande si les contacts entre le litige concret et les tribunaux sur la compétence desquels on s'interroge, sont assez forts pour fonder cette compétence. On pourrait conclure que puisqu'il s'agit toujours de déterminer dans quel cas un État est compétent pour édicter une norme de droit privé, les solutions du conflit de lois et celles du conflit de juridictions devraient être les mêmes, les règles de compétence législative et les règles de compétence de la juridiction devraient être identiques.

309. Dans cette hypothèse, rechercher le juge auteur légitime d'une norme de la juridiction, à l'égard de telle question de droit, et rechercher le législateur auteur légitime d'une norme législative, à l'égard de cette même question, aboutirait à la désignation d'un seul et même État. Il y aurait donc assimilation des solutions aux questions de compétence judiciaire et législative, assimilation sur laquelle il va falloir maintenant s'interroger.³³⁹

310. Pour étudier les règles qui nous permettront de déterminer la juridiction compétente dans un contrat électronique, nous devons examiner plusieurs dispositions dans des textes juridiques divers³⁴⁰. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a été, depuis sa mise en vigueur, la référence inévitable en Europe pour voir la détermination de la juridiction compétente dans les contrats internationaux. Cependant, le Règlement (CE) no 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est devenu l'instrument législatif adapté pour la détermination de la compétence judiciaire pour le commerce électronique. Le Règlement, entré en vigueur le 1er Mars 2002, remplace la Convention. Pourtant, la Directive 2000/31 du Parlement Européen et du Conseil sur le commerce électronique, à son article 1.4, souligne que « la présente n'établit pas des règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la

³³⁹<http://www.cours-de-droit.net/cours-de-contentieux-international-prive/cours-de-contentieux-international-prive,r429388.html>

³⁴⁰R. Duaso, La détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable aux contrats de cyberconsommation disponible sur: http://www.lex-electronica.org/docs/articles_128.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

compétence des juridictions » ; elle invite à l'application des Conventions de Bruxelles et de Rome. La Convention de Bruxelles, en son article 2, établit la règle générale de la compétence de l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur, en raison de la position dans laquelle se trouve cette partie, qui en général est la plus faible, quoique cette règle générale trouve des exceptions en matière contractuelle. L'article 5.1 de cette Convention retient la compétence du "tribunal du lieu" où l'obligation a été ou doit être exécutée », en tenant compte d'un lien particulièrement étroit entre le tribunal et le litige, bien qu'il puisse y avoir des difficultés à déterminer ledit lieu quand l'exécution s'est faite en ligne. Le Règlement communautaire qui a entre autres comme but de tenir compte des spécificités du commerce électronique précise cependant à son article 5.1 b) le caractère du « lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande » en distinguant :

- *En cas de vente de marchandises, le lieu d'exécution est celui où en vertu d'un contrat les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ;*
- *pour la fourniture de services, ce lieu sera celui où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis."*

311. Le Règlement énonce ces règles – pouvant s'appliquer en cas de téléchargement – et désigne comme compétent le juge du lieu où ont été reçues les données téléchargées et non le juge du lieu depuis lequel elles ont été envoyées. Avant la réforme de 1972 du Code de la procédure civile³⁴¹, la prorogation conventionnelle était admise de façon générale. En revanche, après cette modification, la question maintenant est de savoir si la prorogation conventionnelle est désormais interdite, exception faite des contrats entre commerçants ?

312. Nous sommes ainsi poussés à poser cette question³⁴², c'est l'article 48 du Code de Procédure Civile français :

«Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été

³⁴¹http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=16AA76ECA7979FEACEE33BD302FB8442.tpdjo04v_3?cidTexte=LEGITEXT000006068446&dateTexte=20131020

³⁴²Thèse par A. Jabber, docteur de l'Université Montpellier I, Les Contrats Conclus par Voie Electronique: Etude Comparé, soutenue, le 30/6/2012

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

313. Dans l'arrêt du 17 Décembre 1985, la Cour de cassation affiche un avis différent où :

« les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu'il s'agit d'un litige international et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française ; et l'article 48 du nouveau Code de procédure civile doit s'interpréter en ce sens que doivent être exclues de la prohibition qu'il édicte les clauses qui ne modifient la compétence territoriale interne qu'en conséquence d'une modification de la compétence internationale »³⁴³

314. Cela paraît plus clair qu'une interdiction totale de la prorogation conventionnelle de la compétence qui serait regrettable dans la mesure où cette prorogation dissipe l'incertitude quant à la compétence³⁴⁴. En effet, la Cour de cassation dans son arrêt n'admet que les clauses attributives de juridiction sur le litige de caractère international et à condition qu'elles ne fassent pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française.³⁴⁵

315. Certains auteurs³⁴⁶ voient qu'une «adaptation» et un renouvellement en profondeur sont plutôt nécessaires, mais pas une révolution ou une transformation radicale pour pouvoir répondre au phénomène de la mondialisation du droit portant sur Internet et le commerce électronique³⁴⁷. Ces mêmes auteurs sont bien conscients malgré cela de la métamorphose qu'a subie cette discipline, par la transformation de ses sources d'une part, mais d'autre part à cause de l'altération de l'objet même du droit international privé : «La prolifération de nouvelles sources de droit et le succès des modes

³⁴³C. Cass. 1ère civ., 17 déc. 1985, Dalloz, N° 84-16.338, Bull. 1985 I n° 354, p. 318.

³⁴⁴Batiffol et Lagarde. Droit international privé, 7e édition, 1981. Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, n° 675.

³⁴⁵Thèse par A. Jabber, docteur de l'Université Montpellier I, Les Contrats Conclus par Voie Electronique : Etude Comparée, soutenue, le 30/6/2012

³⁴⁶http://www.lex-electronica.org/docs/articles_128.pdf

³⁴⁷Voir en ce sens B. FAUVARQUE-COSSON, loc. cit., note 10, 2-9.

alternatifs de règlement des litiges invitent à se demander si l'objet de la discipline – résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions – n'est pas devenu trop étroit.»³⁴⁸.

316. On peut bien voir la nécessité de pouvoir compter sur des modes alternatifs de règlement des litiges. Cette façon de faire permet un règlement rapide et peu onéreux de petites réclamations ; on l'emploie en vue de nombreuses transactions de faible valeur effectuées par des consommateurs qui ne pourraient pas se permettre de régler leurs différends devant les tribunaux. Les problèmes qui se posent relativement à la loi applicable et à la juridiction compétente engendrent le besoin de trouver réponse à des questions relatives au caractère contraignant ou pas des modes alternatifs de règlement des différends, à leur champ d'application, à leur articulation avec les voies judiciaires le cas échéant, et le rôle des tribunaux de dernier recours³⁴⁹.

317. Même si d'aucuns sont critiques par rapport à ces modes alternatifs de règlement des différends³⁵⁰, les nouveaux textes juridiques qui ont été spécifiquement envisagés pour servir aux besoins du commerce électronique ont tous pris en considération l'importance de cette approche. Ainsi, même si l'avant-projet de Convention de La Haye n'est pas l'instrument juridique le plus adéquat pour ce qui est de pouvoir compter sur des dispositions précises à cet égard, plusieurs experts ont convenu que la Convention « ne devait pas être interprétée comme faisant obstacle à l'utilisation des modes alternatifs de règlement des différends qui sont appelés à se développer en marge de la convention»³⁵¹. D'autre part, dans la Déclaration du Conseil et de la Commission sur le Règlement 44/2001, précitée, ce souci d'éviter que l'application de ce texte juridique puisse empêcher le développement de ces

³⁴⁸ Supra 369

³⁴⁹ J. SEYVET, loc. cit. Note 1, 5.

³⁵⁰ P. - Y. GAUTIER, loc. cit. Note 55, 252 : « S'agissant des arbitrages, je suis beaucoup plus pessimiste, parce que la présence physique aux audiences m'apparaît irremplaçable. Je ne crois pas du tout au cyber-juge, je crois beaucoup à l'utilisation de l'Internet pour transmettre les assignations, les conclusions, les jugements, etc., mais rendre la justice par écran interposé, franchement non. La justice est humaine, chaleureuse, elle est physique et intellectuelle. »

³⁵¹ Rapport des travaux rédigé par Catherine Kessedjian avec l'aide de l'équipe de droit international privé du Ministère de la Justice du Canada, Mars 2000 disponible sur: <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpd12.pdf>.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

modes alternatifs de règlement des différends est aussi présent³⁵². De même, à l'article 17 de la Directive 2000/31 sur le commerce électronique, on encourage le règlement hors formes judiciaires des litiges, surtout en ce qui concerne les litiges en matière de consommation.

318. Sauf à l'échelle de cadres régionaux au niveau d'intégration abouti, tel qu'au sein de l'Union Européenne, le contentieux du commerce électronique reste encore réservé aux Etats, jaloux de leur compétence de la juridiction et de l'applicabilité de leur droit national, par l'effet de règles de conflits de lois parfois complexes et aux résultats singuliers. En plus, cette résistance des Etats ne sera, jusqu'à prochainement, ni satisfaisante, ni acceptable. L'internationalisme du cadre de protection du consommateur en ligne, confronte les Etats aux limites de leur sacro-sainte souveraineté et place leur impérieuse responsabilité en tant que régulateurs de l'ordre international. Ce débat n'a rien d'inédit et ravive toute la dialectique entre la notion de progrès et le droit. M. Alain Pellet³⁵³ relevait justement qu' «il n'est pas facile d'être «progressiste» lorsque l'on est juriste»³⁵⁴. Cependant, Virally souligne, non moins justement, qu' «on n'échappe pas au droit»³⁵⁵, dans le sens où le droit n'est pas seulement à la remorque de la technique ; il la supporte, l'emploie et en assure le plein effet utile pour la communauté des hommes concernés par elle. Mais alors, de quel droit parle-t-on ? En termes de commerce électronique, le simple renvoi aux règles de droit international privé n'est pas suffisant, d'ores et déjà. Yves Poulet relève ainsi que «si les règles de droit international privé permettent encore aux tribunaux d'affirmer la prééminence des lois nationales, les solutions prônées peuvent être combattues par des juridictions étrangères et en toute hypothèse, la décision se heurtera à

³⁵²Déclaration conjointe du Conseil et de la Commission, note 43, p. 1. Dans cette déclaration, on note qu'« il est d'intérêt des consommateurs et des entreprises de tenter de régler à l'amiable leurs litiges avant d'avoir recours aux tribunaux. Le Conseil et la Commission soulignent à cet égard que le règlement, et notamment ses articles 15 et 17, n'a pas pour objet d'interdire aux parties d'avoir recours à des modes alternatifs de règlement des litiges ».

³⁵³ Un des experts français les plus reconnus en droit international, il est membre et ancien Président de la Commission du droit international des Nations Unies, et est ou a été conseiller de nombreux gouvernements, dont le gouvernement français dans le domaine du droit international public. Il a été notamment rapporteur de la commission Truche à l'origine du projet français de création d'un tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et expert-consultant auprès de la Commission d'arbitrage pour la paix dans l'ex-Yougoslavie (Commission Badinter). Il a été Agent, conseil et avocat dans plus de 35 affaires devant la Cour internationale de Justice et participé à plusieurs arbitrages internationaux ou transnationaux (notamment en matière d'investissements).

³⁵⁴http://www.victoria.ac.nz/law/nzaci/PDFS/SPECIAL%20ISSUES/HORS%20SERIE%20VOL%20XVII/08%20Caprioli_Choukri.pdf

³⁵⁵ Michel VIRALLY, « L'Organisation mondiale », A. Colin, 1972, p. 294.

l'impossibilité d'en assurer l'application dans le cadre d'un réseau sans frontières»³⁵⁶.

319. Ainsi, la dialectique plus ou moins heureuse qui se joue entre les droits nationaux peu ou prou harmonisés, d'une part, et la *lex electronica* ou *lex numerica*³⁵⁷, d'autre part, n'est pas encore épuisée. Pourtant, inévitablement sera constatée l'irrésistible attraction de la *lex numerica* face au pragmatisme des échanges. Dou' l'intérêt de s'interroger sur l'encadrement du pouvoir étatique en ce qui concerne les contrats en ligne.

³⁵⁶Y Pouillet «Les aspects juridiques des systèmes d'information» *Lex Electronica*, vol 10, n 3, 2006: <www.lex-electronica.org/articles/v10-3/pouillet.htm>.

³⁵⁷Eric A Caprioli and R Sorieul "Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales", *Clunet*, vol 2000, 2000, 323-393.

§ 2- VERS UN ENCADREMENT NORMATIF DU POUVOIR

ETATIQUE³⁵⁸

320. Comme l'a relevé Monsieur Pierre Sirinelli³⁵⁹ en 1997, l'une des difficultés majeures de la réglementation réside dans le fait que nombre des excès³⁶⁰ qui se produisent sur l'Internet se développent sous couvert d'un principe érigé en dogme absolu, la liberté d'expression, l'Internet se trouvant ainsi dans une zone de «non-droit ». Aujourd'hui, on ne peut pas parler de "non-droit" mais il reste des difficultés auxquelles le droit essaye de répondre. Le manque d'un territoire réel et d'une autorité qui puisse y exercer sa souveraineté, un contrôle tangible de personnes et objets, a amené certains auteurs à discuter d'espace sans loi³⁶¹. Une «déclaration d'indépendance du cyberspace» a même été prononcée³⁶². Aujourd'hui on ne peut pas parler de vide juridique sur l'Internet : le droit s'y applique comme ailleurs, mais un équilibre doit être trouvé entre liberté et contrôle, en veillant d'un côté à préserver les libertés fondamentales, et de l'autre à sauvegarder les droits fondamentaux de chacun. L'Internet pose des questions de droit nouvelles et nécessite des adaptations du cadre législatif, afin de tenir compte des particularités de l'environnement numérique³⁶³. La réglementation doit assurer que le principe de la liberté d'expression ainsi que la liberté de la presse seront respectées³⁶⁴. Cependant, cette liberté n'est pas a priori absolue, son exercice peut être limité pour des raisons de sécurité nationale, d'ordre et prévention du

³⁵⁸ Mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme d'études supérieures en relations internationales Mention: droit international Par Carlotta CALABRESI, Genève 2001.

³⁵⁹ P. SIRENELLI l'adéquation entre le village virtuel et la création normative – Remise en cause du rôle de l'Etat», in: K. BOELE-WOELKI (éd), C. KESSEDJIAN (éd), « Internet. Which Court Decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique? », La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 5.

³⁶⁰ En tant qu'instrument formidable d'échange d'informations, l'Internet est aussi un vecteur de communication de l'interdit. Sites dédiés à la pornographie et à la pédophilie, diffusion de messages racistes ou révisionnistes et d'informations diffamatoires, gestion de casinos virtuels, vente d'armes, drogues et médicaments interdits sont malheureusement diffusés sur le net, exactement comme dans la vie réelle. C. REVELLI, « Intelligence stratégique sur Internet», Paris, Dunod, 1998, observe qu'avant de pousser des cris d'indignation contre les images pornographiques que l'on peut y trouver, il faudrait se rendre compte qu'elles sont aussi facilement accessibles au kiosque du coin de la rue..., p. 41, note 1.

³⁶¹ Cf. différentes opinions, notamment américaines, citées en T. BALLARINO, « Internet nel mondo dell'legge », Padoue, Cedam, 1998, p. 30-55.

³⁶² Texte publié en C. REVELLI, op. Cit. p. 39-40.

³⁶³ R.G. SCHWARTZENBERG, ministre français de la recherche, dans son allocution d'ouverture du Colloque International «L'Internet et le droit. Droit européen et comparé de l'Internet», qui a eu lieu à Paris, Université Paris-I, Panthéon-Sorbonne les 25 et 26 septembre 2000. Les actes sont disponibles sur le site <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/>

³⁶⁴ Considérant no. 9, directive sur le commerce électronique.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

crime, pour assurer la protection de la santé ou de la morale, de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la dévoilement d'informations confidentielles, etc....³⁶⁵. Ces limites existent dans la presse écrite et en matière audiovisuelle, y compris l'Internet. On peut clairement distinguer deux attitudes envers la réglementation. D'un côté, l'approche libérale des Etats Unis interdisant à l'Etat d'intervenir à l'encontre du principe constitutionnel de la liberté d'expression, traçant ainsi la voie à des multiples excès que le législateur peut difficilement encadrer. Dans ce pays, la préférence est accordée à l'autorégulation sous une surveillance limitée de la Federal Trade Commission ou de la Federal Communication Commission. Dans le modèle nord-américain, pragmatique et lié aux intérêts économiques prépondérants, l'Etat fédéral n'intervient que de manière indirecte et sectorielle, notamment dans le domaine de la protection des données personnelles³⁶⁶.

321. D'un autre coté, vient la position de l'Europe, très attentive à la protection des données et aux intérêts des consommateurs, tendant à attribuer une portée «extraterritoriale » à ces lois nationales. Le choix d'une réglementation dépend aussi de la nature juridique du «cyberespace». Certains auteurs ont assimilé l'espace virtuel à la haute mer ou à une terra nullius³⁶⁷, d'autres à l'atmosphère et à l'espace extra-atmosphérique³⁶⁸. Selon les auteurs qui ont nié au cyberespace une territorialité légale, la réglementation de l'Internet devrait éloigner les règles traditionnelles de conflit de lois. D'autres auteurs refusent cette idée, car les sujets d'Internet sont des personnes réelles qui, en cas d'acte illicite commis par le réseau, subissent des dommages réels à leur réputation et à leurs biens³⁶⁹. De plus, les moyens, instruments et techniques employés pour la communication sont situés dans le territoire d'un

³⁶⁵ Cf. article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'homme.

³⁶⁶ J. FRAYSSINET, « Rapport général » de la séance « Le droit de données: données personnelles et données publiques » du Colloque International «L'Internet et le droit. Droit européen et comparé de l'Internet», qui a eu lieu à Paris, Université Paris-I, Panthéon-Sorbonne les 25 et 26 septembre 2000. Les actes sont disponibles sur le site <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/>

³⁶⁷ M.R. BURNSTEIN: "conflicts in the Net : Choice of Law in Transnational Cyberspace", 29 Vanderbilt J Transnational 1996, p. 89 ; 101-110, disponible sur la banque de données « Lexis-nexis» accessible a la bibliothèque de l'Université de Genève.

³⁶⁸ http://www.academia.edu/439940/Le_droit_applicable_aux_contrats_internationaux_conclus_sur_Internet

³⁶⁹ S. BARIATTI « Internet : aspects relatifs aux conflits de lois », Rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol. 3, 1997, p. 549-550.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Etat et donc sont soumis à des normes juridiques. Par conséquent, même dans le réseau, les situations qui touchent plusieurs Etats sont soumises aux lois d'un Etat qui seront déterminées par les règles de droit international privé. Les problèmes soulevés par l'application aux rapports internationaux de règles établies pour des situations internes sont bien connus en droit international privé, qui les résout par des conventions internationales de droit uniforme, qui sont mises sur pied justement pour faire face aux difficultés qui se présentent, ou par l'application de règles nationales. L'Internet n'est pas un espace virtuel dégagé de tout ordre juridique³⁷⁰. L'absence de souveraineté sur le « cyberspace » ne mène pas à de vide juridique. C'est un nouvel ordre juridique dans lequel l'Etat voit son rôle diminué, des règles d'origine contractuelle basées sur les pratiques et les usages commerciaux sont en train de se former avec une procédure qui ressemble à celle qui a créé la *lex mercatoria*, on parle de «*lex electronica*».³⁷¹

322. Les normes judiciaires édictées au sein du marché intérieur sont connues pour leur caractère ponctuel. Dans le domaine de la coopération civile, leur place est prise par l'ensemble des règles judiciaires nationales, dont l'application est également nécessaire pour la résolution des litiges entre frontières en matière civile. Par ailleurs, les normes laissent souvent certaines questions sans réponse et leur mise en place demande plus de précisions, à l'origine de toute jurisprudence. Cependant, la spécificité du droit de l'Union est à la source d'interrogations supplémentaires, liées à la délimitation de normes issues d'un contexte différent de celui dans lequel elles s'insèrent. L'analyse précise des dispositions judiciaires de l'Union révèle la marge de manœuvre dont dispose le juge national pour leur interprétation dans l'ordre juridique interne. Cette autonomie mérite d'être étudiée, car elle est révélatrice d'une vraie liberté offerte au juge national dans l'application des normes judiciaires de l'Union. Les rapports européens ne sont pas les seuls concernés par les conflits du commerce électronique. À cet égard, on trouve posée la question d'une internationalisation croissante de ce dernier, qui étend l'ensemble de ses critères de compétence aux ressortissants domiciliés dans

³⁷⁰ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYKHEF « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *Revue de droit des affaires internationales*, vol. 5, 1997, p.548-574.

