

COMPLEXITÉ DES SOURCES

108. - Les difficultés liées à la coexistence de règles générales et de règles spéciales.

Une première sorte de difficulté résulte de l'irruption, en vertu de textes, de très nombreuses obligations ponctuelles d'information lorsqu'elles sont rapprochées des obligations générales d'information, celles qui ont été dégagées au fil de nombreuses années de jurisprudence attentive et qui, du fait du rapprochement, apparaissent quelque peu affaiblies (section 1).

109. - Les difficultés liées aux cumuls de réglementations. Par ailleurs, il est parfois difficile de régler les problèmes de chevauchement de textes différents susceptibles d'application cumulative à la même situation (section 2).

Section 1

Affaiblissement des obligations générales

110. - L'affaiblissement des obligations générales par les règles spéciales.

L'intervention du législateur dans la création d'obligations d'information ponctuelles notamment en matière de contrat du commerce électronique est de nature à aboutir à un affaiblissement de l'obligation générale d'information telle que dégagée par la jurisprudence évoquée plus haut¹³². Il ne faut pas oublier en effet que si des textes

¹³² Voir infra Sous section 1 « textes de droit commun général et jurisprudence générale ».

particuliers ou spéciaux ont été édictés pour régir des situations particulières ou spéciales, celle-ci n'en demeure pas moins susceptible de relever, même si les dispositions particulières ou spéciales ont été respectées, de l'obligation générale dégagée par la jurisprudence.

111. - Le mécanisme de l'affaiblissement par un exemple jurisprudentiel. Un arrêt de la Cour de cassation montre le mécanisme de ce possible affaiblissement. Selon cet arrêt¹³³ de la Cour de cassation, lorsque le législateur serait intervenu dans un domaine pour édicter une série d'obligations d'information, les juges ne pourraient plus prendre l'initiative d'ajouter à cette liste et par exemple sanctionner, en dehors des prévisions légales, une réticence dolosive. Dans cette affaire M. G... avait conclu un contrat de prêt avec la société Fiat crédit France en vue de l'acquisition d'un véhicule qui lui fut dérobé un an plus tard. Le tribunal d'instance annula le contrat de prêt en énonçant «*qu'il appartenait à cette société d'informer son cocontractant de la survie du contrat de prêt à la disparition du véhicule pour l'achat duquel il avait été souscrit*» et «*qu'en s'abstenant d'éclairer l'emprunteur sur l'étendue de ses obligations, la société de crédit avait manqué à son devoir de renseignement* ». La Cour de cassation censura ce jugement, sur le fondement de l'article 1116 du Code civil au motif «*qu'en se déterminant ainsi, alors d'une part, que l'offre de crédit, dont l'original est versé aux débats, avait été établie sur le modèle-type n° 1 annexé au décret du 24 mars 1978 dont toutes les rubriques avaient été remplies et signées par l'emprunteur, et alors, d'autre part, qu'il ne pouvait être reproché à l'établissement de crédit d'avoir omis d'aviser son client de la poursuite du contrat de prêt en cas de vol du véhicule, dès lors que le législateur lui-même n'avait pas jugé utile de faire figurer cet avertissement sur le modèle-type qu'il avait lui-même rédigé, de telle sorte qu'aucune réticence dolosive ne pouvait être imputée à la société Fiat crédit France, le jugement attaqué a violé le texte susvisé* ».

112. - L'autolimitation du pouvoir de la Cour de cassation. De tels motifs constituent une limitation par la Cour de cassation de son propre pouvoir ce qui peut paraître surprenant. En réalité, rien n'impose une telle solution. À partir du moment où les juges

¹³³ Cass. civ. 1^{ère}, 14/06/1989, Bull. civ. I, n° 290, p. 160.

constatent qu'une information était déterminante du consentement d'une partie, que son cocontractant connaissait cette information et l'a recélée dans le seul but de l'inciter à conclure le contrat, il doit pouvoir y avoir annulation de ce contrat pour réticence dolosive. Certes, il est peu probable, en fait, qu'une information non prévue par le législateur ait été déterminante du consentement, mais, toutefois, rien n'empêche, en théorie, d'appliquer le régime de la réticence dolosive pour d'autres informations, si les conditions d'application en sont réunies.

Section 2

Chevauchements de textes et difficultés pouvant en résulter

113. - Les chevauchements de réglementation possibles. L'offre dans le commerce électronique ne parvient pas de façon classique à son destinataire ou ses destinataires puisqu'elle utilise pour ce faire l'outil des réseaux informatiques. Elle atteint le consommateur à son domicile ou encore, par exemple, sur son lieu de travail, en tout cas dans des lieux non destinés à la commercialisation des biens ou des services, et ce sans le mettre physiquement en présence d'un professionnel. De telles offres ainsi que les contrats qu'elles peuvent générer sont soumis, outre aux règles de droit commun du Code civil, aux règles spécifiques et protectrices pour le consommateur, du Code de la Consommation. Or le Code de la Consommation contient deux régimes sensiblement différents selon que l'on se trouve en présence d'une offre par démarchage à domicile ou d'une offre de vente de biens ou de prestation de services à distance qu'elle soit ou non véhiculée par la voie du commerce électronique.

