

Université Paris-Panthéon-Assas
école doctorale de Droit privé

Thèse de Doctorat en Droit privé / septembre 2024

Thèse de doctorat en Droit privé
soutenue le 24 septembre 2024

**Les contrats électroniques à l'épreuve
du droit de la consommation**



Pinnagnè Simplex BADO

Sous la direction de **Monsieur le Professeur Michel GRIMALDI**
Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury :

- Madame le professeur Marie GORE (Paris II), Présidente
- Monsieur le professeur Philippe DUPICHOT (Paris I), rapporteur
- Monsieur le Professeur Christophe VERNIERES (Paris I), rapporteur

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à adresser ma profonde gratitude à mon directeur de thèse, le Professeur Michel GRIMALDI, qui m'a gracieusement et sans condition offert cette opportunité. Je lui resterai toujours reconnaissant pour sa haute sollicitude et sa compréhension. Je remercie mes parents, mes supérieurs hiérarchiques sans lesquels cette aventure serait restée en chemin.

Enfin, je remercie très sincèrement mon épouse Laurentine pour ses encouragements et ses prières qui ont été le ferment de ma détermination pour un bon aboutissement de ce travail.

Résumé : Les contrats électroniques se concluent dans un environnement opaque, dématérialisé, interactif et à distance. L'opacité du Réseau internet laisse les parties dans l'ignorance de pertes ou de détournement des communications transmises et complique la preuve de l'envoi et de la réception de celles-ci. Aussi, l'éloignement des parties, combiné à l'opacité, complique l'identification des parties et l'appréciation concrète des biens et services offerts. En outre, la dématérialisation rend les informations précontractuelles fugaces, modifiables et suscite le problème de leur conservation. La rapidité du processus de formation des contrats est-elle, source d'erreurs matérielles et conduit parfois à passer des contrats irréfléchis. Enfin, l'ubiquité favorisée par le réseau de l'internet ne permet pas toujours de situer les cocontractants dans l'espace au moment de la conclusion du contrat. Le caractère transfrontalier des réseaux électroniques soulève des difficultés inhérentes au règlement des différends. Le présent travail propose une étude de l'opportune protection du consommateur par le droit de la consommation à tous les stades de l'interaction de celui-ci avec les professionnels en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat électronique et, le cas échéant, à l'étape du règlement des litiges qui en résultent. Ainsi, cette nécessaire protection du consommateur dans un univers où son déséquilibre originel s'accroît se matérialise par une imposition d'obligations supplémentaires voire un régime spécifique de la responsabilité du professionnel électronique.

Descripteurs : Droit de la consommation- Contrat électronique- Consommateur- Professionnel- Protection du consommateur- Informations précontractuelles- Consentement- Rétractation- Obligations- Litiges.

Title and Abstract: **Electronic contracts put to the test of consumer law.** Electronic contracts are concluded in an opaque, dematerialized, interactive and remote environment. The opacity of the internet leaves the parties unaware of the loss or misappropriation of transmitted communications, and complicates proof of sending and receipt. Also, the distance between the parties, combined with the opacity of the internet, complicates identification of the parties and concrete appreciation of the goods and services offered. In addition, dematerialization makes pre-contractual information fleeting and changeable, and poses the problem of its conservation. The speed of the contract formation process is a source of material errors, and sometimes leads to ill-considered contracts. Last but not least, the ubiquity of the internet network means that it is not always possible to locate the contracting parties in space at the time the contract is concluded. The cross-border nature of electronic networks raises inherent difficulties in dispute resolution. This work examines the need for consumer protection under consumer law at all stages of the consumer's interaction with professionals, with a view to the conclusion and performance of electronic contracts and, where applicable, at the dispute resolution stage. The need to protect consumers in a world where their original imbalance is growing is reflected in the imposition of additional obligations, and even a specific liability regime for electronic professionals.

Keywords : Consumer law- Electronic contract- Consumer- Professional- Consumer protection- Pre-contractual information- Consent- Withdrawal- Obligations- Litigation.

Principales abréviations

Al. : Alinéa

AJ : Actualité jurisprudentielle

Art. : Article (d'un texte normatif)

Ass. plén. : Assemblée plénière

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin de la chambre criminelle de la cour de cassation

CA : Cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

Cass. ass. plén. : Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation

CCE : Communication commerce électronique (revue de LexisNexis Jurisclasseurs)

Cf : Conférer, consulter

Chron. : Chronique

Civ. : Cassation, chambre civile

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

Coll. : Collection

Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation

C. consom. : Code de la consommation

Consid. : Considérant

Contra : Contraire

Conv. : Convention

CPC. : Code de procédure civile

Crim. : Cassation, chambre criminelle

D. : Recueil Dalloz-Sirey

Déc. : décision

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DIP : Droit international privé

Dir. : Directive

- (Dir.) : sous la direction de
éd. : édition
et s. : et suivantes
Gaz. Pal : Gazette du Palais
Ibid. ou ibidem : Au même endroit
Id. : idem
Infra : ci-dessous
JCP : Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale,...)
JDI : Journal du Droit International
JO : Journal officiel
JOCE : Journal officiel des communautés européennes
JORF : Journal officiel de la République française
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
L. : Loi
LEDB : L'Essentiel Droit bancaire
LEDC : L'Essentiel Droit des Contrats
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA : Les Petites Affiches
n. : note
obs. : Observations, commentaires doctrinaux
Op. cit. : Opere citato, cité précédemment
Ord. : Ordinance
p. : page
préc. : précité
Puf : Presses universitaires de France
RDC : Revue des Contrats
RDUE : Revue du droit de l'Union européenne
REDC : Revue Européen du Droit de la Consommation.
Règl. : Règlement.
Rev. aff. eur : Revue des affaires européennes

Rev. crit. DIP : Revue critique de Droit international privé

RIDE : Revue internationale de droit économique

RJDA : Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires

RLC : Revue Lamy de la concurrence

RLDC : Revue Lamy Droit civil

RTD civ. : Revue Trimestrielle de Droit civil

RTD eur. : Revue Trimestrielle de Droit européen

Spéc. Spécialement

V. : voir

Vol. : volume

Voy. : voyez.

Sommaire

Introduction	11
Première partie : Les dispositifs de renforcement de la qualité du consentement du consommateur dans le processus de conclusion du contrat électronique	39
TITRE I: LES DISPOSITIFS PREVENTIFS DE LA QUALITE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR 41	
CHAPITRE 1 : LES OUTILS DE PRESERVATION DE LA LIBERTE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR ELECTRONIQUE	42
SECTION 1 : L'encadrement du contenu de la publicité par voie électronique ..	43
SECTION 2 : La problématique des intermédiaires des contrats électroniques	55
CHAPITRE II : L'IMPOSITION D'UNE OBLIGATION D'INFORMATION PRECONTRACTUELLE RENFORCEE.....	71
SECTION 1 : L'assujettissement du professionnel électronique à l'obligation générale d'information précontractuelle	75
SECTION 2 : L'obligation d'information spécifique justifiée par le contexte électronique.....	95
SECTION 3 : Les caractères de l'information précontractuelle d'information .	104
SECTION 4 : La sanction des manquements à l'obligation d'information précontractuelle	112
CONCLUSION DU TITRE I.....	125
TITRE II : LES DISPOSITIFS D'EXPRESSION ET DE CONSOLIDATION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR 127	
CHAPITRE I : L'IMPOSITION D'UN PROCESSUS SPECIFIQUE DE FORMATION DU CONTRAT ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION	129
SECTION 1 : Le formalisme de validité du consentement électronique du consommateur	130
SECTION II : L'obligation de confirmation du contrat électronique sur support durable au consommateur	142
CHAPITRE II : LE DISPOSITIF CURATIF DE LA QUALITE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR : LE DROIT DE RETRACTATION	153
SECTION I : Les conditions de mise en œuvre du droit de rétractation	155
SECTION 2 : Les effets de l'exercice du droit de rétractation	176
CONCLUSION DU TITRE II	195

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	197
<i>Deuxième partie : Les dispositifs de protection du consommateur pendant la phase d'exécution</i>	199
TITRE I : LE RENFORCEMENT DES OBLIGATIONS DU PROFESSIONNEL LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE	200
CHAPITRE I : L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE : LES DISPOSITIFS DE PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR INDEPENDAMMENT DU CONTEXTE CONTRACTUEL.....	201
SECTION 1 : La livraison ou la fourniture de l'objet du contrat	202
SECTION II : La garantie légale de conformité	213
CHAPITRE II : LE REGIME SPECIAL DE RESPONSABILITE DU PROFESSIONNEL ELECTRONIQUE.....	232
SECTION 1 : Le régime de responsabilité du professionnel dans l'exécution du contrat électronique	232
SECTION 2 : La conservation du contrat	248
CONCLUSION DU TITRE I.....	257
TITRE II : REGIMES INNOVANTS ET ADAPTES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE REGLEMENT DES LITIGES DU CONTRAT ELECTRONIQUE.....	259
CHAPITRE I : L'ENCADREMENT DU CHOIX DE LA JURIDICTION COMPETENTE ET DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION	261
SECTION 1 : L'encadrement du choix de la juridiction compétente	263
SECTION II : La loi applicable au contrat électronique de consommation transfrontalier	278
CHAPITRE II : LA MEDIATION EN LIGNE DES LITIGES DES CONTRATS ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION	294
SECTION 1 : Les conditions garantissant l'effectivité du recours à la médiation en ligne	297
SECTION 2 : Les conditions garantissant l'efficacité du recours à la médiation en ligne	310
CONCLUSION DU TITRE II	320
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	323
<i>Conclusion</i>	325

<i>Bibliographie</i>	330
<i>Index</i>	358
TABLES DES MATIERES	361

Introduction

1. La naissance des contrats électroniques. L'avènement du réseau de l'internet¹, « *réseau immatériel et planétaire* » a entraîné une véritable révolution technologique en ce qu'il « permet de communiquer toute chose avec toute personne dans le monde entier »². Il ne connaît pas les exigences physiques liées au franchissement de frontières étatiques et à la souveraineté des Etats. En effet, le réseau de l'internet offre à ses utilisateurs, en nombre sans cesse croissant, la possibilité notamment de communiquer en un clic avec les populations du monde entier, de s'informer en temps réel, de s'instruire mais aussi de conclure des transactions sans interlocuteur physique et sans bouger de chez soi³.

2. On a alors assisté à l'éclosion et au développement du commerce électronique entendu comme « le fait pour une entreprise d'utiliser l'informatique, associée aux réseaux de télécommunications, pour

¹ L'internet ou “*inter connected network*” acronyme de l'expression anglophone INTERNational NETwork (réseau international) est né de l'interconnexion généralisée des postes informatiques. L'internet est, en effet, un réseau constitué d'une fédération de réseaux d'ordinateurs qui utilisent le même protocole de communication (TCP/IP) et fonctionnent comme un réseau virtuel unique et coopératif. Le protocole TCP/IP. TCP (Transfer Control Protocol) est une norme de communication par paquets. Il assure la communication de bout en bout entre les deux équipements. IP (internet Protocol) représente le standard d'adressage. IP gère les adresses uniques de chaque station. V. dans ce sens Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, 1^{ère} éd., Paris: Delmas, 1999, p.19.

² M. I. CAHEN, La formation des contrats du commerce électronique, sept. 1999, disponible sur www.juriscom.net/uni/mem/05/ce01.pdf.

³ Brigitte STERN et Bérangère TAXIL, « internet comme système social », International Law forum du droit international, 2000, vol. 2. p.160 ; V. aussi Sylvette GUILLEMARD, Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial, Thèse de doctorat, Faculté des études supérieures, Université Laval Québec, janvier 2003, p.224.

interagir avec son environnement »⁴. C'est en ce sens, que le législateur français définit le commerce électronique comme toute « activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »⁵ soit directement soit indirectement⁶ ouvert ou fermé. Le commerce électronique direct suppose la commande en ligne, le paiement et la livraison de biens intangibles. Les prestations sont alors accessibles et réalisées sur le réseau et concernent des biens et contenus numériques comme les livres, la musique, les logiciels et des prestations de service comme la télémaintenance. Ces biens et prestations de services sont totalement dématérialisés et peuvent donc être transférés ou exécutés sans support physique et le tout en ligne. Le commerce électronique indirect, quant à lui, suppose l'offre virtuelle de produits ou de services qui seront réalisés ou livrés hors du réseau⁷.

3. Le commerce électronique est dit ouvert lorsqu'il est réalisé au travers d'un site Web et *fermé* quand il concerne les ventes entre les entreprises, au travers de relations directes et automatisées d'ordinateur à ordinateur⁸. Selon cette approche⁹, il peut y avoir commerce électronique à destination du grand public (B2C) ou entre

⁴ Daniel KAPLAN (dir.), Internet, les enjeux pour la France, Paris : Editions AFTEL, 1995, p.93.

⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14 al. 1^{er}, JORF 22 juin 2004, p.11168.

⁶ Xavier LINANT DE BELLEFONDS, Le droit du commerce électronique, Paris : PUF, 2005, p.3.

⁷ Voy. dans ce sens, Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, *op. cit.*, n°903, p.112.

⁸ Karim SEFFAR et Karim BENYEKHLEF, Commerce électronique et normativités alternatives, University of Ottawa Law & Technology journal, 2006, p.360.

⁹ Le commerce de particulier à particulier (C2C) n'est pas abordé en raison l'absence de la figure du commerçant. V. Xavier LINANT DE BELLEFONDS, Le droit du commerce électronique, *op.cit.*, p.4.

les entreprises (B2B)¹⁰. Le commerce (B2C) qui met en relation un commerçant et un consommateur a connu un développement fulgurant ces dernières années avec l'apparition des réseaux sociaux et l'utilisation de smartphones pour se connecter plus aisément à l'internet¹¹. Il est ainsi devenu « naturel » de se connecter à l'internet pour réserver en quelques clics une nuit d'hôtel, un billet d'avion ou une place de concert, pour télécharger un logiciel payant ou gratuit, le dernier album de son artiste préféré ou un nouveau jeu en ligne, voire encore pour commander à manger ou acheter des effets d'habillement¹². En effet, le contrat étant la technique privilégiée de tout échange économique, sa place est « toute trouvée dans cet univers virtuel qui se présente comme l'un des lieux d'échanges économiques les plus dynamiques et qui s'impose comme l'autoroute de l'information »¹³. Il s'ensuit que les contrats électroniques sont au cœur du commerce électronique¹⁴. Mais que revêt la notion de contrat électronique et quels sont ces particularismes ?

4. La notion de contrat électronique. Le droit français à l'instar du droit européen¹⁵ ne propose aucune définition du contrat

¹⁰ Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 124:2 JDI, pp.323-326.

¹¹ Les institutions, les administrations, les associations et les entreprises ont d'ailleurs rapidement créé leur sites web, profil *Facebook*, *twitter*, etc. afin d'utiliser au maximum ce nouvel outil technologique. Sur le plan professionnel, la possibilité de commercer occupe une place primordiale. Les facilités que présentent les communications par voie numérique et l'augmentation fulgurante de l'utilisation de l'informatique permettent en particulier aux commerçants d'agrandir leur marché en atteignant de nouveaux clients.

¹² Hervé JACQUEMIN, Contrats en ligne et protection du consommateur numérique, Journal des tribunaux, 2012, p.805.

¹³ Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », RDC, 1 juillet 2007, n°3, p.681.

¹⁴ Comme l'indique l'intitulé de l'ouvrage de Jean Claude HALLOUIN et Hervé CAUSSE, *Le contrat électronique au cœur du commerce électronique ; Le contrat électronique, technique du commerce électronique*, Paris: LGDJ, 2005.

¹⁵ Directive du 8 juin 2000, n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, JOCE L. 178, 17 juill. 2000, p.1 ; Patrick

électronique¹⁶. Toutefois, cette définition peut être déduite de celle du commerce électronique entendu comme toute « activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »¹⁷. Ainsi, le contrat électronique est celui par lequel une personne propose à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services¹⁸. Il en résulte deux éléments distinctifs du contrat électronique qui sont d'une part, qu'il intervient entre des parties non-présentes qui expriment leurs volontés à distance¹⁹ et, d'autre part, cet échange de consentement est rendu possible grâce à l'utilisation du réseau électronique qu'est le réseau internet²⁰. Dès lors, les contrats électroniques ou « contrats du commerce électronique »²¹ constituent donc « une modalité électronique de conclusion de contrats entre absents »²².

¹⁶ THIEFFRY, « L'émergence d'un droit européen du commerce électronique », RTD eur., 2000, p.649.

¹⁷ Philippe GAUDRAT et Frédéric SARDAIN, Traité de droit civil du numérique, Tome 2, Droit des obligations, Bruxelles: Éditions Larcier, 2015, p.249.

¹⁸ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14 al. 1, JORF 22 juin 2004, p.11168.

¹⁹ Olivier CACHARD, « LCEN. Définition du commerce électronique et loi applicable », Comm. Com. Elec. n°9, Septembre 2004, étude 31.

²⁰ Considérant n°4 et l'annexe 14 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20/05/1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n°L.144, 4 juin 1997, p.21 ; Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2010, n°09-70.833. Bull. civ. I, n°244, JCP E, 2011, p.1054, note Geoffray BRUNAUX; Gaz. Pal., 2011, p.953, note. Stéphane PIEDELIEVRE.

²¹ Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et numériques, 9e éd., Paris : Dalloz, 2016, *op. cit.*, n°411-11.

²² Philippe GAUDRAT et Frédéric SARDAIN, Traité de droit civil du numérique, Tome 2, Droit des obligations, Bruxelles: Éditions Larcier, 2015, p.249.

²³ Geoffray BRUNAUX, *Le contrat à distance*, Thèse, Versailles Saint-Quentin, 2009, p. 235 ; Judith ROCHFELD, « La définition du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), L'accès communautaire, Le contrat électronique, Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.12.

5. Or, quelle que soit la façon dont l'échange de consentements s'opère entre les parties pour que le contrat advienne, « un contrat reste un contrat: elle ne change pas sa nature »²³. C'est pourquoi, il est unanimement admis que les contrats électroniques ne sont pas de nouveaux contrats spéciaux²⁴. Ils ne sont rien d'autres que les contrats spéciaux traditionnels²⁵ mais qui se concluent différemment²⁶. Ils sont simplement conclus par voie électronique et sont essentiellement des contrats du commerce électronique de vente et de prestation de services²⁷. On retrouve donc des qualifications communes et les régimes juridiques devraient par principe rester en grande partie transposables²⁸.

6. Ainsi, pour certains auteurs, comme Philippe LE TOURNEAU, l'expression contrat électronique est « purement plus descriptive que technique, de fantaisie que scientifique »²⁹ et que « s'il est impropre de parler de contrats informatiques ou de contrats électroniques dans la mesure où ils ne sont pas spécifiques par nature, il est exact de traiter

²³ Pierre MAYER, « Actualité du contrat international », LPA, 5 mai 2000, n° 90, p.55.

²⁴ Thierry REVET, Rapport introductif, in Le contrat électronique, Travaux Association Capitant, Toulouse, 2000, éd. Panthéon-Assas, 2002, p. 10. ; Céline CASTETS-RENARD, « *Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée* », Défrenois, 30 oct. 2006, n°20, p.1529.

²⁵ Jérôme HUET, « Le Code civil et les contrats électroniques », in 1804-2004, le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Paris : Dalloz, p..539 et s, spéci. p.540.

²⁶ Bérénice de BERTIER-LESTRADE, « Acte électronique et métamorphoses en droit des contrats », in Métamorphose de l'acte juridique [en ligne], Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, spéci. n°6, disponible sur <https://books.openedition.org/putc/1339?lang=fr#ftn1>, consulté le 28/03/2020.

²⁷ Céline CASTETS-RENARD, Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée, Défrenois, 30/10/2006, n°20, p.1529.

²⁸ Contrats de vente de biens et services (matériels ou immatériels), contrats de bail (location d'espace publicitaire sur des sites web) contrats de dépôt (conservations de données sur des serveurs) ; contrats d'entreprise (maintenance, assistance,), Contrats d'assurance et de crédit ou encore contrats, de culture, de tourisme, d'enseignement, de recherche ou de loisirs.

²⁹ Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et numériques, op. cit., n°012-12.

des contrats relatifs à l'informatique ou à l'électronique »³⁰. Pour d'autres comme Jérôme HUET, on devrait plutôt parler de « contrats conclus par voie électronique »³¹, « lesquels présentent, indéniablement, certaines spécificités liées à la nature du modus operandi »³². Toutefois, en l'occurrence, l'expression « contrat électronique » sera préférée à celle de « contrat conclu par voie électronique » pour des raisons pratiques de transcription.

7. Les particularismes du contexte de conclusion du contrat électronique. Réseau immatériel et transfrontière, « l'internet est à bien des égards de l'inconnu »³³. Dès lors, son utilisation requiert, une certaine dose de prudence et plus particulièrement pour le consommateur. En effet, les contrats électroniques y sont conclus de façon dématérialisée³⁴. La dématérialisation signifie que les informations échangées, traditionnellement matérialisées sur un support analogique notamment sur le support papier, sont contenues sur un support numérique. La particularité de ce support réside dans sa capacité à transformer les informations en une suite de nombres et inversement. Cette dématérialisation confère une certaine fugacité ou imperceptibilité aux échanges électroniques. La dématérialisation emporte une autre conséquence qui est que l'information

³⁰ Ibidem.

³¹ Jérôme HUET, « Vous avez dit « contrats électroniques » ? », RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.553.

³² Marie DEMOULIN et Etienne MONTERO, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in : Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil, La Charte, Bruxelles (2004), n°53.

³³ Xavier LINANT DE BELLEFONDS, « La LCEN et le consensualisme », RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.592.

³⁴ Marie DEMOULIN et Etienne MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles : Bruylants, Paris : LGDJ, 2002, n°14, p.701 ; Etienne MONTERO, « L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques », *Rev. dr. unif.*, 2008, pp.296-297.

dématerielisée circule dans les réseaux avec une rapidité telle que son émission et sa réception s'effectuent en « un trait de temps »³⁵.

Outre cette dématérialisation, les contrats électroniques sont conclus dans un environnement interactif et se forment, par conséquent, selon un processus intégré. Pour bien comprendre cette caractéristique, il faut se rappeler que, dans les contrats entre absents passés dans le monde analogique, un écart de temps plus ou moins grand s'instaure entre la publicité, l'offre et la conclusion du contrat. Sur le réseau de l'internet, la situation apparaît différente : il y a une intégration et une contraction du temps de réalisation de ces étapes. On peut ainsi passer rapidement en deux ou trois clics de souris de la publicité placée sur une page Web à l'offre de vente ou de service, puis de cette offre à la conclusion du contrat, voire son exécution.

8. De plus, faut-il le rappeler, l'interposition du réseau internet entre les parties contractantes fait du contrat électronique un contrat à distance³⁶. Il en résulte que les contrats conclus par le biais de ce réseau sont l'œuvre de personnes situées en des lieux différents. Sans doute, ce constat n'a rien de surprenant. D'autres moyens de communication, comme la correspondance, le télégraphe, le téléphone, la télécopie, permettent depuis longtemps la conclusion de contrats à distance. La distance induite par le réseau internet prend cependant une dimension particulière. L'utilisation de la technologie du web, par exemple, permet normalement la consultation d'une offre par tout internaute, quel que soit le lieu ou le pays où il se trouve. Cette propriété confère au réseau internet un caractère d'ubiquité.

³⁵ Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique”, *op. cit.*

³⁶ V. la définition du « contrat à distance », à l'art. L. 221-1, 1° du C. consom. À ce sujet, v. aussi l'art. 2, 7°, et le considérant n°20 de la directive sur les droits des consommateurs (Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs).

9. Aussi, en offrant au consommateur « de nouvelles possibilités d'entrer en contact avec des fournisseurs souvent établis à l'étranger et encore inaccessibles à l'ère "pré électronique" »³⁷, les contrats conclus par le web sont appelés à être ainsi, plus que les contrats conclus avec les autres moyens de communication à distance, des contrats internationaux. Du coup, on observe que l'internaute peut, par la force du réseau de l'internet, être partie à un contrat international, alors que, dans l'environnement traditionnel, il ne peut être surpris par cette réalité.

10. Enfin, l'on peut soutenir que le contrat électronique se conclut dans un environnement opaque. L'opacité du réseau internet tient d'abord à la difficulté, voire à l'impossibilité, de connaître l'identité et la localisation réelles des parties contractantes et d'apprécier la qualité réelle des biens et des services. Elle résulte de l'interposition de l'outil technologique à la base du fonctionnement du réseau de l'internet. L'opacité tient ensuite à la difficulté de connaître les principes, les contraintes et les modalités de fonctionnement d'un tel outil technologique. Le consommateur de biens et services de ce réseau ignore ainsi, assez souvent, les routes empruntées par les informations envoyées et reçues.

11. C'est pourquoi, en dépit des avantages indéniables de l'utilisation de l'internet, il demeure qu'il entraîne pour les consommateurs de nouveaux risques juridiques inconnus du monde conventionnel³⁸.

³⁷ Josef DREXL, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », RIDE, 2002/2, Tome XVI, p.406, disponible à <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2002-2-page-405.htm>, consulté le 06 avril 2020.

³⁸ Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, *op. cit.*, p.9 ; Josef DREXL, Mondialisation et société de l'information : *Le commerce électronique et la protection des consommateurs*, *op.cit.*, p.407.

12. Les risques induits par ce contexte. Les particularités du contexte de conclusion du contrat électronique engendrent assurément des risques pour l'internaute consommateur ou non-professionnel. En effet, l'éloignement des parties qui est « synonyme d'isolement »³⁹, combiné à l'opacité du réseau internet, complique l'identification des parties et l'appréciation concrète des biens et services offerts⁴⁰. Or, "la vérité est dans le dialogue, dans la confrontation des idées et des arguments"⁴¹, toute chose que ne permet pas la distance induite par le recours à l'internet.

13. L'opacité des réseaux quant à elle seule, laisse les parties dans l'ignorance de pertes ou de détournement des communications transmises et complique la preuve de l'envoi et de la réception de celles-ci. Cette situation favorise la répudiation de la communication par l'une des parties. Aussi, la dématérialisation qui rend les informations précontractuelles et contractuelles fugaces, permet une modification aisée de celles-ci. Par ailleurs, elle suscite le problème de la conservation de telles informations.

14. Quant à la rapidité du processus de formation des contrats, elle est source d'erreurs matérielles et conduit parfois à la conclusion de contrats irréfléchis par le consommateur. Enfin, l'ubiquité qui caractérise le réseau internet ne permet pas toujours de situer les contractants dans l'espace au moment de la conclusion du contrat et engendrant le risque pour le consommateur de se retrouver partie à un

³⁹ Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », *op. cit.* Ainsi précise-t-il que " l'internet fait de l'homme une personne isolée dans la foule des internautes".

⁴⁰ Jérôme PASSA, « Commerce électronique et protection du consommateur », D., 2002, p.555 ; Hervé JACQUEMIN « La protection du consommateur de contenus numériques, in Revue européenne du droit de la consommation », n°s108-109-2015, n°3, p.7.

⁴¹ Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique”», *op. cit.*

contrat transfrontalier. Un tel contrat soulèvera, en cas de litige, des difficultés liées à la juridiction compétente et à la loi applicable⁴².

15. Au total, les risques auxquels la conclusion du contrat électronique peut donner lieu sont liés à l'éloignement des parties, à la dématérialisation des échanges, à l'opacité du réseau de l'internet et au don d'ubiquité dudit réseau. Ces risques se sont accrus avec l'importance capitale qu'occupe la publicité dans le commerce en ligne. Le consommateur « perd de sa liberté dans cette jungle publicitaire »⁴³. Il est, en effet, attendu du consommateur qu'il fasse confiance à un cocontractant inconnu, qu'il fournisse à ce dernier des informations personnelles, par exemple le numéro d'une carte de crédit voire qu'il paye avant toute prestation ou obtention du bien, objet du contrat. Autrement dit dans un tel univers, les consommateurs peuvent, par exemple, manquer d'information, tant sur les biens commandés, qu'ils ne peuvent voir, toucher ou essayer, comme dans un magasin traditionnel, que sur le prestataire, qui pourrait omettre d'indiquer son identité ou fournir de fausses coordonnées ou encore sur les droits dont disposent les consommateurs⁴⁴. Il s'ensuit que les consommateurs peuvent être amenés à conclure un contrat par inattention, notamment en scrollant trop vite sur l'écran de l'ordinateur, smartphone ou tablette et donc sans volonté contractuelle réelle voire suivant des conditions qu'ils n'ont pu connaître ou comprendre.

16. Même régulièrement conclu avec une claire conscience, il n'est pas rare que les consommateurs se retrouvent confronter à des problèmes

⁴² Julie GOTTENBERG, « Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels », RDUE, n°3-2002, pp.513-552.

⁴³ Marie MALAURIE-VIGNAL, Droit de la distribution, Sirey Dalloz, 2006, p.3.

⁴⁴ Hervé JACQUEMIN, Contrats en ligne et protection du consommateur numérique, *op. cit.*, p.806.

liés à la qualité des biens et services commandés en ligne qui peuvent présenter des vices plus ou moins graves les rendant improches à l'usage auxquels ils étaient normalement destinés⁴⁵. Par ailleurs, s'agissant des contenus ou services numériques, les consommateurs peuvent ne pas avoir accès auxdits contenus. C'est dans ce sens que pour Julie GOTTENBERG, « *l'entrée dans un monde virtuel et global ainsi que l'immatérialité et la fugacité des messages qui s'y échangent accroissent le sentiment d'insécurité pour celui qui veut contracter sur internet* »⁴⁶. Jérôme PASSA relevait à juste titre, au début des années 2000, que la stagnation du développement du commerce électronique était due au sentiment qu'éprouvaient les consommateurs « de ne pas bénéficier d'une protection suffisante lorsqu'une offre leur est proposée sur un site commercial ou spontanément adressée par courrier électronique »⁴⁷. Dès lors, il était devenu une nécessité de rassurer les acteurs de l'économie numérique en les rendant des « cyber-sujets de droit »⁴⁸ de façon générale et, plus spécifiquement, en donnant des réponses aux légitimes besoins de protection et de confiance du consommateur⁴⁹. Ce à quoi, le droit de la consommation s'est évertué à répondre.

17. La définition du droit de la consommation. Le droit de la consommation paraît rétif à toute tentative de définition et son

⁴⁵ Chantal BERNIER, Xavier VAN OVERMEIRE, Etienne WERY, Commerce électronique Canada-Union européenne, Bruxelles: Éditions Larcier, 2018, p.85.

⁴⁶ Julie GOTTENBERG, « Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels », RDUE, n°3-2002, pp.515-516.

⁴⁷ Jérôme PASSA « Commerce électronique et protection du consommateur », *op. cit.*

⁴⁸ Michèle TABAROT, Rapport n°608 au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique disponible à <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp>, consulté le 27/03/2020.

⁴⁹ Pierre MAYER, « Actualité du contrat international », LPA, 5 mai 2000, n° 90, p.55.

identification demeure une mission quasi-impossible⁵⁰. Il n'existe pas en tant que discipline aux contours bien définis, mais se présente plutôt comme un droit pluridisciplinaire⁵¹. Constitué notamment à la fois de normes de droit civil, de droit administratif, de droit pénal, de droit international privé⁵², le droit de la consommation appartient à la classification transversale des règles juridiques basée sur leur fonction⁵³. Il en résulte que la cohésion des règles de diverses natures qui forment le droit de la consommation « tient à leur but commun : protéger les consommateurs contre les abus de puissance économique dont ils risquent d'être les victimes »⁵⁴. Ainsi, le droit de la consommation a pour objet de protéger les consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels⁵⁵. Pour l'essentiel, le Code de la consommation rassemble ces règles dont la fonction commune est de protéger le consommateur. Toutefois, ce dernier code « ne contient pas tout le droit de la consommation de sorte qu'on ne peut, en droit français assimilé l'un à l'autre »⁵⁶.

⁵⁰ Denis MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique », Cycle de conférences de la Cour de Cassation- Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarités ou divergences ?, Revue Lamy de la concurrence, n°9, octobre/décembre 2006, p.136.

⁵¹ Jean CALAIS AULOY, «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats» : RTD civ. 1994, p.239 ; Marc FOURCHES et Hélène GUYOT- SANDER, « Europe et droit de la consommation, un état des lieux », Colloque organisé par l'Université de Bourgogne, Dijon 11-12 mai 2001, consulté le 15 août 2015, disponible à <https://hal-clermont-univ.archives-ouvertes.fr/hal-01118706>, p.2.

⁵² Marc FOURCHES, Hélène GUYOT- SANDER, Europe et droit de la consommation, un état des lieux, Colloque organisé par l'Université de Bourgogne, Dijon 11-12 mai 2001, consulté le 15 août 2015, disponible à <https://hal-clermont-univ.archives-ouvertes.fr/hal-01118706>, p.2.

⁵³ Jean Calais Auloy, «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», RTD civ., 1994, p. 239 et s. et RTD com., 1998, p.11.

⁵⁴ Jean Calais Auloy, «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», RTD civ. 1994, p.239.