³⁷¹ www.cours-de-droit.net/.../cours-de-droit-des-obligations,r170405.html

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

des États tiers. Ces questions d'articulation entre normes judiciaires de l'Union européens et autres normes de l'ordre juridique international révèlent la complexité de leurs rapports, qui ne peuvent être réduits à une simple superposition et/ou juxtaposition. Elles montrent plus largement qu'un système complet de normes judiciaires européennes dans ce domaine ne signifie pas pour autant un système autonome, mais requiert l'intervention d'autres normes³⁷².

323. Par ailleurs, il existe des normes qui sont développées par les acteurs économiques eux-mêmes. Ces normes ont pris plusieurs formes notamment :³⁷³

(a) Les usages du commerce électronique:

Les usages du commerce électronique: appelée aussi la *lex electronica*, cette forme normative comprend l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le domaine du commerce électronique. Considérée comme étant le pendant électronique de la* *lex mercatoria*, la *lex electronica* est venue pour remplir les lacunes laissées par le droit étatique. L'usage est une des sources les plus importantes du modèle d'autorégulation. Vincent Gautrais³⁷⁴ présente cinq arguments de fond sur la pertinence de l'usage dans la réglementation du cyberspace :

- Premièrement, le cyberspace est caractérisé par une nature transnationale, ce qui a comme conséquence que les instruments issus de l'œuvre étatique, que ce soit dans les textes internes ou internationaux, sont incapables de gérer ce nouvel espace transfrontalier.
- Deuxièmement, la lenteur de la création des lois internes s'accorde mal avec la vitesse de l'évolution de l'Internet, créant ainsi un décalage entre le droit et la réalité.

³⁷²Le Rôle Du Juge National Dans L'espace Judiciaire Européen, Du Marche Intérieur A La Coopération Civile, thèse pour le doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement le 9 décembre 2011 par Mademoiselle Marjolaine ROCCATI.

³⁷³ <http://chemsjuris-dr-e-com.blogspot.com/>

³⁷⁴ GAUTRAIS, Vincent, -----Le contrat électronique international, Bruxelles, Bruylant Academia / Bruylant, 2002, p. 430

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- Troisièmement, le caractère technique de l'Internet, rend plus propice le recours aux usages pour sa régulation, car les professionnels sont les mieux à même de connaître leur domaine et donc, à y mettre les règles de travail.
- Quatrièmement, dans le domaine des affaires, les usagers trouvent un environnement plus propice à leur développement avec l'utilisation de l'Internet, car le monde des affaires, plus que quiconque, perçoit les règles juridiques comme support à leurs actions. C'est pourquoi ils trouvent dans les usages plus de pragmatisme.
- Enfin, cinquièmement, la communauté commerçante est une entité normative. Elle peut donc, mettre en place un ensemble de règles qui peuvent régir leurs rapports.

Quoique le contenu de l'usage soit difficile à limiter, nul ne peut nier son existence réelle et son rôle dans la régulation des rapports économiques. Il prend la forme de principes communs ou de pratiques communes.

(b) Les codes de conduite :

Les codes de conduite apparaissent dans le domaine des relations privées internationales, « comme des instruments incitatifs, expression de cette soft law, dont l'objet tend à la formation de comportements souhaitables ».

La première tentative de régulation du commerce électronique, était en 1987, lorsque la Chambre de Commerce International a élaboré son code de conduite UNCID (The Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Télétransmission) conçu à codifier les principes généraux en termes de télétransmission des données commerciales.

(c) La pratique contractuelle :

Dans un environnement où la pratique contractuelle est assez importante, le développement des guides et des contrats-types prend une grande importance devenant un élément essentiel de la régulation. C'est à travers ces contrats-types que prennent forme les tendances normatives provenant des lois, mais aussi des autres sources normatives.

324. De façon concrète, c'est la faculté de consentement accordée aux parties contractantes qui donne sur le plan normatif une importance particulière à ces pratiques. Le rôle des pratiques contractuelles et les autres mécanismes d'autorégulation conséquentes, est extrêmement important, parce qu'ils contribuent à établir un certain équilibre spontané dans le marché, loin des attractions législatives nationales dispersées. Selon Pierre Trudel³⁷⁵, « les pratiques contractuelles qui s'y développent constituent souvent la source principale des règles qui s'appliquent effectivement aux relations entre les protagonistes». En revanche, vu comme un espace de liberté, l'Internet peut gêner des contrats, établissant des pratiques peu acceptables. Ainsi, certains profitent de l'absence de limites géographiques pour laisser dans le vague la question de la loi applicable. Dans son jugement du 28 octobre 2008, le Tribunal de grande instance de Paris a jugé que dans les conditions générales de vente du site Amazon.com, il y a 18 clauses abusives y compris celle qui remet en cause la responsabilité de plein droit du vendeur en ligne prévue par la loi française pour la confiance dans l'économie numérique.³⁷⁶

Malgré leur importance, les pratiques contractuelles ne sont pas exonérées de critiques. D'ailleurs, l'absence d'un formalisme dans ces pratiques, ne peut que planer des doutes sur leur validité juridiques.

(d) Les labels:

325. La labellisation des sites web est un phénomène remontant jusqu'aux années 90s aux Etats-Unis. Ceux-ci n'ont pas voulu réglementer ce domaine laissant ainsi aux pratiques le soin de mettre en place des règles spontanées. Aujourd'hui, les labels sont de plus en plus utilisés, ayant de formes de plus en plus variées. Il y a deux types de labellisation. Premièrement, il s'agit de la labellisation interne: élaborée au sein même du site, lorsque ses responsables s'engagent à respecter un certain nombre de règles qu'ils ont élaboré eux-mêmes. Dans ce genre de labellisation, il n'y a pas de contrôle périodique par

³⁷⁵ Pierre TRUDEL professeur à l'Université de Montréal. De 1989 à 1994, il était directeur du Centre de recherche en droit public (Public Law Research Centre). De 1985 à 1987, il était directeur du Groupe de travail sur la politique de la radiodiffusion, présidé par Gerald Caplan et Florian Sauvageau. Il était membre of the Québec Bar Committee on access to governmental information and the protection of private information.

³⁷⁶ Cours de droit du commerce électronique par Chemseddine Ethani BARNAT, disponible sur: <http://chemsjuris-dr-e-com.blogspot.com/>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

un organisme tiers indépendant, ni antérieur, ni postérieur. Cet engagement de la part des responsables des sites, peut être fait grâce à un code de conduite ou une charte de confiance.

326. Le deuxième type de labellisation est la labellisation externe. Dans ce type, les engagements sont élaborés par des tiers, assurant ainsi le respect à travers un contrôle périodique. Pour profiter de la couverture du tiers de labellisation, le site doit d'abord respecter un certain nombre de conditions. Une fois respectées, le site labellisé, fera l'objet d'un contrôle périodique. Le résultat de ce contrôle se traduit par l'affichage d'un rapport effectué par le système de label. Si le rapport est positif, le site pourra bénéficier d'un sceau de certification émis par une entité de certification. Ces certificats varient selon les critères choisis. Ainsi, on peut trouver des sceaux de classification de contenu, des sceaux de classification sur le degré de sécurité, sceau sur le degré de satisfaction des clients.

327. L'avantage le plus immédiat du règlement alternatif des litiges dans le contexte du commerce électronique entre frontières est de trouver un règlement hors courts à un nombre des litiges aussi important que possible, ainsi réduire globalement les frais juridiques résultant des litiges entre frontières s. Au niveau macroéconomique, l'avantage est de restreindre le coût économique de l'effet dissuasif que semblent avoir les doutes en matière de compétence et de droit applicable. Nombreux s'interrogent sur la validité et l'efficacité des mécanismes judiciaires ou bien hors formes judiciaires pour le règlement des litiges de consommation en ligne contribuant à développer un esprit de confiance entre des cybermarchands et d'autres internautes, principalement des consommateurs, ce qui favorisera la croissance du commerce électronique³⁷⁷.

³⁷⁷ 2eme conférence de l'OCDE des ministres en charge des petites et moyennes entreprises (PME) promouvoir l'entreprenariat et les PME innovantes dans une économie mondiale: Vers Une Mondialisation Plus Responsable et Mieux Partagée, Istanbul, Turquie 3-5 juin 2004, disponible sur: <http://www.oecd.org/fr/cfe/pme/31946639.pdf>.

DEUXIÈME CHAPITRE:

**LA VALIDITÉ ET L'EFFICACITÉ DU RÉGLEMENT
DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE.**

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

328. Selon Georges Daladier ABI-RIZK³⁷⁸, pour la plupart des services bancaires et financiers, et contrairement aux pratiques de nombreux autres secteurs, une large gamme de solutions en dehors de la voie judiciaire est, dès à présent, proposée au niveau national. Elle se base sur la Recommandation n° 98/257 de la Commission du 30 Mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution hors formes judiciaires de litiges de consommation. L'objectif d'un tel réseau européen est de faciliter l'accès des préjudiciables à des procédures hors formes judiciaires pour la résolution de litiges entre frontières, dans le cas où le fournisseur de services financiers est établi dans un État membre autre que le consommateur. L'idée fondamentale est d'instaurer une reconnaissance mutuelle et un échange d'informations entre les organes nationaux compétents. Cette coopération vise essentiellement à permettre à tout utilisateur de services bancaires ou financiers entre frontières d'en appeler à l'arbitrage d'une tierce partie en cas de litige et ce même si le fournisseur n'est pas lié par le système de règlement des litiges en vigueur dans le pays de résidence du préjudiciable. A cette fin, la personne lésée se voit garantir l'accès à l'organe de règlement des litiges auquel est soumis le fournisseur de services, via l'organe compétent de son propre pays de résidence. Les systèmes de règlement extra-judiciaires des litiges portant sur la fourniture de services financiers prennent des formes différentes, selon les États membres. Certains pays ont choisi d'adopter un système centralisé à l'échelon national, d'autres pour une décentralisation régionale, voire locale. Par ailleurs, il existe aussi bien des systèmes publics que privés. Le statut des décisions arrêtées par ces systèmes varie également : de simples recommandations pour les deux parties (émanant, par exemple, de l'office national suédois pour les réclamations de consommateurs ou du service des réclamations de la Banque d'Espagne), à des décisions ayant un caractère astreignant pour le fournisseur de services (typiques de la plupart des instances privées de médiation dans le secteur bancaire et celui des assurances). On peut souligner ici qu'à l'exception de quelques procédures d'arbitrage spécifiques, les dispositifs de règlement extra-judiciaire des litiges ne privent jamais les contractants de leur droit d'intenter une action en justice,

³⁷⁸ Thèse présentée et soutenue publiquement le 17 Mars 2006 devant le jury de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) par Georges Daladier ABI-RIZK

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

s'ils jugent insatisfaisante la décision de résolution amiable. La directive européenne du 8 juin 2000 sur le «commerce électronique»³⁷⁹ dédie également un article 17, qui montre clairement la volonté de garantir de meilleurs moyens de recours en rendant possible l'utilisation en ligne des mécanismes hors formes judiciaires de règlement des différends (médiation, arbitrage...).

329. Cette voie a été encouragée par une recommandation de l'OCDE puis relayée par la CNUCDI dans le cadre de sa loi type sur la conciliation commerciale internationale⁵¹⁶. Plus loin, c'est la directive des services financiers à distance qui s'est attelée à cette tâche en demandant aux Etats membres de mettre en place des procédures hors formes judiciaires de réclamation³⁸⁰. L'encouragement au recours aux modes alternatifs de règlement des conflits a sa valeur également en termes de finance comme le confirme une communication du 7 février 2001 de la commission européenne sur le commerce électronique et les services financiers³⁸¹.

330. L'objectif de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique est de permettre une utilisation effective des mécanismes de règlement hors formes judiciaires des litiges, en particulier par voie électronique. Pour cette raison, il exige des Etats membres, d'une part, de supprimer ou de modifier dans leurs législations les obstacles à cette utilisation et, d'autre part, une obligation de moyens de veiller à ce que les organes de règlement hors formes judiciaires assurent le respect des garanties procédurales appropriées.

331. En 2010, un consommateur européen sur cinq a rencontré des problèmes lors de l'achat de biens ou de services dans le marché unique. On considère que le coût de ces litiges non résolus va s'élever à 0,4 % dans

³⁷⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»).

³⁸⁰ MATHIEU M.-E., Les services bancaires et financiers en ligne, Revue Banque Edition, Paris, 2005, p. 224-233

³⁸¹ De BROUWER F. et MARTY C., La communication de la commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers, Banque et Droit, mars-avril 2001, n° 76, p. 16 et s. On notera également que la Commission a lancé des initiatives comme la mise en place du réseau EEJ-NET (réseau européen extrajudiciaire) ayant pour objet de relier les systèmes européens alternatifs de résolution des litiges nationaux notifiés à la Commission. Dans le secteur des services financiers, le réseau FIN-NET (Financial Services complaints Network) a été lancé et vise à relier les systèmes chargés au niveau national de la résolution extrajudiciaire des plaintes concernant les services financiers, cités par GRANIER T. et JAFFEUX C., op.cit., p.172.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

l'UE ³⁸². La Commission européenne souhaite donner à tous les consommateurs européens la possibilité de régler les litiges en dehors des tribunaux, quel que soit le type de bien ou de service concerné, le lieu d'achat ou encore le mode d'achat (en magasin ou en ligne). La présence d'un système plus efficace et transparent devrait accroître la confiance des consommateurs et les encourager à comparer davantage les offres dans toute l'UE, stimulant ainsi la concurrence et la croissance économique. Selon les propositions de la Commission, tous les consommateurs pourront recourir à des modes de règlement extra-judiciaires des litiges³⁸³.

332. Cela nécessite l'intervention d'un tiers pouvant proposer une solution ou servir de médiateur entre le client et le commerçant. On apprécie que l'accès généralisé à ces moyens de recours entraîne pour les consommateurs des économies de l'ordre de 22,5 milliards d'euros par an. Les organes extrajudiciaires doivent respecter certains critères qualitatifs et résoudre les litiges dans un délai de 90 jours. Les entreprises devront informer leurs clients de l'organe extra-judiciaires compétent en cas de litige de nature contractuelle. La seconde possibilité offerte aux consommateurs est le règlement en ligne des litiges, processus semblable au règlement hors formes judiciaires, mais effectué entièrement en ligne. Il est prévu de créer une plateforme européenne unique en ligne permettant aux consommateurs et aux commerçants de régler les litiges liés à des achats entre frontières en ligne. Les réclamations des consommateurs seront envoyées directement au moyen de cette plateforme à l'organe hors formes judiciaires national compétent, qui doit contribuer à trouver une solution dans les trente jours³⁸⁴.

333. La question de la compétence de la juridiction quant aux contrats a une réelle plus value : D'une part, la possibilité de déterminer avec certitude la loi applicable à une transaction électronique et d'identifier le tribunal compétent,

³⁸²http://ec.europa.eu/news/environment/111205_fr.htm

³⁸³ Article publiée par la Commission Européenne : Aider les Consommateurs A Faire Leurs Achats En Toute Confiance - 05/12/2011, disponible sur le site de Commission Européenne. La Commission Européenne est, avec le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen, l'une des principales institutions de l'Union européenne. Instituée par le Traité de Rome de 1957 (articles 155 à 163), elle est composée d'un commissaire par État membre, soit 28 commissaires.

³⁸⁴ La Commission propose aux consommateurs de nouveaux moyens de recours rapides, simples et moins onéreux en cas de litiges liés à l'achat de biens ou de services dans l'UE, disponible sur: http://ec.europa.eu/news/environment/111205_fr.htm.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

en cas de litige relatif à une obligation sous contrat par internet est un élément favorisant la confiance des utilisateurs, facteur essentiel pour le développement du commerce électronique³⁸⁵. Doter les colitigants et notamment le consommateur d'une juridiction proche et dont le règlement est assez rapide constitue une garantie fondamentale de l'effectivité de leurs droits³⁸⁶. Ceci demande la présence de règles précises et prévisibles de conflits de lois et de juridictions pour que le commerce électronique ne devienne le lieu d'une foire d'empoigne, faute d'un tribunal pour connaître des litiges et d'un droit appelé à les régir³⁸⁷. A défaut de telles précautions, la reconnaissance et l'exécution de la décision à l'étranger soulève d'importantes difficultés, ce qui nuit à l'intérêt des parties ainsi qu'à l'impératif de bonne administration de la justice³⁸⁸. D'autre part, si la compétence de la juridiction d'un for ne conduit pas nécessairement à l'application de la loi de ce for, elle l'influence cependant. La loi applicable au contrat serait ainsi déterminée nécessairement selon les règles de conflits de lois du for compétent. Ainsi, il ne serait pas certain que le conflit de lois sera résolu de la même façon selon les différentes législations, vu les différences des pratiques judiciaires. Enfin, La compétence de la juridiction et généralement le commerce électronique passé en ligne, représentent un évitable défi pour le juge³⁸⁹.

334. En effet, pris dans un univers qui n'est point celui de son impérium naturel, le juge fait face à un phénomène nouveau qui n'entre peut être pas dans les schémas reçus. En même temps qu'il fait naître de nouveaux types de contentieux, le développement du contrat électronique international ne suscite-t-il pas une évolution des méthodes de traitement des litiges ?³⁹⁰ Certes, l'apparition des nouvelles technologies comprend la présence des règles,

³⁸⁵ Mariem Rekik « Le juge du contrat électronique international », Mémoire, Faculté de Droit de Sfax, 2013.

³⁸⁶ O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Paris, LGDJ, 2002, p. 16 et s., sous le titre « La permanence du droit étatique ». L'auteur traite déjà de la compétence juridictionnelle dans le cadre d'un chapitre intitulé

L'Effectivité des Droits pp.322-422.

³⁸⁷ B.DUTOIT, « Quand le virtuel débouche sur le réel, le DIP conventionnel à l'épreuve des contrats conclus sur internet », dans mélanges offerts à Jean Pierre Sortais, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.115.

³⁸⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHANTILLON, dir. Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.55

³⁸⁹ M.VIVANT, « le commerce électronique, défi pour le juge », D., 2003, n°10, p.676 ; .DE GROOTE, article précité, p.63.

³⁹⁰ Memoir précité, rédigé par Mariem Rekik p. 11.

méthodes et solutions classiquement conçues pour résoudre les litiges traditionnels (par opposition aux litiges générés par les transactions électroniques). La difficulté majeure pour les conflits cybernétiques tient à l'accès rapide à une justice peu coûteuse correspondant à l'environnement dématérialisé des échanges³⁹¹ et prenant en considération leur caractère international³⁹². Bref, cette justice, ne devant pas correspondre à une justice ordinaire³⁹³, doit faire preuve d'une adaptabilité aux caractéristiques des litiges cybernétiques³⁹⁴.

335. Par ailleurs, on se demande s'il est nécessaire d'aménager une nouvelle forme de justice parallèlement à l'apparition de cette forme de contracter³⁹⁵, la forme électronique, d'où provient une justice administrée en ligne. L'étude de ce chapitre s'articule autour de deux composantes en terme de confrontation des nouvelles technologies: la théorie générale du règlement des litiges de consommation en ligne, et le fondement de la détermination du cadre de la juridiction et législative applicable aux contrats de cyberconsommation (**Section I**), d'une part, et le développement du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation européennes en ligne, notamment la théorie générale de la résolution des litiges en ligne et le mouvement "Online Dispute Resolution" (**Section II**), d'autre part. Il est préférable de présenter le contentieux et les difficultés en la matière pour établir de façon certaine que le passage aux modes alternatifs de règlement des litiges en ligne est essentiel pour une bonne administration de la protection du consommateur en ligne.

³⁹¹ A.AYEWOUADAN, « La médiation en ligne », J.C.P.G, n°19, 19.05.2006, p.945

³⁹² A.MARMISSE, « Conflits de juridictions, commerce électronique et consommateurs en Europe », in les premières journées internationales du droit de commerce électronique, actes de colloques de Nice des 23,24 et 25 octobre 2000 organisé par le département Sciences Juridiques de l'EDHEC et l'école de droit de l'entreprise de la faculté de droit de l'université de Montpellier sous la responsabilité scientifique d' E.A.CAPRIOLI, p.77.

³⁹³ A.AYEWOUADAN, article précité, p. 946.