114. - La difficulté de qualification qui en découle. Se pose alors la question classique de la qualification juridique de l'opération dont l'importance n'est pas à démontrer. Elle commande en effet la désignation du régime juridique applicable à la transaction concernée et, par voie de conséquence, le domaine et les modalités de la protection dont bénéficiera le consommateur, ainsi que les sanctions auxquelles s'expose le professionnel qui ne respecterait pas les prescriptions du régime protecteur applicable. On peut objecter que la différenciation entre les deux régimes à perdu de son importance, en particulier à l'égard de l'étendue de la protection offerte, depuis l'adoption de l'ordonnance du 23 août 2001 portant notamment transposition de la directive communautaire du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance», qui englobe aussi bien les contrats de vente de biens que les contrats de fourniture de prestations de services, alors que tel n'était pas le cas, à s'en tenir à la lettre de la loi de l'ancien régime des «ventes à distance », contrairement à celui du démarchage. L'ordonnance du 23 août 2001 a unifié sur ce point les deux régimes de protection, mais il n'en reste pas moins, cependant entre les deux régimes, des différences notables, dont les

acteurs du commerce électronique devront tenir compte, en particulier relativement au départ du délai de renonciation accordé au consommateur et aux sanctions encourues par le professionnel. La nécessité de qualifier répond donc ainsi au besoin de sécurité juridique exprimé par les opérateurs du réseau.

Deux cas de chevauchement paraissent devoir être examinés : celui de la vente à distance par rapport au commerce électronique (§ 1) et celui du démarchage par rapport au commerce électronique (§ 2).

§ 1 - Vente à distance et commerce électronique

115. - Les deux critères de définition de la vente à distance. La vente à distance a d'abord été définie, non par la loi, mais par la doctrine. On peut notamment citer à ce sujet le professeur CALAIS-AULOY et Monsieur STEINMETZ selon lesquels la vente à distance est «*celle qui se forme et s'exécute sans présence physique du vendeur. Celui-ci sollicite l'acheteur par une technique de communication à distance, et l'acheteur répond par une technique de communication à distance, identique ou différente. Ces techniques sont généralement utilisées pour la vente, mais elles peuvent l'être aussi pour des prestations de service*»¹³⁴. Les deux critères retenus ici : le défaut de présence physique et l'utilisation d'une technique de communication à distance ont été également repris par d'autres auteurs¹³⁵.

Ces deux critères ont été consacrés par le législateur français qui donne désormais, suite à l'adoption l'ordonnance du 23 août 2001¹³⁶ transposant en droit interne la directive européenne du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de

¹³⁴ J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit. n° 95.

¹³⁵ R. BOUT, M. BRUSCHI et al. Op. cit. ; F. COLART-DUTILLEUL et Ph. DELBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Paris, éd. Dalloz, Coll. Précis Dalloz, Droit Privé, 3^{ème} éd. 1996, n° 102.

¹³⁶ Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation », J.O., 25 août 2001, pp. 13645-13648.

contrats à distance »¹³⁷, une définition de la vente de biens et de la fourniture de prestations de services à distance. Ainsi aux termes du nouvel article L. 121-16 du Code de la Consommation un contrat de vente de bien ou de fourniture de prestation de service est considéré comme passé à distance, au regard du Code de la Consommation, lorsque sa conclusion a lieu « ... sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance ».

Il convient de mentionner comme pouvant compléter cette définition, qu'au nombre de ces techniques les auteurs relèvent notamment les références à la télématique et à la vidéotransmission, le vidéotexte (micro-ordinateur, écran de télévision) avec clavier ou écran tactile ainsi que le courrier électronique¹³⁸.

Pour ces auteurs la mention du téléphone et de « tout autre moyen technique assimilable » dans la section du Code de la Consommation consacrée au démarchage à domicile n'implique pas la qualification de démarchage : l'offre faite par ces procédés implique simplement que dans ce cas l'offre est en partie soumise aux règles protectrices relatives au démarchage et, par ailleurs, relève incontestablement, selon eux, et sans aucun doute, des procédés de vente à distance. Cette analyse est d'ailleurs confirmée par le législateur lui-même, à l'article L. 121-27 du Code de la Consommation, qui impose dans ce cas de figure l'application des dispositions des articles L 121-16 à L 121-19 du même code, c'est-à-dire des dispositions du régime des contrats de vente de biens et de fournitures de prestations de services à distance en ce qui concerne l'obligation d'information mise à la charge du professionnel, imposée pour la conclusion de tels contrats.

¹³⁷ Article 2, paragraphes 1) et 4), directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 «concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance », J.O. C.E., n° L 144, 4 juin 1997, p. 19.