⁵⁵ Serges GUINCHARD et Thierry DEBARD, Lexique des termes juridiques, 25^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2017-2018, p.810.

⁵⁶ Judith ROCHFELD, « La place du Code de la consommation en droit contractuel français », in The architecture of European Codes and Contract Law, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, p.199.

18. Dans le domaine contractuel, le droit de la consommation se présente à l'instar, du droit du travail, comme une réaction à la vision « abstraite et désincarnée des relations contractuelles telle que la conçoit le droit civil, lequel envisage de façon formelle et utopique la liberté et l'égalité, racines d'une conception dogmatique des rapports sociaux, dans laquelle les individus sont envisagés comme irréfragablement libres et égaux, ainsi que les meilleurs juges de leurs propres intérêts »⁵⁷. Certes, le droit civil n'ignorait pas les abus puisqu'il a aménagé au profit du contractant lésé, la possibilité théorique d'agir en nullité ou en responsabilité. Il s'agit de solutions curatives et individuelles qui ne s'accordent pas avec le phénomène de masse que constitue la consommation, et le caractère modique des intérêts pris individuellement⁵⁸.

19. Pour corriger ces insuffisances du droit civil contractuel, le droit de la consommation tient compte de la réalité contractuelle, de la situation économique concrète des parties, des inégalités de fait, des rapports de force, de puissance et de dépendance qui président à la conclusion, l'exécution et la rupture des contrats. Le consommateur n'a généralement ni les compétences juridiques, ni les compétences techniques dont bénéficie le professionnel qui connaît mieux les services et les produits qui sont offerts à la consommation. Aussi, pour protéger le consommateur tout en restreignant les pleins pouvoirs du professionnel sur l'issue de la négociation, le droit de la consommation a cherché à rééquilibrer les rapports contractuels au profit du

⁵⁷ Denis MAZEAUD, « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique », Cycle de conférences de la Cour de Cassation- Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarités ou divergences ?, *op. cit.*, p.136.

⁵⁸ Jean CALAIS AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats » : RTD civ. 1994, p.239.

consommateur en agissant sur le contenu du contrat⁵⁹ et en octroyant à celui-ci des droits susceptibles de faire contrepoids aux avantages naturels du professionnel⁶⁰. Dans cette dynamique, le droit de la consommation ajoute aux remèdes du code civil des mesures préventives et collectives, dont le but est d'empêcher, si possible, les abus de puissance économique, et par là de protéger l'ensemble des consommateurs qui auraient pu être victimes de ces abus »⁶¹. Il importe de relever que si le droit de la consommation conçoit le consommateur comme une potentielle victime à protéger contre les entreprises ou contre ses propres insuffisances, il y a lieu de constater que plus le consommateur est informé et exigeant, plus les entreprises cherchent à le satisfaire, ce qui accroît leur compétitivité ; tout le monde est bénéficiaire en fin de compte⁶². Mais que recouvre la notion de consommateur ?

20. Notion de consommateur. Le terme "consommateur" n'est pas une notion spécifiquement juridique en ce sens qu'il n'est pas originellement une création du droit. Etymologiquement, il a une connotation économique et vient de "*consummare*" qui signifie accomplir, achever⁶³. Le consommateur est donc l'agent économique qui réalise l'acte terminal de l'activité économique qui se décline classiquement dans les trois phases de production, distribution et

⁵⁹ Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, *Etudes de droit de la consommation*, vol.11, Bruxelles: Bruylants, 2006, p.161.

⁶⁰ Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, *Précis : Droit de la consommation*, 4^e éd., Paris : Dalloz, 1996, p.7.

⁶¹ Jean Calais Auloy, «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats» *op. cit.*

⁶² Voy. dans ce sens Marc FOURCHES, Hélène GUYOT- SANDER, *Europe et droit de la consommation*, *op. cit.*, p.13-14.

⁶³ Littré, v. consommateur.

consommation⁶⁴. Il « se situe au bout de la chaîne de la distribution commerciale. C'est lui qui, pour finir, consomme, absorbe, utilise. Usager de base, il est aussi profane »⁶⁵ donc exposé aux abus potentiels des producteurs, distributeurs qui sont eux les plus avertis d'où le fait que le droit ne pouvait l'ignorer. Le droit s'est, en effet, approprié la notion sans que le législateur ne daigne lui proposer une définition, en dépit du fait que sa définition ne faisait pas l'unanimité entre la jurisprudence et la doctrine⁶⁶. Cette situation confuse a conduit des auteurs à conclure que la notion de consommateur était « indéterminée »⁶⁷.

21. Toutefois, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire, dans sa version révisée de 1978 a introduit la notion de consommateur dans ses dispositions tout en lui proposant une définition extensive. En effet, dans la détermination de la compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs, elle considère comme consommateur, toute personne qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle⁶⁸. Plus tard, la directive du 05 avril 1993

⁶⁴ Fleur GRAZIANI, La protection pénale du consommateur, sous la dir. Yves MAYAUD, thèse : Droit : Université Panthéon Assas Paris II, 2016, p.12. V. aussi Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, Précis : Droit de la consommation, 4^{ème} éd., Paris : Dalloz, 1996, p.3, n°2.

⁶⁵ Gérard CORNU, « La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français », in Travaux de l'Association Henri Capitant, 1973, Tome XXIV.

⁶⁶ Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, Paris : PUF, Vis, *consommateur, consommation* ; Jacques GHESTIN, La formation du contrat, LGDJ, 1993, n°77 ; Pierre GODE, Vocabulaire juridique consommation, D., 1993, V^o *consommateur* ; Philippe MALINVAUD, « *La protection des consommateurs* », D., 1981, Chron., p.49 ; Jacques MESTRE, « Des notions de consommateurs », RTD civ. n°198, p.62 ; Gilles PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », JCP, 1993. I. p.3655 ; Jean-Pierre PIZZIO, « *L'introduction de la notion de consommateur en droit français* », D., 1982, chron., p.91.

⁶⁷ Gérard CAS et Didier FERRIER, Traité de droit de la consommation, 1983, n°8.

⁶⁸ Conv. de Bruxelles de 27 sept. 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (art. 13). Sur l'origine de cette définition issue de la révision de la Convention en 1978, V. Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, Bruxelles: Éditions

concernant les clauses abusives s'est voulue davantage plus précise en disposant en son article 2 qu'« *on entend par consommateur, toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* ». Sont donc exclues, les personnes morales, comme la Cour de Justice des Communautés Européennes l'avait rappelé⁶⁹. Position rejointe plus tard par la Cour de cassation qui a admis que la notion de « consommateur » devait se limiter aux personnes physiques⁷⁰.

22. Il a fallu attendre l'adoption de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014⁷¹, transposant la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁷², pour voir introduite, pour la première fois en droit interne français, la définition du consommateur, dans l'article liminaire du Code de la consommation. En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} de ce dernier article du Code de la consommation, « *est considéré comme consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Ainsi outre le fait que le consommateur est nécessairement une personne physique, il est

Larcier, 2016, p.267. C'est dans ce sens que Jacques GHESTIN définissait le consommateur comme « la personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels devient partie à un contrat de fournitures de biens et services ». Cf. Jacques GHESTIN, La formation du contrat, Paris : LGDJ, 1993, n°77.

⁶⁹ CJCE, 22 nov. 2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, pt.17 ; LPA, 22 mai 2002, p.16, note Cyril NOURISSAT, RTD com., 2002, p.404, obs. Monique LUBY.

⁷⁰ Cass. civ. 1^{ere}, 15 mars 2005, Bull. civ. I, n°135, D., 2005, p.2840, obs. Soraya AMRANI-MEKKI,

⁷¹ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, art. 3.

⁷² Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE, L 304/82 du 22 nov. 2011. Cette définition du législateur français est une reprise de l'art. 2 de ladite directive.

exigé pour que cette dernière personne physique soit considérée comme consommateur qu'elle ait agi à des fins étrangères à son activité professionnelle. Ce dernier critère contient une part d'incertitude en ce qu'il requiert la qualification d'éléments factuels et ou la prise en compte de « toutes les circonstances pertinentes »⁷³. La directive 2011/83/UE donne une indication d'interprétation « en cas de contrats à double finalité » en précisant que « lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur »⁷⁴. En tout état de cause, lorsqu'il est admis comme tel, le consommateur peut agir en personne ou par voie de représentation. Dans ce sens, la Cour de cassation précise que la représentation du consommateur par un mandataire professionnel ne lui fait pas perdre sa qualité⁷⁵.

23. Le non-professionnel, créancier d'une protection limitée. A l'instar du consommateur, le droit de la consommation protège le non-professionnel en le rendant « créancier d'un certain nombre d'obligations contractuelles pesant sur les professionnels »⁷⁶. Le non-professionnel est, en effet, « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles »⁷⁷. Ainsi, pour conclure à l'application des

⁷³CJUE, 5^e ch., 4 oct. 2018, aff. C-105/17, Kamenova, D., 2018. p.1965, et 2270, obs. Jacques LARRIEU ; AJ Contrat, 2018, p.534, obs. Véronique Legrand ; Dalloz IP/IT, 2018. 702, obs. Arnaud Lecourt ; D., 2019, p.607, chron. Hélène AUBRY, Elise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁷⁴ Dir. 2011/83/UE, Consid. 17.

⁷⁵ Civ., 1^{er} mars 2017, n° 16-14.157, non publié au Bull. ; D., 2018, p.583, chron. Hélène AUBRY, Élise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD.

⁷⁶ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? » RDC, 15 juin 2015, n°2, p.331.

⁷⁷ C. consom. art. liminaire, tiret 2.

dispositions protectrices au non-professionnel, il convient de déterminer si la personne morale agit ou non à des fins professionnelles⁷⁸. Sans être placé sur le même pied d'égalité que le consommateur, le non-professionnel qui est toujours « une personne morale » bénéficie néanmoins de l'interdiction des pratiques commerciales trompeuses⁷⁹, de l'interprétation en sa faveur des stipulations contractuelles et des conditions générales de vente non claires et compréhensibles⁸⁰, l'interdiction des clauses abusives⁸¹, de l'information sur la reconduction du contrat de prestation de services⁸², de l'interdiction de la publicité, directe ou indirecte, adressée par voie électronique à des non professionnels relative à la fourniture de services d'investissement portant sur les contrats financiers⁸³ et des règles protectrices régissant des prestations spécifiques telles que la fourniture de pétrole liquéfié⁸⁴, de services de communications électroniques⁸⁵ et des services accessibles par l'intermédiaire des opérateurs de communications électroniques⁸⁶. Lorsque le non-professionnel n'emploie pas plus de cinq salariés et si l'objet du contrat n'entre pas dans le champ de son activité principale, il bénéficie de certaines dispositions régissant les contrats conclus hors établissement⁸⁷. Toutefois, il est écarté de la protection édictée au

⁷⁸ Hélène AUBRY, Élise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », D., 2018, p.583.

⁷⁹ C. consom. art. L. 121-5.

⁸⁰ C. consom. art. L. 211-4.

⁸¹ C. consom. art. L. 212-2.

⁸² C. consom. art. L. 215-3.

⁸³ C. consom. art. L. 222-16-1.

⁸⁴ C. consom. art. L. 224-24.

⁸⁵ C. consom. art. L. 224-42.

⁸⁶ C. consom. art. L. 224-55.

⁸⁷ C. consom. art. L. 221-3 qui dispose : « Les dispositions des sections 2, 3, 6 du présent chapitre applicables aux relations entre consommateurs et professionnels, sont étendues aux contrats conclus hors établissement entre deux professionnels dès lors que l'objet de ces contrats n'entre pas dans le champ de l'activité principale du professionnel sollicité et que le nombre de salariés employés par celui-ci est inférieur ou égal à cinq ».

profit du consommateur par les dispositions régissant les pratiques commerciales agressives⁸⁸, les obligations générales précontractuelles d'information⁸⁹, les contrats conclus à distance, donc des contrats électroniques⁹⁰.

24. Conditions d'application du droit de la consommation. Pour que le droit de la consommation s'applique au contrat électronique, il faut que le consommateur ait contracté avec un professionnel. Est ainsi considérée comme professionnel, « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel »⁹¹. Par contre, lorsque le contrat électronique est conclu entre consommateurs ou entre non-professionnels ou encore entre consommateurs et non-professionnels, on ne peut identifier un contractant en position de faiblesse par rapport à l'autre⁹². En pareil cas, le droit de la consommation ne trouvera pas à s'appliquer. Enfin, il ne peut davantage s'appliquer lorsque le contrat électronique intervient entre professionnels.

25. Problématique. Au total, il ressort qu'à l'occasion de la formation et ou de l'exécution du contrat électronique, la faiblesse du consommateur est plus prononcée. Les causes de cette faiblesse se trouvent bien évidemment dans la modalité technologique dudit contrat⁹³ et dans la distance qui caractérisent sa formation⁹⁴ et ou son

⁸⁸ C. consom. art. L. 121-6 et L. 121-7.

⁸⁹ C. consom. art. L. 111-1 et L. 111-8.

⁹⁰ C. consom. art. L. 221-1.

⁹¹ ⁹² C. consom. art. liminaire, tiret 3.

⁹² Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.270.

⁹³ Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil » LPA, 13 mai 2004, n°96, p.3.

exécution. Dès lors, l'encadrement de la formation voire de l'exécution des contrats électroniques par le droit de la consommation s'imposait pour protéger les consommateurs contre les professionnels souvent peu scrupuleux mais aussi contre les propres tentations des consommateurs⁹⁵. De façon concrète, quelles sont les obligations rigoureuses que le droit de la consommation se doit d'imposer aux professionnels électroniques prestataires des biens et services dans la phase de la prospection du marché puis dans la détermination du contenu contractuel ? Quelles sont les conditions de vitalité ou de pérennité des consentements échangés ? Le professionnel électronique ne doit-il pas répondre d'une responsabilité singulière justifiée par le mode particulier de conclusion des contrats électroniques ? Devant quelle juridiction, doivent être portés les litiges nés de l'exécution du contrat électronique de consommation qui présente des éléments d'extranéité ? Et quel droit appliquer dans ce dernier cas ? Enfin, n'y a-t-il pas lieu d'admettre, au regard de la distance et le plus souvent de la modicité des intérêts financiers en jeu, que les litiges qui découlent des contrats électroniques de consommation puissent être résolus par le recours aux modes alternatifs de règlements de litiges telle la médiation en ligne ?

26. L'édition de nouvelles règles protectrices du consommateur.
Face à ces nouveaux enjeux qu'emporte le milieu dans lequel le contrat électronique est conclu, le législateur, délaissant l'attitude qui eût été

⁹⁴ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », RDC, 1^{er} sept. 2016, n°3, p.492. Elle précise à juste titre que « L'application du dispositif protecteur n'est en effet pas liée à l'espèce de contrat mais au contexte qui préside à sa conclusion. La distance suppose l'emploi d'une technique, dont le professionnel est censé avoir la maîtrise »

⁹⁵ Véronique LEGRAND et Delphine BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation / droit des contrats : le bilan 20 ans après », RDC, 15 avril 2015, n°75, p.4.

d'admettre l'application des seules règles traditionnelles de droit qui, au demeurant, étaient inadaptées⁹⁶, a entrepris d'ajouter à celles-ci de nouvelles normes⁹⁷, justifiées par le contexte de conclusion des contrats électroniques⁹⁸. En effet, « la confiance dans l'économie numérique »⁹⁹ implique que les consommateurs et les professionnels électroniques interagissent dans un environnement qui prévient leurs intérêts respectifs. A la différence du professionnel électronique, le consommateur a besoin d'être protégé car les risques sus exposés font de la conclusion du contrat électronique une opération « totalement déséquilibrée en faveur du professionnel »¹⁰⁰. Le droit de la consommation se trouve dans cet exercice « au croisement de deux logiques : une logique de protection de la partie faible d'un côté et une logique de marché ou de libre concurrence de l'autre »¹⁰¹. Cette

⁹⁶ Chantal BERNIER, Xavier VAN OVERMEIRE, Etienne WERY, Commerce électronique Canada-Union européenne, Bruxelles: Éditions Larcier, 2018, p.85.

⁹⁷ Sur ce point, v. Renaud BERTHOU, *L'évolution de la création du droit engendrée par internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, thèse dact., CEDRE, Université de Rennes 1, ENST Bretagne, 2004, <<http://www.artjuridique.com>> (rubrique expo thesis), p.25 et suivantes.

⁹⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8/06/2000 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 »), JOCE, L 178/2 de 2000.

⁹⁹ Pour reprendre l'intitulé de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, JORF, 22 juin 2004, p.11168.

¹⁰⁰ Didier FERRIER, La protection des consommateurs, Paris : Dalloz, 1996, coll. Connaissance du droit, p.1.

¹⁰¹ Valérie PARISOT, La protection du consommateur-internaute en matière contractuelle, in internet et le droit international, Colloque de Rouen, Société Française pour le Droit International, Paris: Pedone, 2014, p.451 ; Luc GRYNBAUM, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.580. Ce dernier auteur précise « qu'en droit communautaire les directives relatives à la protection du consommateur répondent le plus souvent, au premier chef, à l'objectif de développement et de bon fonctionnement du marché intérieur. C'est seulement dans un second temps qu'intervient le souci de protéger le consommateur. Cette hiérarchie des priorités trouve son origine dans le fondement juridique invoqué pour adopter les directives. La plupart des directives en matière de protection du consommateur ont été élaborées sur la base de l'article 95 du Traité de l'Union européenne qui permet d'arrêter « les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». La conséquence de la

dernière « logique de marché et de libre concurrence » a justifié un relatif encadrement de la phase de prospection par le biais de la publicité en ligne. Toutefois passée cette étape, le droit de la consommation renforce, « au stade de la contractualisation »¹⁰², la protection du consommateur, appréhendé comme acteur essentiel du marché, qui est une condition sine qua non à la relance de l'économie toute entière¹⁰³.

27. De façon spécifique pour tenir compte du fait que le contrat électronique est un contrat à distance conclu grâce au réseau de l'internet, les nouvelles dispositions additionnelles ont pour finalité de permettre aux consommateurs qui ont recours à ce médium pour la conclusion de transactions de jouir d'un niveau de protection équivalente à celle qui leur est offerte lorsqu'ils contractent en dehors du réseau de l'internet¹⁰⁴. Autrement dit, il importe que le

priorité donnée à la fluidité du marché est récurrente : le niveau de protection accordé au consommateur par ces textes est régulièrement plus faible que celui établi par le droit français ».

¹⁰² Valérie PARISOT, La protection du consommateur-internaute en matière contractuelle, in internet et le droit international, *op. cit.*, p.451.

¹⁰³ Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, Droit international privé, P.U.F., 2007, p.567, n°561 ; Carole AUBERT DE VINCELLES « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de directive européenne relative au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? », in Vers un droit européen des contrats spéciaux, Towards a European Law of Specific Contracts, Denis VOINOT et Juliette SENECHAL (dir.), Editions Larcier, Bruxelles: coll. Code économique européen, 2012, p.63, n°14.

¹⁰⁴ Dir. 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 »), JOCE, L 178/1 du 17 juil. 2000 transposée par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14 al. 1^{er}, JORF, 22 juin 2004, p. 11168 ; Dir. 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la dir. 93/13/CEE du Conseil et la dir. 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la dir. 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE, L 304/64 du 22 nov. 2011, transposée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014 ; Dir. 2019-770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques,

consommateur n'ait à souffrir d'un déficit de protection pour la simple raison qu'il se sert de l'électronique pour passer des contrats spéciaux ordinaires. Dans l'ensemble, cette législation consumériste qui résulte des compétences partagées entre l'Union européenne et les États membres¹⁰⁵ appréhende la formation du contrat électronique dès la période précontractuelle c'est-à-dire dès l'étape de la prospection en ligne en érigeant une obligation de transparence et une obligation de loyauté sur la tête du professionnel. Il en résulte un encadrement strict de la publicité par internet et un renforcement de l'obligation d'information au profit du consommateur. Au stade de la contractualisation, le droit de la consommation a d'une part, enserré l'échange des consentements dans un processus formaliste qui conditionne la validité du contrat électronique¹⁰⁶ et d'autre part, octroyé au consommateur un droit de rétractation lui permettant de retirer son consentement, en retournant, s'il y a lieu, la chose qui lui a déjà été livrée. Une fois le contrat conclu, le consommateur n'est pas pour autant laissé à son sort puisque le droit de la consommation encadre aussi bien les modalités d'exécution dudit contrat électronique que les suites et sanctions de son exécution en veillant à rétablir l'équilibre des droits entre le consommateur et le professionnel, tout

JOUE L. 131/1 du 22 mai 2019 ; Dir. 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JOUE L. 136/1 du 22 mai 2019 ; Dir. 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, JOUE L. 136/28 du 22 mai 2019.

¹⁰⁵ Art. 4, paragr. 2, f, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, JOUE, C 326/47 du 26 oct. 2012.

¹⁰⁶ La finalité étant de parvenir à un consentement exempt de tout vice c'est-à-dire permettre au consommateur de donner un consentement éclairé et réfléchi tout ayant à sa disposition des informations utiles relatives à l'exécution du contrat. Ainsi, il pourra minimiser les possibles fraudes ou pratiques déloyales de son cocontractant.

en intégrant la spécificité du contexte internet¹⁰⁷. C'est ainsi qu'un nouveau régime de responsabilité a été consacré à l'endroit du professionnel partie au contrat électronique de consommation. Aussi, ordinairement le consommateur bénéficie d'options de compétence et de droit applicable. Les critères classiques qui permettaient au consommateur de bénéficier desdites options ont éprouvé leur inadaptation dans l'environnement électronique. Ainsi, en ce qui concerne l'option de compétence, la convention de Bruxelles du 28 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a d'abord été remplacée par le Règlement n°044/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit "règlement Bruxelles I"¹⁰⁸, puis par le Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit "règlement Bruxelles I bis"¹⁰⁹. En ce qui concerne la loi applicable, la convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles a été remplacée par le règlement 593/2008 du 17 juin 2008 relatif à la loi

¹⁰⁷V. Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, J.O.U.E. L110 du 1^{er} mai 2009 ; 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 et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive 2009/22/CE, J.O.U.E. L-165 du 18 juin 2013 et la Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive 2009/22/CE, J.O.U.E. L-165 du 18 juin 2013.

¹⁰⁸ Règlement n°044/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit "règlement Bruxelles I" JOUE, L. 12/1 du 16 janv. 2001.

¹⁰⁹ Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit "règlement Bruxelles I bis", JOUE L. 351/1 du 20 déc. 2012.

applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I »¹¹⁰. Ces nouveaux textes consacrent de nouveaux critères de rattachement et offrent des solutions en phase avec les problèmes que posent les contrats électroniques.

28. Enfin, la dimension le plus souvent internationale du contrat électronique, la modicité des intérêts en jeu conjuguées avec la lenteur structurelle qui caractérise le recours juridictionnel, ont conduit à l'admission de la médiation en ligne des litiges de consommation. Cette procédure qui utilise le même outil technologique que les contrats électroniques, est en parfaite adéquation avec les attentes et les défis de célérité et de coût que requiert la résolution des litiges nés des contrats électroniques.

29. **L'intérêt de la présente de la thèse.** « *Nous vivons de plus en plus contractuellement* »¹¹¹. Cette formule de Louis Josserand s'avère plus que pertinente avec l'essor des contrats électroniques aujourd'hui. En effet, le contrat apparaît comme le principal outil de création et de répartition des richesses dans l'économie contemporaine¹¹². Les technologies de l'information et de la communication à travers l'internet, ont révolutionné ce précieux outil qu'est le contrat. Parallèlement, « *le droit positif contractuel, d'origine légale, n'est plus un droit désincarné dont les règles se déploient sans considération pour la situation concrète dans laquelle évoluent les personnes dont elles*

¹¹⁰ Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I » JOUE, L. 177/1 du 04 août 2008.

¹¹¹ Louis JOSSERAND, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD. Civ. 1937, p.7.

¹¹² Pour Marie GORE, Yves LEQUETTE, « Aujourd'hui la mode serait plutôt à célébrer [les] prodigieuses virtualités [du Contrat]. Grâce à sa souplesse, les acteurs de la vie civile peuvent répondre avec un maximum d'efficacité, à l'infinie diversité des situations et des besoins », in Marie GORE, Yves LEQUETTE, Défense et illustration de l'ordre civil français, D., 2023, p.318.

encadrent l'activité »¹¹³. Ainsi, le droit de la consommation ou le droit contractuel de la consommation a dû s'adapter aux défis que pose l'internet en vue de protéger le consommateur. L'infériorité du consommateur s'est renforcée dans le contexte de l'internet par une asymétrie informationnelle par rapport à son cocontractant professionnel, prestataire des biens et services électroniques sur des éléments de fait que de droit du rapport contractuel¹¹⁴.

30. Le présent travail de recherches vise à mettre en relief cet effort d'adaptation de la réglementation impérative du droit de la consommation pour appréhender les contrats électroniques à toutes les étapes c'est-à-dire de la phase précontractuelle, à la phase de la résolution des litiges en passant bien évidemment par les phases de formation et d'exécution du contrat. De façon concrète, il conviendra de déterminer, identifier et analyser les exigences du droit de la consommation en termes d'obligations du professionnel, prestataire des biens et services électroniques tant avant et pendant la conclusion des contrats électroniques que pendant l'exécution desdits contrats et la résolution des litiges qui en découlent.

31. Fidèle à sa logique de toujours protéger les consommateurs, on observera que le droit de la consommation a renforcé cette protection pour remédier aux risques inhérents à ce mode particulier de conclusion de contrats. Il en a résulté un renforcement des droits des consommateurs qui s'appréhendent dans le chef du professionnel électronique, comme un renforcement de ses obligations. Dès lors, le droit de la consommation constitue une épreuve pour les

¹¹³ Denis MAZEAUD, « Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », in *Code civil, Les défis d'un nouveau siècle*, 100^e congrès des notaires de France, LPA, 2004, n°92, p.47.

¹¹⁴ Hervé Jacquemin, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, n°3, p.7.

professionnels électroniques dans leur interaction avec les consommateurs dans la mesure où par le jeu de cette réglementation impérative bien de stipulations contractuelles peuvent être réputées non écrites ou annulées, le contrat peut être privé d'effets juridiques, des obligations supplémentaires ont été imposées aux professionnels.

32. Cette réglementation était nécessaire car les consommateurs, en tant que destinataires des offres de biens et services du marché numérique, c'est leur confiance qui va déterminer son dynamisme et par conséquent déterminera la vitalité et la croissance de l'économie numérique. C'est le rôle que se fixe le droit de la consommation : protéger pour donner confiance. Aussi, convient-il de mettre en exergue l'ensemble du dispositif du droit de la consommation concourant à l'atteinte de ce but. La thèse œuvrera donc à la clarification de certains critères déterminants dans la mesure où le manque de critères clairs permettant d'établir les limites de la protection des consommateurs est préjudiciable à la sécurité juridique et aussi aux parties au contrat.

33. L'objectif global est d'analyser et d'évaluer le processus de formation et d'exécution des contrats électroniques conclus entre consommateurs et professionnels, prestataires des biens et services électroniques en identifiant l'apport du droit de la consommation au rétablissement de l'équilibre contractuel.

34. **Méthodologie et annonce du plan.** Compte tenu de l'immensité du sujet, l'emploi d'une méthode pertinente est indispensable pour couvrir toutes les manifestations du droit de la consommation dans l'encadrement du contrat électronique et par-delà son rôle dans la protection du consentement et des intérêts du consommateur. Le présent travail sera axé sur le droit de la consommation français et communautaire. En effet,

les législations burkinabè¹¹⁵, UEMOA¹¹⁶ et CEDEAO¹¹⁷ manquent d'originalité en ce sens qu'après examen, elles correspondent aux premiers textes français et ou européens spécifiques adoptés pour encadrer les contrats électroniques.

35. Dans cette veine, il convient d'examiner, en premier lieu, les dispositifs de renforcement de l'intégrité du consentement du consommateur pendant la phase conduisant à la conclusion du contrat électronique (Partie I). Il y sera décliné d'une part, les dispositifs préventifs de la qualité du consentement du consommateur (Titre I) et d'autre part, ceux qui régissent l'expression et la consolidation dudit consentement (Titre II). L'exécution du contrat électronique n'est pas en reste. C'est pourquoi, il sera exposé, en second lieu, les dispositifs de protection du consommateur pendant la phase de l'exécution du contrat électronique (Partie II). Il sera mis en exergue d'une part, les obligations imposées pendant cette phase au professionnel prestataires des biens et services électroniques (Titre I) et d'autre part, les régimes innovants et adaptés de protection du consommateur dans le règlement des litiges du contrat électronique (Titre II).

¹¹⁵ Au niveau du Burkina Faso, on a que la loi n°045/2009/AN du 10 novembre 2009 portant réglementation des services et transactions électroniques au Burkina Faso, J.O.B.F. n°01 du 07 janvier 2010.

¹¹⁶ L'UEMOA ne compte pour l'heure que le Règlement 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine et l'Instruction n° 01/2006/SP du 31 juil. 2006 relative à l'émission de monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique.

¹¹⁷ Au niveau CEDEAO, l'Acte additionnel A/SA.02/01/10 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO, J.O. de la CEDEAO Octobre 2009-Février 2010, vol. 56.

Première partie : Les dispositifs de renforcement de la qualité du consentement du consommateur dans le processus de conclusion du contrat électronique

36. « Le contrat n'est pas en soi la source d'obligations nécessairement justes parce que voulues par celui qui s'engage »¹¹⁸. Cela est davantage plus vrai, dans le contexte électronique, lorsque l'un des contractants est un consommateur. En effet, le contexte électronique, du fait de la distance, de la dématérialisation, de l'interposition des outils informatiques et de l'internet qui le caractérisent, nuit non seulement à la bonne perception de la réalité mais engendre de réelles difficultés aux consommateurs qui ne maîtrisent pas toujours au mieux cette méthode de contracter. Dès lors, ces spécificités du contexte électronique constituent de potentiels risques qui peuvent entamer la qualité du consentement du consommateur qui y conclut des contrats et par-delà accroissent sa vulnérabilité par rapport au consommateur qui agit en dehors de ce monde virtuel. Le résultat est que ces contrats électroniques pourraient agraver au grand dam du consommateur, le déséquilibre structurel qui caractérise les contrats de consommation.

37. Pour remédier à ces risques induits par le recours à cette technologie, le droit de la consommation a mis en place des dispositifs préventifs et curatifs de protection du consommateur. Le professionnel étant réputé avoir la maîtrise des outils de communication à distance

¹¹⁸ Véronique LEGRAND et Delphine BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation / droit des contrats : le bilan 20 ans après », *op. cit.*

utilisés pour la conclusion du contrat¹¹⁹, le droit de la consommation impose à celui-ci un certain nombre d'obligations dont la finalité est d'endiguer tout ce qui pourrait entamer la liberté et le caractère éclairé du consentement du consommateur (Titre I). Au surplus, le consommateur peut, compte tenu de l'utilisation des outils technologiques et de la distance qui caractérisent la conclusion des contrats électroniques, se tromper lors du processus de conclusion du contrat électronique mais aussi se méprendre sur la qualité des biens et services commandés. C'est pourquoi, le droit de la consommation a-t-il prévu des dispositifs régissant l'expression et la consolidation du consentement du consommateur (Titre II).

¹¹⁹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *op. cit.*

TITRE I: LES DISPOSITIFS PREVENTIFS DE LA QUALITE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR

38. Le consentement doit être libre et éclairé. Cette exigence de qualité du consentement est sanctionnée, en droit commun des contrats, par la nullité du contrat. Cette démarche curative ne s'accommode véritablement avec les impératifs de protection du consommateur qui se veut avant tout préventive.

39. Ainsi pour créer les conditions d'un consentement libre et éclairé, le droit de la consommation fait de l'information du consommateur, l'élément central. En effet, « l'élément essentiel d'un choix rationnel, c'est l'information. Le défaut d'information porte atteinte à la capacité de faire les choix rationnels, c'est-à-dire "informés" [...] : les décisions se font alors dans l'incertitude, sinon l'erreur »¹²⁰. Ainsi, dans l'univers électronique compte tenu de l'asymétrie informationnelle très prononcée, le droit de la consommation a renforcé cette obligation d'information dès la phase précontractuelle qu'il fait peser résolument sur la tête du professionnel électronique (Chapitre 2). Toutefois, le souci de préservation de la liberté du consentement du consommateur qui peut être facilement mise à rude épreuve par la facilité de prospection qu'offre l'internet, a nécessité la mise en place des outils de préservation de la liberté contractuelle du consommateur (Chapitre 1).

¹²⁰ Bernard RUDDEN, « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements », RTD civ., 1985, I, p.85.