³⁹⁴ Memoir précité, rédigé par Mariem Rekik p. 84.

³⁹⁵ É.A.CAPRIOLI et R.SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales », J.D.I., 1997, p. 3. Voir également, E-A.CAPRIOLO, « Arbitrage international et commerce électronique », RLDI, avril 2012, n°81, p. 117; V.GAUTRAIS « Les principes D'UNIDROIT face au contrat électronique », R.J.T. 2002, 36-2Thémis 481, p. 493 et ses références ; A.ELLOUMI, Le formalisme électronique, thèse de doctorat en droit, faculté de droit de Sfax, 2010, p. 41.

SECTION I :

LA THEORIE DU REGLEMENT DES LITIGES DE
CONSOMMATION EN LIGNE

336. Les mécanismes de règlement privé des litiges de consommation progressent dans un cadre juridique d'au moins trois manières³⁹⁶. La première manière : la loi encourage fortement les entreprises à se conformer à ces mécanismes de recours. Les incitatifs fonctionnent au moyen d'un cadre d'obligations définies, normalement administrés ou supervisés par les pouvoirs publics. Les marchands se conforment généralement à ces obligations, pour éviter de contracter des obligations de réparation (par acte de procédure ou processus réglementaire). La deuxième manière : la loi garantit l'équité dans la relation entre les marchands individuels et les associations qui gèrent les initiatives de règlement privé des litiges. La troisième manière : la possibilité d'en venir à une réglementation peut contribuer à assurer l'établissement et la bonne gestion d'initiatives de règlement privé des litiges. En d'autres termes, quand les gouvernements envisagent de réglementer une sphère donnée, ils peuvent inciter les entreprises à s'auto-réglementer pour répondre aux besoins de la politique gouvernementale. En somme, ces mécanismes de règlement privé des litiges progressent dans un cadre lié aux lois. Au fil des ans, les gouvernements et l'appareil judiciaire ont mis en place un système de règles fondamentales gouvernant la relation entreprise-consommateur.

337. Les entreprises contrevenant aux exigences et interdictions stipulées dans les lois sur la protection du consommateur et dans d'autres lois peuvent faire l'objet de mesures réglementaires ou de poursuites civiles onéreuses, même longues et punitives. Ce risque toujours présent incite les entreprises à prévenir le mécontentement et à offrir des moyens de régler les plaintes qui surviennent. Cependant, quelles sont les obligations minimales des entreprises aux termes de la loi ? Les grands enjeux de la consommation qui sont couverts par les lois des Etats sont l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et l'établissement de garanties implicites pour le consommateur. Par ailleurs, les lois étatiques interdisent la publicité trompeuse, comme nous l'avons examiné dans la première partie de notre travail. Dans plusieurs secteurs, les gouvernements et les tribunaux ont choisi de ne pas exercer de contrôles particuliers sur les mécanismes privés de règlement des litiges de consommation en ligne afin d'en réglementer la qualité ou la structure, mais

³⁹⁶ Etude par Industrie Canada, publiée en 2002, disponible sur: <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01643f.html>.

plutôt de demeurer à l'arrière-plan, protégeant les consommateurs lorsque le marché omet de le faire. Comme nous l'avons remarqué et comme on va l'étudier en détail sous cette section, la loi ou la menace d'un recours à loi établit donc un cadre qui donne aux entreprises la liberté de trouver des solutions appropriées et équitables aux besoins des consommateurs en matière de règlement des litiges en ligne, au moyen d'un mécanisme volontaire et privé.

338. Jusqu'à la Loi Hamon du 17 mars 2014³⁹⁷, le code de la consommation n'établissait pas de définition juridique du consommateur. Il fallait donc s'appuyer sur la jurisprudence pour déterminer les conditions qui devaient être regroupées pour profiter de cette qualité et des dispositions protectrices de la loi. La question est d'importance car elle contrôle pour une large part le domaine d'application des dispositions du code de la consommation, et plus particulièrement la législation sur le démarchage à domicile, les clauses abusives ainsi que le crédit à la consommation. Traditionnellement, le débat recouvre deux questions sur :

- la possibilité pour un professionnel en contrat avec un autre professionnel, de se voir attribuer, dans certaines circonstances, la même protection qu'un consommateur et être en quelque sorte assimilé à ce dernier ;
- l'attribution de cette qualité à une personne morale (société, association, etc.).

³⁹⁷ La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « loi Hamon », instaure de nombreux changements au sein du Code de la consommation. Disponible sur:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028738036&categorieLien=id>.

Les principaux changements engendrés par cette loi portent notamment sur :

- les contrats d'assurances;
- l'augmentation du délai de rétractation en cas de vente à distance ou de démarchage ;
- l'introduction de l'action de groupe en droit français ;
- la vente en ligne;
- le renforcement de la législation sur les clauses abusives ;
- l'encadrement des règles liées au transfert de risques au consommateur en cas de livraison perdue ou endommagée;
- les frais de dossier abusifs des auto-écoles ;
- l'introduction d'un nouveau label fait maison dans les restaurants ;
- l'interdiction des hypothèques rechargeables en matière de crédit à la consommation ;
- la vente d'or par les particuliers ;
- un meilleur encadrement du démarchage téléphonique ;
- l'instauration d'une définition légale du consommateur au sein du Code de la consommation ;
- une réduction de la durée des plans de surendettement des particuliers ;
- l'interdiction des frais de rejet de paiement pour les clients en difficultés financières ;
- le renforcement des droits du consommateur contre l'obsolescence programmée des produits.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

339. Sur ces deux points, la jurisprudence a nettement évolué. Ainsi, en matière de clauses abusives, la Cour de cassation a dans un premier temps, de 1987 à 1993, utilisé le critère de la compétence professionnelle pour protéger un professionnel ayant conclu un contrat dont l'objet ne relève pas de sa spécialité. Puis dans un second temps, pour la première fois dans un arrêt du 24 janvier 1995³⁹⁸ et régulièrement depuis, la Cour de cassation est revenue à une interprétation plus restrictive excluant du champ du code de la consommation les transactions ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le professionnel revendiquant la protection du code de la consommation.
340. Ce critère relève, certes, de l'appréciation souveraine du juge, mais il convient de noter que sa substitution à celui de la compétence professionnelle rend désormais extrêmement difficile la possibilité d'assimiler le professionnel à un consommateur profane. Pourtant, certaines dispositions du code de la consommation ciblent délibérément d'autres destinataires que les seuls consommateurs. Ainsi, les «non-professionnels» peuvent bénéficier comme les «consommateurs » des règles relatives aux clauses abusives, à la reconduction des contrats portant sur des prestations de services et ou encore celles relatives aux contrats de services de communications électroniques. Les dispositions propres au démarchage accordent la protection aux «personnes physiques ».
341. C'est en se reposant sur cette notion de «non-professionnels» que la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 mars 2005³⁹⁹, a reconnu que les personnes morales n'étaient pas exclues du dispositif légal de protection contre les clauses abusives.
342. Pour pouvoir traiter la cyberjustice il fallait s'interroger sur la notion même du consommateur. Maintenant, pour pouvoir analyser les modes extrajudiciaires de règlement des litiges de consommation en ligne qui seront étudiés plus tard (**Section II**), il faut d'abord étudier un système de

³⁹⁸ C. Cass, ch.civ. 1, audience publique du mardi 24 janvier 1995, N° de pourvoi: 92-18227, disponible sur: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007033250>

³⁹⁹ Cass. Civ. 1re, 15 mars 2005, pourvoi n°02-13285, Bull. civ. 2005 I N° 135 p. 116. Publié au bulletin des arrêts des chambres civiles 2005 I N° 135 p. 116

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

responsabilité qui est assez unique au monde virtuel et au commerce électronique, c'est le système d'une responsabilité dérogatoire pour certains acteurs de l'internet. Cette question a un intérêt puisque la protection du consommateur en ligne peut se heurter à des difficultés importantes qui résultent, notamment, des obstacles qu'on peut trouver pour rechercher les individus responsables.

343. *On parle désormais de justice administrée par l'Internet, justice dématérialisée appelée ''cyberjustice''. Celle-ci, désignée fréquemment par le sigle dérivé de l'anglais ODR (online dispute resolution) ou encore par l'expression française de MERL (modes électroniques de règlement de litiges), définit tous les modes de règlement des litiges qui ont pour trait commun d'être administrés en ligne et de réunir les colitigants par voie électronique⁴⁰⁰. De ce fait, trois conséquences découlent. D'abord, la cyberjustice est décrite comme telle, indépendamment de la nature du litige. Il n'existe pas de corrélation entre la dimension électronique du litige et le processus électronique du règlement. Ensuite, la cyberjustice est définie comme telle, nonobstant les modes de règlement suivis. La cyberjustice n'est pas exclusive aux modes alternatifs de résolution, elle concernerait également la justice étatique. Enfin, du degré d'implication de la technologie dans les mécanismes de règlement des différends dépend la nomination des ODR. On distingue à cet égard d'une part les mécanismes ODR assistés par des instruments technologiques et ceux qui sont totalement automatisés, à propos desquels la doctrine n'a pas hésité à parler d'une « déshumanisation » de l'oeuvre de justice''⁴⁰¹.*

344. Protéger le consommateur contre quoi? et qui? En effet, pour pouvoir régler les litiges de consommation en ligne, il faut tout d'abord étudier les difficultés pratiques du régime de responsabilité dans le cadre de la protection du consommateur électronique et notamment, l'évolution jurisprudentielle liée à ces difficultés (§1) pour pouvoir arriver au besoin de concilier les règles de droit international privé avec les contrats de consommation en ligne (§2), une solution qui peut aussi, être critiquable.

⁴⁰⁰ O.CAHRD, « Les modes électroniques de règlement des litiges », Com. Com..décembre 2003, p. 23.

⁴⁰¹ Memoir précité, rédigé par Mariem Rekik p. 85.

§ 1- LES DIFFICULTES PRATIQUES ET CRITIQUES

JURISPRUDENCIELLES DU REGIME DE

RESPONSABILITE DES HEBERGEURS

345. Il existe essentiellement deux catégories d'acteurs sur internet: les internautes et les intermédiaires techniques. Les fournisseurs d'accès à internet, peuvent se classer dans de cette deuxième catégorie. En effet, le fonctionnement du réseau Internet repose sur des professionnels qui donnent à leurs consommateurs une infrastructure technique. Ainsi, la loi pour la confiance dans l'économie numérique envisage la responsabilité des différents acteurs opérateurs de télécommunications, fournisseurs d'hébergement, les fournisseurs d'accès et les éditeurs de contenu. Il faut bien noter que cela sera très difficile de pouvoir comparer entre cette situation et la situation du consommateur normal qui va entrer dans un magasin pour acheter un produit. L'équivalent des fournisseurs d'hébergement, les fournisseurs d'accès et les éditeurs de contenu, peut être relativement mal vu dans le monde physique.

346. Comme nous l'avons souligné dans cette thèse en ce qui concerne la responsabilité du vendeur en ligne, l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, issue de la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000, a introduit un régime de responsabilité de plein droit pour les vendeurs à distance: *«Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, il peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit au consommateur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure».*

347. L'hébergeur, qui a pour fonction d'assurer « même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

toute nature fournis par des destinataires de ces services»⁴⁰², est soumis à un régime de responsabilité limitée. Les hébergeurs sont donc les sites qui assurent le stockage de fichiers. Ces fichiers peuvent être des vidéos: c'est alors le cas de Youtube ou Dailymotion. Ils peuvent être également des images (Flickr), des articles et billets d'humeur (sites participatifs) ou des fichiers divers (rapidshare, fileserve, mega...).⁴⁰³ Comme le prévoit la loi pour la confiance dans l'économie numérique, un hébergeur ne peut-être responsable s' il a eu connaissance du caractère manifestement illicite d'un contenu hébergé et qu'il a agit promptement pour le retirer ou rendre l'accès à cette donnée impossible. Par conséquent, c'est un régime favorable à ce prestataire, car les hébergeurs dégagent aisément leur responsabilité en retirant le contenu litigieux, dès qu'ils ont en eu connaissance.

348. La question qui peut donc se poser c'est de savoir si le consommateur en ligne, dans un sens de protection extrême, peut ou non avoir un recours contre le site même où il a conclu son contrat *Pour assurer le développement du commerce sur internet, il convient de recréer par le droit ce climat de confiance que le temps n'a pu encore apporter à cette activité électronique, et la proclamation forte de la responsabilité unique du vendeur en ligne joue de ce point de vue un rôle essentiel, car l'acheteur sait alors qu'il dispose d'un recours simple, protégé par la loi, en cas de problème de livraison. En effet, le commerce en ligne est et restera spécifique. Cette spécificité se caractérise par un dialogue limité, via Internet, avec le vendeur en ligne. Elle se caractérise également par une perception sensorielle elle aussi limitée de l'objet acheté.*⁴⁰⁴ Mais, la vente en ligne se caractérise par le fait que le consommateur va se trouver devant un professionnel avec qui, il a passé son contrat de consommation, mais aussi devant un site. Quelle est la responsabilité des sites qui hébergent ces fichiers litigieux ? Quand peut-on rechercher leur responsabilité?

⁴⁰² Art. 6-I-2 de la LCEN

⁴⁰³ <http://peregrinationsjuridiques.wordpress.com/2013/03/16/la-responsabilite-des-hebergeurs/>

⁴⁰⁴ Thibault Verbiest, Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, Article sur La responsabilité de plein de droit du cybervendeur : un régime applicable? Publié le 7 janvier 2005 et Dïponible sur: <http://www.droitbelgique.com/actualite-842/la-responsabilite-de-plein-de-droit-du-cybervendeur-un-regime-applic.html>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

349. Le 23 Mars 2010, La CJUE a confirmé ce qui pouvait caractériser l'hébergeur par rapport à l'éditeur⁴⁰⁵. Pour la Cour, la qualification de l'hébergeur «s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées». Elle a aussi précisé que pour obtenir la qualification d'hébergeur, le rôle par le prestataire doit rester passif, son comportement doit être seulement technique, automatique et neutre, et qu'il implique l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke sur son site. Ce qui veut dire que pour retenir devant le juge la responsabilité du site, il faut prouver qu'il a la possibilité technique d'intervenir; qu'il a eu connaissance de l'activité ou de l'information illicites; et qu'il a choisi de ne rien faire contre ces informations. La Cour ici a parlé "des données illicites" et non pas des produits. Et donc si les produits ne sont pas conforme à la commande ou si les informations donnés pas le professionnel ne sont pas complètes, le juge ne pourra pas retenir la responsabilité du site. Cela peut donc être considéré comme une protection faible pour le consommateur.

350. L'affaire Dailymotion⁴⁰⁶:

La Cour de Cassation a été amenée en 2011 à se prononcer sur la qualification de la société Dailymotion d'éditeur ou d'hébergeur. En l'espèce, le film «Joyeux Noël» a été hébergé par Dailymotion sans la permission des ayants droit, et la société avait tardé à supprimer le fichier litigieux. La Cour de Cassation a donc considéré que les outils de classement des contenus sont justifiés par la seule exigence de faciliter l'accès au consommateur, sans lui exiger un choix quant au contenu qu'il a mis en ligne. Pour la Cour de Cassation, Dailymotion n'est pas un éditeur mais simplement est un hébergeur. *"La Cour a donc consacré le critère du contrôle sur le contenu du site. C'est une victoire très importante pour Dailymotion, et plus largement pour tous les éditeurs de services en ligne en France. La Cour de cassation a reconnu dans cet arrêt qui a fait jurisprudence et s'impose donc à toutes les juridictions*

⁴⁰⁵ CJUE, Google France SARL et Google Inc. contre Louis Vuitton Malletier SA e.a., 23 mars 2010, affaires jointes C-236/08 à C-238/08, point 84.

⁴⁰⁶ Cass. Civ. 1, 17 février 2011, pourvoi n°09-67896

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

françaises que Dailymotion bénéficiait du statut d'hébergeur, et qu'il n'était pas soumis au régime de responsabilité des éditeurs. La Cour de cassation a rappelé les termes de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), qui dispose qu'un hébergeur qui ne choisit pas les contenus qu'il héberge ne peut être tenu civilement ou pénalement responsable que s'il a connaissance d'activités ou d'informations manifestement illicites et qu'il n'agit pas promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible. Or en l'espèce, Dailymotion avait bien supprimé la vidéo lorsque ses ayants droit ont fait savoir que le film était hébergé illégalement sur la plateforme. En jugeant que Dailymotion est un hébergeur et non un éditeur, la cour semble opérer un revirement de sa précédente jurisprudence établie dans l'arrêt Tiscali du 14 janvier 2010⁴⁰⁷ qui s'est prononcé en disant que ceux dont les activités sont financées par la publicité sont des éditeurs".⁴⁰⁸ La Cour de cassation protège donc le statut d'hébergeur au détriment du consommateur.

351. Concernant l'affaire eBay:⁴⁰⁹

En 2012, la Cour de Cassation a considéré que le site eBay donne aux consommateurs en ligne des informations pour leur donner l'occasion de passer de plus en plus d'actes de vente *«les assistent dans la définition et la description des objets mis en vente, en leur proposant de créer un espace personnalisé de mise en vente»*. La Cour a donc consacré le critère de jouer un rôle actif de nature à donner aux consommateurs électronique la connaissance des données sur le site. La société eBay n'a pas pu donc invoquer son exonération de responsabilité et elle a été considérée comme un éditeur. Donc, le principe est que la responsabilité civile des hébergeurs ne peut être engagée que si l'hébergeur avait connaissance du caractère illégal ou illicite des données et qu'il n'a pas agi promptement pour les retirer. La responsabilité de l'hébergeur peut donc être considérée comme limitée par rapport à l'éditeur. *"La Cour de Cassation a considéré que eBay fournit aux vendeurs des informations pour leur permettre d'optimiser les ventes et « les assistent*

⁴⁰⁷ C.Cass, 1e Chambre Civile, 14 Janvier 2010, Telecom Italia (Tiscali)/ Dargaud Lombard, Lucky Comics, pourvoi n° U 06-18.855

⁴⁰⁸ Article publié par Guillaume Champeau, le Jeudi 17 Février 2011, disponible sur: <http://www.numerama.com/magazine/18099-la-cour-de-cassation-protège-le-statut-d-hebergeur-de-dailymotion-merci-l-hadopi.html>

⁴⁰⁹ Cass. Com, 3 mai 2012, pourvoi n°11-10508.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

dans la définition et la description des objets mis en vente, en leur proposant de créer un espace personnalisé de mise en vente ». Elle note en outre que eBay envoie des messages à l'attention des acheteurs pour les inciter à acquérir des biens ou à se reporter sur d'autres produits similaires. Ainsi, la société eBay ne peut être considérée comme un simple hébergeur, mais joue un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance ou le contrôle des données qu'elle stocke. La société eBay ne peut alors pas invoquer le statut exonératoire de responsabilité de l'hébergeur, mais doit être considérée comme un éditeur.⁴¹⁰

352. Ces arrêts assez récents qu'on vient d'examiner, sont venus dans le cadre de la protection du droit d'auteur contre les sites responsables de contrefaçon, ce qui est indirectement lié à la protection du consommateur en ligne. Mais la question qui va se poser devant la jurisprudence dans le futur est de savoir si la CJUE et la Cour de Cassation vont toujours retenir la même position de différencier entre hébergeur et éditeur si elles sont saisies par un consommateur insatisfait après avoir conclu un contrat de consommation en ligne pour faute de consentement ou livraison?

353. Les obligations des hébergeurs pourraient toutefois être amenées à évoluer au cours des prochaines années. En effet pour pouvoir protéger les consommateurs en ligne, ces derniers doivent avoir un recours contre les hébergeurs des sites non seulement à partir du moment où un contenu illicite est porté à leur connaissance, et qu'ils n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Allant plus loin, à notre avis, il faut avoir un contrôle *a priori* du contenu et des informations publiés. Les hébergeurs doivent (un jour) être responsables de vérifier que toutes les informations sur leurs sites sont licites et conformes aux règles applicables. Mais certainement cela peut poser quelques difficultés pratiques que les techniciens peuvent résoudre ou trouver des moyens pour faciliter ce contrôle.