¹³⁸ La directive n° 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant « la protection des consommateurs en matière de contrats à distance» définit en son article 2, paragraphe 4), comme «Technique de communication à distance : tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. ». Dans la liste indicative des techniques visées par cet article figurant à l'annexe I de la directive, sont notamment mentionnées ces dernières techniques.

Ainsi qu'il l'a été indiqué ci-dessus¹³⁹, le texte même de la loi LCEN identifie le contrat de commerce électronique comme une catégorie de contrat à distance ce dont il résulte incontestablement un cumul des règles protectrices édictées successivement dans le cadre des deux types de contrat. Ce cumul de protections voulu par le législateur est appuyé par l'ensemble de la doctrine. Les auteurs ne se distinguent que dans l'analyse des raisons de son existence. Si, pour la plupart, le chevauchement des deux protections s'impose comme une évidence qui n'a pas à être développée, la solution s'imposant d'elle-même, certains auteurs cependant ont invoqué quatre arguments pour le justifier. Les offres en ligne relèvent d'abord selon Monsieur ITEANU de la qualification de la vente à distance puisque c'est de sa propre initiative que le client consulte un service en ligne et contracte, et non à la suite d'une sollicitation¹⁴⁰. Or ce critère n'est pas déterminant, selon les professeurs VIVANT et LE STANC. Pour eux, la qualification de vente à distance se justifie d'un double point de vue. D'une part, parce que quand le consommateur reçoit une offre en ligne, celle-ci lui parvient dans un lieu non destiné à la commercialisation, dans un « lieu privé » et lorsqu'elle est acceptée et lorsque le contrat est conclu, elle suppose « un déplacement du produit ou du service vers le consommateur » critères déterminants de la vente à distance. Les professeurs VIVANT et LE STANC retiennent, d'autre part et surtout, comme argument essentiel l'intention du législateur (la « ratio legis »). Il s'agit en effet ici de protéger le consommateur. Non contre les sollicitations du démarcheur, mais plutôt des dangers d'une information trop superficielle, dangers qui sont justement à l'origine des dispositions du régime protecteur de la vente de biens et de fourniture de prestations de services à distance¹⁴¹. Un autre auteur, Monsieur BENSOUSSAN, après avoir envisagé au conditionnel l'application des dispositions sur la vente à distance à la conclusion des contrats par voie électronique, recourt pour son argumentation à une argumentation juridique selon laquelle l'offre en ligne utilise le canal d'une technique de communication à distance, or la vente par le moyen de telles techniques, quel que soit le

¹³⁹ Cf. infra, Titre 1, Chapitre 1, Section 3, § C « Affirmation de l'application de la réglementation des contrats à distance ».

¹⁴⁰ O. ITEANU, op. cit.

¹⁴¹ M. VIVANT et C. LE TANC, éd. Lamy, *Droit de l'informatique et des réseaux*, déjà cité, éd. 2000, n° 2614.

vecteur emprunté, relève du régime juridique de la vente à distance, donc l'offre en ligne doit être qualifiée d'offre de contrat à distance.

116. - Le principe et les exceptions. Ainsi les dispositions protectrices du Code de la Consommation issues de la transposition en droit interne par l'ordonnance du 23 août 2001, de la directive communautaire du 20 mai 1997, relatives aux ventes de biens et aux fournitures de prestations de services à distance s'appliquent aux offres en ligne ayant pour objet de tels contrats dans le cadre du commerce à destination des consommateurs, à quelques exceptions près prévues par le législateur. Ces exceptions sont les suivantes : Il s'agit des contrats « portant sur des services financiers », de ceux « conclus pour la construction et la vente de biens immobiliers ou portant *sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers, à l'exception de la location* », des contrats « conclus lors d'une vente aux enchères », qui sont exclus aux termes de l'article L 121.17 du Code de la Consommation, du champ d'application des dispositions du même Code relatives aux « ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance ». En outre, certaines dispositions protectrices du nouveau régime des ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance, ne s'appliquent pas, aux termes de l'article L 120-20 du Code de la Consommation, aux contrats offerts ayant pour objet notamment la prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée.

§ 2 - Démarchage et commerce électronique

117. - La définition du démarchage. Le Code de la Consommation ne donne pas de définition à proprement parler du démarchage. La doctrine s'est efforcée de combler cette lacune. Ainsi le professeur CALAIS-AULOY et Monsieur STEINMETZ ont proposé cette définition du démarchage : «... le démarchage consiste à aller au-devant de la clientèle pour lui proposer des biens ou des services. Il suppose la présence physique du

démarcheur. Ce qui le distingue de la vente à distance »¹⁴². Les professeurs BOUT et BRUSCHI analysent quant à eux le démarchage dans toutes ses composantes au plan des faits et distinguent, tout d'abord, les sollicitations envisagées dans le texte qui consistent soit en une visite du démarcheur, impliquant donc un déplacement de ce dernier, soit en une prise de contact téléphonique ou « par tout moyen technique assimilable »¹⁴³ et dans ce cas le démarcheur ni le client n'ont à effectuer de déplacement, ou encore l'organisation par le commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions, impliquant cette fois un déplacement des personnes sollicitées.