CHAPITRE 1 : LES OUTILS DE PRESERVATION DE LA LIBERTE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR ELECTRONIQUE

40. La liberté contractuelle conditionne l'intégrité du consentement. L'utilisation de l'internet permet aux professionnels électroniques une certaine facilité dans la promotion des biens et services qu'ils offrent aux consommateurs. En effet, on n'avait jamais vu dans les rues ou sur les routes les panneaux publicitaires barrer inopinément le chemin des consommateurs circulant à pied, à vélo ou en voiture¹²¹. Or c'est ce qui se passait sur internet où les publicités envahissaient l'écran de l'internaute moyen qui ne sait pas comment l'empêcher. Il est certes vrai que la publicité n'est pas un phénomène propre à l'utilisation de l'internet, « le harcèlement par des offres répétées et non désirées est apparu avec le fax et l'internet »¹²². L'internet permet, sans multiplier les annonces, de toucher un très large public mais aussi de mieux cibler¹²³ les consommateurs potentiels¹²⁴.

41. La publicité électronique représente aujourd'hui un enjeu économique majeur non seulement pour l'annonceur mais aussi pour le site qui diffuse le message¹²⁵. De plus en plus, la publicité constitue

¹²¹ Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *op. cit.*

¹²² Luc GRYNBAUM, « Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné », D., 2004, p.2213.

¹²³ Sur le ciblage, voir infra les différents types de publicités en ligne ; V. aussi, Rapport de la CNIL du 26 mars 2009 sur la publicité ciblée en ligne, disponible à https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf, consulté le 7 février 2020.

¹²⁴ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, Bruxelles: Bruylants, 2017, p.160.

¹²⁵ Ibidem.

la principale source de revenu de certains moteurs de recherche comme *Google*, des sites de diffusion de vidéo comme *YouTube* ou encore des réseaux sociaux, comme *Facebook*¹²⁶.

42. En vue de préserver la liberté contractuelle du consommateur contre les dérives publicitaires sur internet, le législateur français a, depuis la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour confiance dans l'Economie numérique, encadrer la publicité électronique (Section 1). De même, le besoin de protection du consommateur a suscité l'imposition d'obligations aux professionnels dont l'activité consiste uniquement à diffuser la publicité des biens et services que proposent les professionnels du commerce électronique c'est-à-dire sans vocation à être partie au contrat qui pourrait en résulter (Section 2).

SECTION 1 : L'encadrement du contenu de la publicité par voie électronique

43. La publicité peut d'abord être institutionnelle et consister à développer la notoriété du prestataire ou à bâtit autour de lui une image plus favorable, plutôt que de faire connaître directement ses biens ou ses services. La publicité peut ensuite être commerciale et consiste alors en toute forme de communication quelle qu'elle soit destinée à promouvoir la fourniture de biens ou de services¹²⁷. Dans cette dernière hypothèse, elle constitue, selon la jurisprudence, tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien

¹²⁶ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.160.

¹²⁷ Gérard CORNU (dir.), Vocabulaire juridique, 10e éd., 2014.

ou service qui lui est proposé »¹²⁸, ainsi que « sur les caractéristiques des biens ou services proposés »¹²⁹ et « qui, outre la présentation informative d'un produit, vise à provoquer sa consommation »¹³⁰. Dans ce sens, le législateur français définit la publicité par voie électronique comme « toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne »¹³¹. Ainsi, la publicité par voie électronique s'entend de toute inscription, forme, image ou son destinés à informer le public ou à attirer son attention sur une marque, un produit ou un service ou encore tout dispositif dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions accessibles en ligne. Pour rendre cet instrument de promotion des biens et services des professionnels électroniques qu'est la publicité par voie électronique hautement efficace, le ciblage des consommateurs est la technique la plus appropriée et la plus utilisée sur internet. La Commission nationale de l'informatique et des libertés a, dans son rapport du 26 mars 2009 sur la publicité ciblée en ligne¹³², relevé qu'il existe trois niveaux de publicité ciblée sur internet. On a d'abord la « publicité personnalisée qui est choisie en fonction des caractéristiques connues de l'internaute (âge, sexe, coordonnées, etc.) et qu'il a lui-même renseignées, par exemple en s'inscrivant à un service »¹³³. Il y a ensuite la publicité comportementale qui procède de l'observation et de l'étude

¹²⁸ Cass. crim., 12 novembre 1986, *Bull. crim.*, n°861 ; Cass. crim., 18 juin 2008, n° 07-82792 ; Cass. com., 6 mai 2008, n°04-19.173. Voy. Linda ARCELIN-LECUYER, « Droit de la publicité : bilan de l'année 2009 (1re partie) », *RLC*, 2009/16, p.121, n°1.

¹²⁹ Cass. crim., 14 octobre 1998, *D.* 1999, *IR*, p.7, *JCP E*, 1998. pan., p.1904. CA Rennes, 31 mars 2000, 1^{re} ch., *Comm. com. électr.* 2000, p.24.

¹³⁰ Akodah AYEWOUDAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles: Éditions Larcier, 2012, p.57.

¹³¹ Loi 2004-275 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 20.

¹³² Rapport du 26 mars 2009 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur la publicité ciblée en ligne, disponible à :

https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf, consulté le 7 février 2020.

¹³³ Ibidem.

du comportement de l'internaute sur la durée¹³⁴. Pour suivre l'internaute à travers ses actions sur internet, la publicité comportementale va user des "cookies"¹³⁵ qui vont permettre à terme de cerner le profil de l'internaute pour enfin lui proposer des publicités orientées. Enfin, il existe la « publicité contextuelle qui est une publicité choisie en fonction du contenu immédiat fourni à l'internaute »¹³⁶. Elle est censée correspondre au centre d'intérêts de celui-ci¹³⁷.

44. Conscient de cette surveillance rapprochée sinon immixtion dans la vie de l'internaute, des normes consuméristes ont été adoptées pour d'une part, encadrer le contenu de la publicité par voie électronique (§1) et d'autre part, régir sa diffusion ou sa communication aux consommateurs (§2).

§1. Le contenu de la publicité par voie électronique

45. La Loi pour la confiance dans l'économie numérique, dans le but de préserver le consentement du consommateur, pose deux exigences. En effet, au sens de son article 20, la publicité par voie électronique « doit pouvoir être clairement identifiée comme étant publicitaire et que l'auteur de cette publicité soit clairement désigné, le tout dans le

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Les cookies sont des petits fichiers produits par un site web que le navigateur stocke localement sur le disque dur de l'internaute. Ils peuvent être consultés voire modifiés par le site web qui les a créés. Ils servent principalement à enregistrer des informations sur l'internaute ou sur son parcours sur le site web.

¹³⁶ Rapport du 26 mars 2009 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur la publicité ciblée en ligne, *op. cit.*

¹³⁷ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.169.

respect des dispositions réprimant la publicité trompeuse¹³⁸. Deux types d'obligations peuvent être dégagés de cette disposition : D'abord une obligation d'identification de la publicité (1) et une obligation de transparence (2).

1. L'obligation d'identification de la publicité

46. Le législateur a, certes, toujours exigé quel que soit le support utilisé, que la publicité soit identifiée comme telle par le consommateur, ceci pour éviter toute méprise et toute ambiguïté entre l'information qui lui est communiquée¹³⁹. Mais, la nature de l'internet explique à elle seule la raison d'être de cette obligation d'identification. Surfer sur internet ne se résume pas à accéder au site choisi et à y consulter les pages souhaitées. S'invitent des bannières publicitaires, messages interstitiels qui s'intercalent entre deux sites ou entre deux pages d'un même site, ou s'affichent sur l'écran consulté par l'internaute pour lui adresser des publicités à son insu. Ce phénomène s'est accru avec les réseaux sociaux où les profilages et les ciblages sont légion. L'internaute moyen ou tout simplement peu attentif, ne pourra pas se rendre compte que ces images ou messages ne proviennent pas du site consulté, mais d'un annonceur publicitaire.

47. L'obligation d'identifier la nature commerciale des communications sur internet répond aussi à cette nécessité toute particulière d'éclairer le consommateur compte tenu de la diversité des moyens utilisés pour

¹³⁸ Luc GRYNBAUM, « Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné », D., 2004, p.2213.

¹³⁹Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.59.

diffuser de la publicité et le risque de confusion qui s'ensuit avec les offres proposées par le même canal¹⁴⁰.

48. De ce fait, le but poursuivi par l'imposition de l'identification de la publicité est clair : « permettre de différencier le message commercial, d'une part, du contenu purement informationnel et, d'autre part, du processus de commande »¹⁴¹. Pour la Cour de cassation, l'internaute ne doit pas, pour obtenir cette information sur le caractère publicitaire de la communication en ligne, être contraint de faire preuve de curiosité en ouvrant plusieurs fenêtres ou en cliquant sur une rubrique comme « qui sommes-nous ? », « plus d'explications sur les résultats »¹⁴². Toutefois pour l'Autorité de Régulation professionnelle de la Publicité, si la publicité est manifeste, il n'est pas nécessaire de prévoir des éléments d'identification supplémentaires ; dans le cas contraire, il est recommandé d'adoindre à la publicité une indication explicite permettant de l'identifier comme telle, c'est-à-dire une indication lisible ou audible et intelligible¹⁴³. En pratique, cette identification peut consister dans le cas d'une page web, à faire une séparation entre les messages publicitaires des autres informations figurant sur le site, en les plaçant spécialement dans une zone identifiée sous l'intitulé « publicité ». S'il s'agit de bannières publicitaires, le cadre dans lequel elles apparaissent doit être différencié du reste de la page web afin d'éviter la confusion entre la page visitée et la bannière placée par un tiers. Sur cette bannière

¹⁴⁰Cavanillas Mùgica SANTIAGO, Vincent GAUTRAIS et alii, *Commerce électronique : Le temps des certitudes*, Cahier du centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles: Bruylants, 2000, p.9 ; V. Akodah AYEWOUDAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, *op. cit.*, p.59.

¹⁴¹Cavanillas Mùgica SANTIAGO, Vincent GAUTRAIS et alii, *ibidem*, p.9 ; Akodah AYEWOUDAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, *op. cit.*, p.59.

¹⁴² Cass. com., 29 novembre 2011, 10-27.402, Bull. 2011, IV, n°195.

¹⁴³ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, *Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation*, *op. cit.*, p.165.

devrait idéalement être apposée la mention explicite « publicité ». S'agissant par ailleurs du cas des messages interstitiels ou "pop-up", il est assez difficile compte tenu du caractère éphémère desdits messages. Quoiqu'il en soit, leur but commercial devrait être clairement indiqué sur les messages eux-mêmes.

49. Enfin, lorsque la publicité a été adressée par courrier électronique, elle doit être identifiable. L'article L.122-8 du Code de la consommation précise que l'identification doit être possible de manière claire et non équivoque, dès réception de la publicité par le destinataire ou, en cas d'impossibilité technique, dans le corps du message. L'identification de la publicité participe indirectement du respect de l'exigence de transparence

2. L'obligation de transparence de la publicité par voie électronique

50. Le principe de transparence n'est pas propre à la publicité en ligne, mais il prend ici une vigueur particulière¹⁴⁴. L'obligation de transparence de la publicité par voie électronique implique d'abord une identification de la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est faite. Cette personne doit être clairement identifiable¹⁴⁵. L'internet étant le lieu par excellence de l'anonymat, la confiance du consommateur à la publicité sur internet passe par la connaissance qu'il a ou qu'il peut avoir de l'identité de la personne qui fait en ligne la promotion de ses biens ou services. Il s'ensuit que l'exigence de la non-dissimulation de l'identité de l'auteur de la publicité dès la phase de prospection et de conquête du marché, est

¹⁴⁴ Céline CASTETS-RENARD-Commerce électronique, Répertoire de droit européen, Dalloz, juillet 2016.

¹⁴⁵ Loi 2004-275 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 20.

légitime. L'identification de l'annonceur doit aussi être facilement perceptible par le public et facile d'accès¹⁴⁶. Cette obligation d'identification peut être idéalement satisfaite en faisant apparaître de façon non équivoque dans la communication publicitaire l'identité de l'annonceur, "la visualisation de la marque de l'annonceur ou d'un signe distinctif rattaché à l'annonceur"¹⁴⁷.

51. L'obligation de transparence requiert ensuite que la publicité électronique respecte les dispositions réprimant la publicité trompeuse. Tout message publicitaire doit être conforme aux exigences de véracité. La publicité électronique ne saurait se dérober de ce principe. Ainsi, suivant les dispositions de l'article L. 121- 3 du Code de la consommation, « une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte »¹⁴⁸. La publicité par voie électronique sera réputée trompeuse, lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant notamment sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le caractère promotionnel du prix, la portée des engagements de l'annonceur, l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel¹⁴⁹. Toutefois, cette non divulgation ou ces allégations, indications ou présentations fausses relativement à ces éléments

¹⁴⁶ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.164.

¹⁴⁷ Eléments d'identification retenus par l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité.

¹⁴⁸ C. consom. art. L. 121- 3 al.1.

¹⁴⁹ C. consom. art. L. 121- 2.

doivent être de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard du bien ou du service¹⁵⁰. Ainsi, pour la Cour de cassation, il faut une altération substantielle du comportement économique du consommateur et le non-respect des exigences de la diligence professionnelle pour que la publicité électronique soit considérée comme une pratique commerciale trompeuse¹⁵¹.

52. Par ailleurs, dans le souci de renforcer la protection de la liberté contractuelle du consommateur, le droit de la consommation encadre la publicité par voie électronique par prospection directe.

§2. *La diffusion de la publicité par voie électronique*

53. Internet, faut-il le rappeler, est un moyen efficace et peu coûteux d'envoyer des communications, surtout publicitaires, à un grand nombre d'adresses¹⁵². Le ciblage est l'outil privilégié par les annonceurs pour proposer aux consommateurs des contenus publicitaires orientés et personnalisés. Cette publicité a lieu soit par le truchement de leurs propres sites internet soit à travers les moteurs de recherches comme Google, les applications mobiles et les réseaux sociaux comme Facebook. Mais, il y a aussi la possibilité qu'offre internet à ces professionnels, d'envoyer sans frais des messages publicitaires à de très nombreux consommateurs via leurs adresses

¹⁵⁰ C. consom. art. L. 121-1 al. 2.

¹⁵¹ Cass. com., 29 nov. 2011, 10-27.402, Bull. 2011, IV, n°195.

¹⁵² Josef DREXL, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », Revue internationale de droit économique, *op. cit.*, p.436.

électroniques irrégulièrement obtenues¹⁵³. Cette forme d'incitation à la consommation encore appelée “spamming” ou “spam”, qui peut confiner au harcèlement, va bien au-delà du simple dépôt d'un prospectus dans une boîte aux lettres et constitue une singularité d'internet¹⁵⁴. Aussi la protection du consommateur a justifié l'interdiction de principe de cette prospection directe (1). La violation de cette interdiction peut être constitutive de pratique commerciale agressive (2).

1. L'interdiction de principe de la prospection directe

54. Consacrée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique en son article 22, l'interdiction de la prospection directe a été introduite dans le Code des postes et des communications électroniques. La prospection directe y est définie comme « l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services »¹⁵⁵. L'article L. 34-5 alinéa 1^{er} dudit code interdit « la prospection directe au moyen de système automatisé de communication électroniques [...] de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique¹⁵⁶ [...], qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes

¹⁵³ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.167.

¹⁵⁴ Valérie PARISOT, La protection du consommateur-internaute en matière contractuelle, in internet et le droit international, *op. cit.*, p.452.

¹⁵⁵ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 34-5 al. 3.

¹⁵⁶ Il s'ensuit que la prospection directe est admise à l'égard des personnes morales. Une personne physique commerçante et un professionnel libéral qui n'exercent pas en société sont protégés contre le harcèlement publicitaire; en revanche, une personne morale non commerçante y reste exposée. Le professionnel victime de harcèlement publicitaire ne peut seulement que faire usage du procédé, mis obligatoirement à sa disposition par l'auteur de ces prospections directes, pour demander et obtenir la cessation de ces messages (art. L. 33-4-1 al. 5 du Code des postes et des communications électroniques).

par ce moyen ». C'est la consécration du système dit d'"*opt-in*"¹⁵⁷ qui subordonne l'envoi de toute publicité par courrier électronique, au "consentement préalable" du consommateur résultant d'une manifestation de volonté « libre, spécifique et informée »¹⁵⁸.

55. La notion de consentement spécifique renverrait à un consentement circonstancié et éclairé par rapport à l'usage qui sera fait du courrier électronique. Dans ce sens, le Conseil d'Etat considère que « le consentement spécifique exigé [...] ne peut résulter que du consentement exprès de l'utilisateur, donné en toute connaissance de cause et après une information adéquate sur l'usage qui sera fait de ses données personnelles »¹⁵⁹.

56. Toutefois, la prospection directe est autorisée lorsque les données du consommateur ont été obtenues légalement¹⁶⁰ et que le message indique une adresse ou un moyen électronique permettant effectivement au destinataire d'obtenir la cessation de ces publicités¹⁶¹. Il en va ainsi lorsque les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, dès lors que la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale et que le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de

¹⁵⁷ La directive « commerce électronique » privilégiait le système de l'« opt-out » (Dir., art. 7), mais la directive « Vie privée » a posé le principe de l'interdiction du « spamming » (Dir. n°2002/58/CE, 12 juill. 2002, dite « vie privée et communications électroniques », JOCE L. 201, 31 juill. 2002, p.37, art. 13).

¹⁵⁸ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 34-5 al. 2.

¹⁵⁹ Conseil d'Etat, 10ème - 9ème SSR, 11 mars 2015, 368624, disponible à <https://wwwdoctrine.fr/d/CE/2015/CETATEXT000030445581>, consulté le 07 juil. 2020.

¹⁶⁰ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.167.

¹⁶¹ C. consom. art. L. 122-8.

ses coordonnées chaque fois qu'il reçoit un courrier électronique¹⁶². Ainsi, même autorisée, la prospection directe n'est demeure pas moins subordonnée au strict respect de ces conditions pour sa licéité. L'annonceur est, dès lors, tenu non seulement de fournir au consommateur une information claire et compréhensible concernant son droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités mais aussi il doit indiquer et mettre à disposition de celui-ci un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit. Au total, il est donc possible de démarcher ses propres clients¹⁶³. Mais, demeure posée la question de l'appréciation du caractère analogue des produits ou services¹⁶⁴.

2. La sanction de l'interdiction de la prospection directe

57. L'absence du consentement préalable à l'envoi par courrier électronique de la publicité par voie électronique constitue une violation des droits du consommateur. Il incombe au professionnel prestataire des biens et services électroniques pour le compte de qui, la publicité est faite de rapporter la preuve positive du caractère sollicité de la publicité par courrier électronique. En l'absence d'une telle preuve, le législateur français qualifie, l'envoi répétitif de la publicité par courrier électronique sans le consentement préalable du consommateur, de pratique commerciale agressive. En effet, suivant les dispositions de l'article L. 126 -1 du Code de la consommation, une pratique commerciale est agressive lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes et compte tenu des circonstances qui

¹⁶² Code des postes et des communications électroniques, art. L. 34-5 al. 4.

¹⁶³ Luc GRYNBAUM, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.580.

¹⁶⁴ Olivier CACHARD, « Le contrat électronique dans la Loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004, p.314.

l'entourent, elle altère ou est de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur. Dans ce sens, l'article L. 127 du Code de la consommation répute agressive, la pratique commerciale qui a pour objet de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées notamment par courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance.

58. Au plan civil, si des suites de la prospection directe constitutive de pratique commerciale agressive, un contrat est conclu, le Code de la consommation prévoit que ledit contrat « est nul et de nul effet »¹⁶⁵.

59. Aussi, la violation de l'interdiction de la prospection directe est réprimée des peines délictuelles de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300.000 euros. Le montant de cette dernière amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits¹⁶⁶.

60. Enfin, le non-respect de l'interdiction de la prospection directe peut être sanctionné par une amende administrative. En effet, sous réserve de la mise en œuvre du pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse¹⁶⁷, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut au terme d'une procédure contradictoire, prononcer une amende administrative maximum de 3 000 euros pour une personne physique, ou de 15 000 euros, pour une personne morale¹⁶⁸. Si l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse prononce à

¹⁶⁵ C. consom. art. L. 132-10.

¹⁶⁶ C. consom. art. L. 132-11.

¹⁶⁷ C. postes et des communications électroniques, art. L. 36-11.

¹⁶⁸ C. postes et des communications électroniques, art. L. 34-5, al. 8.

son tour une sanction, elle veille à ce que le montant global des sanctions prononcées contre la même personne à raison des mêmes faits n'excède pas le maximum légal le plus élevé¹⁶⁹.

SECTION 2 : La problématique des intermédiaires des contrats électroniques

61. Les facilités qu'offre internet ont engendré de nouveaux acteurs qui font office d'intermédiaires dans le développement fulgurant des transactions en ligne. Certains de ces intermédiaires, à l'instar des intermédiaires de commerce comme le courtier et l'agent commercial, font la promotion des biens et services proposés par leurs partenaires, mettent en contact ceux-ci avec les clients attirés en vue de la conclusion en ligne de la convention envisagée. D'autres, par contre, se sont donnés pour mission, à titre principal ou accessoire, de collecter, traiter ou modérer et diffuser en ligne les impressions, commentaires et ou expériences vécues des consommateurs. Ces intermédiaires qui sont respectivement les opérateurs de plateforme en ligne et les opérateurs de publications des avis des consommateurs impactent par leurs actions respectives le comportement du consommateur. Le droit de la consommation ne pouvait, dès lors, les ignorer. Il a, en effet, été édicté un corps de règles dont la finalité est de préserver la liberté contractuelle du consommateur. Aussi, convient-il de présenter tour à tour les opérateurs de plateforme qui se livrent à des services d'intermédiation dans la conclusion du contrat électronique et ceux qui se contentent de la publication des avis des

¹⁶⁹ C. postes et des communications électroniques, art. L. 34-5, al. 9.

consommateurs au double plan de leurs rôles et obligations mises à leur charge en vue de protéger le cyberconsommateur.

§1. Les opérateurs de plateforme de services d'intermédiation

62. Définition et rôle des plateformes en ligne. La plateforme en ligne est soit un site web soit un moteur de recherche ou un logiciel mis en ligne dont la finalité est de mettre en relation, par voie électronique, plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service. L'exploitant d'une telle infrastructure encore appelé opérateur de plateforme en ligne est, aux termes de l'article L. 111-7, I du Code de la consommation, « ... toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ».

63. Ces plateformes en ligne sont de véritables places de marché, des vitrines de grand magasin que l'opérateur de la plateforme met à la disposition des vendeurs et prestataires de services indépendants professionnels ou non¹⁷⁰. Il s'ensuit que la plateforme en ligne peut

¹⁷⁰Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, RDC, n°01, 1er mars 2016, p.97 ; Sur les différents types de « market place » ; V. Philippe LE TOURNEAU, Contrats informatiques et numériques, *op. cit.*, §9.7, p.398.

permettre la conclusion de contrats soit entre professionnels, soit entre consommateurs soit enfin entre professionnels et consommateurs. Dans le premier cas, on serait en présence de contrats commerciaux, ignorant les exigences particulières des contrats de consommation. Aussi, lorsque par le truchement de la plateforme, un consommateur acquiert un bien ou obtient l'exécution d'une prestation de service d'un autre consommateur, on est en présence de ce qu'il est convenu d'appeler « consommation collaborative »¹⁷¹. Ce mode de consommation a pris de l'ampleur grâce aux places de marché qu'offrent principalement les plateformes en ligne. De tels contrats entre consommateurs quoiqu'ayant été conclus grâce à l'intermédiation de l'opérateur de plateforme en ligne demeurent des contrats « conclus entre pairs »¹⁷² et relèvent pour leur régime juridique du droit commun et du droit des contrats spéciaux. Enfin, lorsque les contrats conclus sur ces plateformes en ligne sont intervenus entre un professionnel et un consommateur, ils sont alors de véritables contrats de consommation. En effet dans ce dernier cas, le consommateur ne peut que se fier aux éléments mis à sa disposition par l'opérateur de plateforme en ligne pour asseoir sa conviction et donner son consentement nécessaire à la conclusion du contrat. Ce consentement doit être libre et éclairé. C'est pourquoi, le droit de la consommation impose à l'opérateur de plateforme une obligation de loyauté (1) dont le non-respect est sanctionné (2).

¹⁷¹ Judith ROCHFELD et Célia ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », Dalloz IP/IT 2016, p.520 ; V. F. AMAND, « Ouverture », in « Consommation collaborative. Quels enjeux et quelles limites pour les consommateurs ? », Colloque INC, 7 nov. 2014, Ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique : http://www.conso.net/images_publications/1_CR_Colloque_conso_collaborative_AMAND_IN_C.pdf.

¹⁷² Judith ROCHFELD et Célia ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *op. cit.*, p.520.

1. L'obligation de loyauté de l'opérateur de plateforme de services d'intermédiation

64. Eléments constitutifs de l'obligation de loyauté en droit interne. L'utilisation des plateformes en ligne donne lieu à une relation tripartite que sont l'opérateur de la plateforme, le professionnel qui propose le bien ou la prestation de service et le consommateur dudit bien ou service. Le contrat est, à titre principal, conclu par le professionnel et le consommateur mais grâce au rôle de mise en relation joué par l'opérateur. C'est pourquoi, pour protéger notamment la confiance du consommateur faite à l'opérateur et à sa plateforme de commerce en ligne, le droit de la consommation étend aux exploitants de plateformes en ligne, la triple exigence de loyauté, clarté et transparence dans l'information qui doit être communiquée au consommateur¹⁷³. Cette obligation de loyauté qui requiert une information claire et transparente « vise à mettre les consommateurs en capacité de faire un choix éclairé et de contrôler les risques de biais et de manipulation »¹⁷⁴.

65. A cette fin, l'article L. 111-7, II, du Code de la consommation enjoint aux opérateurs de plateforme en ligne de délivrer une « information loyale, claire et transparente sur les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet

¹⁷³ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation, *op. cit.*, p.97.

¹⁷⁴ Judith ROCHFELD et Célia ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *op. cit.*, p.520 ; V. dans le même sens, Xavier DELPECH, « La loyauté et la transparence, les deux piliers d'un droit des plateformes », D. AJ contrat, 2020, p.301.

d'accéder ». Ils sont tenus, avec la même exigence de loyauté, de clarté et de transparence, d'indiquer au consommateur « l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne »¹⁷⁵. De plus, ils doivent spécifier « la qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels »¹⁷⁶. Enfin, ils sont tenus de configurer leur site afin d'assurer l'information précontractuelle prescrite pour les contrats conclus à distance¹⁷⁷. Il s'ensuit que l'obligation de loyauté porte non seulement sur le rôle joué par la plateforme dans la présentation de l'information, mais aussi sur ses liens avec les différents acteurs dont elles concentrent les informations et les offres, ainsi que sur la qualité de ces derniers¹⁷⁸.

66. Éléments constitutifs de l'obligation de loyauté en droit européen. Les exigences du Code de la consommation sont en parfaite adéquation avec les dispositions du règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne¹⁷⁹. Ce texte communautaire impose, en effet, aux fournisseurs de services

¹⁷⁵ C. consom., art. 111-7- II.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ C. consom art. D. 111-9 : « Tout opérateur de plateforme en ligne, lorsqu'il met en relation des professionnels avec des consommateurs et permet la conclusion d'un contrat de vente ou de prestation de service, met à la disposition de ces professionnels l'espace nécessaire pour la communication des informations préalables à la vente d'un bien ou à la fourniture d'un service, prévues par les articles L. 221-5 et L. 221-6 ».

¹⁷⁸ Judith ROCHFELD et Célia ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *op. cit.*, p.520.

¹⁷⁹ Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE L 186/57 du 11 juillet 2019

d'intermédiation en ligne d'indiquer dans leurs conditions générales les principaux paramètres déterminant le classement et les raisons justifiant l'importance relative de ces principaux paramètres par rapport aux autres paramètres¹⁸⁰. En ce qui concerne les fournisseurs de moteurs de recherche en ligne, ils sont eux aussi tenus d'indiquer « les principaux paramètres qui, individuellement ou collectivement, sont les plus importants pour déterminer le classement ainsi que l'importance relative de ces principaux paramètres, en fournissant une description facilement et publiquement accessible, énoncée dans une formulation claire et compréhensible, sur les moteurs de recherche en ligne de ces fournisseurs. Ils tiennent cette description à jour »¹⁸¹. Et dans tous les cas, « lorsque les principaux paramètres incluent la possibilité d'influer sur le classement contre toute rémunération directe ou indirecte versée par les entreprises utilisatrices ou les utilisateurs de sites internet d'entreprise au fournisseur concerné, ce fournisseur présente également une description de ces possibilités et des effets de cette rémunération sur le classement »¹⁸². La finalité de toutes ces descriptions est de mettre notamment les consommateurs en situation d'avoir une compréhension suffisante pour s'assurer comment et dans quelle mesure, le mécanisme de classement tient compte des caractéristiques des biens et services qui leur sont proposés mais aussi de la pertinence des caractéristiques desdits biens et services¹⁸³.

67. Aussi, le Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 exige que tout traitement différencié que les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ou de moteurs de recherche en ligne

¹⁸⁰ Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, *op. cit.*, art. 5. 1.

¹⁸¹ Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, *op. cit.*, art. 5. 2.

¹⁸² Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, *op. cit.*, art. 5. 3.

¹⁸³ Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, *op. cit.*, art. 5. 5.

accordent ou pourraient accorder, en relation avec des biens ou services proposés aux consommateurs fasse l'objet d'une description dans leurs conditions générales¹⁸⁴. Ces descriptions sont obligatoires pour tout traitement différencié au moyen de mesures spécifiques qu'ils prennent ou d'un comportement qu'ils adoptent, en relation notamment avec l'accès aux données à caractère personnel ou toutes autres données que les consommateurs fournissent pour pouvoir bénéficier de leurs prestations. Il en va de même lorsque le traitement différencié est relatif au classement ou à d'autres paramètres appliqués par le fournisseur qui influent sur l'accès du consommateur aux biens ou services proposés. Enfin, la description est requise lorsque le traitement différencié est justifié par la perception d'une rémunération directe ou indirecte ouvrant droit à l'utilisation des services d'intermédiation en ligne ou des moteurs de recherche en ligne concernés.

68. Cas spécifique des plateformes de comparaison. Le législateur français a édicté des obligations supplémentaires à la charge des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne dont l'activité réside soit dans la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels soit dans les informations communiquées aux consommateurs portant sur les éléments de cette comparaison et ce qui relève de la publicité par voie électronique au sens de l'article 20 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁸⁵. Sont ainsi considérés, comme exerçant une activité de « comparaison » au sens de l'article D. 110-10 du Code de la consommation, les « sites comparant des biens et des services et permettant, le cas échéant, l'accès aux sites de vente de ces biens ou

¹⁸⁴ Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019, *op. cit.*, art. 7.

¹⁸⁵ C. consom., art. L. 111-7 al. 4.

de fourniture de ces services ». Il en va de même des sites de « vente à distance qui proposent, à titre principal, la comparaison de biens ou de services, vendus par eux-mêmes ou par des tiers » ou encore de « toute personne qui, pour son activité commerciale par voie électronique, utilise les termes de "comparateur" ou de "comparaison", exerce une activité de comparaison ».

69. Ainsi, le droit de la consommation assujettit l'opérateur de plateforme de comparaison à une obligation d'information renforcée sur les critères et modalités de comparaison et la nature de sa relation avec les annonceurs, les frais supplémentaires et les indications relatives aux variations des garanties commerciales, le caractère exhaustif ou non des offres, le nombre de sites ou d'entreprises référencés et la périodicité et la méthode d'actualisation des offres comparées¹⁸⁶. Ces informations doivent apparaître de manière lisible et compréhensible.

70. Outre les obligations qui sont spécifiques à son activité, l'opérateur de plateforme de comparaison répond en sus des obligations précontractuelles d'information que le droit de la consommation impose au professionnel électronique prestataire des biens et services¹⁸⁷.

¹⁸⁶ C. consom., art. D. 111-11.

¹⁸⁷ A ce titre, l'art. D. 111-13 du C. consom. qui dispose : « Sans préjudice des obligations d'information prévues aux articles L. 221-5 et L. 222-5 applicables aux vendeurs à distance de produits et de services, toute personne exerçant l'activité mentionnée au neuvième alinéa de l'article L. 111-7 fait apparaître, de manière lisible et compréhensible, à proximité de chaque offre de produit ou de services dont elle propose la comparaison, les informations suivantes : 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service ; 2° Le prix total à payer par le consommateur ; 3° Lorsqu'elles existent, les garanties commerciales, régies par les articles L. 217-15 et L. 217-16, comprises dans le prix.

Le prix inclut, le cas échéant, tous les frais, notamment, de dossier, de gestion, de réservation, d'annulation, les frais de livraison, les frais d'intermédiation, les intérêts ainsi que les commissions et les taxes. Il mentionne les éventuelles conditions particulières

71. Obligation d'élaboration des guides de bonnes pratiques. Le législateur impose à tout opérateur de plateforme en ligne dont le nombre de connexions dépasse le seuil de cinq millions de visiteurs uniques par mois, par plateforme, calculé sur la base de la dernière année civile, dans le délai de six mois, d'élaborer et de diffuser aux consommateurs des bonnes pratiques qui ont pour finalité de « renforcer ses obligations de clarté, de transparence et de loyauté »¹⁸⁸. Le non-respect de cette dernière obligation ainsi que de toutes les autres imposées au titre du principe de loyauté qui doit caractériser l'activité d'intermédiation des opérateurs de plateforme dans la conclusion des contrats électroniques, est sanctionné.