354. Jusqu'à l'heure actuelle, la jurisprudence Egyptienne n'a pas bien suivi la position française. En effet, le TGI Egyptien a retenu le 11 Avril 2014⁴¹¹ la responsabilité du site internet exposant des données illicites sans faire la

⁴¹⁰ <http://peregrinationsjuridiques.wordpress.com/2013/03/16/la-responsabilite-des-hebergeurs/>

⁴¹¹ TGI. Eg. 1, 11 Avril 2014, pourvoir n°274/2014

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

distinction (hébergeur-éditeur). La Cour a donc retenu une présomption de responsabilité. La prestation d'un service internet et le fait d'exposer des produits et des données ne sont pas des activités qui se font automatiquement. Selon la cette jurisprudence Egyptienne, l'hébergeur est présumé être actif. Principe refusé par les hébergeurs qui ne veulent pas filtrer les données et les contenus de leurs sites. Nul n'est présumé ne pas connaître l'information qu'il diffuse!

§ 2- LA CONCILIATION CRITICABLE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE AVEC LES CONTRATS DE CONSOMMATION EN LIGNE⁴¹²

355. Le droit des obligations est connu par sa très grande stabilité, c'est pourquoi on peut comprendre que ce n'est pas facile de le réformer quelque soit les besoins, soit au niveau communautaire ou international. La question que l'on peut poser dans cette partie est de savoir si le grand changement dans la vie économique des consommateurs notamment les consommateurs en ligne, au niveau mondial, a ou non une incidence sur le droit international privé, notamment en matière des contrats?

356. Concernant cette question, il ne serait pas possible de ne pas interroger aussi la sociologie juridique pour la protection du consommateur en ligne. Carbonnier a affirmé qu'il est nécessaire de comprendre la sociologie juridique de la question pour arriver à la bonne formation et fonctionnement du contrat⁴¹³. *"Une règle n'a de légitimité que par la réalité qui la secrète et la reçoit"*⁴¹⁴. Lorsqu'on se connecte sur un site pour acheter un produit, un contrat est déjà entrain de se former. L'Internet est plein d'actes juridiques: fourniture d'accès pour la connexion, ou les conventions avec les gestionnaires de plateforme, on a plusieurs d'identifiants et mots de passe et à chaque fois les consommateurs en ligne ont besoins de fournir des informations et de donner leur consentement pour former des contrats qui la plupart du temps, peuvent être qualifiés comme contrat cadre.

357. La plupart des contrats sont conclus, par le biais des formulaires électroniques par plusieurs consommateurs en ligne via leur moyen de communication électronique et dans des circonstances rapides et donc avec le risque de ne pas lire les termes et conditions juridiques. Chaque téléchargement va constituer un contrat, les consommateurs en ligne ne se rendent pas compte de ce fait, et se précipitent pour bénéficier du service. Une

⁴¹² Pierre-Yves Gautier, rapporteur français: Le contrat, bouleversé ou non par l'électronique: un rapport critique, disponible sur: www.henricapitant.org/sites/default/files/France_1.pdf

⁴¹³ J. CARBONNIER, Sociologie Juridique, PUF, Quadrige, 2e éd. 2004, p. 258 s.

⁴¹⁴ F. Terré, Introduction Générale au Droit, 8è éd., Dalloz 2011, n° 36.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

des contreparties que l'on peut noter pour bénéficier du service, est la publicité imposée, que le professionnel utilise pour se rémunérer auprès des tiers.

358. La loi et la jurisprudence ont beaucoup évolué lors de ces dernières années pour répondre aux besoins des consommateurs en lignes mais la question qui peut se poser est de savoir si cette évolution de la loi, de la jurisprudence et du droit international privé ou non est suffisante pour protéger le consommateur en ligne? Est ce qu'il faut toujours partir de cette idée: comment adapter le droit international privé au droit des contrats de consommation électronique?

359. La Loi:

* Depuis la connaissance du réseau Internet, les normes ont toujours existé et évolué. Chaque année, de nouvelles réglementations visent à dématérialiser les rapports physiques de droit privé. En effet, on réglemente rapidement sans réfléchir à moyen et long terme sur les effets possibles à venir de l'internet. Plusieurs directives ont déjà été transposées en matière de la protection du consommateur, notamment la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur le démarchage à domicile, et la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, et finalement la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur la garantie de conformité. Pourtant, on observe que le droit de l'Union Européenne est assez incohérent en la matière. L'idée de la Commission a été de lancer encore une consultation, un livre vert, sur la protection des consommateurs au sein de l'Union Européenne, ayant pour but d'analyser les possibles orientations futures de la protection des consommateurs dans l'Union Européenne en suscitant un débat avec les parties intéressées. D'après le site « Europa » des synthèses de la législation de l'Union, ce livre vert « examine aussi les différents obstacles à la réalisation du marché intérieur dans ce domaine, la question de la protection des consommateurs et les solutions à adopter en vue d'une harmonisation de la réglementation communautaire»⁴¹⁵. En plus, il «analyse les options pour améliorer la coopération entre les autorités publiques chargées de l'application pratique de la protection des consommateurs».

⁴¹⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/other/l32028_fr.htm

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

* A la suite de ce livre vert, a été faite la première proposition d'une directive horizontale sur la protection des consommateurs. L'idée était de reprendre ces quatre grandes directives et de les simplifier, en préférant une approche législative fondée sur l'harmonisation de certains concepts clés plutôt que l'adoption d'une directive cadre.

* Cette proposition a été très critiquée dans toute l'Europe, particulièrement en France. La proposition a été examinée par le Sénat et l'Assemblée Nationale. Selon le Sénat, « La commission veut faire savoir qu'elle considérait que l'option retenue de privilégier une harmonisation totale ou maximum des consommateurs n'était pas compatible avec le principe de subsidiarité », car ce système empêche aux Etats Membres d'aller au delà du niveau de la protection communautaire. Pour le Sénat, cela constitue donc un grand recul. Il ne serait pas acceptable que cette directive relative au droit des consommateurs ait pour conséquence un recul de la protection du consommateur. C'est ainsi qu'il a adopté une solution rejetant et condamnant cette directive.

* La Commission est revenue trois ans plus tard avec la Directive du 25 octobre 2011 relative au droit des consommateurs, mais qui se concentre uniquement sur les contrats à distance (vente par correspondance, le commerce électronique etc), et les contrats hors établissement, comme le démarchage. Ceci est donc un champ extrêmement restreint, un texte qui ne porte finalement que sur quelques questions:

- les informations préalables qu'il faut fournir au consommateur
- l'information sur le droit de rétractation
- l'information du moment où il va falloir payer
- interdiction pour un professionnel de précocher les cases
- et finalement un délai de rétractation porté à 14 jours, au delà duquel le consommateur doit être remboursé par le professionnel.

* Elle harmonise donc la liste des informations à fournir aux consommateurs, et leur donne la possibilité de rétractation pour les achats effectués à distance ou hors établissement. Cette directive a été transposée le 13 juin 2013, la date limite

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

autorisée pour son entrée en vigueur. La réponse de la France fut la Loi Hamon 18 mars 2014 relative à la consommation, prévoyant entre autre «la mise en place d'une action de groupe liée aux litiges de consommation de masse, en vue de réparer des préjudices économiques découlant de la violation des règles de concurrence ». L'élément phare de la loi est donc l'action de groupe lié au litige de consommation de masse. Dans cette loi existe le texte qui prévoit la meilleure transposition d'achat sur internet, avec un délai de rétractation de 14 Jours, avec remboursement sous 30 jours en cas de rétractation de l'achat. Les professionnels de l'Internet se moquent de notre vie privée et possèdent une vision complètement marchande de notre profil. La seule question est alors de savoir si l'internaute a eu la possibilité de prendre sérieusement connaissance de toutes ces informations et conditions?

** "Parmi les mesures phares de cette loi, l'action de groupe « à la française » est assurément la plus emblématique. Qu'est-ce que l'action de groupe ? Quelles conséquences pour la franchise ? Quelques éléments de réponse. Qu'est-ce que l'action de groupe ? L'action de groupe est la mise en commun au sein d'une même procédure, de toutes les demandes de réparation émanant d'un grand nombre de consommateurs. En pratique, l'action de groupe vise à simplifier les demandes de recours des consommateurs portant sur des petites sommes. Jusqu'à maintenant, lorsqu'un consommateur souhaitait demander réparation sur un petit litige de quelques euros, il devait saisir le tribunal, payer les frais de procédures et remplir des tonnes de papiers pour défendre son dossier... Devant la complexité du recours, bon nombre de consommateurs renonçaient à attaquer juste pour quelques euros laissant ainsi de fait les mains libres aux entreprises indécates. Avec l'action de groupe, les choses vont être radicalement différentes. En effet, en cas de « petits litiges » touchant un grand nombre de consommateurs, une association de consommateurs pourra se saisir de la plainte et porter la procédure pour obtenir réparation. Cette procédure collective ne pourra porter que sur les préjudices liés à l'utilisation d'un produit défectueux ou à des pratiques anti-concurrentielles (prix gonflés artificiellement dans le cadre d'une entente entre concurrents par exemple). Elle ne pourra donner lieu à des dommages et intérêts (comme aux Etats-Unis), mais se limitera au remplacement de l'appareil défectueux ou au remboursement des sommes indument perçues par*

l'entreprise. Pour les contentieux les plus simples, c'est-à-dire pour les consommateurs facilement identifiables comme des abonnés, une procédure accélérée pourra être engagée avec des indemnisations généralisées pour tous les cas similaires sans démarche supplémentaire de la part des consommateurs. Sont exclus du champ de l'action de groupe les domaines de la santé et de l'environnement. Mais globalement, l'action de groupe ne devrait pas changer grand chose sur le plan financier pour les entreprises en franchise puisque son champ d'action se limite au remplacement des appareils défectueux et aux remboursements des trop-perçus⁴¹⁶. C'est donc une arme de dissuasion efficace car, à ce jour, aucune d'entre elles n'a été condamnée pour des procès abusifs. Menacer une entreprise d'une action de groupe devrait donc inciter les professionnels impliqués à changer leurs méthodes et à tenir davantage compte des plaintes de clients.⁴¹⁷

360. **La jurisprudence:**

** "jusqu'à présent, elle demeure notamment cantonnée en matière extracontractuel – droits de la presse, vie privée, etc. – et oscillant entre le libéralisme pour le profit des fournisseurs de moyens issus de notre tradition civiliste de protection des personnes faibles; en matière contractuelle, on est amateur en matière d'application nationales ou européenne des nouvelles réglementations, notamment consumerists⁴¹⁸. L'hésitation entre transposer les syllogismes du monde physique, ou bien encore plus protéger la partie faible, du fait de la dématérialisation. C'est le point commun de tous ces comportements et des raisonnements juridiques à effectuer: l'analogie ou l'autonomie. Ce sera un des fils conducteurs de ce rapport."⁴¹⁹*

** On peut remarquer dans les lois et la jurisprudence l'hésitation entre transposer les normes du monde physique, ou bien protéger la partie faible, du fait de la dématérialisation. C'est le point commun de toutes ces conduites et des raisonnements juridiques: l'analogie ou l'autonomie. Ce sera un des fils*

⁴¹⁶ Article publié le 20 mars 2014 par Dominique André-Chaigneau, disponible sur: <http://www.toute-la-franchise.com/vie-de-la-franchise-A12202-loi-hamon-l-action-de-groupe.html>

⁴¹⁷ Article publié le 13 mai 2014 par Laurence Fritsch, disponible sur: <http://www.dossierfamilial.com/l-action-de-groupe-un-nouveau-droit-pour-les-consommateurs-17313.html>

⁴¹⁸ V. Fauchoux, P. Deprez, Le droit de l'Internet, LexisNexis 2013, n°s 273 s.

⁴¹⁹ www.henricapitant.org/sites/default/files/France_1.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

conducteurs dans ce paragraphe. La question qui peut se poser est de savoir si les rapports contractuels électroniques sont ou non un nouveau droit special ou peut on y adapter les règles normales du droit privé?

* On trouve un nombre des dispositions dans le code civil qui se sont accumulées depuis des années sur cette question de l'acte juridique dématérialisé et les mécanismes obligatoires dans les contrats à distance : art. 1108-1 s. (sur le consentement électronique), art. 1316-1 s. (sur l'écrit et la preuve électronique), art. 1369-1 s. c. civ. (sur les contrats sous forme électronique).

* L'amalgame de ces textes pour un même sujet n'est pas très raisonnable; Il faut aussi y ajouter les dispositions détaillées du droit spécial: art. L. 121-16 c. cons. imposant au professionnel qui vend ou propose des prestations de service sur l'Internet, toutes sortes d'informations précontractuelles (caractéristiques du bien ou du service, prix, garanties, ...), accordant au consommateur un droit de rétractation (14 jours), etc.

* La loi Hamon du 17 mars 2014, refond principalement cette partie du code de la consommation (spéc. art. L. 111-1 refondu, art. 121-19-1 et s.), en soutenant les obligations précontractuelles. Elle introduit l'exigence de la remise d'un «support durable», confirmant le contrat, avec les informations obligatoires (art. L. 121-19-2).

* Qu'en est-il de la pratique contractuelle, sur le terrain? De ce point de vue, les conduites ne sont pas comme dans le monde physique. Sur Internet, le consommateur se rend avec "l'ascenseur" tout au bas de la page et en cliquant en une seconde « J'ai lu et accepté ». ⁴²⁰

* Quand donc le législateur fera-t-il de la sociologie juridique, avant de poser des règles qui n'intéressent pratiquement personne, spécialement ceux qu'il entend protéger ?

* Il semble donc qu'il y ait un refus social des conditions générales, qu'on trouve sur les supports papier. Partant de cette vision, la loi « Hamon » n'en a

⁴²⁰ L'équivalence entre supports électronique et papier, au regard du contrat, Mélanges Linant de Bellefonds, LexisNexis 2007, spéc. p. 199 à 2002.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

visiblement pas tiré les leçons et continue à imposer des mentions inutiles. Il ne suffit pas de prescrire l'insertion de mentions « lisibles et compréhensibles» «clairement et lisiblement», «claire et lisible», etc. (toutes ces formules dans le seul article. L. 121-19-3, réd. loi préc. (17 mars 2014), pour que le consommateur destinataire soit de fait éclairé.

* Toutes les conditions exigées par la loi pour les supports physiques sont ainsi passées dans le monde électronique, sans recul sociologique avec un formalisme dans ce qu'il peut avoir parfois d'irréaliste. On peut donc noter qu'il y a une protection des consommateurs en ligne pleine de bonne volonté, mais qui peut conduire à l'ineffectivité. On peut considérer d'une part, qu'il est préférable de ne pas laisser les professionnels de l'Internet s'en tenir à leur propre «auto-réglementation». Est ce que ces lois contraignantes, accumulées périodiquement peuvent vraiment protéger le consommateur en ligne?

* Une autre question apparaît, en ce qui concerne l'effectivité: on peut avoir les conditions générales, avec toutes les mentions obligatoires par les codes ; cependant, lorsque le problème apparaît : le consommateur en ligne demande l'exécution par le professionnel de ses obligations, ou demande leur inexécution pour ne pas payer, ou demande le remboursement, ou bien le remplacement, etc., il y a une entrave pratique dont un nombre infini de victimes se plaignent: l'extrême difficulté d'obtenir la satisfaction soit amiablement soit par voie judiciaire: la dématérialisation de la personne du cocontractant lui-même rend impossible l'envoi de la lettre recommandée classique (sur l'Internet, l'équivalence se met en place, mais il n'est pas sûr qu'on parvienne à la même efficacité), ou l'huissier de justice, ou la citation devant une juridiction nationale. Ce sont des problèmes d'exécution aussi importante que les questions de formation du contrat.

* La considération d'inefficacité peut aussi être claire quand on parle de la théorie du « double clic», rendue générale après avoir été introduite dans le code civil (art. 1369-5): on accepte l'offre du professionnel, puis on confirme la commande, mais est-ce qu'il y a un moment de raison pour réfléchir et se rétracter le cas échéant ? On se hâte vers l'étape qui suit. On peut donc noter que le formalisme et les conditions imposées au professionnel peuvent ne pas

être considérés comme une façon de lutte préventive contre les abus des professionnels de l'Internet afin de protéger les consommateurs en ligne.⁴²¹

361. Donc pour conclure, la dématérialisation et l'emploi de l'Internet se caractérisent par une grande liberté, principalement des internautes, ainsi que des professionnels de l'Internet. Mais pour pouvoir protéger le commerçant en ligne, il faut penser d'une façon différente. En effet, il faut sortir de ce problème à savoir comment adapter les règles du droit privé au commerce en ligne. Donc au lieu d'élaborer des normes et de contraindre le professionnel à fournir au consommateur en ligne des informations qui dans la plupart des cas, ne sont même pas lus, il faut contraindre le consommateur en ligne à se protéger. On peut à cet égard penser à établir un mécanisme selon lequel le consommateur va devoir négocier les conditions de son contrat en ligne en imposant au professionnel (selon la nature du produit) un mécanisme de paiement qui peut répondre pratiquement à ses besoins. Ce mécanisme peut sûrement faire l'objet d'une thèse entière. Ce qui frappe en effet, c'est qu'on veut souvent faire trop tôt du droit savant et/ou marchand, au sujet de l'Internet, alors que nous ne contrôlons que très imparfaitement les modes de réflexion qui lui conviennent. Ce n'est pas pour autant qu'il faille rester inactif, au contraire, la préparation d'une norme ne se fait pas en un instant. Pourquoi tant de précipitation généralisée, à la fois de ceux qui s'en servent et de ceux qui sont censés l'encadrer ? Alors qu'on ne sait pas encore réellement si le modèle de l'encadrement juridique du monde physique doit être transposé à l'univers immatériel, ou s'il convient de raisonner autrement et de quelle façon ; en sachant que les deux ordres de raisonnement pourraient alors s'influencer réciproquement.

⁴²¹ P.Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e éd., PUF 2015, n°s 556 s., 735.

SECTION II :

**DU NOUVEAU POUR LE RÉGLEMENT EN LIGNE DES
LITIGES DE CONSOMMATION**

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

362. Le traité concernant le Fonctionnement de l'Union Européenne⁴²² dispose dans son Article 169, paragraphe 1 et paragraphe 2, point (a), que l'Union contribue à assurer un niveau élevé de protection des consommateurs par les mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Aussi, L'article 38 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose qu'un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union.
363. Selon le Considérant no. 4 de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du conseil du 21 Mai 2013 relative au règlement hors formes judiciaires des litiges de consommation, assurer un accès à des moyens simples, efficaces, rapides et peu onéreux de résoudre les litiges nationaux et entre frontières résultant de la vente de marchandises ou de la prestation de services devrait profiter aux consommateurs et donc renforcer leur confiance dans le marché. Cet accès devrait valoir aussi bien pour les transactions en ligne que pour les transactions hors ligne et revêt une importance particulière lorsque les consommateurs font des achats dans un autre pays.
364. *Un règlement extrajudiciaire de litiges serait certes bénéfique dans les situations transnationales. Mais quant à la protection des données à caractère personnel, la recommandation du GBDe⁴²³ exige uniquement le consentement du consommateur, sans tenir compte du fait que ce dernier ne peut pas nécessairement prévoir tous les usages des données et toutes les conséquences de sa décision. En ce qui concerne la protection contractuelle, le GBDe reste muet. Les signes de confiance ne peuvent constituer qu'un moyen supplémentaire de protection du consommateur. Ceux-ci facilitent certainement la décision contractuelle du consommateur, mais ils ne rendent pas superflues les règles contractuelles et celles du droit de la consommation. Ainsi, ils ne peuvent pas résoudre le problème que le consommateur achète sur Internet des biens qu'il n'a pas encore vus et celui que des erreurs peuvent être commises lors de la réception d'une commande sur ordinateur. La*

⁴²²<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:fr:PDF>

⁴²³ Global Business Dialogue on Electronic Commerce: The Global Business Dialogue on e-commerce (GBDe) is a worldwide, CEO-led business initiative, established in the United States in 1999 for the purpose of shaping global policy related to e-commerce. We submit annual policy recommendations to governments, enterprises, and related organizations around the globe. In doing so, we help foster a business environment where the e-commerce industry can grow, while making positive contributions to the society: www.gbd-e.org

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

*différence terminologique entre « confiance du consommateur », notion introduite par le GBDe, et « protection du consommateur », notion de l'approche communautaire, signifie donc une différence de fond par rapport à la perception de la personne du consommateur.*⁴²⁴

365. En effet, en droit de l'Union européenne, le règlement hors formes judiciaires des litiges de consommation est désormais encadré par deux nouveaux instruments :

- La Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 Mai 2013 relative au règlement hors formes judiciaires des litiges de consommation ("RELC") et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, publiée au *Journal Officiel* du 18 juin 2013 (L 165, pp. 63 et s.) et,
- Le Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 Mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation ("RLLC") et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, publié au *Journal Officiel* du 18 juin 2013 (L 165, pp. 1 et s.).