118. - Le commerce électronique comme catégorie de démarchage. C'est en raison de la prise en compte par le Code de la Consommation de sollicitations « par tout moyen technique assimilable » au téléphone, que l'on s'est interrogé sur la qualification des offres en ligne au regard de la loi sur le démarchage. Une partie importante des auteurs ont pensé que les échanges de données par Internet, qui d'ailleurs transitent par les lignes téléphoniques sans que le destinataire les ait sollicités, relevaient des « moyens techniques assimilables » et étaient donc constitutifs de démarchage¹⁴⁴.

119. - La critique de l'assimilation. En réalité, cette qualification de démarchage à l'égard des offres en ligne fondée essentiellement sur la circonstance qu'elles ne sont pas sollicitées par leur destinataire paraît discutable dans la mesure où la protection du Code de la Consommation en matière de démarchage est acquise au consommateur même s'il a sollicité la visite du commerçant qui le démarché¹⁴⁵. La protection tirée de la Loi sur le commerce à distance semble, a priori, plus aisément applicable à l'offre en ligne.

¹⁴² J. CALAIS-AULOY e F. STEINMETZ, déjà cité, n° 110.

¹⁴³ Art. L 121-27 du Code de la Consommation.

¹⁴⁴ D. FERRIER, Droit de la distribution, Paris, éd. Du Juris-Classeur, Litec, 3^{ème} éd. 2002, n° 410.

¹⁴⁵ La solution a d'abord été admise par la jurisprudence (Cass. Crim. 19 juillet 1978 et 26 février 1979, D. 1979, IR, p. 181) a été ensuite expressément consacrée par la Loi du 23 juin 1989 devenu l'article L 121-21 du Code de la Consommation.

TITRE 2

DIVERSITÉS DU CONTENU

DE L'OBLIGATION D'INFORMATION

120. - Le contrat comme norme de ce qui est juste. Pendant longtemps, on a considéré qu'il n'existait aucune obligation de renseigner son futur cocontractant, en dehors des cas où la loi le prévoyait¹⁴⁶. On jugeait nécessaire et suffisant que l'offre indique les éléments essentiels du contrat envisagés suivant les règles du droit commun. Cette conception classique reposait sur le postulat selon lequel, les hommes étant libres et responsables, «qui dit contractuel, dit nécessairement juste ».

121. - Les interventions du législateur et de la justice. La prise de conscience de l'importance d'une information plus large des parties préalablement à la conclusion du contrat, s'est faite progressivement. Le législateur est tout d'abord intervenu ponctuellement en créant des obligations d'information précontractuelles spéciales à la charge de l'une ou l'autre des futures parties, dans le but affiché de remédier à des situations d'inégalité entre celles-ci ou encore dans celui d'assurer une plus grande transparence lors de la conclusion de certains contrats. Puis, il a multiplié ses interventions, selon un rythme toujours plus élevé, au point que certains auteurs se demandent parfois aujourd'hui si la machine législative ne s'est pas emballée. Parallèlement, un important mouvement jurisprudentiel s'est développé à partir de l'idée selon laquelle l'exigence de bonne foi, envisagée par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil¹⁴⁷ dépasse ce seul cadre de l'exécution du contrat et doit également s'appliquer à l'occasion de la formation du contrat. À partir de cette orientation, les juges ont peu à peu « découvert » dans de nombreux contrats une obligation d'information précontractuelle

¹⁴⁶ À ce sujet, voir notamment TERRE, SIMLER, LEQUETTE, Droit civil : Les obligations, préc. n° 248 ; GHESTIN, Traité de droit civil – La formation du contrat – Principes et caractères essentiels – Ordre public – Consentement, objet, cause, préc. n° 599.

¹⁴⁷ Article 1134, alinéa 3, du Code Civil : « Elles [les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi. »

générale¹⁴⁸, sur le modèle de celle mise à la charge du vendeur au profit de l'acheteur par l'article 1602 du Code civil¹⁴⁹. On note que, si cette «découverte» concerne souvent des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, la qualité des parties n'est pas l'unique critère pris en considération par les juges¹⁵⁰. L'existence d'un devoir général de loyauté dans la phase de formation contractuelle, la compétence respective des parties ou la nouveauté de la chose objet du contrat¹⁵¹ sont d'autres éléments sur lesquels les juges font parfois reposer leur décision.