2. La sanction du non-respect de l'obligation de loyauté

72. La violation de l'obligation d'information renforcée à laquelle le principe de loyauté astreint les opérateurs de plateforme en ligne, est sanctionnée principalement par une amende administrative d'un montant maximum de 75 000 € pour une personne physique et de 375 000 € pour une personne morale¹⁸⁹.

73. A cette traditionnelle amende administrative s'ajoute, une sanction nouvelle tenant à la « régulation réputationnelle »¹⁹⁰. Celle-ci tient à l'obligation supplémentaire faite aux opérateurs de plateforme dont le

d'application du prix annoncé et sa base de calcul lorsqu'un prix exact ne peut être indiqué ».

¹⁸⁸ C. consom., art. D. 111-15.

¹⁸⁹ C. consom., art. L. 131-4.

¹⁹⁰ Judith ROCHFELD et Célia ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *op. cit.*, p.520.

nombre de connexions¹⁹¹ dépasse le seuil de cinq millions de visiteurs uniques par mois, par plateforme, calculé sur la base de la dernière année civile, d'élaborer et de diffuser aux consommateurs des bonnes pratiques en vue de renforcer leurs obligations de clarté, de transparence et de loyauté. Ils disposent alors d'un délai de six mois pour se mettre en conformité. Pour s'assurer de l'élaboration des guides de bonnes pratiques, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peut procéder à des enquêtes pour évaluer et comparer les pratiques des opérateurs de plateformes en ligne. Pour ce faire, elle peut « recueillir auprès de ces opérateurs les informations utiles à l'exercice de cette mission. Elle diffuse périodiquement les résultats de ces évaluations et de ces comparaisons et rend publique la liste des plateformes en ligne qui ne respectent pas leurs obligations »¹⁹². L'effectivité de ce mécanisme relativement aux bonnes pratiques des opérateurs et à leur mise en œuvre ainsi que la diffusion des résultats des investigations et la publication d'une liste des opérateurs non respectueux desdites bonnes pratiques¹⁹³ constituent un facteur de différenciation ou de labellisation¹⁹⁴. Il en résulte que l'effectivité de ce mécanisme obligera les fournisseurs de services d'intermédiation au respect de leurs obligations. Mais qu'en est-il des opérateurs dont l'activité se borne à la diffusion en ligne des avis des consommateurs.

¹⁹¹ Le nombre de connexions est déterminé, au sens de l'art. D. 111-15 *in fine* au regard de la seule activité de mise en relation.

¹⁹² C. consom., art. L. 111-7-1 al. 2.

¹⁹³ Elise POILLOT, « Plateformes en ligne : portée de l'obligation de loyauté », D., 2016, p.2056.

¹⁹⁴ Judith ROCHFELD et Célia ZOLYNSKI, « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *op. cit.*, p. 520.

§2. Les opérateurs de plateforme de publication des avis en ligne provenant des consommateurs

74. A côté des plateformes en ligne qui intègrent des paramètres techniques de traitement et de diffusion des offres en vue de la conclusion des contrats, il existe des plateformes dont l'activité consiste dans la collecte, la modération et la diffusion en ligne des avis émanant des consommateurs. A l'instar des opérateurs de plateforme de services d'intermédiation en ligne ou de moteurs de recherche, le législateur assigne aux opérateurs de plateforme de publication des avis en ligne des consommateurs une obligation de loyauté qu'il convient de décliner (2). Mais avant, la notion d'avis en ligne des consommateurs mérite d'être bien appréhendée (1).

1. La notion d'avis en ligne du consommateur

75. L'avis en ligne est défini par le législateur comme « l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit qualitatif ou quantitatif »¹⁹⁵. Cette expérience de consommation n'implique pas que le consommateur ait nécessairement déjà acheté le bien ou le service pour lequel il dépose son avis. En effet, l'expérience de consommation peut résider dans la connaissance des choses du fait qu'il vit en société¹⁹⁶. Autrement dit, cette expérience peut notamment se forger des bonnes et mauvaises expériences de son entourage qu'il a vues ou observées dans l'utilisation du bien ou d'un service. Par ailleurs,

¹⁹⁵ C. consom. art. D. 111-16 al. 1.

¹⁹⁶ L'article D. 111-16 al. 3 du C. consom. exclut de tels avis des consommateurs en ligne « les parrainages d'utilisateurs, les recommandations par des utilisateurs d'avis en ligne, ainsi que les avis d'experts ».

l'expérience de consommation peut concerner l'ensemble des phases du contrat de consommation (communication, livraison, facilité de remboursement en cas de rétractation) et consister en une appréciation qualitative sur la relation personnelle vécue par le consommateur avec le professionnel tout comme elle peut ne porter que sur le bien acquis ou le service exécuté.

76. Dès lors, de telles opinions, suivant qu'elles sont favorables ou non, peuvent constituer une sorte de publicité sur les biens ou les services qui en font l'objet tout comme elles peuvent être potentiellement une source de désinformation des autres consommateurs sur les qualités ou propriétés réelles desdits biens ou services. C'est pourquoi, le droit de la consommation a mis à la charge de l'opérateur de plateforme de publication des avis en ligne des consommateurs, une obligation loyauté.

2. L'obligation de loyauté de l'opérateur de publication des avis en ligne des consommateurs

77. L'opérateur de plateforme de publication des avis en ligne de consommateurs est « toute personne physique ou morale dont l'activité consiste, à titre principal ou accessoire, à collecter, à modérer ou à diffuser des avis en ligne provenant de consommateurs »¹⁹⁷. Le droit de la consommation l'oblige à « délivrer aux utilisateurs une information

¹⁹⁷ C. consom. art. L. 111-7-2.

loyale, claire et transparente sur les modalités de publication et de traitement des avis mis en ligne »¹⁹⁸.

78. Par conséquent, l'exigence de clarté des sites qui diffusent les avis de consommateurs nécessite d'une part, l'indication visible à proximité des avis, de l'existence ou non d'une procédure de contrôle des avis, de la date de publication de chaque avis, ainsi que de celle de l'expérience de consommation concernée par l'avis et enfin des critères de classement des avis parmi lesquels doit figurer le classement chronologique¹⁹⁹. D'autre part, ils doivent faire figurer dans une rubrique spécifique facilement accessible, l'existence ou non de contrepartie fournie en échange du dépôt d'avis et le délai maximum de publication et de conservation d'un avis²⁰⁰. Dans la même rubrique, l'opérateur qui exerce un contrôle sur les avis des consommateurs doit y faire ressortir les caractéristiques principales du contrôle des avis au moment de leur collecte, de leur modération ou de leur diffusion, la possibilité de contacter le consommateur auteur de l'avis, la possibilité ou non de modifier un avis et, s'il y a lieu, les modalités de modification de l'avis et enfin les motifs justifiant un refus de publication de l'avis²⁰¹.

79. L'exigence de transparence ou de la quête d'objectivité commande que l'opérateur de publication des avis en ligne des consommateurs mette en place une fonctionnalité gratuite qui permet aux responsables des produits ou des services faisant l'objet d'un avis en ligne de lui signaler leur doute motivé sur l'exactitude de l'avis. Cette possibilité qui ménage fort heureusement les intérêts des

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ C. consom. art. D. 111-17-1°.

²⁰⁰ C. consom. art. D. 111-17-2°.

²⁰¹ C. consom. art. D. 111-18.

professionnels contribue dans le même temps à renforcer la protection des consommateurs dans la mesure où elle permet de restaurer l'information juste et nécessaire à l'expression d'un consentement libre et éclairé du consommateur.

80. En définitive, la bonne mise en œuvre de l'ensemble des exigences qui forme l'obligation de loyauté de l'opérateur de publication en ligne des avis des consommateurs permet de prémunir les consommateurs contre les risques de publicité mensongère ou trompeuse dont ils peuvent en être victimes mais aussi contre les pratiques commerciales déloyales. De tels outils de communication sont à surveiller comme du lait sur le feu dans la mesure où il n'est pas exclu qu'ils soient investis et ou financés par des professionnels à des fins publicitaires pour leurs biens ou services mais aussi à des fins de concurrence déloyale contre d'autres professionnels proposant des biens ou services analogues. Aussi pour assurer l'effectivité de cette obligation de loyauté, le législateur sanctionne les opérateurs de publication en ligne des avis des consommateurs des mêmes taux d'amende administrative que celle pouvant être prononcée contre l'opérateur de plateforme de services d'intermédiation. Autrement dit, l'opérateur de publication en ligne des avis des consommateurs suivant qu'il est une personne physique ou une personne morale pourrait écoper respectivement d'une amende administrative d'un montant maximum de 75 000 € et de 375 000 €²⁰².

²⁰² C. consom., art. L. 131-4.

CONCLUSION DU CHAPITRE

81. La rentabilité des affaires dans l'économie numérique réside certes dans les aptitudes même du prestataire électronique, dans l'efficacité et ou la qualité des biens et services proposés mais aussi et surtout dans la stratégie déployée pour se faire connaître ou pour faire connaître les biens ou services.

82. Conscients de la puissance de la communication dans la réussite de leurs affaires, les prestataires des biens et services électroniques utilisent avec dextérité les facilités qu'offre internet pour attirer la clientèle ou du moins la fidéliser. Pour ce faire, la publicité par voie électronique, le recours aux opérateurs de plateforme d'intermédiation des biens ou services voire de publication des avis en ligne provenant des consommateurs se sont révélés être les outils privilégiés et adaptés à l'environnement électronique pour appâter les cyberconsommateurs. La préservation de la liberté contractuelle du cyberconsommateur a commandé une adaptation proportionnée du droit de la consommation pour encadrer cette phase précontractuelle. Ainsi, d'une part, les obligations d'identification, de transparence et d'interdiction de la prospection directe en ce qui concerne la publicité par voie électronique, et d'autre part, l'obligation de loyauté qui implique également la transparence et la clarté mise à la charge des opérateurs de plateforme qu'ils soient des services d'intermédiation ou des publications en ligne des avis des consommateurs, le tout assorti de sanction administrative voire « réputationnelle » sont les dispositifs conçus à cet effet.

83. Toutefois, la préservation de la liberté contractuelle du cyberconsommateur serait vaine si elle n'était pas accompagnée d'outils lui permettant une fois déterminé à contracter, que son consentement soit suffisamment éclairé pour s'engager en pleine

connaissance de cause. Le renforcement de l'obligation d'information du professionnel est l'unique moyen pour résorber l'asymétrie informationnelle qui pourrait entamer la qualité du consentement du cyberconsommateur.

CHAPITRE II : L'IMPOSITION D'UNE OBLIGATION D'INFORMATION PRECONTRACTUELLE RENFORCEE

84. La quête de la justice contractuelle qui caractérise le droit contractuel français s'est traduite par la prolifération d'obligations d'information²⁰³. Forgée et sanctionnée par la jurisprudence à partir de certaines dispositions du Code civil²⁰⁴, l'obligation précontractuelle imposait à «... celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait, dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant [...] d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies »²⁰⁵. L'efficacité de cette obligation précontractuelle d'information était subordonnée à la réunion de trois conditions :

²⁰³ Xavier LAGARDE, « Observation critique sur la renaissance du formalisme », JCP G, 1999. I. p.170 ; Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.34, spéci. n°16 ;

²⁰⁴ La jurisprudence s'est fondée sur divers textes du Code civil pour sanctionner l'absence d'information précontractuelle. L'article 1602, (Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1993, D. 1994, p. 211 ; Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1999, D. 1999. IR. 146), l'article 1116 (Com. 27 octobre 1965, Bull. civ. III, n°534 ; RTD civ. 1966, p. 529, obs. Françoise CHEVALLIER ; Cass. 3^e civ., 15 janvier 1971, Bull. civ. III, n°38 ; RTD civ. 1971, p. 839, obs. Yvon LOUSSOUARN ; Cass. 3e civ., 3 février 1981, D. 1984. I. p.457, note Jacques GHESTIN, Cass. 1^{re} civ., 19 juin 1985, JCP E 1985. I. p.14834 ; Cass. 3^e civ., 4 janvier 1991, D. 1992. S. p.196, obs. Olivier TOURNAFOND ; Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 1987, D. 1987. IR. p.236), l'article 1110 (Paris: 13 mai 1987, D. 1987. IR. p.158) ; l'article 1382 (Cass. civ., 14 mars 1972, D. 1972. I. p.653, note Jacques GHESTIN ; Cass. civ., 4 février 1975, D. 1975. I. p.405, note GAURY ; JCP 1975. II. p.18100, note Christian LARROUMET ; RTD civ. 1975, p.537, obs. Georges DURRY).

²⁰⁵ Jacques GHESTIN, dir., Traité de droit civil : La formation du contrat, 3^e éd., Paris: LGDJ, 1993 aux pp.646-647 ; Cyril GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016, p.1009 ; Serge KABLAN et Arthur OULAI, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », McGill Law Journal / Revue de droit de McGill, 54 (4), p.627-668, disponible à <https://doi.org/10.7202/039647ar>, consulté le 6 mai 2020.

d'abord, le débiteur de l'obligation d'information doit avoir une connaissance réelle ou présumée de l'information pour en être tenu. Ensuite, il doit s'agir d'une information déterminante. L'information précontractuelle due est celle qui peut avoir une incidence sur le consentement du consommateur, sur sa décision de conclure ou non le contrat²⁰⁶. Enfin, le créancier de l'obligation d'information précontractuelle doit être dans l'impossibilité de se renseigner lui-même soit en raison d'une inaptitude personnelle ou de sa confiance légitime envers le débiteur de l'information²⁰⁷. Par le jeu de ces conditions, le consommateur pouvait être privé du bénéfice de cette obligation précontractuelle d'information. Or, l'information est l'un des droits les plus importants des consommateurs²⁰⁸. C'est pourquoi, le législateur a dû intervenir pour la première fois avec la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs²⁰⁹. Cette dernière loi imposait dorénavant, avant la conclusion du contrat, à tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services de « mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service »²¹⁰. Elle précisait que lorsque « l'offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de services est faite à distance à un consommateur, le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise, ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège et, si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre »²¹¹.

²⁰⁶ Marie RAKOTOVAHINY, « L'information des contractants », LPA 30 avril 2019, n°086, p.72.

²⁰⁷ Jacques GHESTIN, dir., Traité de droit civil : La formation du contrat, *op. cit.*, p.635 et s ; Serge KABLAN et Arthur OULAI, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », *op. cit.*, 627-668.

²⁰⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *op. cit.*

²⁰⁹ Loi n°92-60 du 18 janvier 1992, JORF n°170017 du 21 janvier 1992 p.968.

²¹⁰ Idem, art. 2 al. 1^{er}.

²¹¹ Idem, art. 5 al. 1^{er}.

85. Ces dispositions de la loi n°92-60 du 18 janvier 1992 qui ont institué l'obligation d'information précontractuelle au profit du consommateur ont été insérées dans le Code de la consommation dès l'adoption dudit Code. La loi pour la confiance dans l'économie numérique transposant la directive n°2000/31/UE, puis la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite "Loi Hamon" ²¹² transposant la directive 2011/83/UE relative aux droits de consommateurs et enfin l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation²¹³ ont tour à tour renforcé l'obligation d'information précontractuelle dans les contrats de consommation et aussi élargi le champ d'application de cette obligation²¹⁴. Certes, avec l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le nouvel article 1112-1 du Code civil, a consacré également la généralisation de l'obligation d'information dans le droit commun des contrats. Cet article dispose, en effet, que : « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant » ; et que : « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec

²¹² JORF n°0065 du 18 mars 2014.

²¹³ NOR :

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/3/14/EINC1602822R/jo/texte>, JORF n°0064, 16 mars 2016.

²¹⁴ Avec l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le nouvel article 1112-1 du code civil, a consacré la généralisation de cette obligation d'information dans le droit commun des contrats dans la mesure où il dispose, en effet, que : « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant » ; et « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Mais à la différence du droit de la consommation, le droit commun des contrats n'a pas fait le choix unilatéral du débiteur de cette obligation d'information.

le contenu du contrat ou la qualité des parties ». Mais à la différence du droit de la consommation, le droit commun des contrats n'a pas fait le choix unilatéral du débiteur de cette obligation d'information.

86. Traditionnellement le consommateur, contrairement au producteur ou au vendeur, n'a pas toujours une exacte connaissance des biens ou des services qu'il souhaite acquérir. Il ne connaît que ses propres besoins mais aussi ses attentes dont il escompte la satisfaction par le bien ou le service, objet du futur contrat. Si la conclusion du contrat a lieu entre des parties présentes, le consommateur, pour se convaincre des propriétés du bien ou du service ou pour éclairer sa religion, peut toucher, essayer, déguster le bien ou le produit. Il peut poser toutes les questions qu'il estime nécessaires au professionnel. Son information consistera alors pour le professionnel à lui communiquer les éléments de la connaissance qu'il n'a pas du bien ou du service²¹⁵.

87. L'univers électronique prive le consommateur d'une telle interaction directe nécessaire à la qualité de son consentement. Il peut se tromper ou être trompé notamment sur l'identité du professionnel et sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, objet du contrat. De même, le contexte électronique est marqué par un déséquilibre au détriment de la partie faible. « L'un des partenaires (le consommateur) se coule donc dans une technique proposée et maîtrisée par l'autre (le professionnel), dont il doit s'accorder pour assembler les pièces d'un puzzle et embrasser son contrat »²¹⁶. Or, il importe que le consentement du consommateur soit donné sur la base d'évaluations subjectives tels ses besoins, ses attentes, l'opportunité

²¹⁵ Marie RAKOTOVAHINY, « L'information des contractants », *op. cit.*, p.72.

²¹⁶ Judith ROCHFELD, « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ., 2004, p.574.

même de la conclusion du contrat mais aussi objectives tel que le contenu des obligations échangées.

88. C'est pourquoi, le législateur dans le but de sécuriser la période précontractuelle, a assujetti le professionnel électronique à une obligation d'information précontractuelle renforcée. Il répond non seulement de l'obligation générale d'information précontractuelle (Section I) mais aussi d'une obligation d'information précontractuelle spécifique au contrat électronique (Section II). Pour assurer l'effectivité de cette information nécessaire à la protection du consentement du consommateur, le droit de la consommation exige qu'elle renferme des caractéristiques bien définies (Section III). En tout état de cause, les manquements du professionnel à son obligation d'information l'exposent à des sanctions (Section IV).

SECTION 1 : L'assujettissement du professionnel électronique à l'obligation générale d'information précontractuelle

89. Le droit de la consommation oblige tout professionnel dans son interaction avec le consommateur à une obligation générale d'information précontractuelle. Les fournisseurs ou prestataires des biens et services sur internet n'en sont pas exemptés. Bien au contraire, ces derniers sont même tenus de délivrer certaines informations précontractuelles indépendamment de tout processus de conclusion du contrat²¹⁷. En effet, en prélude à la conclusion du

²¹⁷ LCEN, art. 19 al. 1 et 2 fait peser sur tout professionnel exerçant le commerce électronique une obligation d'identification et d'indication du prix que son activité consiste à délivrer des services à titre gratuit sur internet ou qu'il se contente de présenter ses produits et services sur internet sans pour autant autoriser la possibilité de conclusion de contrat électronique ; V. dans ce sens Guillaume BUSSEUIL, « La phase précontractuelle : la

contrat, tout consommateur a besoin de connaître non seulement l'identité et les aptitudes du professionnel avec lequel il va entrer en relation contractuelle mais aussi, les conditions générales auxquelles ce professionnel serait disposé à contracter dans la mesure où la marge de manœuvres du consommateur sur ces clauses prérédigées par le professionnel est limitée voire inexistante. Pour prendre en compte ces préoccupations légitimes du consommateur surtout dans le contexte électronique caractérisé par la distance séparant les parties, l'opacité et la volatilité de son contenu, le droit de la consommation astreint les professionnels électroniques à l'obligation générale d'information précontractuelle. En effet, en la matière, l'article L. 221-5-1° du Code de la consommation dispose que « préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, [...] les informations prévues aux articles L. 111-1 et L. 111-2 »²¹⁸. Aux termes de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, avant tout contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel est tenu de communiquer au consommateur, les informations suivantes : « 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ; 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ; 4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant

formation du contrat électronique », *in* Judith ROCHFELD (dir), *L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.74-75.

²¹⁸ Le contenu de l'art. L. 111-1 pour l'essentiel sont une transposition de l'art. 6 de la Dir. 2011/83/UE

qu'elles ne ressortent pas du contexte ; 5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ; 6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI ». Et suivant les dispositions de l'article L. 111-2 du même code, le professionnel est en outre tenu, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, de mettre à la disposition du consommateur ou de lui communiquer « de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat »²¹⁹. Ces dispositions qui sont en parfaite adéquation avec les normes communautaires²²⁰ imposent au professionnel électronique de communiquer au consommateur l'information sur son identité (§1) mais aussi l'information sur le contenu du contrat (§2).

§1. L'obligation d'information sur l'identité du professionnel électronique

90. Il convient de présenter l'évolution de l'obligation d'identification en partant de la consécration du principe d'identification du professionnel électronique à sa généralisation à tous les professionnels

²¹⁹ Art. L. 111-2 du C. consom.

²²⁰ Dir.2000/31/CE 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 (art. 5) ; Dir. 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (art. 7) ; Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs (art. 6).

(1) avant de décliner l'étendue de l'obligation d'information sur l'identité du professionnel (2)

1. Du principe à la généralisation de l'obligation d'identification du professionnel

91. En droit commun des contrats, la question de l'identification du cocontractant ne se posait pas et ne constituait guère un sujet de préoccupation que lorsque le contrat en cause est conclu *intuitu personae*. Tel était, au demeurant, le cas en droit de la consommation jusqu'à l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui a érigée l'identification du professionnel électronique en une obligation indépendamment de toute offre de contrat. Cette loi a institué en son article 19, un véritable « principe d'identification des parties »²²¹ qui réside dans l'obligation générale faite à tout professionnel électronique prestataire des biens et services indépendamment de toute émission d'offre, de s'identifier. Il suffit, pour que cette obligation générale d'identification existe, qu'une proposition de biens ou de fourniture de services ait été faite²²². L'institution de ce régime vise à prémunir tout cocontractant consommateur ou non des professionnels du commerce électronique contre les disparitions des prestataires rendues faciles par internet, univers par excellence fugace et opaque²²³.

92. L'information du consommateur, avant tout contrat, sur les éléments d'identification du professionnel permettra à celui-ci de

²²¹ Olivier CACHARD, La régulation internationale du marché électronique, Paris : LGDJ, 2002, n°239.

²²² Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.40.

²²³ Akodah AYEWOUDAN, *Idem*, p.39.

s'assurer de l'existence, des aptitudes du professionnel et de disposer des moyens effectifs pour le contacter en cas de difficultés²²⁴ ou pour exercer un éventuel recours²²⁵. En ce sens, l'imposition de l'identification du professionnel électronique par le droit de la consommation vise à répondre à ces préoccupations légitimes qui conditionnent non seulement la confiance du consommateur à ce mode de conclusion de contrat mais aussi l'efficacité de l'exécution du contrat électronique. Il est certes vrai que depuis les premières heures du commerce électronique, les professionnels électroniques, en vue de stimuler la confiance de leur clientèle, donnaient spontanément en dehors de toute idée de contrainte les éléments nécessaires à leur identification²²⁶. Mais en plus de son érection en obligation légale, le législateur lui impose non seulement un contenu mais aussi une forme afin que celle-ci puisse remplir son office.

93. Aussi, compte tenu de la précieuse contribution de l'information sur les éléments d'identification du professionnel dans la connaissance de celui-ci par le consommateur et des risques dont elle lui permet de se prémunir sur internet dont certains sont les mêmes dans l'environnement classique, le législateur a généralisé, depuis la transposition de la directive 2011/83/UE, l'obligation générale d'information sur les éléments d'identification du professionnel²²⁷. Désormais, le principe d'identification du professionnel électronique prestataire des biens et services est étendue à tout professionnel quel

²²⁴ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, Paris : LGDJ, 2011, p.391, n°396.

²²⁵ Jérôme Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, *op. cit.*, n°11.

²²⁶ Djamil MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, Droit. Université d'Avignon, 2011, p.9, n°130, disponible sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00911671>, consultée le 26/02/2020.

²²⁷ Loi Hamon, art. 6, I, 2°.

que soit le contexte contractuel. Outre sa généralisation, le contenu de l'obligation d'information sur l'identité du professionnel a été étendu.

2. L'étendue de l'obligation générale d'identification du professionnel

94. Tout professionnel du commerce électronique est tenu de fournir aux destinataires de ses biens et services les informations suivantes « 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 des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec elle ; 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° Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite »²²⁸. Le décret n°2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du Code de la consommation prévoit, dans les mêmes termes, le contenu de l'obligation

²²⁸ Cette disposition est conforme à l'article 5. 1) de la Dir. 2000/31/CE dont la LCEN a assuré la transposition.

d'identification du professionnel électronique²²⁹. Ces informations peuvent être regroupées en deux catégories selon qu'elles permettent d'identifier directement ou indirectement le professionnel électronique.

95. Les éléments d'identification directe. Le nom ou la dénomination sociale constitue l'information de base qui permet d'identifier directement le professionnel électronique. L'exigence de cette information est assez essentielle dans la mesure où les autres éléments d'identification directe du professionnel électronique doivent nécessairement se rapporter au nom ou à la dénomination sociale. Il en va ainsi des coordonnées téléphoniques²³⁰ ou du télécopieur, et l'adresse de courrier électronique qui permettent d'entrer en contact et à distance avec le professionnel ; de l'adresse géographique où le professionnel est établi et l'adresse géographique du siège commercial du professionnel, si elle est différente de celle du lieu d'établissement²³¹ qui constituent une information importante pour la localisation physique du professionnel. La connaissance de la localisation du professionnel électronique est une information capitale pour le consommateur au regard des implications que celle-ci peut avoir notamment sur les modalités d'exécution du contrat et sur la résolution des litiges qui pourront en résulter²³².

²²⁹ C. consom., art. R. 111-1 et R 111-2.

²³⁰ L'exigence des coordonnées téléphoniques par la LCEN est une information supplémentaire non requise par la Directive sur le commerce électronique. Pour la Cour de Justice de l'Union européenne, « le professionnel tenu de mettre à la disposition du consommateur un moyen de communication directe n'est pas obligé de fournir aux consommateurs son numéro de téléphone (CJUE, 10 juill. 2019, n° C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c/ Amazon EU Sàrl ; Gaz. Pal., 12 nov. 2019, n°39, p.18, obs. Stéphane PIEDELIEVRE). Pour la Cour de Justice de l'Union européenne, « le professionnel tenu de mettre à la disposition du consommateur un moyen de communication directe n'est pas obligé de fournir aux consommateurs son numéro de téléphone

²³¹ C. consom., art. L. 111-1, 4°.

²³² V. infra titre II de la partie II.

96. Les éléments d'identification indirecte. Au titre de ces éléments, l'on peut relever en premier lieu, les informations sur l'activité du professionnel. La connaissance par le consommateur des activités effectivement menées par le professionnel électronique participe du renforcement de la protection de celui-ci dans le contexte électronique. C'est dans cette dynamique, qu'obligation est faite au prestataire des biens et services électroniques de ne guère faire mystère sur ses activités, « *pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte* »²³³. A ce titre, certains éléments se rapportant à l'activité du professionnel s'ils existent permettront de renforcer l'exigence de l'identification du professionnel électronique. Il en est ainsi de son numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers et le numéro individuel d'identification d'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée en ce qu'ils permettent indirectement d'identifier le professionnel électronique mais aussi d'obtenir d'autres éléments d'informations notamment sur sa situation financière, sur l'évolution de la société et sur les associés et mandataires, s'il s'agit d'une personne morale²³⁴.

97. En outre, la fourniture des coordonnées de l'autorité de surveillance compétente et de l'association professionnelle ou de l'organisation professionnelle de rattachement pour les professions réglementées ainsi que la référence aux règles professionnelles ou aux codes de conduite applicables et aux moyens d'y avoir accès contribuent à l'identification « réputationnelle » du professionnel électronique. En effet, ces informations constituent des indicateurs de

²³³ Art. L. 111-1, 4° du Code de la consommation.

²³⁴ Guillaume BUSSEUIL, « La phase précontractuelle : la formation du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), *L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Paris : Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.76.

crédibilité et de label de sérieux du professionnel et par conséquent concourent à son identification sur internet.

98. La conjugaison de l'ensemble de ces éléments directs et indirects d'identification fait que « dans le monde virtuel, *[le professionnel]* est moins anonyme que dans le monde réel »²³⁵.

§2. La fourniture de l'information sur le contenu du contrat

99. L'obligation générale d'information précontractuelle en ce qui concerne le contenu du contrat porte sur les caractéristiques essentielles du produit ou du service, son prix, le délai de livraison ou d'exécution, les garanties offertes et la possibilité de recourir à la médiation.

100. Le droit de la consommation exige en outre du professionnel au titre de l'obligation générale d'information précontractuelle certaines informations constitutives de l'offre. La finalité desdites informations précontractuelles, faut-il le rappeler est double. D'abord, elles visent à éclairer le consentement du consommateur. Ensuite, ces différentes informations de par leur nature sont également destinées à protéger le consommateur qui contracte spécialement par la voie électronique en palliant aux difficultés résultant de l'éloignement géographique des parties²³⁶. Il en va ainsi des informations sur les caractéristiques essentielles des biens et services (1) sur le prix (2), le délai de livraison

²³⁵ Jérôme HUET, « La problématique juridique du commerce électronique, RJ com. 2001, 1^{er} janv. (n° spéci.), p.27.

²³⁶V. Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, p.418, n°436.

ou d'exécution (3), les garanties offertes (4) et la possibilité de recourir à la médiation (5).

1. L'information sur les caractéristiques essentielles

101. La justification du choix du législateur. L'obligation caractéristique ou fondamentale de tout contrat de consommation est la prestation due par le professionnel au consommateur²³⁷. Cette prestation est soit un bien soit un service²³⁸ qui est commandé par le consommateur en vue de satisfaire à un besoin qui lui est spécifique. Pour faire un choix du bien ou du service qui correspond à son besoin spécifique, le consommateur doit avoir eu une connaissance suffisante de ses caractéristiques essentielles. Or dans le contexte électronique et la distance qui le caractérise, le consommateur ne peut notamment palper, sentir ou essayer le bien avant de l'acheter. Pour atténuer ces désavantages liés à l'immatérialité et à la distance, le législateur impose au professionnel de fournir, avant la conclusion du contrat, « les caractéristiques essentielles du bien ou du service »²³⁹. En effet, « Trop d'information tue l'information »²⁴⁰ car plus le consommateur

²³⁷ Paul-Henri ANTOMATTEI et Jacques RAYNARD, Droit civil : Contrats spéciaux, Litec, 1997, n°4. Les auteurs précisent qu'« il ne peut s'agir de l'obligation monétaire. Payer une somme d'argent est, en effet, une obligation commune à de nombreux contrats ».

²³⁸ En ce qui concerne, le bien, il peut être matériel tels que les objets mobiliers corporels ou immatériel comme les contenus numériques. Les services quant eux peuvent consister en des productions intellectuelles appliquées sur la matière physique ou non. C'est le cas du mécanicien ou de l'électricien qui effectue un dépannage ou le cas de l'avocat ou de l'architecte qui respectivement conseille, défend ou conçoit un plan de construction. Il importe donc que le consommateur connaisse les caractéristiques essentielles du bien ou du service pour apprécier de l'opportunité de son acquisition et de la contrepartie qui lui sera exigée.

²³⁹ Dir. 2011/83/UE, art. 6, 1, a. ; C. consom. art. L. 111 et L. 221-5, 1.

²⁴⁰ Jean Michel BRUGUIERE, « La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDI 2005/1, n°44, spéc. n° 6.

est trop informé moins il est bien informé²⁴¹. Par conséquent, l'option faite par le législateur de limiter l'obligation générale d'information précontractuelle en ce qui concerne la description du bien ou du service, objet du contrat, uniquement à ses caractéristiques essentielles est opportune dans la mesure où la qualité du consentement du consommateur qui doit être éclairé et libre ne s'apprécie a priori qu'à l'aune desdites caractéristiques essentielles.

102. L'absence justifiée de définition synthétique de la notion de caractéristiques essentielles. Le législateur n'a pas défini la notion de « caractéristiques essentielles »²⁴². Par conséquent, elle relève de l'appréciation souveraine du juge en fonction des circonstances de chaque cas dont il est saisi. Toutefois, elle doit inclure tout ce dont le consommateur a besoin pour conclure le contrat en toute connaissance de cause et pour utiliser correctement le bien ou le service commandé. Il s'ensuit que la notion de caractéristiques essentielles renvoie à une description objective du bien ou du service²⁴³ notamment sa constitution, ses propriétés, ses conditions d'utilisation et les résultats que son utilisation permet d'atteindre. Dans le même sens, l'article L. 121-2, 2°, b) du Code de la consommation²⁴⁴ traitant des pratiques commerciales trompeuses considère comme caractéristiques essentielles d'un bien ou d'un service « ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires,

²⁴¹ Charlaine BOUCHARD et Marc LACOURSIERE «Les enjeux du contrat de consommation en ligne», Revue générale de droit 2003, n°33, p.373.