366. Comme le Parlement européen l'a préconisé dans sa résolution du 25 Octobre 2011 sur les modes alternatifs de résolution des conflits dans les affaires civiles, commerciales et familiales et dans celle du 20 Mai 2010 sur «Donner un marché unique aux consommateurs et aux citoyens», toute approche globale du marché unique en faveur de ses citoyens devrait en priorité développer un système de recours simple, abordable, pratique et accessible. La directive 2013/11/UE, qui devra être transposée par tous les Etats membres de l'UE d'ici juillet 2015, et le règlement 524/2013, entré en vigueur en juillet 2013, visent en effet à créer des organes hors formes judiciaires de qualité pour tous les litiges de nature contractuelle entre les consommateurs et les entreprises. Ces textes défendent l'intérêt d'une réglementation hors formes judiciaires, notamment en matière de commerce électronique, ainsi que l'importance de l'accès en ligne aux organismes hors formes judiciaires, notamment pour les litiges relatifs au commerce

⁴²⁴ Drexl Josef, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 t. XVI, p. 405-444. DOI : 10.3917/ride.162.0405

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

électronique. L'expérience de cet accès en ligne est donc régulièrement demandée par la Commission Européenne, spécifiquement dans le cadre de la mise en place de la plateforme européenne en ligne prévue par le règlement 524/2013.

367. La directive et le règlement ci-dessus, cherchent précisément à donner des réponses à des difficultés souvent posées et encadrent le règlement hors formes judiciaires des litiges de consommation en ligne dans le cadre de l'Union Européen (§I), ce qui explique cet égard que deux colloques internationaux consacrés au droit de l'Internet⁴²⁵ et à la justice en ligne⁴²⁶ aient réservé une bonne partie des interventions à ce mode de résolution des litiges. A vrai dire, la mise en place d'un système d'arbitrage électronique permet de calmer les craintes relatives à l'apparition de litiges émanant d'échanges électroniques et contribue ainsi au développement du marché électronique en permettant à ses acteurs de transiger en toute quiétude dans un cadre juridique bien défini. Il semble en effet qu'un tel arbitrage puisse constituer une voie naturelle de résolution des litiges que génère l'Internet.⁴²⁷ D'où l'importance d'y dédier le deuxième paragraphe (§II).

⁴²⁵ « Le droit international de l'Internet », actes du Colloque organisé à Paris les 19 et 20 V. 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I et l'Association ARPEJE, Bruxelles, Bruylant, 2002. On notera les interventions de T. FENOULHET, « Introduction aux activités de résolution des litiges de la société de l'information dans le cadre européen », p. 587 ; I. de LAMBERTERIE, « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », p. 631 ; A. MONCAYO VON HASE, « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », p. 595 ; M.H.M. SCHELLEKENS, « Les Collèges d'arbitrage et le commerce électronique », p. 619.

⁴²⁶ « Justice en ligne, justice de demain ? », acte du colloque du 14 sept. 2001

⁴²⁷ Thèse présentée et soutenue publiquement par Ahmed EL SHAKANKIRY Le 16 juin 2012 sur "Le règlement des litiges du commerce international par l'arbitrage électronique" à L'Université Montpellier I.

§ 1- L'ADOPTION D'UN ENCADREMENT DU REGLEMENT HORS FORMES JUDICIAIRES DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE

368. En général, la directive relative au RELC impose diverses exigences aux entités de règlement hors formes judiciaires des litiges de sorte qu'en cas de litige entre un consommateur et un professionnel, le consommateur puisse profiter de procédures indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables (en particulier l'art. 1er de la directive).⁴²⁸
369. Le règlement lié au RLLC doit être vu comme le complément de la directive. Son but principal est en effet la mise en place d'une plateforme européenne de règlement en ligne des litiges (plateforme de RLL). Plus précisément, cette plateforme sera développée et gérée par la Commission européenne (sous la forme d'un site internet interactif et gratuit) et il jouera le rôle d'un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels. Ses fonctions seront notamment de mettre diverses informations à la disposition du public relativement aux règlements hors formes judiciaires des litiges, à offrir un formulaire de plainte électronique, à informer le défendeur qu'une plainte a été introduite et à identifier l'entité ou les entités compétente(s) de règlement hors formes judiciaires des litiges, pour ensuite lui transmettre la plainte, si les parties ont décidé d'y recourir (cf. en particulier l'art. 5 du règlement).⁴²⁹
370. Ces deux instruments s'ajoutent aux nombreuses mesures prises au niveau européen, et dans les Etats membres, pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs et pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. S'il est indispensable d'introduire divers mécanismes de protection des consommateurs (obligations d'information, exigences de forme, droit de rétractation, interdiction des clauses abusives ou des pratiques commerciales déloyales, etc.), il faut aussi veiller à ce que ces derniers disposent de recours effectifs en cas de litige avec un professionnel.

⁴²⁸ H. Jacquemin, Chargé d'enseignement à l'Université de Namur et responsable de l'unité « commerce électronique » du Centre de Recherche Information Droit et Société (CRIDS): « Les pratiques déloyales à l'égard des consommateurs ou des entreprises », Les pratiques du marché, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 70-120.

⁴²⁹ Disponible sur : <http://droitdu.net/2013/08/nouvelles-regles-en-droit-de-union-pour-encadrer-le-reglement-extrajudiciaire-des-litiges-de-consommation>

371. Eu égard aux caractéristiques de litiges de consommation (en particulier en ce concerne le faible montant), il faut permettre aux parties ne parvenant pas à s'entendre à l'amiable de s'adresser à une entité de règlement hors formes judiciaires des litiges dans le cadre d'une procédure simple, rapide et peu onéreuse. Cependant, s'il existe de nombreux mécanismes de règlement hors formes judiciaires des litiges au sein des Etats membres, ceux-ci souffrent malheureusement de plusieurs faiblesses⁴³⁰. Parmi elles, on peut relever le manque de connaissance des consommateurs ou des professionnels quant à l'existence même de ces mécanismes ou à leur mode de fonctionnement, le manque de ressources financières, les nombreuses différences entre les mécanismes ou, spécialement pour les litiges entre frontières, les différences linguistiques ou les difficultés tenant de la loi applicable ou du caractère exécutoire des décisions qui ont été prises.

372. Avec la Directive, la confiance des consommateurs devrait être renforcée puisqu'elle règle l'accès aux REL, tout en imposant des exigences applicables aux entités de REL et aux procédures de REL. De plus, les Etats membres doivent faciliter:

« L'accès des consommateurs aux procédures de REL et [faire] en sorte que les litiges relevant de la [...] directive et impliquant un professionnel établi sur leur territoire respectif puissent être soumis à une entité de REL se conformant aux exigences fixées par la [...] directive » (art. 5).

373. Il est requis que les personnes physiques en charge des REL aient les compétences requises, tout en étant indépendantes et impartiales (art. 6). Le principe de transparence est aussi adressé par la directive, imposant aux entités de REL de mettre diverses informations à la disposition du public (art. 7). Enfin, les Etats membres doivent prendre conscience que les procédures de REL soient efficaces (art. 8), conformes à l'équité (art. 9) et qu'elles laissent aux parties le choix du caractère contraignant de la solution et, le cas échéant, la possibilité de saisir les juridictions compétentes pour la solution du litige (art. 10).

⁴³⁰ Cross-Border Alternative Dispute Resolution in the European Union, Study of June 2011, IP/A/IMCO/ST/2010-15, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/adr_study/adr_study_en.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

374. La directive envisage également diverses obligations d'assistance et d'information (notamment de la part des professionnels), au bénéfice des consommateurs, tout en posant le cadre de la coopération qui doit nécessairement intervenir entre les entités de REL ou entre les entités de REL et les autorités nationales chargées de l'application des actes juridiques de l'Union en matière de protection des consommateurs (art. 13-17).

375. Les Etats membres doivent signaler des autorités compétentes, auxquelles les entités de règlement des litiges qui prétendent à la qualité d'entité de REL doivent donner diverses informations : nom et coordonnées, tarif, règles de procédure, durée de la procédure, types de litiges régis par la procédure de REL, etc. (art. 18-19). Les autorités compétentes sont ensuite chargées d'estimer si les entités de règlement hors formes judiciaires des litiges qui leur ont été notifiées peuvent effectivement prétendre à cette qualité, en particulier en ce qu'elles satisfont aux exigences de qualité fixées par le chapitre II de la directive. Les autorités mettent ensuite une liste qui reprend les entités qui répondent à ces conditions (laquelle est aussi notifiée à la Commission), conformément à l'article 20.

376. On note encore que la directive a un champ d'application assez large : aux termes de l'article 2, elle s'applique

« aux procédures de règlement hors formes judiciaires des litiges nationaux et entre frontières concernant les obligations contractuelles découlant de contrats de vente ou de service conclus entre un professionnel établi dans l'Union et un consommateur résidant dans l'Union, qui font intervenir une entité de REL, laquelle propose ou impose une solution, ou réunit les parties en vue de faciliter la recherche d'une solution amiable ». Plusieurs éléments sont pourtant exclus du champ d'application de la directive, tels que les services d'intérêt général non économiques ou les litiges entre professionnels.

377. Comment améliorer l'accessibilité au REL pour les transactions commerciales électroniques ? Pensez-vous qu'un système de règlement des litiges en ligne centralisé pour les transactions commerciales électroniques entre frontières permettrait aux consommateurs de régler leur conflit et d'obtenir un dédommagement ? Ces questions ont été posées à la République

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Française en Mars 2011 sur le recours au Règlement hors formes judiciaires des litiges pour régler des litiges liés aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne⁴³¹. Nous relevons que la réponse à ces questions semblait générale et sans critères ou démarches spécifiques pour l'accessibilité au REL pour les transactions commerciales électroniques⁴³². La réponse a simplement signalé l'importance d'appuyer le rôle des Centres européens de consommateurs et de mettre en place un portail européen informant les consommateurs sur les procédures de REL existantes dans chacun des pays de l'Union⁴³³. On peut donc déduire du renforcement du rôle de ces centres, un encouragement des organismes indépendants dans la régulation du commerce électronique en Europe.

378. **Le Règlement** a un champ d'application plus étroit puisqu'il ne cible que les litiges résultant de contrats de vente ou de service en ligne (entre un professionnel établi dans l'Union et un consommateur résidant dans l'Union). Peu importe qu'il s'agisse de litiges entre frontières ou domestiques. Pour le reste, le litige sujet du règlement hors formes judiciaires doit faire intervenir une entité de REL figurant sur la liste mise conformément à l'article 20 (2) de la directive, au moyen de la plateforme de RLL gérée par la Commission.

379. Les dispositions du règlement organisent la mise en œuvre de la plateforme de RLL par la Commission européenne (art. 5), y compris les tests

⁴³¹ La Réponse des autorités Françaises sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques commerciales dans l'Union européenne, disponible sur: http://www.sgae.gouv.fr/webdav/site/sgae/shared/04_Consultations_publiques/201104/20110323_ReponseFR_Reglement_extrajudiciaire_des_litiges.pdf

⁴³² "Enfin, il convient d'être attentif aux débats au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit Commercial International (CNUDCI) sur le règlement des litiges en ligne. Ces débats ont débuté en décembre 2010 à Vienne ; ils ont mis en exergue l'enjeu économique d'un tel sujet notamment pour les litiges entre consommateurs et professionnels. Il est indispensable que l'Union européenne soit à même, en ce domaine, de définir une stratégie lui permettant de développer un outil utile et accessible à l'ensemble des consommateurs européens."

⁴³³ L'actuel réseau des Centres Européens des Consommateurs a été créé en janvier 2005 par la Commission européenne, après la fusion de deux réseaux de protection du consommateur préexistants : le réseau extrajudiciaire européen (EEJ-Net) et le réseau des Euro-guichets. C'est justement pour ne pas laisser le consommateur seul face à ce type de question et pour l'aider à renforcer sa confiance dans le marché unique que la Commission européenne a donné naissance en 2005 au réseau des Centres Européens des Consommateurs (ECC-Net). Ce réseau est financé par la Commission européenne et les pays de l'Union européenne. Depuis 2006, tous les Etats membres disposent d'un point de contact national appartenant au réseau des CEC. Actuellement, le réseau comprend 30 centres, soit un par Etat membre ainsi qu'en Norvège et en Islande. Selon le pays, certains centres sont rattachés à un ministère ou une autorité publique ; tandis que d'autres sont représentés par des organismes indépendants.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

(art. 6), tout en créant un réseau de points de contact pour le RLL dans les Etats membres (art. 7). Il dresse en détail ensuite la manière dont la plainte peut être introduite (art. 8), avant son traitement, sa transmission à l'entité de REL à laquelle les parties ont convenu de recourir (art. 9) et, finalement, le règlement du litige (art. 10). Des garanties sont aussi apportées relativement au traitement des données à caractère personnel ainsi qu'à la confidentialité et à la sécurité des données (art. 12 et s.). La directive doit être transposée pour le 9 juillet 2015. Quant au règlement, sous réserve de certaines dispositions, il devient applicable à partir du 9 janvier 2016.

380. La directive et le règlement (UE) no. 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 Mai 2013 liés au règlement en ligne des litiges de consommation⁴³⁴ sont deux instruments législatifs reliés et complémentaires. Le règlement (UE) no. 524/2013 envisage la création d'une plate-forme de RLL offrant aux consommateurs et aux professionnels un guichet unique pour le règlement hors formes judiciaires des litiges en ligne par l'intermédiaire d'entités de REL qui sont liées à cette plate-forme et offrent un mode de REL au moyen de procédures de REL de qualité. La disponibilité d'entités de REL de qualité dans toute l'Union constitue donc un préalable indispensable au bon fonctionnement de la plate-forme de RLL.

381. Le règlement hors formes judiciaires des litiges (REL) aide à offrir une solution simple, rapide et peu onéreuse aux litiges entre consommateurs et professionnels sans qu'ils aient à intenter une action en justice. Cependant, le REL n'est pas encore suffisamment ni systématiquement développé dans l'Union. Hélas, malgré la recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution hors formes judiciaires des litiges de consommation⁴³⁵ et la recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 lié aux principes applicables aux organes hors formes judiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation⁴³⁶, le REL n'a pas été correctement mis en place et ne fonctionne pas de manière satisfaisante dans

⁴³⁴J.O de l'UE no. L 165/63 du 18/6/2013 sur <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:FR:PDF>

⁴³⁵J.O de l'UE no. L 115 du 17/4/1998 p. 31

⁴³⁶Supra. 342

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

toutes les zones géographiques ou les secteurs d'activité de l'Union. Les consommateurs et les professionnels ne sont toujours pas informés des mécanismes existants quant au recours hors formes judiciaires, seul un faible pourcentage de citoyens sachant comment porter plainte devant une entité de REL. La qualité des procédures de REL, quand elles existent, varie considérablement d'un État membre à l'autre et, souvent, les litiges entre frontières ne sont pas traités efficacement par les entités de REL.

382. Enfin, on peut déduire, selon les dispositions de la directive, que celle-ci a comme objectif, en affirmant un niveau élevé de protection des consommateurs, de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, en aidant les consommateurs à introduire à titre volontaire des plaintes contre des professionnels auprès d'entités appliquant des procédures de règlement hors formes judiciaires des litiges indépendantes, impartiales, transparentes, efficaces, rapides et équitables. La présente directive est au détriment d'une législation nationale rendant obligatoire la participation à de telles procédures, pour autant qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès à la justice. Cependant, selon son Article 2, La directive reconnaît aux États membres la compétence de déterminer si les entités de REL établies sur leur territoire doivent avoir le pouvoir d'imposer une solution, c. a. d. que ces dispositions n'échappent pas complètement au pouvoir souverain de l'Etat. En effet, les États membres devraient prendre conscience que les litiges relevant de la présente directive peuvent être soumis à une entité de REL , conforme aux exigences mises par la présente directive et qui est reprise sur une liste selon celle-ci. Pour satisfaire à cette obligation, les États membres ont la possibilité de tirer parti des entités de REL qui existent déjà et qui fonctionnent bien, en ajustant leur champ d'application, le cas échéant, ou d'envisager la création de nouvelles entités de REL. La directive n'empêche donc pas le fonctionnement des entités de résolution des litiges existantes qui opèrent dans le cadre des autorités nationales chargées de la protection des consommateurs dans les États membres où le règlement des litiges est du ressort de fonctionnaires de l'État.

383. Les litiges prenant place en matière de commerce électronique ont généralement en commun:

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

1. la technologie utilisée et pour laquelle les magistrats et les arbitres se trouvent confrontés, pour l'heure, à un univers inconnu et mal maîtrisé ⁴³⁷;
2. le caractère international des transactions d'autant qu'il n'existe aucune différence de nature entre les sites commerçants ou autres, qu'ils soient de la France, de l'Europe et de hors Europe ; de plus, les règles de droit international privé gouvernant les rapports contractuels et délictuels ne sont pas toujours adaptées à ces nouvelles réalités ⁴³⁸;
3. le montant des transactions dont la grande majorité n'excède pas une valeur supérieure à quelques dizaines ou centaines de francs. Cela rend pratiquement impossible le recours aux avocats et aux juges judiciaires même a fortiori aux arbitres ; les coûts étant disproportionnés par rapport au montant payé pour l'achat du bien ou de la prestation de service ⁴³⁹;
4. le fait que les lois et les conventions internationales sont souvent vues comme inadéquates à ces types de litiges pour lesquels certains pensent que les usages et les pratiques internationales en cours de formation (autorégulation) et de généralisation sont plus à même de les régir⁴⁴⁰.

384. Les échanges électroniques dépendent souvent des petites valeurs économiques et généralement des biens destinés aux consommateurs. Habituellement, la tâche de rendre la justice provient des juridictions étatiques puisque si l'ordre juridique s'incarne dans l'État, rendre justice est un acte de souveraineté. Pourtant, l'État ne constitue vraiment pas la source de tous

⁴³⁷ Les décisions portent sur des questions de tout ordre (pédophilie, négationnisme, racisme, contrefaçon de marques, interdiction d'utiliser des noms de domaine, concurrence déloyale, parasitisme, droit d'auteur, vie privée, responsabilités des prestataires de services, emploi de la langue française, ...), mais rarement pour l'instant sur la formation, la validité ou l'exécution des contrats en ligne.

⁴³⁸ Pierre-Yves Gautier, " Du droit applicable dans le " village planétaire ", au titre de l'usage immatériel des œuvres ", D., 1996. 131 ; Tanguy Van Overstraeten, " Droit applicable et juridiction compétente sur Internet ", RDAI, 1998, n° 3, p. 373.

⁴³⁹ Caprioli & Associés, Société d'avocats, Commerce électronique, www.caprioli-avocats.com

⁴⁴⁰ Pierre Trudel, " Introduction au droit du commerce électronique sur l'internet ", Cahiers du Barreau (Montréal), Tome 55, n°3, sept-oct. 1995, p.521 s. ; dans son rapport, Internet et les réseaux numériques, op. cit. note n°5, le Conseil d'état a prôné la corégulation.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

phénomènes juridiques. C'est dans ce sens que l'admission du pluralisme juridique autorise l'existence théorique de l'arbitrage. Les litiges sont souvent de faible valeur et découragent les justiciables devant les frais importants et le temps nécessaire. Seul l'arbitrage (mécanisme déjà bien connu et d'un usage courant dans l'environnement hors ligne, et de plus en plus fréquemment utilisé en ligne) peut être adéquat, vu ses coûts très réduits et sa rapidité extrême. Une fois cet acte établi, il paraît logique que l'on choisit les méthodes alternatives de règlements des différends comme l'arbitrage électronique (§ 2). En effet, le tollé suscité par les jurisprudences Jaguar et Dame Rado, même si elles étaient interprétées restrictivement comme conférant à l'arbitre la question de l'arbitrabilité du droit de la consommation sans la résoudre⁴⁴¹, suppose d'entendre les arguments opposés à une telle arbitrabilité. Certains sont de facto irrecevables, alors que d'autres semblent incontestables. Une procédure longtemps réservée aux seuls commerçants ne peut pas être adaptée. Mais les exemples du droit comparé illustrent l'adaptation possible de l'arbitrage.

⁴⁴¹ La question de l'arbitrabilité selon une règle matérielle éludant les articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil, et conférant seulement aux arbitres la tâche de vérifier la validité de la clause compromissoire selon la législation sur les clauses abusives intervenant comme loi de police.