122. - L'obligation d'information comme aide au jugement du consommateur. Selon une analyse classique, l'information précontractuelle est une information qui a pour objet des faits objectifs se rapportant au contrat projeté et qui est fournie à une partie avant la conclusion de celui-ci. Elle vise à permettre à cette dernière de donner un consentement le plus éclairé possible. C'est pourquoi on dit encore que l'information précontractuelle est une information susceptible d'avoir une incidence sur le consommateur. Aussi, la fonction d'une obligation d'information précontractuelle est d'attirer l'attention de celui à qui elle est destinée sur tel ou tel aspect du futur contrat afin de s'assurer qu'il prenne la décision

¹⁴⁸ Sur l'ensemble du sujet, voir notamment M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », RTD civ. 1945. 1 ; ALISSE, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, Thèse Paris, 1975 ; Y. BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation des contrats*, Thèse Aix-Marseille 1977, Aix-en Provence, PUAM, 1978 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Thèse Paris I, Paris, LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 1992 ; MISTRETTA, « L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive », préc. ; X. THUNIS, « L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale », in Mélanges Michel Cabrillac, Paris, Dalloz et Litec, 1999, p. 313. Pour une appréciation critique de cette jurisprudence. Voir notamment L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », Dr. Et Patrimoine 1998, n° 58, p. 69.

¹⁴⁹ Article 1602 du Code Civil : « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.* » Pour une application de ce texte, voir Cass. 1^{ère} Civ., 13/04/1999, Bull. civ. I, n° 139 à propos d'une vente de voiture par un vendeur concessionnaire automobile. Sur cette extension du champ d'application de ce texte à d'autres contrats que la vente, voir CALAIS-AULOY, STEINMETZ, *Droit de la consommation*, préc. n° 49.

¹⁵⁰ Pour une décision jugeant un consommateur responsable du défaut d'information de son cocontractant professionnel : Cass. 1^{ère} Civ., 24/11/1976, Bull. civ. I, n° 370 : « *Celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant.* »

¹⁵¹ Cass. 1^{ère} Civ., 03/06/1998, Bull. civ. I, n° 198. La Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas d'obligation d'information entre deux professionnels dans la mesure où la compétence constatée de celui-ci qui se prétendait créancier d'une telle obligation lui donnait les moyens d'apprécier les caractéristiques des biens qui lui avaient été livrés. Voir également Cass. 1^{ère} Civ., 04/05/1994, Bull. civ. I, n° 163. En l'espèce, bien que les deux professionnels aient été de même spécialité, la Cour de cassation a jugé qu'il existait une obligation d'information à la charge du vendeur car la chose objet du contrat était nouvellement commercialisée.

de s'engager en « la plus parfaite » connaissance de cause. « *Informar, c'est attirer l'attention d'une personne sur une réalité qu'elle a tout intérêt à connaître pour mieux juger* ». En d'autres termes, l'obligation d'information précontractuelle est un moyen de prévention contre les vices du consentement.

123. - L'importance de l'information précontractuelle dans le commerce électronique.

L'information précontractuelle revêt une importance toute particulière dans le cadre de la conclusion d'un contrat de commerce électronique. En effet, du fait de l'absence de contact direct des parties et de la dématérialisation des échanges, l'internaute n'a pas la possibilité de prendre connaissance directement - « *in vivo* » - des caractéristiques du bien ou du service proposé par le commerçant électronique, en examinant la chose ou en interrogeant son interlocuteur. La manière dont la relation contractuelle se noue entre les cocontractants entraîne une inégalité d'information¹⁵² qu'il appartenait à la loi de compenser tout particulièrement dans ce mode de conclusion des contrats.

124. - L'obligation d'information au-delà du contenu du contrat. Il est important de souligner que le législateur est même allé au-delà d'une obligation précontractuelle proprement dite en consacrant des obligations d'information précontractuelles se rapportant au déroulement du processus de conclusion de celui-ci. Il a inauguré pour celles-ci un nouveau domaine et une nouvelle fonction d'ordre pédagogique liée à la technique particulière de l'outil informatique. Il s'agit de contraindre le commerçant électronique à expliquer aux destinataires de ses offres la manière dont la conclusion du contrat de commerce électronique se réalise sur un plan pratique, toujours afin que la volonté du contractant ne soit pas « surprise » par une manœuvre dont il n'aurait pas pu prendre connaissance des conséquences.

¹⁵² Sur l'idée d'inégalité d'accès à l'information entre les cocontractants, voir notamment GHESTIN, *Traité de droit civil – La formation du contrat – Principes et caractères essentiels – Ordre public – Consentement, objet, cause*, préc. n° 634 et 635 ; FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Thèse préc.

125. - Les moyens d'information imposés. Par ailleurs, l'exécution d'une obligation d'information précontractuelle peut prendre différentes formes. Lorsque l'obligation a une origine légale, le législateur peut laisser libre son débiteur relativement au choix des moyens pour son exécution ou se montrer plus directif et lui imposer le respect d'un formalisme particulier. Il peut ainsi exiger du débiteur de l'obligation d'information de fournir celle-ci par écrit¹⁵³, voire en respectant un modèle préalablement établi. Il peut aussi lui imposer de faire figurer l'information dans un exemplaire du contrat à remettre au cocontractant au moment de sa conclusion¹⁵⁴ ou encore lui demander de l'indiquer dans son offre de contrat. Le législateur utilise fréquemment dans le domaine du droit de la consommation la technique des mentions obligatoires¹⁵⁵. L'article L 121-18 du Code de la Consommation en est une illustration. Il en a fait également usage, d'une manière beaucoup plus inhabituelle, à l'article 1369-1 du Code civil signe de l'influence du droit de la Consommation sur le Code civil.