²⁴² Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.788.

²⁴³ V. dans ce sens Guy RAYMOND, Droit de la consommation, Paris : LexisNexis, 4e éd., 2017.

²⁴⁴ Cette disposition qui propose une sorte de définition analytique à travers une longue énumération a été insérée dans le Code de la consommation à l'article L. 121-1 I. b) actuel article L. 121-2 par l'article 39 de la Loi Chatel (Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, J.O.R.F., 4 janvier 2008, n°1).

son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service »²⁴⁵.

103. Par ailleurs, l'interopérabilité du bien matériel ou du logiciel²⁴⁶ informatique en ce qu'elle se rapporte à l'efficacité, à la compatibilité de son utilisation est également éligible au rang de caractéristique essentielle. A ce titre, le professionnel doit fournir au consommateur l'aptitude ou la compatibilité du contenu numérique, du logiciel ou du matériel informatique à interagir avec d'autres biens de même nature dont il a ou devrait raisonnablement avoir connaissance, ainsi que les fonctionnalités dudit contenu numérique ou matériel informatique, y compris les mesures de protection technique ou de précaution devant être appliquées. Outre les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le consommateur doit connaître le prix auquel il peut acquérir le bien ou le service.

2. L'obligation d'information sur le prix

104. Le prix peut être défini comme une somme d'argent que le consommateur doit payer au professionnel électronique en contrepartie de l'aliénation de la chose ou du service. Il comprend donc tous les éléments qui profitent au professionnel électronique et qui correspondent dans son patrimoine à la valeur du bien ou du service, objet du contrat. Dans la contractualisation à distance comme c'est le cas du contrat électronique, le prix s'entend de tout ce que le

²⁴⁵ Art. L. 121- 2, 2°, b) du C.consom.

²⁴⁶ Art. L. 111-1-5 du C. consom.

consommateur devra payer, y compris, le cas échéant, des frais de port ou de livraison²⁴⁷.

105. Les prix des biens et des services sont par principe librement fixés par les professionnels. Toutefois, le prix est toujours un critère de choix parmi l'offre de marché, tout spécialement pour les contrats électroniques à raison de l'existence dans quasiment tous les domaines de consommation des sites comparateurs. L'information sur le prix constitue une garantie de sécurité pour le consommateur car la transparence des prix s'impose comme le « passage obligé de tout texte qui prétend assurer la transparence, protéger le consommateur ou établir la confiance »²⁴⁸. Aussi, le droit de la consommation exige, que l'information sur le prix soit communiquée au consommateur, avant qu'il ne soit lié par le contrat électronique. Dès lors, cette information doit porter aussi bien sur les éléments constitutifs du prix que sur les modalités de son paiement.

106. **L'information sur les éléments constitutifs du prix.** Le maître mot en la matière est la transparence qui oblige le professionnel électronique à donner une information franche et exhaustive au consommateur. Dans tous les cas, une distinction est faite suivant que le prix est déterminable ou non à l'avance ou selon qu'il s'agit des frais supplémentaires.

107. Lorsque le prix est déterminable, le professionnel doit fournir au consommateur le prix total du bien ou du service, y compris l'ensemble des taxes, charges, commissions et dépenses y

²⁴⁷ Véronique Legrand, « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi "Hamon" », LPA, 07 mai 2014, n°91, p.4.

²⁴⁸ Michel VIVANT, « Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique », Cahiers Lamy Informatique 2004, juillet (D), n° 15.

afférentes²⁴⁹. En pareil cas, le professionnel électronique doit indiquer clairement non seulement le détail de l'ensemble des coûts perçus par lui et imposés au consommateur mais aussi, s'il y a lieu, les autres coûts normalement dus par le consommateur non perçus et ou non imposés par lui. Il en va ainsi de tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels.

108. Toutefois, lorsque compte tenu de la nature du bien ou du service, le professionnel ne peut raisonnablement fixer à l'avance le prix, le droit de la consommation lui exige néanmoins en pareil cas de fournir au consommateur « son mode de calcul »²⁵⁰. La communication du mode calcul doit pouvoir permettre au consommateur de réaliser lui-même l'opération arithmétique²⁵¹. Par conséquent, ne satisfait pas à son obligation de communiquer au consommateur le mode de calcul du prix, le professionnel qui se contente de mentionner par exemple que le prix sera librement déterminé par un expert car aussi bien le procédé de cette détermination que le résultat qui en découlera peuvent surprendre le consentement du consommateur après la conclusion du contrat.

109. En ce qui concerne, les frais supplémentaires, lorsqu'ils ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, le professionnel est tenu de mentionner qu'ils sont exigibles²⁵². Cette solution quoique inspirée d'un certain pragmatisme emporte tout de même une incertitude pour le consommateur. Mais qu'en est-il de l'information sur les modalités du paiement du prix ?

²⁴⁹ C. consom. art. L. 111-1 ; Dir. 2011/83/UE art. 6-1- e.

²⁵⁰ C. consom. art. L. 112-3 ; Dir. 2011/83/UE art. 6-1- e.

²⁵¹ Philippe SCHULTZ, « *Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général* », Gaz. Pal., 24 avril 2014, n°114.

²⁵² C. consom. art. L. 112-3 ; Dir. 2011/83/UE art. 6-1- e.

110. **L'information sur les modalités de paiement du prix.** A l'image de l'information sur le prix, celle sur les modalités de son paiement est aussi primordiale dans le contexte de la contractualisation par voie électronique qui se fait à distance. Ces modalités de paiement du prix qui englobent les moyens de paiement, la monnaie de paiement et le moment du paiement, peuvent constituer un obstacle pour le consommateur ou représenter pour celui-ci une opportunité.

111. La mention de l'unité monétaire dans laquelle le prix est libellé est un impératif sur internet du fait du caractère planétaire du réseau. Une erreur sur la devise de paiement du prix a été considérée comme une erreur obstacle par la jurisprudence²⁵³.

112. Ainsi, le professionnel doit clairement informer le consommateur sur les moyens de paiement acceptés. Les moyens de paiement se sont démultipliés avec le recours à la monnaie électronique rendant nécessaire l'information du consommateur sur les moyens de paiement admis par le professionnel électronique. Au demeurant, cette information doit être donnée au plus tard au début du processus pour éviter que le consommateur ne se lance dans un processus de commande avant de découvrir à la fin qu'il ne dispose pas du moyen de paiement requis pour valider sa commande. C'est pourquoi, le droit de la consommation impose au professionnel électronique d'indiquer « ... clairement et lisiblement, au plus tard au début du processus de commande, les moyens de paiement acceptés ... »²⁵⁴.

113. Enfin, le professionnel électronique doit communiquer au consommateur le moment auquel le paiement est prélevé, lequel

²⁵³ CA Orléans, 13 mai 2004, SA Dyadem c/ SA Sier Chavanne, JurisData n° 2004-247289, Comm. com. électr. n°11, nov. 2004, comm. 144, obs. Philippe STOFFEL-MUNCK.

²⁵⁴ C. Consom., art. L. 221-14 al. 3.

moment peut être le jour de la conclusion du contrat, le jour de l'expédition ou à la livraison du bien ou après exécution de la prestation de service. Selon les cas, le consommateur peut avoir intérêt à telle ou telle modalité. Il s'engage alors en toute connaissance de cause des implications éventuelles.

3. L'information sur le délai de livraison ou d'exécution

114. Le contrat est conclu pour être exécuté. L'exécution peut se faire de façon instantanée tout comme, il peut s'écouler un temps plus ou moins long entre la conclusion du contrat et son exécution. En pratique, le délai d'exécution du contrat est une condition contractuelle qui cristallise l'attention du consommateur. Celui-ci a besoin de savoir le moment à partir duquel il peut jouir du bien acquis ou bénéficier du service commandé s'il venait à conclure le contrat et il en tient compte dans le choix de son futur cocontractant. Il en résulte qu'il s'agit là d'éléments d'information importants dans la protection du consommateur. C'est pourquoi, le droit de la consommation impose au professionnel, en l'absence d'exécution immédiate du contrat, de communiquer au consommateur la date ou le délai auquel il s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service²⁵⁵.

115. Pour la formulation de la date ou du délai de livraison ou d'exécution par le professionnel, aucune forme n'est exigée par la loi et ce sera ainsi au juge de décider de la régularité de la livraison, au cas

²⁵⁵ C. Consom., art. L. 111-1- 3.

par cas²⁵⁶. À cet égard, des mentions telles que « "fin juillet" », « "début septembre" » ont été jugées comme suffisamment précises²⁵⁷. Il en résulte que « "fin juillet" » devait se comprendre comme « "au plus tard le 31 juillet" » et « "début septembre" » comme « "au plus tard le 15 septembre" »²⁵⁸.

4. L'information sur les garanties contractuelle et légale

116. La question de la garantie retient toujours l'attention du consommateur. Les professionnels conscients de l'opportunité que la garantie offre en termes d'attrait des clients offrent le plus souvent des extensions de garantie contractuelle. En effet, la garantie contractuelle ou « garantie commerciale » s'entend de « tout engagement contractuel d'un professionnel à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement ou de la réparation du bien ou de la prestation de tout autre service en relation avec le bien, en sus de ses obligations légales visant à garantir la conformité du bien »²⁵⁹.

117. Les consommateurs se laissent ainsi appâtés soit parce que le plus souvent, ils n'ont pas conscience qu'en plus de la garantie contractuelle, ils ont droit à la garantie légale de conformité et à la garantie contre les vices cachés soit parce qu'ils considèrent ces garanties légales comme ineffectionnelles au regard de la complexité des

²⁵⁶ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.795..

²⁵⁷ CA Paris: 3 juill. 2001, n°00/5592 ; CA Paris: 2 oct. 2003, n°02/13000.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Art. 15, III de la Loi Hamon ou Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014, texte n°1 ; C. Consom., art. 217-15, al. 1.

procédures qui les caractérisent mais aussi des difficultés de preuve auxquelles ils peuvent être confrontés, le cas échéant²⁶⁰. Pour remédier à ce déficit informationnel préjudiciable aux intérêts du consommateur, le Code de la consommation a-t-il rangé dans l'obligation générale d'informations précontractuelles, l'information du consommateur sur la garantie légale et, s'il y a lieu, la garantie contractuelle et les modalités de leur mise en œuvre. Ces informations doivent être données au consommateur avant qu'il ne conclue le contrat.

118. Ainsi, le professionnel devra donc décliner de façon claire et précise le contenu de la garantie, les modalités de sa mise en œuvre, son prix, sa durée, son étendue territoriale ainsi que le nom et l'adresse du garant. Par ailleurs, indépendamment de la garantie commerciale, le professionnel est tenu de mentionner avec les mêmes exigences de clarté et de précision qu'il « reste tenu de la garantie légale de conformité mentionnée aux articles L. 217-4 à L. 217-12 du Code de la consommation et de celle relative aux défauts de la chose vendue, dans les conditions prévues aux articles 1641 à 1648 et 2232 du Code civil. Les dispositions des articles L. 217-4, L. 217-5, L. 217-12 et L. 217-16 ainsi que celles de l'article 1641 et du premier alinéa de l'article 1648 du Code civil devront intégralement être reproduites dans le contrat. En cas de non-respect de ces dispositions, la garantie demeure valable. L'acheteur est en droit de s'en prévaloir »²⁶¹. Il en résulte un formalisme qui doit être respecté dans la mise à disposition de cette information au consommateur.

²⁶⁰ Véronique LEGRAND, « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi "Hamon" », *op. cit.*, p.4.

²⁶¹ C. Consom., art. 217-15, al. 4, 5.

119. Dans l'univers électronique, l'exigence de cette information précontractuelle de la part du professionnel renforce le facteur confiance du consommateur qui non seulement recevra l'information sur l'existence des garanties conventionnelles et légales mais en plus l'information sur les conditions de leur mise en œuvre. Il peut être convenu que la mise en œuvre de ces garanties se fera à l'amiable. Mais en l'absence de solution d'amiable composition, les parties se verront dans l'obligation de recourir à la phase contentieuse d'où l'exigence que les informations y relatives soient concomitamment fournies au consommateur avant la conclusion du contrat.

5. L'information sur la médiation

120. La directive 2011/83/UE impose au professionnel de fournir au consommateur préalablement à la conclusion du contrat, les informations sur les modalités prévues pour le traitement des réclamations²⁶². En application de cette exigence communautaire, le législateur français a, par la loi Hamon, imposé que le consommateur soit informé de la possibilité de recourir à une médiation conventionnelle ou à un mode alternatif de règlement des différends pour les seuls « contrats écrits » et uniquement au moment de la conclusion du contrat et non avant²⁶³. Une telle position du législateur interne semblait ne pas être en adéquation avec le droit communautaire²⁶⁴. Cette situation a été vite corrigée par le décret n°2014-1061 du 17 septembre 2014 par l'exigence dès le stade précontractuel, de

²⁶² Art. 5, d) de la Dir. 2011/83/UE.

²⁶³ Art. 26 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation ; C. Consom., art. L. 133-4. ancien.

²⁶⁴ Carole AUBERT DE VINCELLES, « *La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon* » : RDC, 1^{er} sept. 2014, n°15, p.456.

l'information sur le traitement des réclamations²⁶⁵. Outre l'information sur la possibilité de recourir à ce mode alternatif de règlement des différends, le professionnel doit fournir au consommateur les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation compétents dont il relève. Nanti de ces informations d'identification, le consommateur peut, s'il le souhaite, consulter notamment le site internet du médiateur sur lequel il aura nécessairement un accès direct aux informations relatives au processus de médiation.

121. Dans le domaine particulier des contrats électroniques, l'information sur la médiation comme mode de règlement des litiges et sur le médiateur sont assez essentielles. Cette information contribue à renforcer d'une part, la qualité du consentement du consommateur sur les implications du contrat s'il venait à le conclure et d'autre part, l'obligation de loyauté du professionnel, dont le respect conditionne le niveau de protection du consommateur²⁶⁶.

122. En plus des informations générales précontractuelles qui sont dues au consommateur dans tout contrat, le droit de la consommation tirant conséquence des risques inhérents notamment au contexte électronique comme mode conclusion de contrat, impose en plus des informations spécifiques.

²⁶⁵ Art. 1-2° du décret n°2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, JORF n°0217 du 19 septembre 2014, texte ; n°49 ; C. Consom., art. R. 111-1, b) ancien.

²⁶⁶ V. infra, Chap.2 du Titre 2 de la partie II.

SECTION 2 : L’obligation d’information spécifique justifiée par le contexte électronique

123. Aux informations précontractuelles sus exposées qui doivent être fournies au consommateur quel que soit le contexte de conclusion du contrat, le contexte électronique a justifié l'imposition d'informations précontractuelles spécifiques. La protection de la qualité du consentement du consommateur dans l'univers électronique implique, en effet, qu'il soit éclairé sur les éléments touchant à l'existence du contrat et au processus d'expression de sa volonté. A ce titre, d'une part, l'offre faite en vue de la conclusion du contrat électronique doit contenir un certain nombre de mentions obligatoires qui forment le contenu de l'offre électronique (§1). D'autre part et compte tenu du contexte électronique, la fourniture de certaines informations spécifiques est aussi requise (§2).

§1. Le contenu imposé de l'offre électronique

124. La loi pour la confiance dans l'économie numérique a introduit dans l'ordre juridique des dispositions originales qui singularisent l'offre électronique²⁶⁷. L'offre formulée en vue de la conclusion d'un contrat électronique doit, au sens de l'article 1127-1 du Code civil²⁶⁸, contenir cinq types d'informations. Ces informations sont relatives aux différentes étapes à suivre pour parvenir à la conclusion du contrat par voie électronique, aux langues proposées pour la conclusion du contrat, aux moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs

²⁶⁷ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.47.

²⁶⁸ Cette disposition est une reprise des articles 10. 1 et 10. 2 de la Directive sur le commerce électronique.

de saisie des données, aux modalités de l'archivage et d'accès à l'archive, s'il y a lieu²⁶⁹ et enfin, aux moyens pour consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles le professionnel électronique entend, le cas échéant, se soumettre. Il convient donc d'examiner successivement le contenu de l'obligation d'information relative au processus de conclusion du contrat (1), l'obligation d'indication de la langue du contrat (2) et l'information sur l'existence des codes de conduite (3). L'obligation de fourniture de ces informations vise à relever les défis posés par la dématérialisation et la rapidité du processus de conclusion²⁷⁰ et par le caractère, par essence, international du contrat électronique²⁷¹.

1. L'indication du processus de conclusion du contrat

125. L'obligation d'explication des différentes étapes de la conclusion ne doit pas être confinée à une simple description des modalités pratiques pour conclure le contrat. Outre cette description, le professionnel électronique doit la faire accompagner « d'une information concernant la signification de chaque action de l'internaute qui s'engage dans un processus contractuel, l'objectif étant de recueillir ensuite de celui-ci un consentement pleinement réfléchi et non obtenu par surprise »²⁷². C'est pourquoi, est-il exigé du professionnel de mettre dans l'offre, les moyens techniques

²⁶⁹ Exigée à des fins probatoires, l'archivage du contrat électronique fait l'objet de la Section 2, chapitre I, titre 1 de la deuxième partie.

²⁷⁰ Le processus de l'expression du consentement et mécanisme de correction des erreurs.

²⁷¹ V. pour les critères de l'internationalité du contrat électronique le chapitre 1 du titre 2 de la deuxième partie.

²⁷² Djamila MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, *op. cit.*, p.129, n°181.

permettant, avant la conclusion du contrat à son destinataire, d'identifier les éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de pouvoir procéder à leur correction. La satisfaction de cette exigence implique qu'un récapitulatif soit montré au consommateur avec la possibilité de corriger directement à cette étape du processus d'éventuelles erreurs car un tel mécanisme serait idéal et à préférer à toute autre possibilité de retour en arrière pour y procéder. Toutefois, cette dernière option technique de retour en arrière peut certes paraître fastidieuse pour le consommateur mais elle serait tout de même conforme aux exigences du droit de la consommation. L'information décrivant et expliquant le processus séquentielle en vue de la conclusion du contrat est si essentielle en ce qu'elle vient remédier ou à tout le moins, amenuiser les difficultés inhérentes à la rapidité qui caractérise le processus de conclusion du contrat électronique.

2. Les langues du contrat

126. Le choix de la langue du contrat est assez primordial dans la mesure où la langue conditionne la qualité de la compréhension des clauses contractuelles par le consommateur. Au demeurant, cette obligation dans l'ordre des obligations que l'on impose au professionnel électronique doit venir avant toutes les autres. Le consommateur ne peut interagir avec le professionnel que s'il comprend la langue de celui-ci. C'est pourquoi, au titre des obligations d'informations précontractuelles, le législateur impose au professionnel électronique d'énoncer dans l'offre, « les langues proposées pour la conclusion du contrat au nombre desquelles doit

figurer la langue française »²⁷³. Cette imposition de la langue française comme devant faire nécessairement partie des langues de l'offre électronique est conforme à la loi Toubon²⁷⁴. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 2 de cette loi dispose : « Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, 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 »²⁷⁵. L'utilisation de la langue française comme l'une au moins des langues de l'offre semble *a priori* une exigence contraire au caractère mondial du réseau internet qui méconnaît les frontières physiques des Etats. Toutefois, cette exigence doit être entendue comme ne concernant que les professionnels électroniques qui « dirigent » ou « ciblent » le territoire français par leurs offres de biens ou de services.

3. *L'information sur l'existence des Codes de bonne conduite*

127. Le code de conduite est « un accord ou un ensemble de règles qui ne sont pas imposés par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre et qui définissent le comportement des professionnels qui s'engagent à être liés par lui en ce qui concerne une ou plusieurs pratiques commerciales ou un ou plusieurs secteurs

²⁷³ C. civ., art. 1127-1, 3°.

²⁷⁴ Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite « Loi Toubon », JORF n°180 du 5 août 1994 p. 11392.

²⁷⁵ Sur la compatibilité de la loi Toubon avec le droit communautaire, voir Marc FRANGI, « Le consommateur français entre loi Toubon et droit communautaire », RIDE n°171, 2003, p.135, disponible <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2003-1-page-135.htm>, consulté le 31 juillet 2020 ; Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.295.

d'activité »²⁷⁶. La directive sur le commerce électronique, avait exhorté notamment les Etats membres à encouragé l'élaboration des codes de conduite²⁷⁷. La loi pour la confiance dans l'économie numérique transposant ladite directive a introduit dans le code civil²⁷⁸ l'obligation pour le professionnel électronique d'indiquer dans son offre les moyens pour « consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales »²⁷⁹ auxquelles il entend se soumettre²⁸⁰. Certes, cette disposition n'institue pas une obligation pour le professionnel électronique de se soumettre à de telles règles, mais seulement s'il choisit de le faire, il est tenu d'informer le contractant sur les moyens d'en prendre connaissance²⁸¹.

128. En ce qui concerne les modalités de consultation par voie électronique, celles-ci peuvent consister dans la possibilité de lecture en ligne, de téléchargement d'une « copie »²⁸². A cette fin, le professionnel doit mettre à la disposition du consommateur l'adresse

²⁷⁶ Art. 2, f) de la Dir. 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement CE) n°2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JOUE, L149 du 11 juin 2005.

²⁷⁷ Dans le même sens, l'article 26 de la directive 2011/83/UE dispose : Les États membres prennent les mesures appropriées pour informer les consommateurs et les professionnels des dispositions nationales qui transposent la présente directive et incitent, s'il y a lieu, les professionnels et les responsables de code, tels que définis à l'article 2, point g), de la directive 2005/29/CE, à faire connaître leurs codes de conduite aux consommateurs ». Et suivant, la Dir.2005/29/CE, les responsables de code s'entendent de « toute entité, y compris un professionnel ou groupe de professionnels, responsable de l'élaboration et de la révision d'un code de conduite et/ou de la surveillance du respect de ce code par ceux qui se sont engagés à être liés par lui ».

²⁷⁸ C. civ. ancien art. 1369-1, 6° devenu art. 1127-1, 5°.

²⁷⁹ La directive sur le commerce électronique a retenu, l'expression « code de conduite » (art. 10.2)

²⁸⁰ C. civ. art. 1127-1.

²⁸¹ Djamil MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, *op. cit.*, p.138, n°192.

²⁸² Dir. 2011/83/UE, art. 6, n) ; C. consom., art. R 221-2-4°.

électronique à laquelle le code de conduite peut être consulté ainsi que « les versions linguistiques disponibles »²⁸³.

129. La référence à un code de conduite peut amener le consommateur à se déterminer à contracter, justifiant son entrée dans le champ contractuel. C'est au demeurant pour conforter sa valeur contractuelle que le législateur exige la mention des moyens permettant sa consultation dans l'offre électronique de sorte que l'acceptation de celle-ci érige le code de conduite en clause contractuelle que le consommateur peut, le cas échéant, invoquer. Il s'ensuit que la référence à un tel code constitue un moyen supplémentaire de protection du consommateur. Le non-respect par le professionnel électronique d'engagements contenus dans un code de conduite par lequel il s'est engagé à être lié constitue une pratique commerciale trompeuse²⁸⁴.

§2. *Les informations précontractuelles spécifiques*

130. Le contrat électronique, faut-il le rappeler, est rangé dans la catégorie des contrats à distance. En ce sens, l'article 221-5 du Code de la consommation impose, en plus des informations requises au titre de l'obligation générale d'informations précontractuelles, au professionnel, préalablement à la conclusion du contrat électronique, de fournir au consommateur des informations relatives au droit de rétractation tant dans son existence, ses conditions, délai et modalités d'exercice²⁸⁵, que dans les conséquences de son exercice sur le

²⁸³ C. consom., art. R. 111-3.

²⁸⁴ Dir. 2005/29/CE, art. 6-2- b) ; C. consom., art. L. 121-4-1.

²⁸⁵ C. consom, art. 221-5, 2°.

consommateur en termes de coût de renvoi²⁸⁶ ou des frais à supporter, s'il y a lieu²⁸⁷. Il en va de même, de l'information du consommateur sur les circonstances qui lui privent de la possibilité de mettre en branle son droit de rétractation²⁸⁸. De plus, obligation est faite au professionnel de mettre le consommateur en état d'avoir une connaissance suffisante de « l'existence de codes de bonne conduite, le cas échéant aux cautions et garanties, aux modalités de résiliation, aux modes de règlement des litiges et aux autres conditions contractuelles »²⁸⁹.

131. Il résulte de ce dessus, que le droit de la consommation interdit au professionnel électronique, toute attitude ayant pour conséquence de surprendre le consommateur au cours de la période contractuelle. Aussi, est-il tenu non seulement de communiquer au consommateur l'information complète sur le droit de rétractation (1) mais aussi sur le contentieux contractuel (2).

1. L'information sur le droit de rétractation

132. "Nul n'est censé ignoré la loi". Cette maxime qui est opposée à quiconque veut invoquer son ignorance de la loi pour espérer s'affranchir de son application semble ne produire ses effets, en l'occurrence, que dans un sens. Seul le professionnel est tenu de connaître le droit de la consommation et partant des obligations que celui-ci met à sa charge dans l'unique but de protéger le consommateur. Il en résulte que le professionnel électronique est débiteur d'une obligation d'information du consommateur relativement

²⁸⁶ C. consom, art. 221-5, 3°.

²⁸⁷ C. consom, art. 221-5, 4°.

²⁸⁸ C. consom, art. 221-5, 5°.

²⁸⁹ C. consom, art. 221-5, 6°.

à son droit de repentir. Il convient d'exposer le contenu de cette obligation d'information et les modalités de son exécution.

133. Le contenu de l'obligation d'information. L'information du consommateur est une condition essentielle à l'effectivité de son droit de rétractation. C'est pourquoi, le droit de la consommation impose au professionnel électronique d'informer le consommateur non seulement de l'existence ou non du droit de rétractation et, le cas échéant, de l'étendue et des modalités d'exercice de ce droit. En présence d'un cas d'exception ou d'exclusion du droit de rétractation, le consommateur doit en être informé. Le professionnel est alors tenu d'aviser le consommateur de ce qu'il bénéficiera du droit de rétractation ou porter à la connaissance de celui-ci, les circonstances dans lesquelles il perdra son droit de rétractation²⁹⁰. Si par contre, le droit de rétractation existe, le professionnel électronique est tenu de fournir au consommateur les conditions, délai et modalités de son exercice tout en rendant disponible le formulaire type de rétractation²⁹¹. Par ailleurs, le professionnel est tenu d'informer le consommateur sur le fait qu'il serait débiteur non seulement des frais de renvoi du bien en cas d'exercice de son droit de rétractation mais aussi des frais en compensation de la prestation reçue lorsqu'il exercera son droit de rétractation d'un contrat de prestation de service dont il a demandé expressément l'exécution avant la fin du délai de rétractation. Enfin, toute information sur les suites attachées à l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation doit être fournie par le professionnel à celui-ci.

134. L'obligation d'information sur les modalités d'exercice du droit de rétractation. En ce qui concerne les modalités d'exercice du

²⁹⁰ Dir. n°2011/83/UE, art. 6, k) ; C. consom, art. L. 221-5, 5).

²⁹¹ Dir. n°2011/83/UE, art. 6.

droit de rétractation, l'obligation d'information du professionnel consiste à fournir au consommateur toutes les informations utiles à la bonne mise en œuvre de son droit. Ces informations peuvent être relatives notamment aux précautions à prendre pour télécharger le formulaire de rétractation, le remplir et le renvoyer, aux coordonnées auxquelles le consommateur devra renvoyer le bien, aux modes de transmission de la rétractation (lettre, télécopie ou mail électronique). Ces informations doivent se suffire à elles-mêmes pour permettre au consommateur d'exercer son droit de rétractation.

2. L'information sur le contentieux contractuel

135. Au titre de l'obligation générale d'information précontractuelle, il est seulement requis du professionnel qu'il informe le consommateur de la possibilité ou non de recourir à la médiation comme mode de règlement de litige. Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et donc à distance, le législateur renforce l'obligation d'information précontractuelle relative au contentieux contractuel en y incluant les modalités de résiliation, les modes de règlement des litiges.

136. Le contrat électronique peut être un contrat à exécution instantanée ou successive. Lorsqu'il est à exécution successive, il demeure, qu'il ne peut être un engagement perpétuel dans la mesure où en pareil cas, le droit commun admet la possibilité qu'un tel contrat conclu puisse être résilié. A ce titre, le droit de la consommation exige du professionnel électronique notamment qu'il précise avant la conclusion du contrat, les modes de résiliation qui sont admis. Il s'agit là d'une exigence de transparence et de sécurité juridique pour le consommateur. Il en va de même pour l'information sur les modes de règlement des litiges.

137. La connaissance des outils de gestion des litiges pouvant découler du contrat est assez capitale surtout dans l'environnement électronique qui a une vocation essentiellement internationale. C'est pourquoi, obligation est faite au professionnel électronique de communiquer au consommateur, avant la conclusion du contrat, les informations relatives aux modes de règlements des litiges. Concrètement, ces informations sont relatives aux procédures internes de gestion des réclamations, l'existence ou non des procédures extrajudiciaires de litiges et les recours juridictionnels étatiques.

SECTION 3 : Les caractères de l'information précontractuelle d'information

138. « Le rééquilibrage contractuel »²⁹² est le fondement de l'obligation d'information que le droit de la consommation met à la charge du professionnel. Ce dernier, en partie avisée, doit mettre le profane qu'est le consommateur à son niveau de connaissance. Dans le contexte électronique, le droit de la consommation a exigé que soient fournies au consommateur non seulement les informations qui lui permettent de savoir qu'il est sur le point de se lier juridiquement par un contrat mais aussi celles qui lui assurent une connaissance du contenu du contrat avant qu'il ne donne son consentement. Pour remplir cette mission d'éclairage du consentement du consommateur, la loi pour la confiance dans l'économie numérique impose au professionnel, de rendre l'information accessible (§1). Si cette exigence est remplie, il faut encore que l'information soit lisible et compréhensible pour le consommateur (§2).

²⁹² Civ., 30 sept. 2015, no 14-11761, ECLI:FR:CCASS:2015:C101025, M. X c/ Sté AQUADOUCE, PB, Gaz. Pal. 12 avril 2016, n°14, p.26, obs. Stéphane PIEDELIEVRE.

§1. L'accessibilité à l'information précontractuelle

139. Le professionnel électronique 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 à l'information (1) en utilisant un standard ouvert (2).

1. Les caractères facile et permanent de l'accès à l'information

140. Outre les exigences sur le contenu de l'information, le législateur a voulu que l'information soit facilement et effectivement accessible à ses destinataires. Dans le contexte électronique, la sécurité juridique des échanges commande que l'information obligatoirement fournie rompt avec le caractère évanescence qui caractérise les données numériques sur internet. Ces informations en plus du fait qu'elles doivent être pérennes, doivent être présentées de sorte à permettre au consommateur d'y avoir un accès direct et permanent.

141. Ainsi, l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique reprenant fidèlement l'article 5 de la directive sur le commerce électronique exige que les mentions relatives aux données d'identification du professionnel du commerce électronique et de son activité soient pour les destinataires d'"un accès facile, direct et permanent". Pour satisfaire cette exigence, il est loisible au professionnel de porter ces informations en en-tête ou au bas de chaque page de son site web ou d'utiliser une icône ou un logo bien visible sur chacune des pages assorti d'un lien vers une page

contenant toutes les informations requises²⁹³. Dans ce sens et en ce qui concerne l'accessibilité aux conditions générales d'un contrat de vente, la Cour de Justice de l'Union européenne, a estimé que la technique d'acceptation par «clic», qui permet d'accéder à ces conditions générales figurant sur un site internet en cliquant sur un lien hypertexte qui ouvre une fenêtre constitue une transmission par voie électronique permettant de consigner durablement cette convention, « lorsque cette technique rend possible l'impression et la sauvegarde du texte de celles-ci avant la conclusion du contrat »²⁹⁴. Quoiqu'il en soit, le législateur exige pour ce faire l'utilisation d'un standard ouvert.

2. L'utilisation d'un standard ouvert

142. Le professionnel électronique doit mettre les informations à disposition au moyen d'un « standard ouvert ». Le législateur définit le « standard ouvert » comme « *tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre* »²⁹⁵. Autrement dit, l'accès aux informations ne doit pas être subordonné à l'utilisation d'un logiciel spécifique. Il doit s'agir d'un « format de données interopérable » c'est-

²⁹³ Olivier CACHARD, « Le contrat électronique dans la Loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004, p.314 ; Djamil MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, *op. cit.*, p.177, n°239.