§ 2- L'ARBITRAGE ELECTRONIQUE EST IL UN MODE EFFICACE POUR LA RÉOLUTION DES LITIGES DE CONSOMMATION EN LIGNE ?

385. Le commerce électronique n'est plus un simple support promotionnel de la distribution des biens de consommation: il ressemble de plus en plus à un marché parallèle à la distribution classique. Pourtant, quel que soit le schéma appliqué, les rapports humains produisent inévitablement des conflits et le commerce électronique n'y fait pas exception. Ce secteur n'a pas pour seule vertu le rapprochement des individus ; de la même façon qu'il a influencé nos relations, il a eu un effet sur les litiges eux-mêmes. Le contexte particulier dans lequel s'inscrivent les transactions privées sur Internet, ont pour conséquence des litiges portant sur de faibles sommes d'argent et qui sont de plus conditionnés par certains aspects techniques ou certaines spécificités du monde en ligne. De plus, il existe cette dimension internationale qui ajoute encore à la complexité du règlement des litiges, dans la mesure où elle implique pour les parties de délicates délibérations sur la question du forum et du droit applicable. La dispersion des parties ne facilite pas l'exercice de l'action en justice. Aussi l'arbitrage en ligne a-t-il pour ambition floue d'éluder la voie judiciaire et, plus encore, la voie judiciaire à l'étranger. La "Toile", par les nombreuses possibilités qu'elle offre, perturbe autant les repères de la justice classique qu'elle ne lui apporte des solutions jusqu'alors inconnues. Par un recoupement de leurs caractéristiques, l'arbitrage fait ainsi écho au commerce électronique.⁴⁴² En d'autres termes, la gestion de la procédure arbitrale se fera à distance. les spécificités d'Internet et l'impact que ce contexte particulier peut avoir sur le cadre traditionnel de l'arbitrage doivent se voir accorder une attention particulière. La transition vers le monde virtuel ne se fait donc pas sans dommages.

386. Si l'arbitrage en ligne est techniquement praticable, juridiquement il suscite un nombre de questions. L'arbitrage classique requiert de nombreuses conditions de fonds et de formes que l'arbitrage en ligne par sa nature même

⁴⁴² Ndiaye, Penda. 2006. Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique. Mémoire de maîtrise. Montréal: Faculté de Droit, Université de Montréal disponible sur: <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2366>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

ne peut totalement satisfaire. Malgré cette évidence, le droit, dans un souci de perfection et de maniabilité toujours plus poussé, tend peu à peu à passer outre cet écueil. Voilà ce à quoi nous essaierons de répondre modestement à travers cet exposé⁴⁴³.

387. Quoique le phénomène d'arbitrage en ligne n'ait pas, à l'heure actuelle, acquis une importance quantitative remarquable sur le marché électronique⁴⁴⁴, un certain nombre de raisons portent à croire qu'il connaîtra sans doute un succès significatif. Les raisons qui peuvent conduire les intéressés du marché électronique à adopter l'arbitrage en ligne pour résoudre leurs cyber-conflits sont nombreuses. Il s'agit principalement d'affranchir les difficultés liées à l'administration traditionnelle de la justice. La valeur ajoutée de la technique de l'arbitrage électronique s'analyse par conséquent en termes de coûts, de délais, de flexibilité et d'adaptation aux réalités du marché. Ces avantages sont souvent cités, avec celui de la confidentialité des procédures, dans le contexte d'un arbitrage traditionnel. Le système d'arbitrage électronique augmente les intérêts déjà connus de l'arbitrage traditionnel⁴⁴⁵.

388. Les différends de consommation émanant des activités électroniques présentent des particularités. D'abord, l'enjeu du litige est souvent réduit : on parlera alors de petits litiges. Ensuite, l'internationalité de l'espace Internet remet en cause la distinction traditionnelle admise en droit de l'arbitrage. Cela plaide en faveur de l'unité de régime régissant l'arbitrage interne et international des litiges de consommation.

389. L'arbitrage électronique, appelé arbitrage en ligne, arbitrage cybernétique ou encore arbitrage virtuel résulte de la combinaison de l'arbitrage classique⁴⁴⁶ en plus des nouvelles technologies de communication. La différence entre les deux formes d'arbitrage provient des moyens exploités dans la communication entre les parties et l'échange de preuves et arguments.

⁴⁴³ Ndiaye, Penda. 2006. Arbitrage en ligne et les litiges du commerce électronique. Mémoire de maîtrise. Montréal : Faculté de Droit, Université de Montréal. "Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LLM)"

⁴⁴⁴ S. KALLEL, « Arbitrage et commerce électronique », RDAI, 2001, N°1, p. 14, spéc. p. 24.

⁴⁴⁵ Sur les avantages des modes électroniques de règlement des litiges, voir K. BENYKHELEF et F. GELINAS, op. cit., p. 108 et s.

⁴⁴⁶ Pour une définition de l'arbitrage classique, voir : Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, op.cit., p. 77, A.BENCHENEB, article précité, p.41.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

En effet, un arbitrage virtuel remplit les mêmes fonctions et les mêmes caractéristiques qu'un arbitrage traditionnel, tout en ayant ses propres caractéristiques. Ainsi, l'arbitrage électronique, tout comme l'arbitrage traditionnel, dépend de l'intervention d'un tiers investi d'un pouvoir de décision. Il représente ainsi la forme la plus restreignante des modes alternatifs de règlement des différends⁴⁴⁷, l'arbitrage étant alors le mode alternatif de résolution des litiges qui ressemble le plus au procès judiciaire traditionnel⁴¹⁵. La sentence, issue de la procédure arbitrale, a une force obligatoire pour les parties en ayant l'autorité de la chose jugée. L'arbitrage en ligne préserve la liberté contractuelle qui est par essence l'élément principal de l'arbitrage⁴⁴⁸. En choisissant ce mode de règlement des litiges, les parties peuvent exercer leur volonté sur un nombre de questions importantes tels que le choix de la loi applicable à la convention d'arbitrage, celui de la loi applicable au fond du litige et des règles applicables à la procédure.

390. En plus des avantages classiques de l'arbitrage : rapidité, coûts, confidentialité et compétence des arbitres, l'arbitrage électronique présente l'intérêt d'une «justice à domicile». La procédure arbitrale communiquée par la voie des réseaux électroniques offre aux parties la possibilité de ne pas se déplacer. De même, il encourage un arbitrage «accéléré» dans la mesure où les prétentions, preuves et autres documents sont quasi instantanément envoyés par simple click sur une icône par la voie du courrier électronique notamment sur la possibilité de pratiquer un arbitrage en ligne⁴⁴⁹.

391. Une question s'est posée également dans l'état actuel de droit à propos de la mise en place de l'interdiction de la clause compromissoire en termes de consommation. Il existe un principe, inspiré de droit allemand, dit de compétence-compétence. En droit interne, l'article 1466 du Code de procédure civile autorise à l'arbitre à statuer sur la validité et les limites de son investiture, dans le cas où l'une des parties conteste dans son principe ou son

⁴⁴⁷ ROUSSO (A), « La résolution des différends », *Lex Electronica*, vol. 6, n°1, printemps 2000, disponible en ligne sur : <http://www.lexelectronica.org/articles/v6-1/roussos.htm>

⁴⁴⁸ GUILLEMARD (S), *Le droit international privé face au contrat de vente cyber-spatial*, thèse de doctorat présentée en cotutelle à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval Québec pour l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.), Faculté de droit Université LAVAL QUÉBEC et Université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II), 2003.

⁴⁴⁹ J. HUET et S. VALMACHINO, *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international*, *Gaz. Pal.*, Rec 2000, p 6s).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre devant celui-ci. il s'agit du principe dédié à assurer l'efficacité de l'arbitrage contre une partie malhonnête essayant de paralyser l'instance arbitrale dont elle a déjà accordée le pouvoir. Le juge étatique n'est pas compétent pour rendre décision à titre principal sur la validité de la clause d'arbitrage⁴⁵⁰. Si la clause compromissoire est interdite en matière de consommation, le consommateur peut-il saisir directement le juge étatique pour contester la validité de la clause ? En application du principe compétence-compétence, la réponse sera non. Néanmoins, il y a une exception permettant d'y déroger ; c'est le cas de la nullité manifeste de la clause. L'importance consiste donc à déterminer si l'interdiction de la clause compromissoire en droit interne constitue ou non une nullité manifeste. Si l'on s'en tient à l'application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, il est constant que la nullité de la clause compromissoire n'est pas automatique. Il appartient au consommateur⁴⁵¹ d'apporter les éléments de preuve supplémentaire. Il est important de noter que si l'article L. 132-1 prime l'article 2061, la clause compromissoire ne serait pas interdite en matière de consommation, sauf si elle est abusive. Toutefois, si l'article 2061 est applicable, la clause compromissoire en matière de consommation sera nulle ; mais cela ne signifie pas encore qu'elle soit une nullité manifeste. Il semble que l'état du droit ne donne pas une réponse exacte en la matière. C'est la raison pour laquelle le principe de compétence-compétence pourrait s'appliquer en matière de consommation. Il paraît nécessaire que le consommateur soit efficacement protégé⁴⁵¹.

392. Depuis l'arrêt Jaguar du 21 mai 1997⁴⁵², *"la cour de cassation entend admettre l'arbitrabilité du litige opposant un professionnel à un consommateur. Ainsi la clause compromissoire est toujours valable en droit international que l'une au moins des parties soit un consommateur ou non. Ainsi il est clair que la cour de cassation privilégie les impératifs du*

⁴⁵⁰ L'article 1458 du nouveau Code de procédure civile dispose que « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

⁴⁵¹ CHEY Rithy, Mémoire réalisée en 2006, sous la direction de Madame le Professeur Marie-Claire RIVIER en vue de l'obtention du grade de Master 2 Recherche mention Droit européen et international des contrats, disponible sur: <http://www.memoireonline.com/10/06/218/arbitrage-contrat-consommation-etat-du-droit.html>

⁴⁵² Cass. Civ. 1re, 21 mai 1997, Jaguar, Rev. arb. 1997.537, note Gaillard (E.)

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

commerce international plutôt que l'impératif, pourtant présent dans notre droit, de manière un peu trop interventionniste selon certains, de protection du consommateur. Pour conclure, on peut constater que l'arbitrage est utile en droit de la consommation, par sa rapidité, sa neutralité, ... mais il faut bien l'encadrer afin de protéger au mieux le consommateur, notamment le lieu de la sentence doit être à proximité du lieu de résidence du consommateur et celui-ci doit pouvoir renoncer à l'arbitrage une fois le litige né, comme en matière de contrats de travail internationaux, dans lesquels la clause compromissoire ne lui est pas opposable".⁴⁵³

393. Quant à la matière internationale, on peut observer la participation croissante des consommateurs aux opérations économiques ainsi que la diminution du caractère commercial. L'arbitrage étant économiquement international voit son champ d'application élargi à des diverses matières, même si elles ne sont pas commerciales au sens du droit interne. Contrairement au droit interne, dans les relations internationales de consommation, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont reconnu expressément la possibilité de soumettre les litiges résultant du contrat de consommation à l'arbitrage, en se basant notamment sur son autonomie. La justification est également faite sur le fondement que l'arbitrage n'est pas créé pour favoriser le professionnel dans le procès au détriment du consommateur ; l'arbitre va respecter certaines règles assurant le procès équitable. Le principe de compétence-compétence joue ici un rôle très important dans le renforcement de la compétence de l'arbitrage.

394. Il est à noter que la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges résultant du contrat de consommation se fait par deux arrêts principaux, l'arrêt Jaguar⁴⁵⁴ et l'arrêt Rado⁴⁵⁵. En effet, dans les deux arrêts, la situation du consommateur en cause n'est pas la même. Dans le premier cas, le consommateur avait une qualité et une capacité remarquable, achetant plusieurs voitures de collection Jaguar. En revanche, pour le deuxième cas, il s'agit d'un consommateur du placement financier. La clause compromissoire

⁴⁵³ <http://m2drei.forumpro.fr/t61-arbitrage>

⁴⁵⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, Jaguar, Rev. arb. 1997.537, note Gaillard (E.)

⁴⁵⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, Rev. arb. 2005.115, note Boucobza (X.)

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

lui imposait de se déplacer à Chicago pour organiser l'arbitrage. Le consommateur tant dans les relations internes qu'internationales mérite d'être protégé. La gravité de la clause compromissoire pour le consommateur se présente encore au niveau international. Les critiques ont été faites sur cette extension du domaine de convention d'arbitrage pour le contrat de consommation. Le consommateur sera privé du droit à son juge naturel. Son droit au procès équitable peut être révisé. De même, le consommateur peut être confronté à une clause compromissoire par référence ou à la transmission de la clause dans une chaîne des contrats. Cela conduirait donc à traiter un consommateur sur un pied d'égalité avec un professionnel.

395. Tenant compte de sa faiblesse, comment un consommateur se voit protégé dans les relations internationales ? En effet, dans l'arrêt Jaguar, la Cour de cassation impose le respect de l'ordre public international à l'instance arbitrale, sous contrôle ultérieur du juge de l'annulation. Toutefois, l'ordre public international n'est pas conçu exclusivement pour protéger le consommateur. Le professionnel peut évidemment en profiter. Il faut qu'il y ait une norme appropriée. C'est la raison pour laquelle, il y a eu une position ministérielle en faveur de l'application de l'article 2061 du Code civil au plan international⁴⁵⁶. Lors de travaux parlementaires sur la réforme de l'article 2061 du Code civil, on n'a pas pensé à l'applicabilité de cet article dans le cadre international, la jurisprudence ayant constaté également cette inapplicabilité. Cependant, la réponse ministérielle⁴⁵⁷ tend à étendre le champ d'application dudit article dès lors que les consommateurs résidents en France sont exposés à un risque au moins équivalent à celui qu'ils auraient encouru s'ils avaient été dans une situation interne. Cela constitue un doute dans l'état actuel de droit. Il est difficile de déterminer l'étendue du mot « risques équivalents, sinon supérieurs » dans la réponse ministérielle. Dans l'application jurisprudentielle, on constate habituellement l'admission de la clause compromissoire en matière de consommation.

⁴⁵⁶ Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. Cit. N° 115, p. 64 ; CA Paris, 1er Ch. C, 29 mars 2001, Rev. Arb. 2001, N° 3, p. 543, D. BUREAU, Rev. Arb. 2002, N° 2, p. 427, note Ph. FOUCHARD.

⁴⁵⁷ Y. DERAÏNS, « Lieu de l'arbitrage », RDAI, 1986, N°2, p. 9 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, op. Cit. n° 1178, p. 651.

396. Le problème se pose également à propos de la directive européenne sur les clauses abusives tendant à coordonner les droits des Etats membres quant à la protection du consommateur. Il est donc exact que le consommateur résidant dans l'un des Etats membres de l'Union européenne peut invoquer le droit national, résultat de la transposition de la directive, pour protéger son droit. En droit français, l'article L. 132-1 du Code de la consommation a le caractère d'ordre public. Il prend la forme d'une loi de police qui va imposer au juge du for. Néanmoins, en raison de l'autonomie de l'arbitrage international, celui-ci n'a pas de for. C'est la raison pour laquelle un arbitre international n'est pas obligé d'appliquer une loi de police d'un Etat, sauf s'il entend favoriser la demande de reconnaissance et d'exequatur de la sentence dans un Etat donné. Le consommateur n'est donc pas suffisamment protégé en matière internationale.

397. Ainsi, le coût de l'arbitrage pouvant être plus élevé, il peut décourager le consommateur d'avoir recours à ce mode de règlement de litige. Le consommateur n'aurait pas l'initiative d'une contestation, donc à une constitution du tribunal arbitral pour régler les différends dont le montant est quelquefois moins élevé que l'honoraire et les frais de l'arbitrage. Le coût de la procédure et sa complexité, risquent de décourager le consommateur d'agir en justice pour faire valoir ses droits.⁴⁵⁸

⁴⁵⁸Chey (R), L'arbitrage et le contrat de consommation: Le point sur l'état du droit, par l'Université Lumière Lyon 2 - Master 2 recherche Droit européen et international des contrats en 2006.

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

398. Le commerce électronique et les services en ligne ont conquis désormais leur place au cœur de la vie des consommateurs, des entreprises et des citoyens bouleversant ainsi leur façon de comparer, d'acheter ou de vendre, de chercher ou de mettre à disposition des informations, de gérer leurs paiements ou leurs données, d'échanger et partager. Le contrat passé en ligne, étant conclu sans la présence physique des contractants à travers un système de communication à distance, devient donc un contrat à distance, selon l'article L 121-16 du Code de la Consommation. Etabli avec un cyberconsommateur, ce contrat rejoint la catégorie des contrats dits "de consommation", soumis à un système de protection, conçu par le législateur. Ces règles et principes du droit commun de la consommation sont certes adaptés au contrat électronique, mais il est indispensable d'établir des règles spécifiques.

399. L'économie numérique génère une nouvelle croissance et engendre de nouveaux emplois contribuant au désenclavement des zones isolées. Cependant, la part de l'économie numérique dans l'activité globale reste insignifiante, le potentiel encore non réalisé est énorme et bénéficiera à tous les secteurs économiques et géographiques. S'il avance rapidement au niveau national, le commerce électronique ne représente encore qu'une part minimale du commerce de détail en Europe. Les services en ligne restent en outre en deçà des frontières nationales, l'activité transfrontalière demeurant faible. L'Europe de l'Internet est une mosaïque de règles, de normes et de pratiques différentes, entravant son développement et érodant la confiance des utilisateurs réels ou potentiels, au niveau de l'offre et de la demande. L'élan des services en ligne au niveau européen requiert donc des mesures. Ainsi, la Commission européenne a adopté le 11 janvier 2012, avec sa Communication « Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne », une stratégie ambitieuse qui pour objectifs de doubler à l'horizon 2015 la part du commerce électronique dans les ventes de détail, ainsi que celle de l'économie de l'Internet dans le PIB européen (aujourd'hui moins de 3 %). Nous avons

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

défecté cinq axes principaux : développement de l'offre légale et transfrontalière en ligne; renforcement de l'information des acteurs et la protection des consommateurs; encouragement du développement des systèmes de paiement et de livraison qui devront être plus fiables, plus efficaces et à un coût abordable ; lutte contre les abus et facilitation de la résolution des litiges; enfin déploiement des réseaux à large bande de l'avenir et les technologies innovantes.

400. Dans ce cadre, deux objectifs sont majeurs : d'une part, une importance économique pour le développement du commerce en ligne et d'autre part, une importance juridique protégeant le consommateur en ligne. En effet, la croissance du commerce en ligne demande une confiance accrue des cyberconsommateurs qui implique leur protection. Ces deux objectifs ne sont pas contradictoires, et le législateur français ne s'y est pas trompé, en qualifiant la loi de transposition de la directive commerce électronique comme une loi pour la confiance dans l'économie numérique. La protection du consommateur en ligne intervient spécifiquement lors de la période de la rédaction du contrat et notamment dans la protection du consentement du consommateur en ligne. En analysant le système de protection du consommateur en ligne, on prend conscience qu'il est soumis pour partie au droit commun des contrats et du commerce électronique mais qu'il s'accompagne parallèlement d'une importante intégration.

401. Effectivement, pendant la présentation du produit ou du service, on peut noter une certaine influence du droit commun des contrats à travers l'application des règles relatives à la publicité déloyale et mensongère, ou encore celles applicables à l'obligation d'information préalable à la signature du contrat en ce qui concerne l'offre. Cependant, toutes ces règles restent insuffisantes pour répondre aux spécificités du contrat électronique. D'où l'apparition de règles et de principes du commerce électronique qui sont venus s'ajouter au droit commun des contrats sans le changer ou le bouleverser, notamment en ce qui concerne la lutte contre les communications commerciales non sollicitées ou spamming et l'obligation d'information préalable à la signature du contrat au regard des différentes étapes de la formation du contrat électronique. L'influence réciproque du droit commun

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

des contrats et du commerce électronique ressort à travers l'analyse de la protection du cyberconsommateur au stade de la formation du contrat électronique ; Elle comprend deux points essentiels : elle assure tout d'abord l'influence toujours grandissante du droit communautaire sur le droit des obligations, elle établit ensuite que le droit est bien un droit vivant qui continue à évoluer avec la société et à s'adapter dans le but d'assurer une protection efficace du cyberconsommateur.