126. - L'extension du domaine de précision de l'offre. La présence imposée dans l'offre de contrat de commerce électronique de certaines informations entraîne parallèlement une extension du domaine de l'exigence de précision de l'offre. Celle-ci ne se limite plus aux éléments essentiels du contrat dont la conclusion est proposée, mais s'étend à d'autres informations de natures très diverses. Il serait toutefois erroné d'en déduire que ces informations supplémentaires sont devenues, de ce fait, des éléments essentiels du contrat de commerce électronique. En effet, le constat de leur absence de l'offre n'a pas pour conséquence nécessaire la disqualification de cette dernière, sauf dans les cas où le législateur a élevé au rang de mention obligatoire une information qui constitue déjà un élément essentiel du contrat¹⁵⁶.

¹⁵³ Voir par exemple l'article L. 141-1 du Code de Commerce relatif à l'acte de cession amiable de fonds de commerce.

¹⁵⁴ Voir par exemple l'article L. 121-23 du Code de la Consommation relatif au démarchage à domicile.

¹⁵⁵ Voir par exemple dans le domaine du crédit à la consommation et du crédit immobilier, les articles L. 311-10 et L. 312-8 du Code de la Consommation, ou encore l'article L. 121-61 du même code relativement à l'offre de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.

¹⁵⁶ Voir par exemple le prix de la chose. Il est un élément essentiel du contrat de vente en même temps qu'une mention obligatoire de l'offre de contrat de vente à distance (voir l'article L. 121-18, alinéa 1, du Code de la Consommation qui procède à l'incorporation par référence de l'article L. 113-3 du même code).

Ce choix d'élever au rang de mentions obligatoires de l'offre de contrat de commerce électronique l'ensemble des informations dont la directive 97/7/CE et la directive sur le commerce électronique imposent la fourniture à l'internaute avant la conclusion du contrat est original au regard des deux textes communautaires. Aucun n'exige en effet l'adoption d'une telle solution.

127. - L'obligation liée à l'existence d'une offre. La mise en œuvre de ce choix pose la question de l'identification de l'offre de contrat de commerce électronique. Il faut en effet être en mesure de déterminer à partir de quel moment et à quelles conditions un message émis par un commerçant électronique constitue une offre de contrat. Le contenu des sites internet et même aujourd'hui des courriers électroniques est si varié (publicités, offres, informations sportives, culturelles, boursières, etc.), que la tâche est souvent délicate. Elle est pourtant nécessaire pour comprendre la solution retenue par le législateur¹⁵⁷. Le critère essentiel de distinction entre une offre et d'autres types de message est sa finalité. Une offre a en effet pour but d'amener une personne à conclure un contrat. Aussi, dès l'instant où un bien ou un service est présenté et où cette présentation s'accompagne de la proposition, ferme et dépourvue d'équivoque, d'en apporter la fourniture, on doit considérer qu'il y a une offre de contrat.

128. - La contrainte d'information qui en résulte. En conséquence, dès qu'un internaute prend connaissance d'une telle proposition, il faut qu'il soit mis par le commerçant électronique en présence de l'ensemble des informations élevées au rang des mentions obligatoires, avant qu'il ne puisse passer commande. Ainsi, si nous prenons l'exemple de l'offre figurant sur un site internet, nous considérons que toutes ces informations doivent être placées sur une ou plusieurs pages incontournables pour l'internaute qui souhaite passer commande. Autrement dit, l'exigence de la présence de mentions obligatoires dans l'offre ne doit pas nécessairement être comprise comme l'obligation pour le commerçant électronique de toutes les indiquer les unes à la suite des autres, sur une seule et même

¹⁵⁷ L'article 4, paragraphe 1, de la directive 97/7/CE exige seulement que le consommateur bénéficie « en temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance » de ces informations, tandis que l'article 10, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique demande au prestataire de les fournir au destinataire du service avant qu'il ne passe commande.

page de son site. Ceci est certes une possibilité. Mais il en est une autre, plus souple, qui consiste à prévoir la communication de ces informations d'une manière progressive, page après page, tout en dirigeant l'internaute vers celle à partir de laquelle il pourra passer commande. En conséquence il est possible d'estimer que le recours à un lien hypertexte, présent sur toutes les pages du site et renvoyant vers une page contenant l'ensemble de ces informations, ne permet pas de satisfaire aux exigences légales. Cette interprétation stricte est en effet indispensable si l'on veut donner un plein effet à la règle posée par le législateur d'en faire des mentions obligatoires de l'offre.