²⁹⁴ CJUE 21 mai 2015, aff. C-322/14, Jouad El Madjdoub ; D., 2015. 1279 ; D., 2015. 2031, obs. Louis D'AVOUT et Sylvain BOLLEE ; D., 2016. 1045, obs. Hélène GAUDEMEL-TALLON et Fabienne JAULT-SESEKE ; RTD com., 2015. 777, obs. Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST; V. également Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'internet, 8^{ème} éd. Dalloz, 2020-2021, n°221-13.

²⁹⁵ LCEN art. 4.

à-dire qui peut être lu par les logiciels ordinairement installés sur un ordinateur personnel²⁹⁶ ou sur un smartphone.

143. L'objectif poursuivi par l'exigence du standard ouvert est d'éviter que les internautes ne soient obligés de recourir à des logiciels spécifiques pour avoir accès aux informations. Une telle situation aurait pour conséquence d'entamer l'efficacité du dispositif légal de protection du consommateur²⁹⁷.

§2. *L'exigence de lisibilité et de compréhensibilité*

144. La lisibilité et la compréhensibilité d'une norme²⁹⁸ reposent, selon Montesquieu, sur les principes de concision, de simplicité et de précision. A cette fin, il soulignait que « le style doit en être concis »²⁹⁹ ; « le style des lois doit être simple ; l'expression directe s'entend toujours mieux que l'expression réfléchie »³⁰⁰ et enfin, « il est essentiel que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées »³⁰¹. Dans le même sens, le Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne prévoit en effet que « la rédaction d'un acte juridique doit être :

²⁹⁶ Olivier CACHARD, « Le contrat électronique dans la Loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004, p.314.

²⁹⁷ Djamila MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, *op. cit.*, p.179, n°242.

²⁹⁸ V. Jean-Claude GEMAR, « Analyse jurilinguistique des concepts de « lisibilité » et d'« intelligibilité » de la loi », Revue générale de droit, vol. 48, n°2, 2018, pp.299-336, disponible à <https://doi.org/10.7202/1058624ar>, consulté le 09 mars 2020.

²⁹⁹ Charles de Seconda de Montesquieu, De l'esprit des lois, Livre vingt-neuvième, ch XVI, Choses à observer dans la composition des lois, Paris, Gallimard, 1995, p.384.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

- claire, facile à comprendre, sans équivoque ;
- simple, concise, dépourvue d'éléments superflus ;
- précise, ne laissant pas d'indécision dans l'esprit du lecteur »³⁰².

145. Ces exigences ont été transposées par le droit de la consommation dans la relation professionnel-consommateur. En effet, la finalité de l'obligation d'information précontractuelle qui pèse sur le professionnel est claire : en réduisant l'asymétrie informationnelle dont le consommateur est supposé souffrir lorsqu'il s'engage à distance et par voie électronique, elle lui garantit logiquement un consentement informé et réfléchi³⁰³. Pour que l'information précontractuelle puisse jouer efficacement ce rôle de catalyseur de la qualité du consentement du consommateur, le droit de la consommation a assorti son dispositif d'exigences de transparence et de loyauté. En effet, l'information doit être fournie non seulement de manière lisible (1) mais aussi compréhensible (2)³⁰⁴.

1. Le caractère lisible de l'information précontractuelle

146. Ce choix terminologique opéré lors de la transposition par la loi Hamon de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 a fait l'objet de vifs débats en commission³⁰⁵ au motif que d'une part, l'exigence de

³⁰² Guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs de l'Union européenne, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2015, p.10.

³⁰³ Hervé JACQUEMIN- Contrats en ligne et protection du consommateur numérique, *op. cit.*, pp.805-809.

³⁰⁴ C. consom. art. L. 221-11.

³⁰⁵ Rapport n° 1156 de M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi n° 1015 « Loi 2014-344 du 17 mars 2014 dite « Loi Hamon », p.115, disponible à <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1156.pdf>, consulté le 18 avril 2020.

lisibilité excède les prévisions de la directive dont l'article 5 ne visait que des informations fournies « de manière claire et compréhensible »³⁰⁶ et d'autre part, la lisibilité est assez réductrice dans la mesure où elle ne s'applique qu'à un support écrit.

147. La lisibilité renvoie à la présentation extérieure de l'information précontractuelle transmise, laquelle doit être claire pour le consommateur³⁰⁷. Pour mieux appréhender la lisibilité de l'information précontractuelle, il convient de s'appuyer sur les critères posés dans des réglementations spécifiques, ayant trait à la lisibilité des clauses des contrats. En effet, l'un des premiers critères retenus est la taille de la police. A ce propos et en ce qui concerne les contrats de déménagement, garde meubles et stockage en libre-service, la Commission des clauses abusives a recommandé que « le contrat soit présenté de façon lisible et, notamment, avec des caractères qui ne soient pas inférieurs au corps 8 »³⁰⁸. La lisibilité interdit donc au professionnel de recourir à une information rédigée en caractères minuscules³⁰⁹.

148. Aussi, la lisibilité de l'information précontractuelle peut exiger la réunion d'un ensemble d'éléments tels que la police, l'impression sur un support papier ou la présentation sur l'écran et son accessibilité. La Commission des clauses abusives a considéré que « les conditions générales d'utilisation de certains contrats de fourniture de réseautage

³⁰⁶ L'expression était déjà utilisée dans l'article L. 133-2 au sujet des clauses des contrats de consommation.

³⁰⁷ Philippe SCHULTZ, « *Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général* », *op. cit.*

³⁰⁸ Recommandation Commission des clauses abusives n°16-01, 24 mars 2016, relative aux contrats de déménagement, garde meubles et stockage en libre-service, pt 1, disponible sur <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/recommandation-n-16-01-contrats-de-demenagement-garde-meubles-et-stockage-en-libre-service/>, consultée le 06 août 2020.

³⁰⁹ Des décisions antérieures exigeaient déjà une telle lisibilité (CA Colmar, 14 mars 2007 : Juris-Data n° 2007-336207).

social sont difficilement lisibles à l'écran comme sur papier après impression desdites conditions générales en raison de la charte graphique de l'interface du réseau social ; que ces clauses ne sont pas conformes au 1^{er} alinéa de l'article L. 133-2 du Code de la consommation qui dispose que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible »³¹⁰ ; que ce procédé, en ne permettant pas un accès effectif au contenu du contrat, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel »³¹¹.

149. Enfin, l'exigence de lisibilité qui postule l'écrit comme support de communication au consommateur des informations précontractuelles, interdit au professionnel le recours à un autre mode de communication notamment audiovisuel³¹².

150. Il ne suffit pas que les informations précontractuelles soient lisibles, encore faut-il qu'elles soient compréhensibles pour permettre au consommateur de donner son consentement en toute connaissance de cause.

³¹⁰ Actuel art. 211-1 du C. consom.

³¹¹ Recommandation Commission des clauses abusives n°14-02, 7 nov. 2014, relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux, consid. 1, disponible sur <http://www.clauses-abusives.fr/recommandation/contrats-de-fourniture-de-services-de-reseaux-sociaux-nouveau/>, consultée le 06 août 2020.

³¹² Philippe SCHULTZ, « *Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général* », op. cit.

2. Le caractère compréhensible de l'information précontractuelle

151. L'information précontractuelle doit en plus de sa lisibilité être compréhensible pour être conforme au droit de la consommation. La notion d'information compréhensible renvoie à la question de la langue et à l'intelligibilité du message donné.

152. D'abord, il est un impératif pour la compréhension de l'information que le professionnel donne ou décrit les caractéristiques essentielles du bien ou du service dans une langue qu'il maîtrise suffisamment pour en saisir tout le sens. Autrement dit, le professionnel électronique doit utiliser la langue qui est facilement comprise par le consommateur³¹³ afin de permettre à ce dernier d'être en mesure de pouvoir prendre connaissance et de comprendre les informations précontractuelles. Ainsi, lorsque le professionnel électronique aura décidé de diriger son activité sur le territoire français, la protection du consommateur commande que celui-ci doit faire du français la langue du consommateur et donc du contrat comme l'exige l'article 2 de la loi Toubon.

153. La connaissance de la langue est aussi fonction de degré. L'information précontractuelle étant conçue pour s'adresser aux consommateurs qui sont des profanes, elle doit s'exprimer dans un langage simple, accessible et précis. Il est certes évident qu'il peut y avoir une contradiction entre les exigences de simplicité et de précision de l'information. Souvent sa simplification se fait au détriment de sa précision et inversement. Mais, il convient de trouver, en pratique, un point d'équilibre pour que l'information précontractuelle soit aussi

³¹³ Kawtar TOUIJER, « Diversité linguistique et protection des consommateurs », Rev. Aff. Eur., 2016/3, p.388.

précise que possible tout en restant suffisamment facile à comprendre par le consommateur. C'est à ce prix que la garantie des droits du consommateur que poursuit l'information des consommateurs sera effective. Et pour y contribuer, un système de sanction a été mis en place.

SECTION 4 : La sanction des manquements à l'obligation d'information précontractuelle

154. Le législateur français a consacré le caractère d'ordre public du chapitre relatif à l'obligation générale d'information précontractuelle³¹⁴. Cette position de la législation interne est en parfaite adéquation avec la directive 2011/83/UE qui a rappelé le caractère impératif de ses dispositions en spécifiant que les dispositions nationales la transposant devrait l'être également³¹⁵. Il s'agit alors d'un ordre public de protection car le but poursuivi est de soigner les intérêts du consommateur. La charge de la preuve de la bonne exécution de l'obligation d'information précontractuelle incombe au débiteur de cette obligation qui est le professionnel³¹⁶. Toutefois, cet exercice ne va pas jusqu'à imposer au professionnel d'établir que le consommateur a bien pris connaissance de ces informations avant de contracter³¹⁷. Néanmoins, en cas de manquement constaté du professionnel à son obligation d'information précontractuelle, il encourt sanction.

³¹⁴ Art. 111-8 du C. Consom.

³¹⁵ Art. 25 de la Dir. 2011/83/UE.

³¹⁶ Art. 111-5 du C. consom.

³¹⁷ Philippe SCHULTZ, « *Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général* », op. cit.

155. En la matière, la directive 2011/83/UE a laissé la latitude aux États membres dans le choix des sanctions pourvu qu'elles soient « *effectives, proportionnées et dissuasives* »³¹⁸. Le Code de la consommation, n'a consacré formellement que la sanction administrative (§1). Toutefois, il ressort que cette intrusion de la personne publique dans le droit des contrats ne prive pas le consommateur, du droit d'invoquer la réparation du préjudice individuel subi du fait du manquement à l'obligation d'information précontractuelle (§2).

§1. La sanction administrative

156. L'existence d'une sanction susceptible d'être prononcée en cas de violation d'une norme constitue un moyen qui permet d'atteindre les objectifs poursuivis par cette norme³¹⁹. Dans leur rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi n°1015, M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, ont pertinemment relevé que « *force est de constater que l'effectivité des textes passe bien souvent par le développement de sanctions, la dissuasion ne suffisant pas, dans bien des cas, à modifier les comportements et à faire respecter la loi* »³²⁰. En l'occurrence, l'objectif étant de protéger le consommateur, le législateur a fait le choix de réprimer la violation de

³¹⁸ Dir. n° 2011/83/UE, 25 oct. 2011, art. 24. 1.

³¹⁹ Hervé JACQUEMIN, Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, *op.cit.*, n°1, p.38.

³²⁰ *Rapport n° 1156 de M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, op. cit. ; V. dans ce sens Dominique FENOUILLET, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre Incertaine », RDC, 01 oct. 2004, n°4, p.955.* Elle précise, en effet, que « l'efficacité et l'effectivité d'une règle de droit » dépendent étroitement des sanctions prévues pour assurer leur respect.

l’obligation générale d’information précontractuelle par une sanction administrative prononcée au terme d’une procédure contradictoire.

1. Le choix et le quantum de la sanction administrative

157. Instituée par la loi Hamon, pour sanctionner le non-respect de l’obligation d’information précontractuelle, cet outil répressif offert à l’administration vise à rendre effectif les droits contractuels du consommateur³²¹. En effet, nul n’ignore la lenteur qui caractérise le plus souvent la procédure pénale. Or la sanction administrative permet d’apporter une réponse rapide et dissuasive aux manquements par le professionnel de ses obligations précontractuelles. Son choix par le législateur procède d’une quête de plus d’efficacité dans la protection du consommateur. Il en résulte que « ce n’est pas en fonction du comportement, et donc de l’atteinte à une valeur sociale protégée précise, que le comportement fera l’objet d’une sanction administrative [...] mais en fonction de l’objectif recherché »³²² qui est d’assurer une protection collective indépendamment de toute plainte du consommateur³²³. Elle est dès lors une sanction objective entre les mains de l’administration pour la défense du seul intérêt général³²⁴.

158. Le législateur impose d’opérer une distinction dans la détermination du *quantum* de l’amende administrative suivant que le professionnel en cause est une personne physique ou une personne

³²¹ Philippe SCHULTZ, « *Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général* », *op. cit.*

³²² Fleur GRAZIANI, La protection pénale du consommateur, *op. cit.*, p.241.

³²³ Sabine BERNHEIM-DESVAUX et Natacha SAUPHANOR- BROUILLAUD, « *Pas de nullité sans texte ? L’exemple de l’obligation générale d’information précontractuelle du droit de la consommation* », RDC, 2018 n°01, p.122.

³²⁴ Marie MALAURIE-VIGNAL, « *Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative ?* », Contrats, conc. consom. 2017, repère 10.

morale. Au sens de l'article L. 242-10 du Code de la consommation, tout manquement aux obligations d'information précontractuelle, aux modalités d'information sur le prix et les modalités de son calcul et sur les conditions de la vente est « *possible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale* »³²⁵. Le prononcé d'une telle amende est encadré par les exigences du contradictoire.

2. *Le caractère contradictoire de la procédure de sanction*

159. Les manquements sont constatés et poursuivis par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Le délai d'action de l'administration pour la sanction des manquements sus exposés est d'une année révolue à compter du jour où le manquement a été commis si, dans ce délai, il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de ce manquement³²⁶. Avant toute décision, la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes informe par écrit la personne mise en cause de la sanction envisagée à son encontre, en lui indiquant qu'elle peut se faire assister par le conseil de son choix et en l'invitant à présenter, dans un délai de soixante jours ses observations écrites et, le cas échéant, ses observations orales. A l'expiration de ce délai, elle peut, par décision motivée, prononcer l'amende.

³²⁵ C. consom., art. L.131-1, L.131-5 et L.131-6.

³²⁶ Art. L. 522-3 du C. consom.

160. La sanction prononcée par l'administration peut en outre donner lieu à une publication aux frais du professionnel sanctionné. Dans ce cas, le professionnel en est informé préalablement lors de la procédure contradictoire, de la nature et des modalités de la publicité envisagée³²⁷.

161. A la sanction administrative doit s'ajouter une sanction subjective, à l'initiative du consommateur en vue de protéger son intérêt individuel. La détermination de cette dernière sanction doit intégrer la prise en compte de l'impact de la violation de la règle de protection.

§2. Les sanctions civiles du manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle

162. Le Code de la consommation en prévoyant la sanction administrative n'a fait aucun renvoi aux sanctions civiles qui peuvent, le cas échéant, être invoquées par le créancier de l'obligation générale ou spécifiques d'informations précontractuelles. Or la sanction administrative ne profite pas directement au consommateur³²⁸. Toutefois, le silence du droit de la consommation ne signifie pas que la méconnaissance du formalisme informatif en droit de la consommation souffre d'une impunité civile³²⁹. Bien au contraire, le fait que le législateur ait prévu des techniques spécifiques de protection du consentement du consommateur ne signifie

³²⁷ Art. 522-6 du C. consom.

³²⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 », *op. cit.*

³²⁹ C. cass. 1^{ère} ch. civ., déc. 2004, n°01-11823 11823, M. X contre Société Elmo, Bull. 2004 I n° 303 p. 253, LPA 07 sept. 2005 n°178, p.16, note Éric BAZIN.

pas que ce dernier soit écarté de la protection de droit commun³³⁰. La sanction en droit commun varie suivant qu'il y a eu ou non conclusion du contrat.

1. La responsabilité précontractuelle en cas de non conclusion du contrat

163. En l'absence de tout contrat, le manquement du professionnel à son obligation générale d'informations précontractuelles ne peut donner lieu qu'à une responsabilité civile extracontractuelle. Pour le succès d'une telle action, le consommateur doit rapporter non seulement la preuve de son préjudice mais aussi celle du lien de causalité, étant entendu que le droit de la consommation met à la charge du professionnel, la preuve du respect de son obligation d'informations précontractuelles³³¹.

164. S'agissant du préjudice, il peut être matériel ou rarement moral. Le plus souvent, le préjudice matériel réside soit dans les dépenses engagées pour la négociation soit dans la perte de temps. Qu'en est-il de la perte de chance ? Pour que le consommateur invoque avec succès la perte de la chance, il faut que celle-ci consiste dans le fait que le manquement du professionnel à son obligation a empêché le consommateur soit de conclure le contrat envisagé avec le même professionnel ou avec un autre professionnel à des conditions plus avantageuses, soit même d'autres contrats qui auraient pu être conclus avec des tiers. Telle est la position de la Cour cassation qui a, en effet, statué que « les conséquences d'un manquement à un devoir d'information et de conseil ne peuvent s'analyser qu'en une perte de chance dès lors qu'il n'est pas certain que mieux

³³⁰Jacques MESTRE, « L'invocation d'un vice du consentement reste en principe possible malgré l'existence d'un dispositif spécial de protection du consentement », RTD. Civ., 1995, p.97.

³³¹ C. consom., art. L.111-5 et L. 221-7.

informé, le créancier de l'obligation d'information se serait trouvé dans une situation différente et plus avantageuse, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si mieux informés les époux Z... auraient renoncé à acquérir le bien litigieux ou l'auraient acquis à des conditions plus avantageuses, n'a pas donné de base légale à sa décision »³³².

165. Pour en obtenir réparation, le consommateur devra, en plus de son préjudice, rapporter la preuve d'un lien direct de causalité entre son dommage et le manquement du professionnel à son obligation d'information. Par ailleurs, il importe d'appréhender, en cas de conclusion, la sanction encourue par le professionnel pour manquement à son obligation d'information précontractuelle.

2. La responsabilité précontractuelle en cas de conclusion du contrat

166. Peut-on tirer conséquence du caractère d'ordre public de l'obligation générale des informations précontractuelles³³³, pour soutenir que la nullité doit être considérée comme la sanction naturelle de la violation par le professionnel de son obligation générale d'informations précontractuelles ? Ou doit-on admettre que cette sanction peut inclure le maintien du contrat ? Telles sont les questions qui ne font l'objet d'unanimité lorsque, malgré le manquement du professionnel à son obligation d'information précontractuelle, le contrat a été conclu.

167. Pour certains auteurs, lorsque consécutivement en l'absence de certaines informations obligatoires, le consentement du consommateur

³³² Cass. 1^{ère} ch. civ., 20 mars 2013, n°12-14711, inédit, disponible à <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027211913>, consulté le 19/03/2020.

³³³ Art. 111-8 du C. consom.

ne l'a pas été en toute connaissance de cause, il serait logique d'annuler le contrat dans la mesure où, dûment informé, il ne se serait pas engagé. Il doit en être ainsi que la nullité soit expressément prévue par la loi ou qu'elle ne repose sur aucun texte³³⁴. Ainsi envisagée, la nullité ne peut être prononcée qu'en présence d'un vice de consentement et au constat de ce dernier, la sanction qui s'impose est la nullité. Cette position a été critiquée en ce sens qu'en exigeant la preuve d'un vice de consentement comme condition de la nullité, on vide la règle du droit de la consommation de toute substance et tout intérêt par rapport au droit commun³³⁵. C'est pourquoi, d'autres auteurs ont estimé que la nullité s'applique en matière de « lois impératives »³³⁶. Dans cette optique, la seule constatation d'un manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle suffit pour retenir la nullité dans la mesure où toutes les dispositions du chapitre premier du Code de la consommation les contenant sont d'ordre public. Pour un dernier groupe, par contre, la nullité se

³³⁴ Hervé JACQUEMIN, Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, *op.cit.*, n°1, p.39.

³³⁵ Sabine BERNHEIM-DESVAUX et Natacha SAUPHANOR- BROUILLAUD, « Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation », *op. cit.*, note 29 : « Gilles PAISANT, Défense et illustration du droit de la consommation, 2015, LexisNexis, n°86 : « *À quoi sert-il de présumer le consommateur ignorant pour, finalement, l'obliger, pour se dégager du contrat conclu en l'absence de toutes les informations dont il était créancier, à rapporter la preuve de ce que ce défaut a vicié son consentement ? Non sans contradiction, le consommateur apparaît ainsi en même temps présumé ignorant en tant que créancier d'obligations d'information déterminées, et présumé avoir la connaissance effective des informations non communiquées dans les formes requises, sauf à lui rapporter la preuve d'une erreur ou d'un dol. Le formalisme prévu par la loi pour la communication des informations énoncées est destiné à garantir la bonne expression du consentement du consommateur ; sa seule inobservation devrait suffire pour considérer que ce consentement n'a pas pu être valablement exprimé* » ; Mustapha MEKKI, « *L'information en droit privé. Réflexions critiques sur le dogme de la transparence* », in Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et Yoichi ITO (dir.), *L'information*, 8es journées juridiques franco-japonaises 26-27 sept. 2011, vol. 11, Société de Législation Comparée, *Droits étrangers*, p.139 et s., spéc. p.195 : « *À défaut d'information, la nullité du contrat ne sera prononcée que s'il est établi l'existence d'un vice du consentement ! Mais alors pourquoi avoir posé des règles de forme supplémentaires si aucun avantage n'existe pas rapport au droit commun ?* » »

³³⁶ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE et Mali DEPINCE, *Précis : Droit de la consommation*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz 2020, n°57.

justifie, non pas en raison du caractère d'ordre public de l'obligation générale précontractuelle d'information³³⁷ mais en raison de la qualification de cette obligation³³⁸. En effet, l'article 5 de la directive 2011/83/UE dont découle l'article 111-1 du Code de la consommation a élevé au rang d'une des conditions de formation du contrat de consommation, l'obligation générale d'information précontractuelle. « Érigée au rang de condition autonome de formation du contrat, l'obligation générale d'information précontractuelle justifie, en cas d'inobservation, la mise en œuvre d'une nullité virtuelle du contrat de consommation sans qu'il soit nécessaire pour le consommateur de prouver que ce défaut a vicié son consentement »³³⁹. Cependant, le principe d'une nullité virtuelle qui peut être prononcée indépendamment des vices du consentement, ne doit pas rimer avec une sanction automatique, toute chose qui dévoierait le but poursuivi par l'ordre public de protection qu'incarne le droit de la consommation. Le principe de nullité encourue pour manquement du professionnel à son obligation générale d'information précontractuelle doit être manœuvré avec parcimonie par le juge pour tenir compte non seulement des caractères de la sanction tels qu'indiqués par la Directive 2011/83/UE mais aussi de l'intérêt du consommateur.

168. Au sens de la directive 2011/83/UE, les sanctions que les Etats membres doivent choisir pour réprimer la violation de l'obligation générale d'information précontractuelle doivent être « effectives,

³³⁷ Carole OUERDANE-DE VINCELLES, Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, vol. 19, 2002, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, n°234. Pour elle, « le caractère d'ordre public [d'une disposition] ne justifie en rien le recours à la nullité du contrat (...) car il ne fait que renseigner sur le domaine de cette disposition et son caractère impératif ».

³³⁸ Sabine BERNHEIM-DESVAUX et Natacha SAUPHANOR- BROUILLAUD, « *Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation* », *op. cit.*, n°8.

³³⁹ Idem, n°9.

proportionnées et dissuasives ».³⁴⁰ C'est aussi la position de la Cour de Justice de l'Union européenne. En effet, elle a, dans l'arrêt Eva Martin c/ EDP Editores SL, jugé que « *la directive confère aux États membres la responsabilité de régler les effets d'une méconnaissance de l'obligation d'information* ». A cette fin, les autorités nationales disposent d'une « *marge d'appréciation quant à la détermination des conséquences à tirer d'un défaut d'information, pour autant que celle-ci soit exercée en conformité avec l'objectif de la directive afin de sauvegarder la protection reconnue aux consommateurs dans des conditions adéquates par rapport aux circonstances propres de l'espèce* »³⁴¹. A cette fin, la Cour a précisé que la « *juridiction nationale saisie pourrait également devoir tenir compte, dans certaines circonstances, de la volonté du consommateur à ne pas voir annuler le contrat en cause* »³⁴². Autrement dit, la nullité du contrat ne doit être prononcée que si elle se révèle être la sanction efficace et appropriée compte tenu des impératifs de protection des intérêts du consommateur³⁴³. Cette position de la Cour de justice de l'Union européenne rejoint celle de la doctrine qui a toujours considéré que dans le silence de la loi, la nullité virtuelle ne mérite d'être prononcée que si elle constitue la sanction la plus efficace de la règle transgessée et doit être écartée dans le cas contraire³⁴⁴.

169. Au total, la sanction de l'obligation générale d'information précontractuelle doit être en adéquation avec le niveau de gravité de la

³⁴⁰ Art. 24. 1 de la Dir. n° 2011/83/UE.

³⁴¹ CJUE, 17 déc. 2009, n° C-227/08, Eva Martín c/ EDP Editores SL, pts 30 à 32, disponible à <https://wwwdoctrine.fr/d/CJUE/2009/CJUE62008CJ0227>, consulté le 19 mars 2020.

³⁴² CJUE, 17 déc. 2009, n° C-227/08, Eva Martín c/ EDP Editores SL, pt. 35.

³⁴³ CJUE, 17 déc. 2009, n° C-227/08, Eva Martín c/ EDP Editores SL, pt. 40.

³⁴⁴ Jacques GHESTIN, Grégoire LOISEAU, Yves-Marie SERINET et (sous la dir. de Jacques GHESTIN), La formation du contrat, tome I : Le contrat – Le consentement, 4e éd., 2013, LGDJ, Traité de droit civil, nos 235 et s.

violation et aussi, s'il y a lieu, tenir compte de la volonté particulière du consommateur. A ce titre, lorsque le consommateur quoiqu'insuffisamment informé notamment sur les caractéristiques essentielles d'un bien, souhaite le maintien du contrat tout en demandant des dommages et intérêts pour le préjudice subi, le prononcé de la nullité au mépris de la volonté du consommateur serait une sanction disproportionnée. Par contre, la nullité serait une sanction utile et proportionnée, lorsque le consommateur n'a aucun intérêt à conserver le bien objet du contrat sur lequel il a été mal informé.

CONCLUSION DU CHAPITRE

170. D'origine jurisprudentielle, l'obligation d'information précontractuelle imposée par le droit de la consommation est la manifestation éclatante du devoir imposé au professionnel de sortir de son intérêt strictement personnel pour contribuer à celui de son partenaire qu'est le consommateur³⁴⁵. Son renforcement dans le contexte électronique de conclusion des contrats à distance était nécessaire pour résorber l'asymétrie informationnelle du consommateur dans un univers technique caractérisé par l'immatérialité³⁴⁶. L'information du consommateur dans le contexte électronique remplit un double but : stimuler sa confiance dans l'économie numérique et surtout renforcer la protection de ses intérêts économiques en veillant à la liberté et à l'intégrité de son consentement. Pour qu'il en soit ainsi, le droit de la consommation a imposé que l'information soit donnée de manière lisible et compréhensible avant que le consommateur ne soit lié par le contrat.

171. Du point de vue de son contenu, l'information du consommateur surtout dans l'environnement électronique semble partir d'une simple obligation de renseignement à une obligation de conseil. Le professionnel tenu d'informer le consommateur sur les caractéristiques du bien ou du service, ses conditions d'utilisation et ses précautions d'emploi, s'acquitte d'une obligation de renseignement. Lorsqu'il prévient le consommateur des risques encourus dans l'utilisation d'un bien acquis, il exécute une obligation de mise en

³⁴⁵ Marie RAKOTOVAHINY, « L'information des contractants », *op. cit.*, p.72 ; Moussa ZIO, « *L'information des consommateurs* », LPA, 30 avril 2019, n°086, p.80 ; Djamilia MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, *op. cit.*, n°163, p.116.

³⁴⁶ Serge KABLAN et Arthur OULAÏ, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », *op. cit.*, p.667.

garde. Tel est le cas lorsque le professionnel informe le consommateur sur le fait qu'il supportera les frais pour le retour du bien en cas de rétractation ou encore sur son obligation de payer des frais lorsqu'il exercera son droit de rétractation postérieurement à l'entame, avec son consentement exprès, de l'exécution d'un contrat de prestation de services. Enfin, l'obligation d'information précontractuelle du professionnel est une véritable obligation de conseil lorsqu'elle impose au professionnel de prendre position sur les demandes du consommateur pour lui suggérer la solution la plus appropriée³⁴⁷.

³⁴⁷ Contra : Cass. 1^{ère} ch. civ., 30 sept. 2015, n°14-11761 11761, ECLI:FR:CCASS:2015:C101025, M. X c/ Sté Aquadouce service, FS-PB, Gaz-Pal, 05 janv. 2016, n°01, p.34, Obs. Dimitri HOUTCIEF, « L'obligation d'information du vendeur professionnel à l'égard du consommateur n'est pas une obligation de conseil »,. Il précise en effet, que « l'article L. 111-1 du Code de la consommation n'impose qu'une simple obligation d'information, non une obligation de conseil ou de mise en garde ». Ainsi entendue, l'obligation d'information n'imposerait pas au professionnel de suggérer au consommateur ce qu'il sera bienséant pour lui d'en faire ni ne le contraint à informer celui-ci des risques ou désavantages de la prestation fournie.

CONCLUSION DU TITRE I

172. L'encadrement de la phase précontractuelle du contrat électronique a justifié la mise en place des dispositifs dont la finalité est de créer les conditions d'un consentement libre et éclairé du consommateur au moment de la conclusion du contrat.

173. Premièrement au titre de la liberté du consentement du consommateur, le droit de la consommation a d'une part encadré la publicité par voie électronique en posant les critères quant à son contenu tout en déclinant les modalités de sa diffusion. Le législateur français a consacré le principe de l'interdiction de la prospection directe même s'il l'assortit d'exceptions. Les facilités qu'offre internet ont engendré de nouveaux acteurs qui font office d'intermédiaires dans le développement fulgurant des transactions en ligne. Il s'agit des opérateurs de plateforme des services d'intermédiation dans la conclusion du contrat électronique et des opérateurs de plateforme de publication en ligne des avis des consommateurs. Pour préserver la liberté du consentement des consommateurs face aux activités de ces opérateurs, le droit de la consommation leur a imposé une obligation de loyauté.

174. Deuxièmement en ce qui concerne les conditions d'un consentement éclairé du consommateur, elles portent essentiellement sur l'information précontractuelle qui a été renforcée pour tenir compte des particularités du contexte électronique et de la distance qui caractérisent la conclusion des contrats électroniques. En effet, ces informations sont utiles dans la mesure où il n'est pas loisible au consommateur de toucher ou d'essayer le bien ou le service dans le

contexte électronique. Aussi, le professionnel a été constitué débiteur de la fourniture de diverses informations portant notamment sur son identification et son activité, sur la fourniture des caractéristiques essentielles des biens ou des services, les modalités d'exécution, de règlement des litiges.

175. Le droit de la consommation en vue d'assurer l'effectivité des obligations précontractuelles de transparence, de loyauté et d'information a pris le soin d'aménager un système de sanction. Selon le manquement en cause, la sanction est soit purement administrative, soit pénale et ou civile.

176. Ces outils ou mécanismes de vérification du respect par les professionnels électroniques de leurs obligations contribuent de par leur existence à une sorte d'autodiscipline de ceux-ci surtout dans l'environnement électronique où l'information bonne ou mauvaise se diffuse et se répand à grande vitesse et généralement sans frais. Le droit de la consommation constitue de ce point de vue un cadre juridique stable, clair et compréhensible qui permet aux consommateurs de bénéficier de l'information précontractuelle loyale, lisible et compréhensible, et aux professionnels d'être protégés.

177. Une fois son consentement bien éclairé, le consommateur peut alors se convaincre de l'opportunité de conclure le contrat. Et lorsqu'il se décide à contracter, il faut éviter que son consentement ne soit surpris par la rapidité et la dématérialisation qui caractérisent l'électronique.

TITRE II : LES DISPOSITIFS D'EXPRESSION ET DE CONSOLIDATION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR

178. La conclusion du contrat électronique met le consommateur dans une situation de double infériorité par rapport au professionnel électronique. En effet, outre l'infériorité structurelle que le droit de la consommation reconnaît à tout consommateur, celui qui contracte par voie électronique éprouve nécessairement une infériorité technique par rapport au professionnel électronique. L'information précontractuelle qui a été renforcée à son profit pour réduire son déficit informationnel n'est pas allée jusqu'à imposer au professionnel électronique sa formation à la maîtrise de l'outil technologique. Fort heureusement que le législateur n'ait pas privilégié cette option qui allait être, le cas échéant, une mission pratiquement impossible³⁴⁸. Les niveaux de connaissances étant disparates et conscient des risques que cela peut emporter lors de la conclusion du contrat, le législateur a imposé un processus formaliste d'expression du consentement du consommateur (chapitre I).