402. Cette étude a aussi montré la nécessité de savoir quel est le juge pertinent pour prendre des décisions quant aux litiges créés par les contrats électroniques internationaux ; nous observons en effet que ces derniers perturbent quelque peu le système classique de résolution des différends. Même si le contrat électronique n'est pas original par son objet, l'espace ou la technique par laquelle il est conclu ou exécuté, il revêt une certaine spécificité. L'internaute se trouvera parfois involontairement partie à un contrat international, les acteurs du cyberespace étant souvent difficiles à localiser, matériellement et juridiquement. Ces contrats internationaux produiront inévitablement des litiges singuliers (sans valeur économique) dont la résolution nécessite un traitement particulier. Le juge appelé à la résolution de tels différends doit faire preuve d'une prévisibilité accrue, d'une compétence et d'un professionnalisme total.

403. Le principe de la liberté contractuelle devrait prévaloir pour s'éloigner de tout problème de localisation qui pourrait impliquer une détermination objective du juge compétent. Il serait dès lors primordial de donner plus d'efficacité aux clauses de juridictions stipulées dans un contrat électronique.

404. Il est à noter l'importance croissante relative, de manière générale dans nos sociétés, de la spécialisation des compétences dans un domaine spécifique, en l'occurrence celui du commerce électronique. Le règlement des différends, va donc dépendre largement de la compétence technique du tiers appelé à résoudre le litige, dans ce domaine assez sophistiqué.

405. Ce système n'est que les "*Online Dispute resolution*": ODR. A travers les écrits d'un des premiers auteurs ayant étudié le phénomène ODR, on peut lire que « la plupart des résidents de Sibérie préféreraient être soumis

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

au jugement de leur propre communauté virtuelle plutôt qu'aux lois d'un lieu physique très éloigné de leur lieu de résidence»⁴⁵⁹. D'autre part, les tribunaux, déjà souvent représentées comme inadaptées au commerce international, le sont encore moins pour le commerce électronique. Même si les méthodes hors formes judiciaires traditionnelles de règlement des différends peuvent être plus adaptées, elles se heurtent toujours au conflit de la territorialité des lieux de résolution des litiges et de la quasi-aterritorialité des activités transmises par les réseaux.

406. Ce mécanisme de règlement des différends structurellement adapté au commerce électronique doit alors « faire défi de toute géographie », il doit être omniprésent. Or l'ubiquité est un caractère qui n'est donné que si l'accès au système est dématérialisé. La dématérialisation de l'accès n'est rendue possible que par la communication électronique qui est précisément l'un des éléments définissant les ODR. L'efficacité des ODR en tant que juridiction, est ainsi fondamentalement assurée par leur aterritorialité, permettant de garder les coûts impliqués suffisamment bas pour qu'ils restent saisissables en cas de litiges transnationaux de moyenne ou faible valeur.

407. En matière d'efficacité, l'institution pertinente pour résoudre un litige généré par un contrat électronique devrait garantir un règlement rapide des litiges et établir la confiance. Mais les modes classiques de résolution des litiges, qu'il s'agisse des tribunaux ou des procédures hors ligne d'arbitrage ou de médiation, ne sont généralement pas adaptés pour détecter les litiges à grande portée géographique et à faible enjeu économique. Ils sont trop chers, trop lents, même trop complexes parfois et en conséquence trop peu accessibles. Cette difficulté d'accès à la justice contribuent à une méfiance vis-à-vis du commerce électronique, retarde son développement et ralentit l'économie mondiale. Les nouvelles technologies de l'information permettent de simplifier, d'accélérer et de baisser les coûts de la résolution des litiges, rendant ainsi la justice plus accessible. Cependant, puisque les procédures sont par voie électronique, il se peut néanmoins que des coûts supplémentaires apparaissent. qui devront obligatoirement être aussi bas que possible. De plus,

⁴⁵⁹ E.C. LIDE, « ADR and Cyberspace : The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation » in *Ohio St. J. on Disp. Res.*, 1996, vol. 12, p. 193 et s., spéc. p. 218 (trad. par l'auteur).

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

il est indispensable de placer ces mécanismes au sein d'une certaine architecture de confiance, les entourer d'autres outils indispensables à la reconstruction d'un monde prévisible.

408. Enfin, comme l'a souligné Michel Barnier, Membre de la Commission européenne, chargé du Marché Intérieur et des Services ⁴⁶⁰, l'Union européenne est en effet habitée de 500 millions d'Européens, incluant 27 nations, 23 langues officielles, des centaines de régions (dont certaines revendiquent une existence politique) et encore des milliers de communautés, natives ou immigrées, compactes ou dispersées, voire virtuelles. Si l'Europe, avec cette diversité a pu mettre en place des règles pour le commerce en Europe, alors pourquoi le monde Arabe n'y arrive pas, avec moins de diversités ?

409. Sur cette question traitée dans la Deuxième Partie de cette thèse, il semble que pour permettre des transactions fiables et de grande qualité en ligne concernant les pays arabes et les pays en voie de développement, il faut des systèmes de télécommunications modernes offrant des services à large bande et des services mobiles à des prix abordables pour les entreprises et les particuliers. Il faut qu'il existe aussi un milieu favorable avec une concurrence forte entre les fournisseurs de télécommunications. au développement du commerce électronique tout en appliquant les règles relatives à la protection du consommateur. Elles sont également indispensables pour produire des applications utiles, de grande qualité. En fait, il faut surtout une véritable volonté ! Dans ce domaine, les pouvoirs publics peuvent jouer un rôle vital en veillant à ce que les écoles secondaires et professionnelles intègrent dans leur enseignement les connaissances spécialisées nécessaires pour aider à l'avènement d'une véritable économie numérique durable, capable de s'adapter aux besoins des utilisateurs.

410. Les recommandations s'inscrivent dans un contexte visant à protéger le développement du secteur du e-commerce tout en veillant à maintenir, dans la mesure du possible, les mêmes règles dans tous les types de commerce de façon à éviter les distorsions de concurrence entre les différents canaux. En

⁴⁶⁰ Etude sur l'E-commerce Transfrontière, sous la direction de Jean-Remi Gratadour, vice-président de L'ACSEL: "l'Europe Numérique au Cœur des Echanges" publiée par ACSEL en 2011.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

effet, ce secteur est en forte croissance, il participe à la création de valeur ajoutée et à la création d'emplois. Pour le commerçant qui en bénéficie, c'est également une opportunité d'ouverture sur l'international. S'agissant du consommateur, ce canal de vente lui permet d'accroître sa confiance dans le commerce: la comparaison des prix par produit est aisée, la consultation d'avis d'autres consommateurs lui permet de faciliter ses choix, le e-commerce participe à la réduction des prix à la consommation. Mais c'est un secteur où les taux de marge sont faibles. La concurrence est rude, les prix sont ajustés rapidement en fonction des offres commerciales des sites concurrents. Cela signifie que la régulation, à mettre en oeuvre, doit être adaptée à l'équilibre économique de ce secteur et au maintien de la confiance pour le consommateur⁴⁶¹.

411. L'idée principale de cette thèse c'est lorsqu'on réalise une transaction en ligne, les difficultés n'intervient qu'à posteriori, à l'occasion d'un litige. Dans ce cas, des questions de droit privé soit interne ou international se posent, aussi bien: la rencontre de l'offre et de l'acceptation, quel tribunal saisir? Quel est le droit applicable ? Et en cas de succès comment va-t-on faire exécuter la décision judiciaire ou extra-judiciaire? Donc et avec cette diversité et complexité des réglés applicables dans cette matière, et devant un cyberconsommateur qui ne lie pas les conditions juridiques, on a choisi, de ne pas donner de solution explicite juridiquement parlant. Puisqu'on pense que la réponse au besoin de la partie faible dans un contrat de commerce électronique doit avoir une portée plutôt technique qui va au delà des réglés protectrices connues en droit commun. Cette solution technique peut par exemple avoir la nécessité de l'intervention d'un tiers comme c'est le cas dans l'arbitrage électronique, mais ce tiers doit intervenir dans un mécanisme a priori, c'est-à-dire durant l'exécution du contrat et avant le litige. Ces mécanismes peuvent certainement faire l'objet d'une thèse entière qui rassemble à la fois l'aspect technique et juridique de sorte que la contrepartie dans un contrat de consommation en ligne ne sera verser dans le compte bancaire du Professionnel qu'après un certain mécanisme technique de vérification passé par un tiers qui

⁴⁶¹ • Yvon (M), Dominique (J) et Evelyne (C), *L'impact Du Commerce Electronique En Matiere De Soldes Et De Promotions*, Avril 2011, disponible sur: http://www.credoc.fr/pdf/Sou/Soldes_sur_Internet.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

aura certainement une rémunération. L'idée est donc de NE PAS arriver à un litige. Pour rendre plus effective l'action des cyber-enquêteurs, une modification du cadre juridique pourrait être envisagée visant à renforcer leurs pouvoirs de telle sorte qu'ils disposent de toutes les mesures propres à faire cesser une pratique illicite constatée dans l'exercice de leur mission et que ce contrôle peut se faire a priori, c'est-à-dire avant le litige. Dans ce cas de figure, seront seuls accessibles aux cyberconsommateurs les sites qui ont été approuvés juridiquement et qui sont sensés être conformes à toutes les normes protectrices internationales des cyberconsommateurs.

BIBLIOGRAPHIES

I. OUVRAGES GENERAUX

- Alain (R) Commerce électronique ou électronique du commerce?, Réseaux 2/2001 (no 106), p. 17-72. Disponible sur: www.cairn.info/revue-reseaux-2001-2-page-17.htm
- Audit (B)., Droit international privé, *Economica* 370, 6e éd., 2010, p. 290, n° 319
- Batiffol (E) et Lagarde (P), Droit international privé, 7e édition. Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, n° 675.
- Bensoussan (A), Le droit des affaires du XXIe siècle - La signature électronique. Colloque Deauville, 27 et 28 juin 2000. *ReV. jur. com.*, 2001, n°1, p. 43.
- BERLIOZ (G.), Droit de la consommation et droit des contrats, JC éd. *CL* 1979, 11, no 13019, no 4 ;
- BROUWER F (L). et MARTY (C), La communication de la commission européenne en matière de commerce électronique et de services financiers, *Banque et Droit*, mars-avril 2001, n° 76, p. 16 et s.
- CAPRIOLI (E.A), Ecrit et preuve électroniques dans la loi n°2000-320 du 13 mars 2000, *JCP (E)*, 2000, *Cah. Dr. Entr.*, n°23, juillet 2000, p. 1-11
- Costes (L), Transactions en ligne, preuve et signature, Lamy, droit de l'informatique et des réseaux, n°122, Fév. 2000, p. 5.
- FERRIER (D.) et CAS (G.) *Traité de droit de la consommation*, éd, PUF. p 33.
- FLOUR (J) et AUBERT (L), *Les obligations*, Armand Colin, 1994, p.105
- Gobert (D) et Montero (E), *Les contrats conclus par voie électronique*.
- Grynbaum (L), *Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique D.* 2003, *Point de vue*, p. 746 et s.
- ITEANU (O.) *Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique*, éd. Eyrolles, avril 1996, p. 27

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- Jean-Jacques (R), Relations internationales, Paris, L.G.D.J., 3e édition, 2005, p.99~ Jean COMBACAU et Serge SUR, Droit international public, Paris, Montchrestien, 6e édition, 2004, p. 18 et s.
- Jeuland (E), Rochfeld (J), Droit des consommateurs et procédures spécifiques en Europe, Ed. techniques et juridiques, 2005
- Leroyer (A), L'épreuve d'Internet, Faut-il recodifier le droit de la consommation? *Economica* 2002, p. 167 et s.
- LE TOURNEAU (P), Contrats Informatiques et Electroniques, D. Paris 2002, p. 351
- LIDE (E), « ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation » in *Ohio St. J. on Disp. Res.*, 1996, vol. 12, p. 193 et s., spéc. p. 218 (trad. par l'auteur).
- MATHIEU (M.), Les services bancaires et financiers en ligne, *Revue Banque Edition*, Paris, 2005, p. 224-233
- MAZEAUD (X), « Mystères et paradoxes de la période contractuelle », *Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 637.
- MESTRE (J). Des notions de consommateurs, *RTD ciV.* 1989, p 62 s
- Michel (V), « L'Organisation mondiale », *A. Colin*, 1972, p. 294.
- PASSA (J), Commerce électronique et protection du consommateur, *D.* 2002, n° 6, p. 555, spéc. n° 27 et s
- Passa (J), Commerce électronique et protection du consommateur, *D.* 2002, p. 554, n° 34.
- POURDIEU (S.), Publicité comparative, les tribunaux veillent, in *Lamy droit de l'immatériel*, p33, novembre 2006.
- RAYNOUARD (A), La formation du contrat, in *Travaux de l'Association Henri Capitant, Le contrat électronique, Journées nationales, Tome V*, Toulouse 2000, Coll. Droit privé, éd. Panthéon Assas, 2002, p. 15 et s.
- RODIERE (R.), *Droit de la consommation et la théorie générale du contrat*, Dalloz, 1981, p 247.
- Sorieul (R), "Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales", *Clunet*, vol 2000, 2000, p. 323-393.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- TABAKA (B.), Divorce entre le *e-commerce* et le commerce : et si une conciliation était possible ? , Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, Paris, Lamy, 2006.
- Rochfeld (J) (dir.), Les nouveaux défis du commerce électronique, LGDJ, Lextenséditions, 2010
- TOURNEAU (P), responsabilité des vendeurs et fabricants, 3eme éd 1997, Dalloz, p. 25
- TRIBULLE (F. G.), La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches n°79, 20 avril 2000, p.10.
- VERBIEST (T.) et VERY (E.), Le droit de l'Internet et de la société de l'information (Droit européen, belge et français) éd, LARCIER, 2001, p. 58.
- VERBIEST (T.), La protection juridique du cyber-consommateur, 2003, p. 97.
- VERBIEST (T) - Le nouveau droit du commerce électronique, éd. Larcier, 2005, p.29.
- VIVANT (M.) et al. , la régulation des réseaux, Bull. Lamy droit de l'immatériel, 2007, 469-28.
- VIVANT (M.) et RAPP (L.), Lamy informatique et réseaux, Paris, Lamy, 2003, n° 2608.
- VIVANT (M), « le commerce électronique, défi pour le juge », D., 2003, n°10, p.676.

II. OUVRAGES SPECIAUX

- Cachard (O), Le contrat électronique dans la loi pour la confiance, Rev. Lamy droit civil, septembre 2004, p. 6 et s.
- Caprioli (E.A.), La directive européenne n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, Gazette du Palais, 2000, n°305, p. 5.
- DEMOULIN (M), le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique, une version mise à jour d'un article paru dans La théorie générale des obligations, suite, Liège, Formation permanente CUP, octobre 2002, vol. 57, pp. 99-181.
- ENDESHAW (A), Consumer Protection in Cyberspace: Back to Caveat Emptor? », Consumer L.J. 1999, p. 157.
- Hilaire (L.), Les marchés publics dématérialisés, Paris, Edition Le Moniteur, collection guides juridiques marchés publics, 2004.
- JACQUOT (F) ET WEITZEL (B), Le guide Juridique du Commerçant électronique, chapitre 11, p. 205
- Raynouard (A), Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Répertoire Defrénois, éd.2000, n°10, p. 593.
- Thibierge (C), «Au coeur de la norme : le tracé et la mesure. Association française de Philosophie du Droit, Dalloz, t. 51, 2008, p. 341-371.
- Vincent (F), Le consensualisme dans la théorie générale du contrat.
- Yvon (M), Dominique (J) et Evelyne (C), L'impact Du Commerce Electronique En Matiere De Soldes Et De Promotions, Avril 2011, disponible sur: http://www.credoc.fr/pdf/Sou/Soldes_sur_Internet.pdf

III. MEMOIRES ET THESES

- Augustin (M), Mémoire rédigé en 2011 sur la vente électronique en droits congolais et comparé: étude de la juridiction compétente, à l'Université libre de Matadi RDC.
- BENZAKOUR (N.), mémoire rédigé en 2003 sur La publicité sur internet et la nécessaire protection du consommateur, à l'Université Paris II Panthéon Assas.
- Carlotta (C), Mémoire rédigé en 2001 sur le droit applicable aux contrats internationaux conclus sur internet à l'Université de Geneve 2001.
- CHABAS (J), thèse soutenue en 1931 sur la déclaration de volonté en droit civil français, à l'Université Panthéon-Assas.
- CONSTANT (F), thèse soutenue en 1998 sur les accords d'EDI : aspects juridiques en matière de commerce, à l'Université de Nice.
- Esnault (J.), mémoire rédigé en 2003 sur la signature électronique, à l'Université paris II.
- ETIENNE (V), mémoire rédigé en 2011 sur le developpement de la signature électronique, à l'Université Paris 13.
- George (R), thèse soutenue en 2006 sur L'internet Au Service Des Operations Bancaires Et Financieres, à l'Université Panthéon-Assas.
- Gode (P), thèse soutenue en 1977 sur la volonté et manifestations tacites, à l'Université de Lille.
- Jabber (A), thèse soutenue en 2012 sur Les Contrats Conclus par Voie Electronique: Etude Comparée, à l'Université Montpellier.
- Limbach (F), thèse soutenue en 2003 sur le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats, à l'Université de Toulouse.
- Littmann (J.), Thèse soutenue en 1969 sur le silence et la formation du contrat, à l'université de Strasbourg.
- Lucile (A) Mémoire rédigé en 2004 sur la formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, Université Paris 1 Pantheon – Sorbonne.
- Mohamed (A), mémoire rédigé en 2006 sur La Protection De L'internaute Dans La Publicite En Ligne, soutenu à L'IDAI, l'université du Caire.
- MOREAU (N), Thèse ssoutenue en 2003 sur la formation du contrat

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

électronique: Dispositif de Protection du Cyberconsommateur et Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (m.a.r.c.), à l'Université de Lille.

- Muhammad (K), mémoire rédigé en 2002 sur La valeur probante de la signature électronique, à l'Université du Caire.
- NAUDOT (Y), thèse soutenue en 2000 sur le contrat non négocié, à l'université de Nantes.
- Ninata (S), thèse soutenue en 2012 sur droit souple et commerce électronique, à l'Université de Montpellier I.
- Passant (J), thèse soutenue en 2004 sur l'écrit confronté aux nouvelles technologies, à l'Université de Montpellier.
- RIEG (X), thèse soutenue en 1958 sur le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, à l'Université de Strasbourg.
- SHAKANKIRY (A) Thèse soutenue en 2012 sur le règlement des litiges du commerce international par l'arbitrage électronique à L'Université Montpellier.
- TORRIS (X), Thèse soutenue en 1999 sur l'internet et la vente aux consommateurs, à l'Université de Nantes.
- YOUSSEF (S), thèse soutenue en 2005 sur la formation du contrat a distance par voie Electronique à l'Université Robert Schuman (Strasbourg).

IV. ARTICLES

- Ahmed Dahmani, José Do-Nascimento, Jean Michel Ledjou, Jean-Jacques Gabas, dirs, *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*. Paris, Éd. Gemdev/ Éd. Karthala, coll. Hommes et sociétés, 2007, 375 p. Eric A Caprioli (Avocat à la Cour de Paris, Docteur en droit.) et Ilène Choukri (Avocat au Barreau de Nice, Docteur en droit) réflexions et perspectives autour de l'arbitrage international et du commerce électronique: vers une nouvelle gouvernance du contentieux?
- ANCEL (M.-E.), Un an de droit international privé du commerce électronique, *Com. comm. élect.* - n° 1, jan. 2007, 1.
- Article publiée par la Commission Européene: Aider les Consommateurs A Faire Leurs Achats En Toute Confiance - 05/12/2011, disponible sur le site de

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Commission Européenne. La Commission Européenne est, avec le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen, l'une des principales institutions de l'Union européenne. Instituée par le Traité de Rome de 1957 (articles 155 à 163), elle est composée d'un commissaire par État membre, soit 28 commissaires.