129. - L'offre de contrat électronique, une offre « sous contrôle ». Un tel parti se révèle donc contraignant pour le pollicitant. C'est pourquoi, pour certains, l'offre de contrat de commerce électronique est ainsi devenue « une offre de contracter sous contrôle ». L'offre faite par voie électronique est en effet assujettie à une stricte réglementation. En vue de maîtriser les spécificités liées à son mode de passation, le législateur oblige l'une des parties, le professionnel, à insérer dans l'offre de contrat des mentions destinées à informer le Cocontractant qui est, le plus souvent, mais pas toujours, un consommateur.

Nous proposons d'abord de déterminer quelles sont les règles fixées pour l'identification de l'auteur de l'offre qui doit, en quelque sorte, se présenter officiellement à son client internaute (Chapitre 1) avant d'examiner de quelle manière la loi exige que soit décrites, avant tout contrat, les conditions contractuelles (Chapitre 2) pour ensuite entrer dans l'objet même du contrat et les informations dues sur le contenu de l'offre (Chapitre 3) puis sa forme (Chapitre 4).

CHAPITRE 1

IDENTIFICATION DE L'AUTEUR DE L'OFFRE

130. - La nécessaire présentation du commerçant électronique. Élément essentiel du commerce traditionnel, la confiance entre les acteurs du commerce en ligne passe nécessairement par leur connaissance ce qui, dans la mesure de la dimension planétaire du réseau, de la dépersonnalisation liée à internet, exige des précautions, donc des obligations particulières par différence avec le droit commun national qui, quant à lui, ne comporte aucune exigence en la matière.

Dès avant l'intervention de toute législation et de toute manière, indépendamment de toute obligation légale, les prestataires en ligne de tous les continents, bien conscients de la suspicion susceptible de résulter de l'anonymat, notamment dans les pays anglo-saxons, ont compris l'intérêt de s'identifier plus ou moins complètement. Certains le faisaient de façon extrêmement détaillée en informant même le consommateur de la genèse de leur activité, de l'identité des fondateurs et dirigeants principaux, avec parfois leurs photographies et biographies.

131. - L'usage pratiqué dès l'origine de se présenter. En effet, dans le commerce traditionnel, on connaît le commerçant qui, s'il est poli, se présente lui-même à l'acheteur, on peut juger du degré de confiance que l'on peut lui faire, on peut l'interroger sur les divers aspects de la transaction envisagée, toutes choses qui font défaut dans le commerce électronique. Aussi, pour aligner autant que faire se peut le commerce électronique sur le commerce traditionnel, c'est devenu une véritable pratique contractuelle que de se présenter à l'internaute sur son site de commerce électronique qui a précédé les législations au point que les fournisseurs d'accès, tels que Yahoo! ont imposé une identification complète aux sites bénéficiant de ses services en ligne¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Les « conditions générales » imposées par Yahoo ! (« Yahoo ! Store Merchant Service Agreement » 1999) indique (traduction personnelle) « Le commerçant accepte de faire figurer dans les coordonnées de sa boutique en ligne, notamment mais non exclusivement : le nom social, son adresse, numéro de téléphone,

Cette recherche d'une normalisation du commerce électronique par le contrat qu'il est convenu de désigner par le terme anglais «soft Law » a trouvé son écho en France dans le «Contrat type de commerce électronique à destination des commerçants et des consommateurs » rédigé par un groupe d'experts, sur l'initiative de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et de l'Association Française pour le Commerce et les Échanges Electroniques, présenté à Paris, le 29 juin 1998. Ce contrat type conçu, selon ses auteurs, comme « un outil pour les entreprises », a vocation à être utilisé par les commerçants du commerce électronique dans leurs rapports avec les consommateurs, en constituant un canevas de départ, « une base de négociation entre les parties ». Il prescrit d'informer le consommateur du nom du commerçant, de sa dénomination sociale, s'il y a lieu, du numéro d'identification unique, de l'adresse du siège social ou de l'établissement auteur de l'offre (si différente), de l'adresse électronique, des coordonnées téléphone et fax, ceci en reprenant, d'ailleurs, les règles déjà fixées pour les contrats conclus à distance.

La dématérialisation du contrat implique que des contrats conclus soient conclus entre absents. Il est donc important que les contractants s'identifient. La dématérialisation et la dépersonnalisation du contrat conclu par voie électronique est à l'origine des préoccupations législatives européennes puis nationales. Quatre sources déjà présentées se superposent en ce qui concerne l'obligation d'identification du prestataire : le Code de la Consommation, la loi du 1^{er} août 2000 sur les éditeurs professionnels de services de communication en ligne, le Code de Commerce et, bien naturellement, la loi LCEN.