179. De plus, le contrat électronique étant un contrat à distance, il ressort que le consommateur au moment où il donne son consentement, il ne dispose pas de tous les éléments lui permettant de s'engager en toute connaissance de cause. Il ne dispose à cette étape d'une part, que des informations que le professionnel a bien voulu lui communiquer au titre de son obligation d'informations

³⁴⁸ Le professionnel ne peut former chaque consommateur à l'utilisation de son propre smartphone ou ordinateur.

précontractuelles fut- elle renforcée et d'autre part, que ce qu'il a pu voir à travers l'écran de son ordinateur ou de son smartphone. L'information communiquée peut être incomplète ou fausse ; sa perception peut avoir été biaisée par l'interposition de son terminal. C'est pourquoi, le législateur lui a aménagé un droit de rétractation en vue de lui permettre de réfléchir à la portée de son engagement et de revenir, s'il y a lieu, sur sa décision³⁴⁹ (chapitre II).

³⁴⁹ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, *op. cit.*, p.921.

CHAPITRE I : L'IMPOSITION D'UN PROCESSUS SPECIFIQUE DE FORMATION DU CONTRAT ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION

180. Le consentement n'existe que s'il est extériorisé. Traditionnellement, on considère que le consentement peut s'extérioriser par la signature manuscrite sur support papier, par un hochement de tête ou verbalement. En droit commun des contrats, tout geste non équivoque ou un comportement actif peut suffire pour caractériser l'existence du consentement³⁵⁰.

181. Dans le contexte électronique, il reste qu'un seul clic de l'internaute sur le bouton « acceptation » ou « commander » est tout aussi un geste non équivoque. Il serait suffisant à opérer la rencontre de l'offre et de l'acceptation lorsque la transaction en cause met en relation des professionnels. Mais, il en est tout autrement en présence d'un consommateur. En effet, après avoir encadré la phase précontractuelle, le droit de la consommation a solennisé aussi bien la formation du contrat que sa présentation formelle qui n'est point laissée à la discrétion des parties et plus singulièrement du professionnel³⁵¹. Ainsi, a-t-il imposé un processus de la conclusion du contrat électronique qui doit être observé en présence d'un consommateur³⁵².

182. Exception faite de l'hypothèse où les parties procèdent par un échange de courriers électroniques pour parvenir à la conclusion du

³⁵⁰ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.74.

³⁵¹ Véronique LEGRAND et Delphine BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation / droit des contrats : le bilan 20 ans après », *op. cit.*

³⁵² Art. 1127-3 al. 2 du C. civ.

contrat électronique³⁵³, l'expression du consentement du consommateur doit se faire suivant un processus formaliste pour la validité du contrat qui en résulte (Section I). Aussi, le contrat électronique, une fois conclu, doit être fourni au consommateur sur un support durable (Section II).

SECTION 1 : Le formalisme de validité du consentement électronique du consommateur

183. Tout contrat se forme nécessairement par la rencontre d'une offre et d'une acceptation³⁵⁴. L'offre s'entend d'une proposition de contracter, ferme et complète, à laquelle il ne manque que l'acceptation du destinataire pour que le contrat soit formé. L'échange de consentement formant le contrat électronique ne déroge pas à ce principe de droit commun. Toutefois, en raison du facteur technique doublé de la rapidité et de la dématérialisation qui caractérisent ce mode de conclusion de contrats à distance, il existe de potentiels risques d'erreurs matérielles liées à la non-maîtrise de la technologie³⁵⁵. Il est aussi à redouter des clics mal placés voire

³⁵³ Cette exception pourrait se justifier par le fait que l'échange de courriers électroniques pour parvenir à la conclusion du contrat électronique est à tout point de vue similaire à la formation d'un contrat par correspondance. V. dans ce sens, Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'internet, *op. cit.*, n°221-15 et Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *op. cit.* ; Pour Luc GRYMBAUN, « l'utilisateur du courrier électronique n'a pas reçu d'offre par internet et qu'il contracte avec un pollicitant qu'il connaît déjà », Luc GRYNBAUM, « Après la loi "économie numérique", pour un code européen des obligations... raisonné », D. 2004, p.2216-2217.

³⁵⁴Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE et Mali DEPINCE, Précis : Droit de la consommation, *op. cit.* n°552.

³⁵⁵ Phillip LE TOURNEAU, Contrats informatiques et numériques, *op. cit.*, n°412.31.

involontaires³⁵⁶. Dans ce contexte, l'acceptation donnée peut être le résultat d'une faiblesse intellectuelle ou d'une pulsion que d'une véritable volonté³⁵⁷. Il est alors apparu nécessaire d'imposer au professionnel pollicitant et qui plus est maîtrise la technique, des obligations spécifiques dont la finalité est de créer les conditions d'un consentement du consommateur exempt de tout vice. C'est ainsi que la directive sur le commerce électronique prévoyait que « les Etats 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 »³⁵⁸.

184. La loi pour la confiance dans l'économie numérique³⁵⁹ adoptée pour internaliser cette dernière directive a permis d'insérer dans le Code civil l'article 1369-2 ancien aujourd'hui 1127-2 qui prescrit la même exigence. Ce dernier article, en son alinéa premier, subordonne la validité du contrat électronique à la possibilité que le consommateur destinataire de l'offre doit avoir eu « 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 définitive ». De plus, l'alinéa 2 du même article précise que dès lors que la commande est reçue, l'auteur de l'offre doit en accuser réception sans délai

³⁵⁶ Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *op. cit.*

³⁵⁷ Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », *op. cit.* ; V. aussi dans ce sens, Judith ROCHFELD, « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ. 2004, p.574.

³⁵⁸ Art. 11- 2 de la directive 2000/31/CE, JOCE du L.178 du 17 juil. 2000.

³⁵⁹ Art. 25 de la LCEN.

injustifié³⁶⁰. Il résulte de ces dispositions que l'acceptation par voie électronique pour être valide, doit se réaliser en deux étapes à savoir celle du choix puis celle de la correction de la commande sanctionnée par la validation de la commande dénommées « double-clic » (§1). Le professionnel est ensuite tenu de donner confirmation de la commande par l'émission d'un accusé de réception (§2).

§1. « *Le double clic* », condition de validité du contrat

185. Dans la contractualisation classique, « il est assez peu probable notamment d'acheter deux ou trois fois le même produit sans s'en rendre compte »³⁶¹. Or, dans la contractualisation en ligne, il existe un risque réel de se tromper dans la saisie des quantités commandées. Le système du « double clic » qui doit être observé en présence du consommateur pour la validité du contrat, permet d'amenuiser ces risques. En vue de la conclusion du contrat électronique, le consommateur doit avoir la possibilité de relire et d'amender sa commande après une première approbation pour enfin donner son acceptation par un « deuxième clic »³⁶². Il convient d'abord de décliner l'acceptation électronique (1) pour en appréhender ensuite sa finalité de renforcement de la protection du consommateur (2).

³⁶⁰ V. dans ce sens Jérôme HUET, « Vous avez dit « contrats électroniques ? » », op.cit., n°2, p.553.

³⁶¹ Bérénice de BERTIER-LESTRADE, *op. cit.*, spéci. n°26 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « la réforme des contrats du commerce électronique », JCP E, 2004, Etude n°1341, n°86.

³⁶² Bérénice de BERTIER-LESTRADE, *ibidem* ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « la réforme des contrats du commerce électronique », JCP E, 2004, Etude n°1341, n°37.

1. L'acceptation électronique

186. **Les choix du consommateur.** La commande du consommateur commence bien évidemment avec les choix du consommateur qui constituent son premier contact avec l'offre faite par le professionnel électronique. Il doit pouvoir effectuer lui-même ses choix sans être conditionné par le professionnel notamment par une présélection des articles. En effet, la pratique qui consiste à présélectionner les articles à charge pour le consommateur de décocher ceux dont il n'a pas besoin avant de passer sa commande, est sanctionnée par la jurisprudence³⁶³. Une telle interdiction des cases pré cochées se rapportant à l'objet principal du contrat emporte également interdiction de la pratique des options payantes pré cochées par le professionnel électronique dans la mesure où elles peuvent être à l'origine de mauvaises surprises des consommateurs qui auraient manqué de vigilance soutenue³⁶⁴. A l'issue de cette étape préliminaire de choix, le consommateur, s'il est déterminé à poursuivre sa commande, clique une première fois notamment sur « une icône ou un « onglet » portant la mention « continuer » ou « poursuivre la commande » pour accéder à l'étape de la vérification.

187. **L'étape de la vérification.** A l'issue des choix opérés par le consommateur matérialisé par son premier clic, le professionnel électronique doit fournir à celui-ci, les moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger. A cette étape, le Code de

³⁶³Tribunal de grande instance (TGI) de Bordeaux, 11 mars 2008, UFC Que choisir c/ Cdiscount, disponible à <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/>, consulté le 26/03/2020.

³⁶⁴ Véronique LEGRAND et Delphine BAZIN-BEUST, « Droit de la consommation / droit des contrats : le bilan 20 ans après », *op. cit.*

la consommation impose au professionnel électronique de rappeler au consommateur de manière lisible et compréhensible, « les informations relatives aux caractéristiques essentielles des biens ou des services qui font l'objet de la commande, à leur prix, à la durée du contrat et, s'il y a lieu, à la durée minimale des obligations de ce dernier au titre du contrat, telles que prévues à l'article L. 221-5 »³⁶⁵. L'objectif en l'occurrence est de permettre au consommateur d'effectuer une vérification utile sur les éléments substantiels du futur contrat qui constituent le contenu de l'offre. Il s'agit notamment de l'objet des obligations réciproques que sont le bien ou le service et la contrepartie qu'est le prix. De même, la durée du contrat ou, s'il y a lieu, la durée minimale des obligations qui en découlent³⁶⁶.

188. De façon concrète, il est attendu du consommateur qu'il se rassure que les choix validés par le premier clic correspondent bien, et à défaut, il procède aux corrections des erreurs ou aux réajustements nécessaires. En ce sens, même en l'absence d'erreurs, la contrepartie financière qu'est le prix total peut amener le consommateur à réajuster ses choix voire renoncer à poursuivre l'opération. Il peut aussi renoncer en raison de la durée d'exécution du contrat. L'instauration de ce droit de vérification du consentement exprimé par le premier « clic » octroie en quelque sorte au consommateur, une forme de faculté de rétractation qui intervient au sein même de la conclusion du contrat dans la mesure où avant de parfaire son « acceptation », le consommateur peut se rétracter pour des raisons qui lui sont propres³⁶⁷. Si par contre, à l'issue de la vérification effectuée, le

³⁶⁵ C. consom. art. L. 221-14.

³⁶⁶ Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'internet, *op. cit.*, n°221-12.

³⁶⁷ Judith ROCHFELD, « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ., 2004, p.574.

consommateur conscient de l'étendue de ses obligations et de la contrepartie qui lui est due par le professionnel électronique, demeure déterminé à passer sa commande, cette volonté se traduira par le deuxième clic qui entraîne la confirmation de la commande.

189. **La confirmation de la commande.** Matérialisée par le deuxième clic, la confirmation de la commande constitue l'acceptation du consommateur qui réalise la formation du contrat électronique. Le Code de la consommation exige du professionnel qu'il fasse en sorte qu'à cette étape ultime de la conclusion du contrat, le consommateur reconnaissse de façon non équivoque son obligation de paiement. Pour ce faire, la fonction utilisée par le consommateur pour valider sa commande doit comporter « la mention claire et lisible : commande avec obligation de paiement ou une formule analogue, dénuée de toute ambiguïté, indiquant que la passation d'une commande oblige à son paiement »³⁶⁸. Si le professionnel ne respecte pas ce formalisme de précision du caractère payant de la commande, la sanction, au sens de la directive 2011/83/UE, est que « le consommateur n'est pas lié par le contrat ou par la commande »³⁶⁹.

2. *Le double-clic, dispositif de protection du consommateur*

190. **Le double clic, processus de consolidation de l'acceptation.** Le double clic est « une bonne institution, encore qu'une fois de plus, son domaine d'élection soit le droit de la consommation, pas la théorie

³⁶⁸ Art. L. 221-14 al. 2 du C. consom.

³⁶⁹ Art. 8. 2 de la Dir. 2011/83/UE.

générale »³⁷⁰. En effet, le législateur en le consacrant, ne l'a élevé au rang de norme impérative que dans les relations entre le professionnel et le consommateur³⁷¹. Le double clic exige, en effet, pour la validité du contrat électronique, « un consentement spécial dans une forme spéciale »³⁷². Cette forme spéciale qui se manifeste par le processus de consolidation de l'acceptation par voie électronique ne porte cependant pas atteinte au fond « au principe fondateur du consensualisme et de l'instantanéité de la formation du contrat »³⁷³.

191. Ce processus formaliste qui conditionne la validité du contrat électronique conclu par le consommateur se révèle plus vif que dans le monde matériel. Le temps de l'acceptation devient paradoxalement plus long en ce qu'il emprunte une chronologie bien particulière, qui requiert nécessairement une première approbation, ensuite une vérification, une correction éventuelle et enfin une confirmation qui réalise le contrat³⁷⁴. Cette acceptation implique, par conséquent, en pratique l'accomplissement d'une série d'opérations, de gestes électroniques qui garantissent la réalité du consentement³⁷⁵. Concrètement, « toute personne qui a déjà conclu des achats en ligne sait comment se déroule le processus : par fenêtres successives, pendant de longues minutes, tout est expliqué : l'objet du contrat, ses modalités, le paiement, l'accord sur chaque point, tout est détaillé,

³⁷⁰ Pierre-Yves GAUTIER, Formation du contrat : un code, deux régimes, RDC 1^{er} avr. 2005, n°2, p.589.

³⁷¹ Art. 1127-3 al. 2 du C. civ. : « *Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions des 1^o à 5^o de l'article 1127-1 et de l'article 1127-2 dans les contrats conclus entre professionnels* ».

³⁷² Hervé CAUSSE, Le contrat électronique, technique du commerce électronique, in Jean Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE, Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, LGDJ 2005, p.32.

³⁷³ Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *op. cit.*

³⁷⁴ Bérénice de BERTIER-LESTRADE, *op. cit.*, spéci. n°25 ; Xavier LINANT DE BELLEGOND, « La LCEN et le consensualisme », *op. cit.*

³⁷⁵ Philippe Le TOURNEAU, Contrats informatiques et numériques, *op. cit.*, n°412-25.

page après page. C'est le "continuez" ou le "OK" qui fait réfléchir. (...) Ainsi les technologies viennent ici servir un des points fondamentaux du droit des obligations : la nécessité d'un consentement éclairé »³⁷⁶.

192. Les faiblesses du double-clic. Le formalisme qu'il a institué n'évite pas nécessairement les acceptations par inadvertance³⁷⁷, étant entendu qu'il a été admis que le clic de confirmation de la commande valide également les conditions générales de vente, dès lors qu'une mention claire enjoint de les consulter et qu'un lien hypertexte est proposé à cette fin³⁷⁸. Or la réalité est que le consentement qui réalise la conclusion du contrat ne coïncide pas toujours avec le consentement sur le contenu dudit contrat, compte tenu de la pléthore d'informations ou de la longueur des clauses qui caractérisent les contrats électroniques. Ainsi, une mention fut-elle claire et donnant un ordre de consulter le lien hypertexte ne rime pas toujours avec une lecture effective. Aussi, pour amenuiser les conséquences fâcheuses qu'une telle solution pourrait causer au consommateur, il serait souhaitable qu'il soit imposé au professionnel de paramétrier son site de sorte à ce que le consommateur soit obligé de donner son consentement spécifique sur chacune des clauses des conditions générales et du contrat. Ces paramètres techniques obligeant à la lecture peuvent être munis d'un minuteur de temps minimum pour le passage d'une clause à une autre. C'est à ce prix que les risques d'erreurs ou de clics irréfléchis peuvent être minimisés pour que l'acceptation du consommateur qui réalise la formation du contrat

³⁷⁶ Pierre Yves GAUTIER et Xavier LINANT DE BELLEFONDS, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », JCP G 2000, I, 236, spéc n°13 ; V. aussi Céline CASTETS-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décretée », Def. 2006 n°38464, spéc p.1550.

³⁷⁷ Michel ZOIA, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie) », Gaz-Pal, 16 octobre 2011, n°269, p.14.

³⁷⁸ Paris: 25 nov. 2010, n°08/22287 ; Anne DEBET, « Le clic de fin de commande suffit pour valider les conditions générales de vente », CCE n°6, juin 2011, communication n°56.

électronique soit exempte de tout vice c'est-à-dire un consentement éclairé, réfléchi et non obtenu par surprise³⁷⁹. Une telle transparence pourrait du même coup, limiter les cas d'exercice du droit de rétractation, de demande de nullité ou voire de résolution du contrat³⁸⁰.

193. La sanction. Le double-clic est une « condition forme » de validité du contrat électronique en présence du consommateur. Il en résulte que la sanction naturelle de sa violation ne peut être que la nullité du contrat³⁸¹. Telle a été la position de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence à propos de la validité des contrats conclus en ligne à partir d'un site créé par un avocat qui y proposait ses services de consultation et conseils juridiques, à la suite d'un devis³⁸². Dans cette affaire, après consultation du site qui imposait, pour y accéder, d'accepter les conditions générales, une cliente posait alors une question directe : « J'ai un problème avec un ouvrier qui a posé mon chauffage ; il faut m'aider. Pouvez-vous m'appeler ? ». À la suite de cette « commande », le montant des honoraires a été présenté par téléphone par l'avocat et la cliente a alors, toujours par téléphone, communiqué les coordonnées de sa carte bancaire aux fins de règlement, pour un montant de 185 €. La cour d'appel a estimé que cette cliente n'a pas eu un récapitulatif sur le site consulté des éléments de sa commande, de précisions sur la consultation à venir et n'a pas pu confirmer son accord quant audit

³⁷⁹ Djamila MAHI-DISDET, L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, *op. cit.*, p.129, n°181. *Contra* : Pour Bérénice de BERTIER-LESTRADE, le double-clic « œuvre plus pour l'intégrité de la manipulation, que pour l'intégrité et la maturité du consentement, pour lesquels les nouvelles obligations d'information se révèlent aussi parfois insuffisantes », Bérénice de BERTIER-LESTRADE, *op. cit.*, spéc. n°88.

³⁸⁰ Pierre-Yves GAUTIER, Formation du contrat : un code, deux régimes, RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.589.

³⁸¹ David NOGUERO, L'acceptation dans le contrat électronique, *in* Jean Claude HALLOUIN, Hervé CAUSSE, Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Paris : LGDJ, 2005, p.55.

³⁸² Aix-en-Provence, 25 nov. 2014, n°14/06556, D. 2015. 287, obs. Natalie FRICERO.

paiement. « Dans ces conditions, l'engagement n'était pas parfait faute d'acceptation éclairée de la cliente manifestée conformément à l'exigence légale du double-clic »³⁸³. Si le double-clic conditionne la validité de la formation du contrat, qu'en est-il de l'accusé de réception de la commande par le professionnel ?

§2. L'imposition de l'envoi d'un accusé de réception de la commande

194. Le professionnel électronique doit accuser réception « sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée »³⁸⁴. Il convient d'appréhender l'intérêt de cette formalité supplémentaire pour le consommateur (1) avant de s'interroger sur sa valeur contractuelle (2).

1. L'intérêt de l'envoi de l'accusé de réception pour le consommateur

195. Le consommateur n'étant pas en présence du professionnel électronique au moment où il donne son consentement au contrat par « le clic de confirmation » de sa commande, il importe qu'il sache que celle-ci est parvenue à son cocontractant et a été bien prise en compte. Ainsi, l'imposition de l'envoi de l'accusé de réception vise, de ce point

³⁸³ V. Jacques LARRIEU, Christian LE STANC, Pascale TREFIGNY, « Droit du numérique », D., 2015. 2214.

³⁸⁴ C. civ. art. 1127-2 al. 2. ; V. aussi Luc GRYNBAUM, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation », D., 2003, Chron. p.1706.

de vue à rassurer le consommateur du bon acheminement de sa manifestation de volonté³⁸⁵.

196. Aussi, l'accusé de réception peut être utilisé par le consommateur pour rapporter la preuve de la formation du contrat électronique³⁸⁶. Outre sa valeur probatoire, il convient de cerner la valeur contractuelle de l'accusé de réception.

2. La valeur contractuelle de l'accusé de réception

197. L'accusé de réception de la commande n'est pas une condition de validité du contrat électronique, il ne vise pas à parfaire l'échange des consentements. Le contraire aurait fait dépendre la conclusion du contrat de la seule discrétion et engagement du professionnel. En effet, le contrat électronique est formé dès le clic de confirmation de la commande par le consommateur³⁸⁷. C'est ce clic de confirmation qui constitue le moment de la formation du contrat. En ce sens, l'article 1127-1, alinéa 2 du Code civil prévoit que « *l'auteur d'une offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ». Par conséquent, lorsque l'offre est acceptée, elle ne peut plus être retirée dans la mesure où l'acceptation du consommateur l'a transformé instantanément en contrat³⁸⁸. L'alinéa 3 de l'article 1127

³⁸⁵ Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°462.

³⁸⁶ Philippe STOFFEL-MUNCK, « la réforme des contrats du commerce électronique », JCP E, 2004, Etude n°1341, n°43.

³⁸⁷ Luc GRYNBAUM, « *Après la loi “économie numérique”, pour un code européen des obligations... raisonné* », D., 2004, p.2216-2217.

³⁸⁸ V. en ce sens Luc GRYNBAUM, « *Après la loi “économie numérique”, pour un code européen des obligations... raisonné* », *op. cit.* Il considère qu'il n'y a pas de remise en cause de la jurisprudence française adoptant la théorie de l'émission de l'acceptation pour décider du moment et du lieu de formation du contrat à distance.

du Code civil³⁸⁹, qui aurait pu faire penser à la théorie de la réception de l'acceptation, n'a fait que préciser en réalité le moment de réception de la commande, de la confirmation de l'acceptation de l'offre et de l'accusé de réception³⁹⁰.

198. Il s'ensuit que la formalité de l'accusé de réception intervient postérieurement au processus qui conduit à la conclusion du contrat électronique. C'est au demeurant à juste titre qu'il ne lui est reconnu « *qu'un rôle purement technique, dépourvu de toute valeur contractuelle* »³⁹¹. Mais quelle sanction pour le professionnel qui n'aurait satisfait à son obligation d'envoi de l'accusé de réception ?

199. **La sanction du défaut d'envoi de l'accusé de réception.** La sanction du défaut d'envoi par le professionnel de l'accusé de réception est incertaine dans la mesure où le législateur est resté silencieux³⁹². Censé intervenir après l'achèvement de la formation du contrat électronique, le défaut d'envoi de l'accusé de réception ne peut être sanctionné par la nullité du contrat. Mais, le consommateur qui s'en prévaut, peut obtenir la condamnation du professionnel à des dommages et intérêts. De plus, il peut obtenir la résolution du contrat, si notamment ayant attendu vainement l'accusé de réception qui

³⁸⁹ C. civ., art. 1127-1 al. 3 : « *La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

³⁹⁰ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°462.

³⁹¹ Rapport n°608 de l'Assemblée nationale présenté par Michèle TABAROT au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique disponible à <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp>, consulté le 27 mars 2020 ; V. dans le même sens, Christiane FERAL-SCHUHL, Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'internet, *op. cit.*, n°221-14.

³⁹² Mustapha MEKKI M., « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », *op. cit.* ; Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN, Droit du commerce international, 3^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2018, n°406.

devait le rassurer de ce que sa commande est bien parvenue au professionnel et a été prise en compte, il passe une deuxième commande portant sur le même objet avec le même professionnel qui en accuse cette fois-ci réception et qui exécute les deux contrats. En plus de l'accusé de réception, le professionnel électronique est par ailleurs tenu de fournir au consommateur l'écrit matérialisant le contrat sur un support durable.

SECTION II : L'obligation de confirmation du contrat électronique sur support durable au consommateur

200. La sécurité juridique qui est la « première valeur sociale »³⁹³ est, en effet, la préoccupation du droit de la consommation en ce qui concerne l'interaction du consommateur dans l'univers numérique. Une fois conclu, le contrat électronique doit être fourni au consommateur sur support durable dans un délai raisonnable. En tous les cas, la date butoir pour cette mise à disposition du contrat est le moment de la livraison lorsque le contrat porte sur un bien ou avant le début de l'exécution du contrat lorsqu'il s'agit d'une prestation de service. C'est aussi, l'ultime opportunité qui reste au professionnel qui n'avait pas satisfait à son obligation de fournir les informations précontractuelles sur support durable au consommateur de les lui communiquer³⁹⁴.

³⁹³ Mustapha MEKKI M., « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », *op. cit.*

³⁹⁴ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes*, *op. cit.*, n°509.

201. L'intérêt de la fourniture concomitante sur support durable des informations précontractuelles et contractuelles avant l'exécution du contrat qu'il convient d'emblée de relever, est que le consommateur suffisamment éclairé par lesdites informations, peut exercer son droit de rétractation sans avoir à supporter des coûts de renvoi de bien ou à payer la prestation de service déjà fournie. Mais que renferme la notion de support durable requise pour la mise à disposition du contrat électronique au consommateur ? Quelles doivent être les modalités de sa fourniture au consommateur ?

§1. La notion de support durable

202. La notion de support durable combine une caractéristique matérielle qu'est « le support » et une qualité fonctionnelle qui est le caractère « durable »³⁹⁵. Il convient donc d'appréhender la notion avant d'examiner les caractéristiques qu'elle doit renfermer afin de préserver les intérêts du consommateur dont la protection est sa finalité première.

1. La définition de la notion de support durable

203. Le support durable a été défini pour la première fois par la directive 2002/65/CE relative à la commercialisation à distance de services financiers³⁹⁶. Elle prévoyait en son article 2 que le support

³⁹⁵ Hervé JACQUEMIN, « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », *op.cit.*, n°1, p.38.

³⁹⁶ Dir. 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE, L 271/16, 09 oct. 2002.

durable s'entend de « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ». Cette définition a été reprise quasiment dans les mêmes termes par la directive 2011/83/UE³⁹⁷, puis par le législateur français. En effet, aux termes de 221-1-I-3 du Code de la consommation, le support durable est « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ». Le support durable doit permettre au consommateur de conserver les informations de sa relation contractuelle avec le professionnel aussi longtemps que cela lui est nécessaire pour protéger ses intérêts. A ce titre et au sens de la Directive 2011/83/UE, peuvent être considérés comme des supports durables « le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques durs d'ordinateur ainsi que les courriels »³⁹⁸.

204. S'agissant précisément du courrier électronique, Monsieur Jérôme PASSA écrivait déjà en 2002 que l'exigence du support durable « est certainement susceptible d'être satisfaite par l'envoi d'un écrit électronique auquel le consommateur pourra avoir un accès permanent dans sa boîte de réception ou après l'avoir transféré dans la mémoire de son ordinateur »³⁹⁹. Toutefois, le législateur subordonne toujours son admission comme tel à l'acceptation préalable de l'usage

³⁹⁷ Dir. 2011/83/UE, art. 2-10.

³⁹⁸ Dir. 2011/83/UE, consid. 23.

³⁹⁹ Jérôme Passa, « Commerce électronique et protection du consommateur », *op. cit.*

de ce moyen par le consommateur⁴⁰⁰. Au-delà de cette énumération énonciative des supports durables par le législateur communautaire, il sied d'identifier les caractéristiques que doit présenter un support pour être considéré comme durable.

2. Les caractéristiques du support durable

205. Le support est durable lorsqu'il confère à l'information contractuelle voire précontractuelle fournie par le professionnel, trois caractéristiques cumulatives : l'information est stockée, l'information est consultable et l'information peut être reproduite⁴⁰¹. Selon la Cour de justice de l'Union européenne « dans la mesure où un support permet au consommateur de stocker lesdites informations qui lui ont été adressées personnellement, garantit l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et offre aux consommateurs la possibilité de les reproduire telles quelles, ce support doit être considéré comme « durable » »⁴⁰². Autrement dit, le support durable doit permettre d'assurer l'intégrité, la consultation et la reproduction des informations.

206. **L'intégrité des informations fournies.** A l'instar du support papier qui renferme l'écrit matérialisant le contenu du contrat, le support numérique doit assurer la traçabilité de l'ensemble des

⁴⁰⁰ Art. 1126 du C. civ.

⁴⁰¹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°447.

⁴⁰² CJUE, juill. 2012, n° C-49/11, Content Services Ltd contre Bundesarbeitskammer, pt. 43, disponible à <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124744&doclang=FR>, consulté le 1^{er} avril 2020 ; LEDC, 04 sept. 2012, n°08, p. 4, obs. Sabine BERNHEIM-DESVAUX ; LPA 09 janv. 2013, n°7, p. 6, note Geoffray BRUNAUX.

informations contractuelles voire précontractuelles qui doivent être fournies au consommateur. Ces informations doivent pouvoir être conservées à l'identique. Il s'ensuit que si le support n'offre pas des propriétés de garantie d'intégrité de l'information fournie notamment que l'on puisse détecter aisément les ajouts et retraits d'informations ou toute autre altération de son contenu, alors il ne saurait être éligible au rang de support durable. Le maintien de l'intégrité de l'information conditionne la valeur probatoire du support⁴⁰³.

207. La consultation de l'information. L'information stockée ne sera utile pour le consommateur que si celui-ci peut l'exploiter pour asseoir sa conviction sur l'utilité ou l'inutilité du contrat qu'il vient de conclure et aviser en temps utile de l'exercice ou non de son droit de retractation. Aussi, elle doit pouvoir lui permettre d'appréhender l'exécution conforme ou non du contrat par le professionnel. En conséquence, le support durable doit garantir au consommateur la lisibilité et l'intelligibilité des informations qui lui ont été confirmées⁴⁰⁴.

208. La reproduction de l'information. La possibilité pour le consommateur de reproduire les informations à lui fournies est aussi l'une des conditions du caractère durable du support. En effet, il doit être permis au consommateur de télécharger, imprimer, photocopier ou enregistrer sur un autre support les informations contenues dans le support qui lui a été fourni par le professionnel. Il doit en être ainsi sans que l'intégrité et la consultation ne soient affectées. C'est à cette

⁴⁰³ C. civ. art. 1366 « L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

⁴⁰⁴ Hervé JACQUEMIN, « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », *op. cit.*, n°1, p.16 ; V. Elisabeth JOLY-PASSANT, *L'écrit confronté aux nouvelles technologies*, Paris: LGDJ, 2006, p.455, n°1019, qui distingue la lisibilité de l'intelligibilité.

condition que le support assurera, en sus de la possibilité que l'information puisse être lue par consultation, la pérennité de celle-ci. En somme, pour recevoir la qualification de support durable, « le procédé mis en œuvre » par le professionnel électronique doit permettre de respecter les fonctions d'intégrité, de lisibilité et de pérennité⁴⁰⁵. Il s'ensuit que ledit support doit garantir les trois fonctions traditionnellement reconnues à l'écrit⁴⁰⁶. Encore faut-il que ledit support ait été adéquatement mis à la disposition du consommateur.

§2. La fourniture du support durable au consommateur

209. Le support durable doit être fourni et transmis par le professionnel au consommateur suivant des modalités bien déterminées, faute de quoi, il n'y a pas de confirmation sur un tel support (1). En cas de manquement du professionnel électronique à son obligation, il encourt sanction (2).

1. Les modalités de la fourniture du support durable au consommateur

210. Le Code de la consommation en disposant en son article 221-13 que « le professionnel fournit au consommateur, sur support durable, dans un délai raisonnable, après la conclusion du contrat et au plus tard au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service, la confirmation du contrat [...] accompagné du

⁴⁰⁵ CJUE, juill. 2012, n° C-49/11, Content Services Ltd contre Bundesarbeitskammer, LPA 09 janv. 2013, n°7, p.6, note Geoffray BRUNAUX.

⁴⁰⁶ Hervé JACQUEMIN, « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », *op. cit.*, n°1, p.38.

formulaire type de rétractation... », exige la transmission dudit support durable au consommateur. Sous l'empire de la directive n°97/7/CE⁴⁰⁷, la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que, conformément à l'article 5, §1, le consommateur qui doit recevoir les informations sur support durable fourni par le professionnel, est constitué dans un rôle passif. Et par conséquent, « lorsque les informations qui se trouvent sur le site internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni « fournies » à ce consommateur ni « reçues » par celui-ci »⁴⁰⁸. En effet, un tel procédé exige de la part du consommateur « une démarche active en cliquant sur le lien, alors que les termes interprétés impliquent un comportement passif »⁴⁰⁹.