- AYEWOADAN (A), « La médiation en ligne », J.C.P.G, n°19, 19.05.2006, p.945.
- BUIS (G.), Aspects internationaux du droit de la publicité et des promotions sur internet, in JCP. E., n° 47, NoV. 2000, p. 1846
- CACHARD (O), « Electronic arbitration », United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International commercial arbitration, n°539 et 540, p. 331.
- Cadiet (L), Dictionnaire de la justice, Presses Universitaires de France, édition 2004, p. 181 et suiv.
- CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F), La vente par téléphone fait à mon avis partie des ventes à distance.
- CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD civ., avr.-juin 1994, p. 239.
- Caprioli (E), Traçabilité et droit de la preuve électronique, Droit & Patrimoine, mai 2001, dossier, n° 93, p. 68 ; J. Frayssinet, La traçabilité des personnes sur Internet, Droit & Patrimoine, mai 2001, dossier, n° 93, p. 77
- CCI, Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet, 1997, 13 par. 3
- CCI, Lignes directrices d'ICC en matière de publicité et de marketing sur Internet, 1997, par.4.
- CCIP : « Pour un contrat type de commerce électronique », 27 mars 1997, p. 12
- CHABERT (C.), Du nouveau en matière de protection internationale du consommateur en ligne, Com. comm. élect. - feV. 2006, commentaire 27
- CHAMBRAUD (X), Commerce électronique et droit communautaire » INC Hebbo no 1096, oct. 1999.
- Commerce Electronique, Developpement Et Petites Et Moyennes Entreprises, Organisation Mondiale Du Commerce, publié Le 14 Fevrier 2013

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- D. LEMETEHE, Réflexions sur la signature, *Gaz. Pal.* 1976, I, doct., p. 74 ; I. Dauriac, *La signature*, thèse MF Paris II, 1997.
- D. VÉRET et G. ATTHÉA, Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ? (2^{ème} partie), *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2001 n° 198, P. 31
- D. VÉRET et G. ATTHÉA, Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ? - in *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2001 n° 289, P. 40
- D. VÉRET et G. ATHÉA, *Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre?*, *Gaz. Pal.*, 16 octobre 2001 n° 289, P. 40
- DEBET (X), Une dernière condamnation pour le site perenoel.fr : publicité trompeuse sur les délais de livraison, *Com. Comm. élect.*, n.6, Juin 2007, comm..84
- Délégation à la prospective, déposé le 18 janvier 2012.
- Discours de Lionel Jospin prononcé à Hourtin (Gironde) le 25 août 1997
- Dr. Heidar IBRAHIM « La mondialisation et la polémique de l'identité culturelle » *Magazine Alam El Fekr*, Décembre 1994, p 120.
- Drexl Josef, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », *Revue internationale de droit économique*, 2002/2 t. XVI, p. 405-444. DOI : 10.3917/ride.162.0405
- DREYER (E.), Un an de droit de la publicité, *Com. Comm. élect.* n° 7, Juillet 2006, 7.
- DUPLESSIS (I), Le vertige et la soft law. Réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007 (Hors-série), p. 246.
- DUPUY (P), Soft law and the international law of the environment, *Michigan Journal of International Law*, n° 12, 1991, p. 420.
- Etude sur la signature électronique, son contexte, son applications et sa mise en oeuvre, par Jean-Luc Parouty INRIA / Direction des Réseaux et des Systèmes d'Information (DRSI) et Roland Dirlewanger CNRS - Délégation Aquitaine et Poitou-Charentes (DR15) et Dominique Vaufreydaz INRIA Rhône-Alpes / projet PRIMA
- Etude par Industrie Canada, publiée en 2002
- Etude sur l'E-commerce Transfrontière, sous la direction de Jean-Remi Gratadour, vice-président de l'acsel: "l'Europe Numérique au Coeur des Echanges" publié par ACSEL en 2011.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- FAUVARQUE-COSSON (B), Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux, dans Georges CHANTILLON, Le droit international de l'Internet : actes du colloque organisé à Paris, les 19 et 20 novembre 2001 par le Ministère de la Justice, l'Université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Association Arpège, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.55.
- GAUTRAIS V. cité par CAPRIOLI E.A. dans le rapport de la commission Lorentz.
- GORNY (A.), Droit de la santé, Publicité des produits de santé : le rouge est mis, in LPA, 26 octobre 2006 n° 214, P. 4
- GRYNBAUM (L), Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation, D. 2003, p. 1706.
- GRYNBAUM (L), La directive « commerce électronique » ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, JCP E, 11 oct. 2001, étude, n° 41, p. 1617.
- GUNTHER (J.-Ph.), Harmonisation de la publicité comparative en Europe : Contrats, conc., consom. 1998, chron. n° 2.
- ITEANU (O), Internet et le droit, Paris, Eyrolles, 1996, p. 86.
- Jamin (CH), Pour en finir avec la formation du contrat, Petites Affiches, 6 mai 1998, p.25, disponible sur: http://france-jus.ru/upload/fiches_fr/La%20rencontre%20des%20volontes.pdf
- Jay (T) , Keynote Address in Gateways to the Global Market consumers and Electronic Commerce 21 (Org, For Economic Co-operation and Development éd. 1998)
- JCP G 2000, III, 20259
- Joly (E), L'analyse de la loi du 13 Mars 2000, Revue Lamy Droit des affaires; Bulletin d actualités Lamy, droit de l'informatique, Mai 1, 2000.
- Joly (S), COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET PUBLICITÉ EN LIGNE, JCl. Comm. 2004, Fasc. 810
- JOUFFIN (E.), Démarchage et vente à distance de produits et services financiers : principes généraux, Rec. D. 2006 p. 1534
- LAURENT (Ph.), La publicité comparative harmonisée, Contrats, conc., consom. 2001, chron. n° 16.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- Le commerce électronique et le Monde arabe, Revue Le Manager, No. 47, juin 2000, pages 42-45
- LEROYER (A.M.), Commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, in RTD CiV. 2005 p. 850.
- Les enjeux du contrat de consommation en ligne, rédigé par C. BOUCHARD Professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval et M. LACOURSIÈRE Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, Revue générale de droit (2003) 33 R.G.D. 373-438
- MATHEY (N), Le commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats, conc., consom., n° 10, oct. 2004, étude 13.
- MISSE (B.), De nouvelles lignes directrices en matière de publicité sur internet, Gaz. Pal., 15 janvier 2000 n° 15, P. 15
- NAYER (DE) et LAFFINEUR, le consentement électronique, centre de droit de la consommation, Louvain – la- Neuvre, 2000.
- NUYTEN (B) et LESAGE (L), p. 503, n° 18.
- Osama (M), La spécificité du contrat à travers Internet, Dar El Nahda El Arabya, 2000.
- P. CATALA et P-Y. GAUTIER, L'audace technologique à la cour de cassation : vers une libération de la preuve contractuelle, JCP G 1998, n° 29, p. 1110 ; J-M. Moulin, Preuve du cautionnement par télécopie : Revue de droit bancaire et financier, janv./févr. 2001, analyses, n° 1, p. 32.
- PLAISANT (X) « la loi du 6 Janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le téléachat » JCP, éd. E, 1988, 11, 15229.
- PLANIOL (M), RIPERT (G) et ESMEIN (P), p. 102, et les réf.
- Rapport de communication et d'information dans le monde, 1999-2000, l'édition arabe, centre de publication de l'Unesco, le Caire, imprimé en France, p 284, l'annexe statistique
- Rapport C. Jolibois, Doc. Sénat, 2 févr. 2000, n° 203, p. 32
- Rapport d'information n° 272 (2011-2012) de M. Joël BOURDIN.
- Rapport de la Commission Européenne, Bruxelles, 6 Décembre 2012
- Rapport des communications et de l'Information, Op. Cit, p 284 de l'annexe statistique.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- RAYMOND (G.), Publicité : règles générales, JCl. Comm., Fasc. 930, 2002
- RAYMOND (G) : Contrats, conc., consom. 1995, comm. n° 213, obs.
- Rivest (R), Adelman (A), A method for obtaining digital signatures and public-key cryptosystems; Communications of the ACM, Vol.21, Nr.2, 1978, S.120-126.
- ROZENFELD (S.), Projet de loi sur l'économie numérique : un contenu dicté par les directives européennes, févr. 2003, p. 43, disponible sur: <http://www.expertises.info/archives/archives-2003/expertises-no267-fevrier-2003.html>
- SIRENELLI (P), l'adequation entre tre le village virtuel et la création normative – Remise en cause du rôle de l'Etat», in: K. BOELE-WOELKI, C. KESSEDJIAN, « Internet. Which Court Decides? Which LawApplies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique? », La Haye/Londres/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 5.
- SCHULTZ (T), KAUFMANN (G), Online Dispute Resolution : State of the Art and the Issues, E-Com Research, Project of the University of Geneva, Geneva, 2001.
- Statistiques: Croissance de l'E-Commerce au Moyen-Orient.
- V. VÉRET et ATTHÉA, Internet et publicité : le web est-il un support comme un autre ? , Gaz. Pal., 16 octobre 2001 n° 289, P. 40
- Whitfield Diffie et Martin Hellman, National Computer Conference, 1976

V. SITES INTERNET

- <http://www.canlii.org/qc/loi/lcqc/20030131/l.r.q.c-1.1/tout.html>
- <http://www.ccfi.asso.fr/blog/2012/12/vente-en-ligne-et-acceptation-des-conditions-generales-de-vente-la-decision-content-services-de-la-cjue/>
- <http://www.consumer-ministry.govt.nz/>
- <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/signature.php>
- <http://www.degriftout.fr>
- <http://www.dma.org/uk/DMA/default.asp>
- http://www.droit-tic.com/pdf/contrat_vente_en_ligne_conso.pdf

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.html>
- http://econfidence.jrc.it/default/show.gx ?Object.object_id=EC_FORUM000000000000C65.
- <http://www.ecomworld.com/html/govern/0610001.html>
- <http://www.ecommercetimes.com/ec-news/articles/098444100.html>
- <http://www.ecommercetimes.com/news/articles2000/000711-7.shtml>
- http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweeps_en.htm
- http://ec.europa.eu/employment_social/publications/2004/ke6004078_fr.pdf
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1320_fr.pdf
- <http://www.fedma.org>
- www.fevad.com
- http://www.fevad.com/fr/gre_page/affiche_page.asp ?categorie=6&id_page=234
- <http://fevad.com/informer/accueilsup.asp ?sup=16>
- http://www.finances.gouv.fr/dgccrf/03_publications/actualitesccrf/internet171.htm ?ru=03
- <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml ?id=694>
- <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/groupes-de-travail/nbsp-cyberconso-nbsp-observatoire-permanent-de-la-cyberconsommation.html>
- <http://www.foruminternet.org/specialistes/concertation/recommandations/recommandation-du-forum-des-droits-sur-l-internet-les-enfants-du-net-1-les-mineurs-et-les-contenus-prejudiciables-sur-l-internet.html>
- www.gautrais.com/IMG/pdf/consentement2003CPI.pdf.
- <http://www.generation-nt.com/informatique-jouera-role-central-dans-avenir-egypte-newswire-1174201.html>
- <http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>
- http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=44EE51440818265FA62F291C4C7D67CB.tpdljo11v_3?cidTexte=JORFTEXT000027356611&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id&idJO=JORFCONT000027356558

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/les-pieges-des-achats-immateriels-de-noel-22-12-2012-1605276_56.php?xtor=EPR-6-%5BNewsletter-Quotidienne%5D-20121223
- http://lexinter.net/UE/directive_du_8_juin_2000_sur_le_commerce_electronique.html
- http://lexinter.net/UE/directive_du_23_septembre_2002_relative_a_la_commercialisation_a_distance_de_produits_financiers_aupres_des_consommateurs.html
- <http://www.m2dc2en.fr/index.php?s=3&doc=La%20conclusion%20du%20contrat%20%E9lectronique%20et%20l'incitation%20%E0%20contracter%20par%20Maxence%20Genty%20et%20Florent%20Suxe&PHPSESSID=6vccp3q2lko9oe3c5gdupdemg0>
- <http://m.murielle-cahen.fr/category/commerce-electronique>
- <http://www.maphilo.net/droit-cours.html>
- http://www.memoireonline.com/07/10/3692/m_La-valeur-probante-de-la-signature-electronique5.html
- <http://www.men.minefi.gouv.fr>
- <http://www.men.minefi.gouv.fr>
- <http://www.mozilla.org>
- <http://www.openssl.org>
- <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01642e.html>
- <http://www.techno-science.net/?onglet=news&news=11108>
- <http://2003.jres.org/actes/paper.79.pdf>
- <http://www.andac.info/spip.php?article86>
- <http://www.andac.info/spip.php?article86>
- <http://blog.economie-numerique.net/2011/04/28/commerce-electronique-et-tribunal-competent/>
- http://fr.bruylant.larciergroup.com/titres/125147_2/reguler-le-commerce-electronique-par-la-resolution-des-litiges-en-ligne.html
- <http://www.thomasschultz.org/books.html>
- www.admiroutes.asso.fr
- <http://www.icann.org/udrp/>

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- <http://www.caprioli-avocats.com/publications/1-commerce-electronique-et-internet/20-reglement-litiges-en-ligne#2>
- <http://www.onlineadr.org>
- <http://www.ecodir.org>
- <http://www.kalata.cm/document/enam/MJDA019.pdf>
- <http://www.oecd.org/fr/apropos/>
- http://www.cec-zev.eu/fileadmin/user_upload/eu-consommateurs/PDFs/evenements/5.1.11_CEC_Assises_de_la_consommation.pdf
- <http://www.ya-graphic.com/2012/10/e-commerce-moyen-orient/>
- <http://www.louadi.com/Vulgarisation/Le%20CE%20et%20le%20Monde%20arabe.hm>
- http://theses.univlyon2.fr/documents/getpart.php?id=lyon2.2011.fadel_n&part=353283#Notefn111
- http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/tdr2013overview_fr.pdf
- www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/.../w193_f.doc
- http://www.journaldunet.com/solutions/0306/030616_wireless.shtml
- http://www.victoria.ac.nz/law/nzacl/PDFS/SPECIAL%20ISSUES/HORS%20SERIE%20VOL%20XVII/08%20Caprioli_Choukri.pdf
- http://www.memoireonline.com/01/13/6864/m_De-la-vente-electronique-en-droits-congolais-et-compare-etude-de-la-jurisdiction-competente18.html#fnref72
- <http://www.cours-de-droit.net/cours-de-contentieux-international-prive/cours-de-contentieux-international-prive,r429388.html>
- http://www.lex-electronica.org/docs/articles_128.pdf
- http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=16AA76ECA7979FEACEE33BD302FB8442.tpdjo04v_3?cidTexte=LEGITEXT000006068446&dateTexte=20131020
- http://www.lex-electronica.org/docs/articles_128.pdf
- <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpr12.pdf>
- http://www.victoria.ac.nz/law/nzacl/PDFS/SPECIAL%20ISSUES/HORS%20SERIE%20VOL%20XVII/08%20Caprioli_Choukri.pdf
- www.lex-electronica.org/articles/v10-3/pouillet.htm

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/>
- <http://www.academia.edu/439940/>
- www.cours-de-droit.net/.../cours-de-droit-des-obligations,r170405.html
- <http://chemsjuris-dr-e-com.blogspot.com/>
- <http://www.oecd.org/fr/cfe/pme/31946639.pdf>.
- http://ec.europa.eu/news/environment/111205_fr.htm.
- <http://strategis.ic.gc.ca/SSG/ca01643f.html>.
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007033250>
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:fr:PDF>
- <http://droitdu.net/2013/08/nouvelles-regles-en-droit-de-lunion-pour-encadrer-le-reglement-extrajudiciaire-des-litiges-de-consommation>
- http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/imco/dv/adr_study_/adr_study_en.pdf
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:FR:PDF>
- www.caprioli-avocats.com
- http://droitdu.net/fichiers/rekik_le_juge_du_contrat_electronique_international.pdf
- www.ombuds.org/center/adr2002-11-schultz.html
- www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap11.pdf
- http://www.memoireonline.com/08/07/552/m_diffusion-modele-europeen-proces-equitable-udrp2.html
- http://ec.europa.eu/news/environment/111205_fr.htm

VI. JURISPRUDENCE

- Arrêt de la Cour de cassation Egyptienne rendu le 21 Janvier 1978.
- *Bull. crim*, 2 juin 1982
- CA Paris, 4eme Ch. A, 24 Sept. 2008, no. 07/3336, Sté Vente privée.com / Sté Kalypso: CCE 2009, no. 25, note A. Debet

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- CA Paris, 25e ch. B, 22 mars 1991 : Contrats, conc., consom. 1991, comm. n° 215
- CA Toulouse, 22 noV. 2001 : Juris-Data n° 2001-169563
- CA Versailles, 18 févr. 1999 : Contrats, conc., consom. 2000
- C. Cass. 1ère civ. 8 NoV. 1989 (2 arrêts) : Bull. CiV. I, n°342.
- C. Cass. 1ère civ., 17 déc. 1985, Dalloz, N° 84-16.338, Bull. 1985 I n° 354, p. 318.
- C.Cass, ch.civ. 1, audience publique du mardi 24 janvier 1995, N° de pourvoi: 92-18227
- Cass. Civ., 25 mai 1870 : DP 1870, I, 257
- Cass. Civ., 1re, 3 déc. 1985 : Bull. civ. I, n° 330 ; Metz, 12 noV. 1998 : Juris-Data 055237
- Cass. Civ., 1er déc. 1969, JCP, 1970, II, 16445, note Aubert ; Colmar, 27 mars 1980 : JCP, 1981, IV, 390: une partie de la doctrine a critiqué cette interprétation qui souligne le caractère fictif et inexistant de la volonté comme par exemple la remise de dettes ou de prix.
- Cass Civ. 1er, 14 févr. 1995, JCP G 1995, II, 22402, note Y. Chartier
- Cass. Civ. 3e, 5 janv. 1996 :, P-Y. Gautier, sur la valeur de la mention « ok » écrits en marge d'un document
- Cass.Civ. 1re, 16 avril 1996: JCP, 1996, IV, 1366; Bull. civ., I, n° 181, p. 126
- Cass.Civ. 1re, pourv. 7-15.066, Bull. CiV. No. 268 D. 2008, obs. C. Manara
- Cass. Civ., 19 juin 1963, 16 janv. 1973, 19 mars 1973.
- Cass.Civ, 21 juin 1948, Patino, J.C.P. 1948.II.4422, note Lerebours-Pigeonnière.
- Cass. Civ. 1, 17 février 2011, pourvoi n°09-67896
- Cass. Civ. 1re, 15 mars 2005, pourvoi n°02-13285, Bull. civ. 2005 I N° 135 p. 116.
- Cass Civ I 15 avril 1982 D 1984, J p 439
- Cass Civ 1ere 15 avril 1986, D 1986, IR 393
- Cass Civ I 23-06-87, Bull 87 I no 209 p 154
- Cass Civ 1ere, 28 avril 1987 D 1988,
- Cass Civ I 24 novembre 1993, JCP ed. G. 1994, II, 22334
- Cass Civ I 30 janvier 1996 D 1996 jur p 228 note Paisant,

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

- Cass. Com., 9 janV. 1956, Bull. civ. III, n°13
- Cass. Com., 15 déc. 1992: Bull. ciV. IV, n°419.
- Cass. Com., 24 avril. 1987, n° 85-10, 865
- Cass.Com. 24, nov. 2009, no. 8-15.2002, Bull. CiV. IV
- Cass. Com, 3 mai 2012, pourvoi n°11-10508.
- Cass. Com 6 septembre 2011, pourvoi n° 1021583, Bull. civ. IV n° 127, JCP G 2011 note 1203 G. Paisant
- Cass. crim. 24 mars 1987, JCP G 1988, II, 21017, note HEIDSIECK (R.)
- Cass Crim 29 juin 1999, BICC 15 octobre 1999 p 8 n° 1105
- Cass. 1ère civ. 14 féV. 1995 : JCP G 1995, II 22402, note Y. Chartier.
- Cass 1re civ, 9 décembre 2003, n° 01-03.225, Roederer: JurisData n° 2003-021338; JCP G 2004, II, 10055, note C Chabert; D 2004, p 276, obs C Manara.
- Cass. 1re civ., 2 déc. 1969, Bull. civ., I, 1969, I, p. 303, n° 381
- Cass. 1re civ. 27 noV. 1990, D. 1992, somm. 195, note G. Paisant
- CJUE, 3e ch., arrêt du 5 juillet 2012, affaire C-49/11, Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer
- CJCE, 21 mars 1991, aff. C-398/88, Delattre : Rec. 1991, p. 1-1487
- CJCE 4eme ch., 16 Oct 2008, aff. No. C-298/07, obs. C. Manara
- CJUE, 5 juillet 2012, C-49/11, Content Services Ltd
- Crim., 25 oct. 1972: Bull. crim. n°313 ; JCP 1973, II, 17308, note Guérin
- 1ere civ 11 décembre 2008 pourvoi n° 07-18128
- TGI Paris 9 juin 1998, JCP éd. E, 1998, p. 953, n° 21, obs. M. VIVANT et C. LE STANC