La loi LCEN suffit à elle seule à synthétiser l'ensemble de la question (section 1) même s'il paraît souhaitable de vérifier que les 3 autres sources, en ce domaine, sont purement et simplement surabondantes (section 2).

numéro de fax, adresse de messagerie électronique. Le commerçant accepte également de mettre ces informations à jour et de les conserver conforme à la réalité, précises actuelles et complètes. » (clause accessible sur le site <http://store.yahoo.com/vw/terfser.html>).

Section 1

La présentation de l'auteur de l'offre à l'internaute

Il faut situer les règles fixées en ce domaine par la Loi LCEN dans le prolongement de la directive dont elle est issue. La Loi LCEN a intégré dans la législation nationale les règles fixées, en la matière, par l'article 5 de la Directive 2000/31 au sujet des informations nécessaires à l'identification du prestataire. Selon la directive, le particularisme des relations évoquées justifie, pour éviter au destinataire de l'offre toute déconvenue, que le prestataire s'identifie comme tel. À ce titre, le prestataire est tenu à une obligation générale d'information précontractuelle énoncée à l'article 5 de la directive n°- 2000/31 relatif « aux informations générales à fournir ». Pour cela, le prestataire doit rendre accessible au destinataire du service et aux autorités compétentes, son nom (a) ; l'adresse géographique à laquelle il est établi (b) ; ses coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui (c) ; dans le cas où il est inscrit à un registre du commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre du commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre (d) ; dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (e) ; en ce qui concerne les professions réglementées, le prestataire doit préciser l'ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel il est inscrit, le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, et la référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès (f) ; enfin, dans le cas où il exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, § 1, de la sixième directive 77/388/CEE du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires (8).

§ 1 – *Les informations sur l’auteur de l’offre*

132. - Contenu de l’obligation. Intégrant fidèlement ces règles, l’article 19 de la loi LCEN a d’abord prévu que le prestataire devait tenir à disposition du destinataire de l’offre les éléments d’information suivants : «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 ainsi que son adresse de courrier électronique ; 3°- Si elle est assujettie aux formalités d’inscription 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°- S’il 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 il est inscrit ».*

133. - Les adjonctions à la Directive. La loi LCEN ajoute ainsi aux obligations de la directive, l’obligation d’indiquer le prénom du prestataire, s’il s’agit d’une personne physique, la raison sociale, le capital social et l’adresse du siège social s’il s’agit d’une personne morale. Sous le même article, la loi LCEN ajoutait également à la directive qui ne le prévoyait pas que ces informations doivent être accessibles au destinataire « à partir du moment où il commence la transaction » soit avant que ce dernier n’engage le processus de passation de sa commande. De la même manière, plus précisément que la directive qui ne prévoyait, en ce qui concerne la mise à disposition de ces informations, que l’exigence d’un accès « facile, direct et permanent » la loi LCEN énonce : « le prestataire est tenu d’assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent sur la page d’accueil et sur chacune des pages visionnées par le client. ». Cela implique que le destinataire ne doit pas désespérément se trouver dans l’obligation de chercher l’information en tournant les pages du site. Le respect de ces exigences participe des règles régissant la structure du site Internet. Il faut donc admettre

qu'une locution ou une icône ou encore un lien hypertexte, vers une page contenant ces informations, accessible à tout moment, c'est-à-dire visible, sur l'ensemble des pages, et notamment sur sa page d'accueil, satisfait à cette condition. De plus en plus de sites affichent sur chacune de leurs pages la même « bannière » de liens hypertextes. Cela permet au destinataire des services de surfer dans la « boutique » et d'accéder facilement, directement et de manière permanente aux informations dont il a besoin pour s'engager en connaissance de cause.

134. - L'obligation s'applique au commerçant professionnel comme au particulier. À noter que l'obligation d'identification pèse non seulement sur le professionnel, mais aussi sur le particulier, la loi LCEN ne faisant pas de distinction à cet égard dans la définition qu'elle donne du commerce électronique sous son article 14 qui n'exclut pas le commerce dit « C to C »¹⁵⁹.

135. - Les informations doivent être données sous menace de sanctions pénales. Enfin, la loi LCEN assortit l'ensemble des obligations de cet article de sanctions pénales : « les infractions aux dispositions du présent article sont recherchées et constatées 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 ».

136. - L'identité du commerçant. En ce qui concerne l'identification du commerçant électronique¹⁶⁰, l'article 19, alinéa 1, 1°, de la loi demande à celui-ci d'indiquer ses nom, prénoms, s'il est une personne physique, et sa « raison sociale », s'il est une personne morale. L'utilisation du terme « raison sociale » étonne quelque peu. Celui-ci n'est plus applicable en effet pour toutes les sociétés dotées de la personne morale qui, depuis la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier,

¹⁵⁹ « C to C » = Consommateur vers consommateur. Cf. en ce sens, P. STOFFEL-MUCK, « La réforme des contrats du commerce électronique », Communication Commerce électronique, septembre 2004, Etude n° 30.

¹⁶⁰ Selon Monsieur CACHARD « la loi met en œuvre (...) un véritable principe d'identification des parties ». Voir CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », préc.