211. Toutefois, quoique l'article 8-7 de la directive 2011/83/UE repris quasiment à l'identique par l'article 221-13 du Code de la consommation sus énoncé n'ait pas clairement imposé que les informations "fournies" soient "reçues", il en résulte qu'il ne saurait en être autrement si l'on s'en tient à l'énumération par la directive 2011/83/UE « du papier, des clés USB, des CD-Rom, des DVD, des cartes à mémoire ou des disques durs d'ordinateur ainsi que des courriels » comme étant des exemples de supports durables⁴¹⁰. La caractéristique commune de ces derniers supports durables, c'est qu'ils doivent être fournis par le professionnel et remis ou envoyés au consommateur, faute de quoi, il n'y a pas de

⁴⁰⁷ Dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144, 4 juin 1997, p.19. Cette directive a été abrogée par la Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

⁴⁰⁸ CJUE, juill. 2012, n° C-49/11, Content Services Ltd contre Bundesarbeitskammer, pt. 37, disponible à <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=124744&doclang=FR>, consulté le 1^{er} avril 2020.

⁴⁰⁹ CJUE, juill. 2012, n° C-49/11, Content Services Ltd contre Bundesarbeitskammer, pt. 43 ; LEDC, 04 sept. 2012, n°08, p. 4, obs. Sabine BERNHEIM-DESVAUX ; LPA, 09 janv. 2013, n°7, p.6, note Geoffray BRUNAUX.

⁴¹⁰ Consid. n°23.

confirmation sur support durable. De même, ces supports une fois envoyés par le professionnel, échappent à son contrôle de sorte qu'il ne peut plus les modifier ni même les faire disparaître ou y avoir accès⁴¹¹. Tel n'est pas le cas du site web qui demeure toujours sous le contrôle du professionnel qui peut modifier les informations reproduites sur la page voire les faire disparaître. Il en résulte que le consommateur ne peut, dans ces conditions disposer de ces informations comme il l'entend, tout comme il n'est pas à l'abri de leur modification unilatérale par le professionnel⁴¹². Il s'ensuit que le site internet ne présente aucune garantie de pérennité et d'intégrité. Dès lors, il ne peut être retenu comme support durable au sens du droit de la consommation pour la confirmation du contrat électronique au consommateur. De même, un lien hypertexte qui redirige vers une page web du site du professionnel sur laquelle les informations contractuelles sont reproduites ne constitue pas non plus une confirmation sur support durable.

212. Au total, la confirmation du contrat électronique sur support durable doit être faite « soit par un courrier papier soit par un message électronique ou un document autonome du site internet du professionnel et adressé spécialement au consommateur »⁴¹³. Quid de la sanction en cas

⁴¹¹ CJUE, juill. 2012, n°C-49/11, Content Services Ltd contre Bundesarbeitskammer, LPA, 09 janv. 2013, n°7, p.6, note Geoffray BRUNAUX, « De l'utilisation de pages web pour l'exécution des obligations d'information d'un contrat conclu par la voie électronique », LPA, 9 janvier 2013, n°7 p.6.

⁴¹²Carole AUBERT DE VINCELLES, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », RTD Eur., 2012, Chron. Droit européen des obligations, p.666. Elle précise que cette exclusion s'explique principalement par le fait que l'accès à l'information n'est ni durable ni fiable puisqu'une page de site internet peut être modifiée à tout moment par le professionnel. Certes le consommateur a la possibilité de copier les informations sur le site et de les stocker ensuite sur son propre disque dur, mais il ne pourra pas y avoir accès ultérieurement sur le site du professionnel alors que la consultation et la reproduction ultérieure sont essentielles à la qualification de support durable ».

⁴¹³ Carole AUBERT DE VINCELLES, « Chronique Droit européen des obligations - Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », RTD Eur., 2012 p.666.

de manquement du professionnel électronique à son obligation de fournir la confirmation du contrat sur support durable.

2. La sanction de la non-confirmation du contrat sur support durable

213. Tout manquement du professionnel à son obligation de confirmation du contrat et, s'il y a lieu, du support choisi par le consommateur est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale⁴¹⁴.

214. Sur le plan strictement contractuel, il n'existe pas de sanction expressément prévue par le droit de la consommation. Mais d'emblée, la sanction normale doit être l'inopposabilité des conditions contractuelles lorsque celles-ci n'ont pas été confirmées ou lorsqu'elles sont soit inaccessibles soit impossibles à conserver. Ensuite pour la rétractation notamment, on doit alors admettre que le consommateur qui n'a pas reçu dans les formes prescrites les informations relatives à son existence et à ses modalités d'exercice, puisse bénéficier de la prolongation du délai de rétractation suivant les distinctions prévues à l'article L. 221-20 du Code de la consommation⁴¹⁵. Enfin, la Cour de Justice de l'Union européenne a estimé que la nullité du contrat peut être une sanction appropriée dans la mesure où il s'agit là d'une méconnaissance par le professionnel électronique d'une obligation

⁴¹⁴ C. consom, art. L 242-11.

⁴¹⁵ L'art. L. 221-20 du C. consom. dispose : « lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 221-5, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 221-18.

Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient pendant cette prolongation, le délai de rétractation expire au terme d'une période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations ».

dont « le respect est essentiel aux fins de la formation de la volonté du consommateur et de la réalisation du niveau de protection voulu par le législateur communautaire »⁴¹⁶.

⁴¹⁶ CJUE, 17 déc. 2009, n° C-227/08, Eva Martín Martín c/ EDP Editores SL, pt. 34, disponible à <https://wwwdoctrine.fr/d/CJUE/2009/CJUE62008CJ0227>, consulté le 19 mars 2020.

CONCLUSION DU CHAPITRE

215. Le renforcement de la qualité du consentement du consommateur, dans l'univers électronique, a consisté pour le droit de la consommation d'une part, d'instituer un processus formaliste d'expression de l'acceptation de l'offre électronique par le consommateur et d'autre part, d'imposer au professionnel une obligation de confirmation du contrat sur support durable, cette confirmation devant avoir lieu au plus tard lors de la livraison du bien ou au début de l'exécution de la prestation de service. Ces exigences qui viennent s'ajouter à l'information précontractuelle qui doit être communiquée « de manière lisible et compréhensible » avant la conclusion du contrat visent à remédier aux aléas de la contractualisation à distance par voie électronique en instaurant les conditions d'un consentement lucide et exempt de tout vice.

216. Toutefois, les consommateurs bénéficiaires de ces dispositions protectrices peuvent notamment éprouver des difficultés subjectives ou objectives de compréhension de ces informations qui leurs sont fournies ou mal utiliser la technologie qui préside au processus de conclusion du contrat. De telles situations peuvent se révéler préjudiciables quant à l'opportunité ou à l'étendue de leurs engagements. Le droit de la rétractation que leur confère le droit de la consommation se révèle alors comme un dispositif curatif de telles méprises pouvant être commises par le consommateur.

CHAPITRE II : LE DISPOSITIF CURATIF DE LA QUALITE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR : LE DROIT DE RETRACTATION

217. Si les obligations d'information précontractuelle sont incontestablement une protection notable du consommateur, « le principal droit accordé à celui-ci, hier comme aujourd'hui, concerne le droit de rétractation »⁴¹⁷. Correctif des dangers auxquels la contractualisation par voie électronique expose « le libre arbitre du consommateur » en raison de la distance et des facilités de diffusion de la publicité électronique, le droit de rétractation encore appelé le droit de repentir, est cette faculté offerte au contractant de remettre en cause le contrat dont son acceptation avait déterminé sa formation⁴¹⁸. En droit de la consommation, la rétractation s'entend de la faculté accordée au « consommateur qui a manifesté sa décision de conclure le contrat, [de] pouvoir rétracter son consentement et se retirer unilatéralement et discrétionnairement du contrat, l'accord précédemment intervenu étant ainsi annihilé »⁴¹⁹.

218. Le droit de rétractation a été généralisé dans le dispositif de protection du consommateur contractant à distance par la directive 97/7/CE⁴²⁰ laquelle a été transposée par l'ordonnance du 23 août

⁴¹⁷ Dominique BERLIN, Politiques de l'Union européenne, Bruxelles: Bruylants, 2016, p.708 spéc. n°1046.

⁴¹⁸ Jean Luc AUBERT et François COLLART DUTILLEUL, Le contrat- Droit des obligations, 5^{ème} éd. Dalloz, 2017, p.63.

⁴¹⁹ Muriel FABRE-MAGNAN, Droit des obligations, Tome 1, Contrat et engagement unilatéral, Paris : PUF, 2008, n°112, p.266-267.

⁴²⁰ Dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144, 4 juin 1997, p.19. Cette directive a été abrogée par la Dir.

2001⁴²¹. Avec l'adoption de la loi n°2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs ou « loi Chatel », il a été fait obligation spécialement au professionnel qui fait une offre en ligne au consommateur, d'ajouter au titre des informations obligatoires, « l'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation »⁴²². Aujourd'hui, le Code de la consommation en ses articles 221-18 et suivants a fait du droit de rétractation, un droit absolu, discrétionnaire et dont la portée ne peut être restreinte par une clause contractuelle⁴²³. Par conséquent, le droit de rétractation est un dispositif efficace entre les mains du consommateur pour notamment sanctionner le professionnel électronique qui n'aurait pas satisfait à son obligation précontractuelle d'information ou pour évaluer l'utilité du contrat électronique. Aussi, convient-il d'appréhender les conditions de sa mise en œuvre (Section 1) avant d'examiner les effets de son exercice (Section 2).

2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. L'article 9 de cette dernière directive prévoit le principe du droit pour tout consommateur, partie à un contrat à distance, de se rétracter.

⁴²¹ Ord. portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF, 25 août 2001, p.13645. Il faisait l'objet de l'art. L.121-20 du C. consom soit l'actuel art. L. 221-18.

⁴²² Art. 30 de la loi n°2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003, 4 janvier 2008, p.258.

⁴²³ VOGEL Louis et VOGEL Joseph, Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, Bruxelles: Bruylant, 2017, pp.923-924.

SECTION I: Les conditions de mise en œuvre du droit de rétractation

219. Les conditions de mise en œuvre du droit de rétractation sont relatives d'une part, à son existence (§1) et, d'autre part, à son exercice par le consommateur (§2).

§1. Les conditions d'existence du droit de rétractation

220. Le droit de la consommation prévoit l'existence de principe du droit de rétractation pour tout consommateur partie à un contrat distance. Dans le contexte électronique, il convient de mettre en relief les raisons de l'aménagement de ce droit au profit du cyberconsommateur (1), avant de décliner son domaine d'existence (2) et ses cas d'exclusion (3).

1. L'aménagement justifié du droit de rétractation au profit du cyberconsommateur

221. Le droit de rétractation, un remède curatif des désavantages liés à l'univers électronique. La consécration du droit de rétractation au profit du consommateur se justifie non seulement par la distance séparant les parties au contrat électronique, mais également par le risque d'achats d'impulsion⁴²⁴ ou d'engagements pris à la légère créé

⁴²⁴ Hervé JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *op. cit.*, p.24 et svts.

par la rapidité et la dématérialisation du processus de conclusion des contrats dans l'environnement électronique.

222. La distance. La distance qui caractérise le contrat électronique constitue principalement la raison de la consécration du droit de rétractation. Dans l'univers électronique, le consommateur n'a d'autres possibilités que de se fier aux informations qui lui sont données par le professionnel. Ces informations peuvent être erronées, les images présentées sur le site peuvent ne pas correspondre à ce qui lui sera livré. De telles déconvenues ne peuvent lui arriver s'il se déplaçait dans le magasin dudit professionnel pour voir, toucher, sentir ou essayer le bien avant de l'acquérir. Le droit de rétractation vise à remédier à ces désavantages. C'est aussi la position de la Cour de Justice de l'Union européenne, lorsqu'elle a décidé, dans l'arrêt Pia Messner contre Firma Stefan Krüger, que « le droit de rétractation est [...] censé compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »⁴²⁵. Telle est également la position du législateur communautaire exprimée dans la directive 2011/83/UE⁴²⁶ qui a repris à son compte une formule analogue de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997⁴²⁷.

⁴²⁵ CJUE, 3 sept. 2009, Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger, pt 20, disponible à <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=73082&doclang=FR>, consulté le 03 mars 2020.

⁴²⁶ Dir. 2011/83/UE, Consid. 37 « Étant donné qu'en cas de vente à distance le consommateur n'est pas en mesure de voir le bien qu'il achète avant de conclure le contrat, il devrait disposer d'un droit de rétractation. Pour la même raison, le consommateur devrait être autorisé à essayer et inspecter le bien qu'il a acheté, dans la mesure nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien ».

⁴²⁷ Dir. 97/7/CE, Consid. 14 qui précisait que « ... le consommateur n'a pas la possibilité *in concreto* de voir le produit ou de prendre connaissance des caractéristiques du service avant la conclusion du contrat; qu'il convient de prévoir un droit de rétractation... ».

223. Les risques spécifiques liés à l'électronique. Outre les difficultés inhérentes à la distance, il y a que l'utilisation de l'internet, par exemple, atténue le sentiment de responsabilité du consommateur. On clique ou on appuie plus facilement sur un bouton « accepter » ou « valider » sur internet que si l'on doit utiliser un stylo pour parapher et signer un contrat sur support papier. Le caractère technique de l'offre et la rapidité et la dématérialisation du processus de conclusion des contrats dans l'environnement électronique exposent donc le consommateur aux risques d'achats d'impulsion ou d'engagements pris à la légère d'où l'utilité de l'existence du droit de rétractation⁴²⁸.

224. Un outil efficace. L'efficacité du droit de rétractation dans la garantie de la qualité du consentement du consommateur procède du temps de réflexion qui lui est donné. En effet, après l'étape de la rencontre des volontés intervenue par l'utilisation du médium, le consommateur dispose d'un temps de réflexion pour faire son *mea culpa* et convenir de l'utilité ou l'inutilité de la décision qu'il vient de prendre en commandant le bien ou le service sur le site internet. Aussi, lorsque le bien ou le service, objet du contrat lui sera livré ou présenté, il lui est loisible en ce moment de procéder aux vérifications utiles et aux essais qui s'imposent pour se rassurer de la justesse et de l'utilité de son agissement et ce, en toute discrétion.

225. Un outil discrétionnaire. Le législateur n'a pas entendu subordonnée la décision du consommateur de se dédire, à la justification d'un grief. Dès lors que les conditions du droit de rétractation sont réunies, le consommateur l'exerce de façon

⁴²⁸ Carla BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), *L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Paris : Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.136.

discrétionnaire c'est-à-dire sans qu'il ne soit tenu d'expliquer au professionnel les raisons qui l'ont déterminé à renoncer au contrat⁴²⁹.

226. Un outil indispensable. En définitive, l'on peut retenir que la consécration du droit de rétractation dans le processus de formation du contrat électronique permet au consommateur de disposer d'un outil efficace et discrétionnaire pour s'assurer et se rassurer de la qualité et de l'opportunité du consentement qu'il a donné sur internet. Il apparaît dans la contractualisation électronique, comme étant « la pièce maîtresse du dispositif de protection du consommateur »⁴³⁰, d'où l'intérêt de mieux cerner son domaine d'existence.

2. Le domaine d'existence du droit de rétractation

227. Le droit de rétractation, un droit absolu. A raison du caractère d'ordre public des dispositions prévoyant le droit de rétractation⁴³¹, s'il n'est pas exclu légalement, le droit de rétractation ne peut être exclu par voie de stipulations conventionnelles. A ce titre, le Code de la consommation dispose qu'« est nulle toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation... »⁴³². Il s'agit donc d'une nullité absolue mais d'intérêt privé dans la mesure où seule la clause incriminée est annulée et laissant valides les autres stipulations contractuelles.

⁴²⁹ C. consom. art. L. 221-18 al. 1.

⁴³⁰ Jérôme PASSA, « Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs », LPA, 06 févr. 2004, n°27, p.35 ; Carla BAKER-CHISSL, « Le droit de rétractation du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, *op. cit.*, p.135.

⁴³¹ Art. L. 221-229 du C. consom.

⁴³² C. consom. art. L. 242-3.

228. En ce qui concerne les clauses qui consistent à restreindre l'existence ou l'exercice du droit de rétractation au consommateur, la jurisprudence les considère comme étant abusives. Telle a été la position du Tribunal de grande instance de Bordeaux dans l'affaire l'Union Fédérale des Consommateurs Que Choisir (UFC) contre CDISCOUNT. L'UFC avait assigné CDISCOUNT devant ce dernier tribunal contre certaines stipulations de ses conditions générales de vente dont l'article 9.1 relatif à la procédure et aux conditions générales de retour prévoyait : « *Dans un objectif d'identification et donc d'un traitement optimal des retours, tout produit nécessitant d'être retourné doit faire l'objet d'une demande de retour auprès de nos services sous peine d'être refusé. Le délai qui vous est imparti pour prendre contact avec votre service client dépend du motif de retour ; merci de vous reporter au point 9-2 et suivants des CGV. La demande de retour doit être faite auprès de notre service client qui vous délivrera un numéro d'accord de retour avec un code barre à apposer sur votre colis* ». L'UFC a soutenu que les dispositions de cet article étaient manifestement illicites puisque dans le cadre du délai de rétractation prévu pour les ventes à distance, le consommateur n'a aucune autorisation à solliciter du fournisseur, son droit étant d'ordre public et sans condition. Elle estime dès lors que cette exigence est particulièrement illégitime en cas de défectuosité du bien livré. Le tribunal vidant sa saisine a conclu au caractère abusif d'une telle condition générale qui restreint l'exercice du droit de rétractation du consommateur⁴³³. Seules les limitations ou exclusions légalement prévues peuvent entamer l'étendue et les conditions d'exercice du droit de rétractation.

⁴³³ TGI de Bordeaux 1^{ère} ch. civ., jugement du 11 mars 2008, disponible à : <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/>, consulté le 20 février 2020.

3. Les cas d'exclusion du droit de rétractation

229. **Les cas exceptés à l'exercice du droit de rétractation.** "Nul principe ne vaut juridiquement sans exception"⁴³⁴. Le droit de la rétractation conféré au consommateur n'échappe pas à cette règle. Ainsi, le principe du droit de rétractation du consommateur est assorti d'une liste de treize cas exceptés énumérés à l'article L. 221-28 du Code de la consommation. Ces exclusions à l'exercice du droit de rétractation du consommateur électronique trouvent leur justification soit dans l'exécution du service, soit dans la nature de la prestation fournie soit enfin dans le support de la prestation fournie.

230. **Les cas d'exclusion justifiés par l'exécution du service.** Le mode d'exécution du service, objet du contrat électronique peut rendre soit inopportun soit incompréhensible l'exercice du droit de rétractation par le consommateur. Il en va ainsi de l'hypothèse de la « *fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation* »⁴³⁵. Il résulte de cette situation que pour le droit de rétractation soit refusé au consommateur, il faut la réunion de trois conditions cumulatives.

231. Premièrement, il faut que l'objet du contrat porte sur la « *fourniture de services* », entendue comme une prestation

⁴³⁴ Louis d'AVOUT, « *Le sort des règles impératives dans le règlement “Rome I”* », *D.*, 2008, p.2165.

⁴³⁵ C. consom., art. L. 221-28, 1° ; Dir. 2011/83/UE, art. 16, a.

intellectuelle consistant notamment à faire un travail pour le compte du consommateur. Il s'ensuit que lorsque l'objet du contrat réside dans la livraison d'un bien vendu, cette dernière livraison ne peut faire obstacle au droit de rétractation du consommateur⁴³⁶. Bien au contraire pour la vente, le législateur subordonne l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation qu'à partir du moment où le bien lui sera livré⁴³⁷.

232. Deuxièmement, il faut que le service, objet du contrat ait connu un commencement d'exécution avec le consentement exprès du consommateur qui renonce à se prévaloir de son droit de rétractation. Il en résulte que si le professionnel commence à exécuter la prestation de service sans aviser le consommateur et obtenu préalablement de lui, son accord, le droit de rétractation ne peut être écarté. A l'opposé, si le consommateur donne son consentement au démarrage de l'exécution du contrat en précisant renoncer à son droit de repentir, ce consentement lui fera obstacle à l'exercice du droit de rétractation, lorsque le professionnel a déjà commencé l'exécution du contrat.

233. Troisièmement enfin, la fourniture de service doit avoir été pleinement exécutée avant la fin du délai d'exercice du droit de rétractation. Il s'ensuit qu'il ne suffit pas qu'il y ait eu seulement un commencement d'exécution du service ou une exécution partielle avec l'accord du consommateur pour que ce dernier soit déchu de son droit de rétractation, il faut que le service ait été pleinement exécuté. Cette position du législateur est compréhensible et protège davantage les intérêts du consommateur. En effet, à l'instar de la livraison d'un bien

⁴³⁶ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes*, *op. cit.*, p.443, n°466.

⁴³⁷ C. consom., art. 221-18, 2°.

acheté, dans le contrat de prestation de service, le consommateur ne peut être en état d'apprécier la qualité de la prestation promise que lorsque le professionnel va entamer de l'exécuter. Ce serait seulement en ce moment qu'il peut exercer utilement son droit de rétractation.

234. Les cas d'exclusion justifiés par la nature de la prestation fournie. Il en va ainsi des prestations soumises à un aléa ou que le bien objet du contrat est soit individualisé, soit périssable ou ne peut être réexpédié.

235. L'existence d'un aléa. L'aléa peut porter soit sur le prix, lequel peut osciller à la hausse comme à la baisse sans que le professionnel ne puisse exercer la moindre influence. Tel est le cas de la fourniture de « biens ou de services dont le prix dépend de fluctuations sur le marché financier échappant au contrôle du professionnel et susceptibles de se produire pendant le délai de rétractation »⁴³⁸, de « boissons alcoolisées dont la livraison est différée au-delà de trente jours et dont la valeur convenue à la conclusion du contrat dépend de fluctuations sur le marché échappant au contrôle du professionnel »⁴³⁹ et enfin du cas d'*« une enchère publique »*⁴⁴⁰. La vente aux enchères étant une sorte de pari, elle peut donner lieu à la conclusion d'une bonne affaire tout comme par le jeu des surenchères, on peut réaliser un contrat déraisonnable par rapport à la qualité ou l'utilité réelle du bien. En présence de tels aléas, l'octroi du droit de rétractation au consommateur aurait consisté à faire peser les fluctuations du prix sur le professionnel, toute chose qui serait injuste compte tenu du fait qu'il n'exerce aucune influence sur ces fluctuations.

⁴³⁸ C. consom., art. L. 221-28, 2°, Dir. 2011/83/UE, art. 16, b.

⁴³⁹ C. consom., art. L. 221-28, 7° ; Dir. 2011/83/UE, art. 16, g.

⁴⁴⁰ C. consom., art. L. 221-28, 11° ; Dir. 2011/83/UE, art. 16, k.

236. **Les biens individualisés.** Il s'agit des cas d'exclusion de la « *fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés* »⁴⁴¹. En effet, dès lors que le consommateur intervient dans la confection du bien, quel que soit le degré de cette intervention c'est-à-dire sans que le « bien ne réponde dans son intégralité aux spécifications de ce dernier », le droit de rétractation doit être écarté. Cependant, la notion de bien nettement personnalisée pose dans la pratique des difficultés. A partir de quand, l'on peut être fondé à dire que la personnalisation est nette. Il s'agit là d'une question de fait laissée à l'appréciation des juges. Pour la Cour de cassation, « les options relatives à la couleur de la carrosserie et à l'installation d'une alerte de distance de sécurité n'avaient fait l'objet d'aucun travail spécifique de la part du vendeur et ne suffisaient pas à faire du véhicule un bien nettement personnalisé »⁴⁴². Cette décision s'inscrit en droite ligne d'un précédent arrêt que cette même cour avait rendu, le 20 mars 2013, dans une affaire opposant un commerçant et des consommateurs à l'occasion d'un contrat de vente portant sur des motos qui devaient être immatriculés par le commerçant avant livraison. En effet, la Cour a, alors, décidé qu'en matière de vente à distance, l'exclusion du droit de rétractation prévue par l'article L. 121-20-2⁴⁴³ du Code de la consommation ne peut être opposée à l'acquéreur d'une motocyclette au motif que celle-ci a fait l'objet d'une immatriculation, laquelle ne suffit pas à en faire un bien nettement personnalisé⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ C. consom., art. L. 221-28, 3° du C ; Dir. 2011/83/UE, art. 16, c.

⁴⁴² Civ., 17 janv. 2018, n°17-10255 Bull. 2018, I, n° 8 ; Gaz-Pal., 03 avril 2018, n°13, p.21, obs. Stéphane PIEDELIEVRE.

⁴⁴³ Actuel art. 221-28 du C.consom.

⁴⁴⁴ Civ., 20 mars 2013, n° 12-15052 : Bull. civ. I, n° 54 ; Gaz. Pal., 11 juill. 2013, n°192, p.15 obs. Stéphane PIEDELIEVRE.

237. **Les biens périssables.** Au titre des exclusions à l'exercice du droit de rétractation, il y a les contrats portant sur des « biens susceptibles de se détériorer ou de se périmér rapidement » ou encore des « biens qui ont été descellés par le consommateur après la livraison et qui ne peuvent être renvoyés pour des raisons d'hygiène ou de protection de la santé »⁴⁴⁵. Le fondement de ces exclusions réside plus dans des conditions d'hygiène que dans l'impossibilité de restituer le bien pendant le délai de rétractation. Dans de telles hypothèses, l'exclusion du droit de rétractation ne peut être obtenue que par la preuve de « l'altération ou l'impropriété de la chose à la consommation »⁴⁴⁶. C'est ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que le fait pour le consommateur d'enlever le film de protection d'un matelas acheté sur internet ne lui privait pas de son droit de rétractation⁴⁴⁷. Elle a précisé que « l'exception au droit de rétractation prévue à l'article 16, sous e), de la directive 2011/83 ne trouve à s'appliquer que si, une fois son emballage descellé, le bien qu'il contient n'est définitivement plus en état d'être commercialisé, pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène, étant donné que la nature même de ce bien rend impossible ou excessivement difficile au professionnel de prendre des mesures permettant de le remettre en vente sans pour autant nuire à l'un ou l'autre de ces impératifs ». Par conséquent, a-t-elle décidé qu'un matelas dont la protection a été retirée par le consommateur après la livraison ne saurait relever de l'exception au droit de rétractation car « un tel matelas, bien qu'ayant été potentiellement utilisé, n'apparaît pas, de

⁴⁴⁵ C. consom., art. 228-28, 4° et 5°; Dir. 2011/83/UE, art. 16, d et e.

⁴⁴⁶ Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, p.445, n°469.

⁴⁴⁷ CJUE, 6ème ch., arrêt du 27 mars 2019, Slewō – schlafen leben wohnen GmbH c/Sascha Ledowski, disponible : <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-justice-de-lunion-europeenne-6eme-ch-arret-du-27-mars-2019/>, consulté le 02/03/2020.

ce seul fait, définitivement impropre à faire l'objet d'une nouvelle utilisation par un tiers ou d'une nouvelle commercialisation. Il suffit, à cet égard, de rappeler notamment qu'un seul et même matelas sert aux clients successifs d'un hôtel, qu'il existe un marché des matelas d'occasion et que des matelas qui ont été utilisés peuvent faire l'objet d'un nettoyage en profondeur »⁴⁴⁸.

238. ***Les biens qui ne peuvent être réexpédiés.*** Le droit de rétractation ne peut être exercé pour les « biens qui, après avoir été livrés et de par leur nature, sont mélangés de manière indissociable avec d'autres articles »⁴⁴⁹. Cette exclusion se justifie par l'impossibilité pour le consommateur, en cas d'exercice de son droit de rétractation, de restituer le bien reçu. Le mélange qui intervient après la livraison avec d'autres biens emporte un changement de la nature ou de l'identité par suite de transformation du bien plaçant le consommateur dans une impossibilité absolue de le restituer.

239. ***Le support de la prestation fournie.*** Certains biens ou services en raison de leur support ne sont pas éligibles à l'exercice du droit de rétractation. Il en va ainsi de certaines prestations qui peuvent aisément être copiés dès leur livraison par le consommateur soit sur support matériel ou immatériel.

240. Pour ce qui concerne le support matériel, il s'agit des cas de fourniture sur support physique soit « d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur » soit « d'un journal, d'un périodique ou d'un magazine »⁴⁵⁰. L'exclusion du droit de rétractation dans ces hypothèses

⁴⁴⁸ Ibidem, n°42.

⁴⁴⁹ C. consom., art. 221-28, 6° ; Dir. 2011/83/UE, art. 16, f.

⁴⁵⁰ C. consom., art. 228-28, 9° et 10° ; Dir. 2011/83/UE, art. 16, i) et j).

a pour finalité d'anticiper sur la mauvaise foi éventuelle du consommateur qui peut faire copie de ces biens avant de déclarer exercer son droit de rétractation. C'est la raison pour laquelle en ce qui concerne les enregistrements et les logiciels informatiques, le consommateur ne sera privé de son droit de rétractation que lorsqu'ils ont été descellés. En effet, il y a descellement si l'emballage qui recouvre le support physique a été enlevé. Toutefois l'imputation du descellement à l'une ou l'autre des parties au contrat n'est pas aisée compte tenu de la distance qui caractérise l'exécution du contrat électronique, surtout lorsque le bien est livré par le recours à un professionnel tel les transporteurs ou les services postaux. En pareils cas, la violation de l'intégrité de l'emballage de l'œuvre peut intervenir en cours de trajet. Dès lors, le consommateur pour éviter d'être présumé avoir reçu le bien tel que décrit notamment sur le titre de transport, il doit protester immédiatement au moment de la livraison car le descellement doit être rangé dans la catégorie des dommages apparents. Cependant, le problème demeure entier lorsque l'œuvre aura été glissée par la poste dans la boîte aux lettres et que le consommateur découvre la violation de l'intégrité de l'emballage au moment où il en prend possession. Aussi, pour des raisons de police administrative ou de paiement de taxes douanières ou fiscales, l'administration peut elle-même rompre l'emballage qui recouvre le bien. Enfin, la mauvaise foi du professionnel n'est pas à écarter car il peut bien lui aussi alléguer un descellement qui n'existe pas au moment du renvoi du bien par le consommateur. Au total, il ressort qu'il peut être facile de prouver le descellement du bien mais difficile d'établir qu'il a été effectué par le consommateur.

241. En ce qui concerne le support immatériel, le droit de rétractation du consommateur est exclu pour le « contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord

préalable exprès du consommateur »⁴⁵¹. L'exclusion des contenus numériques non fournis sur support matériel marque une évolution législative car ni le droit interne français ni le droit communautaire ne l'avaient clairement envisagé. Dans la pratique, on se fondait sur « l'exclusion des biens informatiques descellés » pour apprécier l'opportunité ou non de l'exercice du droit de rétractation du consommateur lorsqu'il s'agit de logiciel téléchargé ou à télécharger directement en ligne. Le débat s'était alors cristallisé sur la question de savoir quand est ce qu'il y a descellement ? Est-ce à partir du clic sur le bouton de téléchargement ou de l'exécution du logiciel sur le terminal qu'est l'ordinateur ou le smartphone ? Cette question ne faisait pas l'unanimité parmi les auteurs. Certains auteurs estimaient qu'il y a « descellement lorsqu'un procédé d'encodage est modifié ou un fichier décompressé [a été] réceptionné par le consommateur »⁴⁵². D'autres soutenaient, par contre, que c'est à partir du début de téléchargement c'est-à-dire, dès l'accès des premiers fichiers téléchargés⁴⁵³. En effet, désormais si l'exécution du contrat commence et que le contenu numérique, telle la musique ou le logiciel est téléchargé sur l'appareil mobile du consommateur, les intérêts de l'entreprise seront probablement méconnus puisque, si le droit de rétractation est exercé, le professionnel devrait normalement rembourser le consommateur sans avoir la garantie qu'il a supprimé le contenu. Sans réelle surprise et avec raison, le législateur a privilégié les intérêts du professionnel en privant le consommateur de droit de rétractation dans ce cas de figure⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ C. consom., art. L. 221-28, 13) ; Dir. 2011/83, art. 16, m).

⁴⁵² Jérôme PASSA, « Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs », *op. cit.*, p.35.

⁴⁵³ Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, *op. cit.*, p.120.

⁴⁵⁴ Hervé Jacquemin, « *La protection du consommateur de contenus numériques* », *op. cit.*, p.26.

242. L'absence du caractère d'ordre public des exclusions. A l'analyse, il ressort que les exclusions prévues ne sont pas d'ordre public. Les parties peuvent décider de commun accord que le droit de rétraction bénéficiera au consommateur en dépit du fait que le contrat en cause fait partie des exclusions⁴⁵⁵. Toutefois, lorsque le droit de rétractation est admis, il importe qu'il soit exercé dans un certain temps pour pouvoir produire les effets de droit qui lui sont attachés.

§2. Les conditions d'exercice du droit de rétractation

243. En dehors des cas exceptés, le droit de rétractation existe dans tous les contrats électroniques conclus par le professionnel avec le consommateur. Son exercice est subordonné d'une part, au respect du délai de rétractation (1) et d'autre part, à la mise à disposition du consommateur d'un formulaire de rétractation (2).

1. Le délai de rétractation

244. Justification de l'imposition du délai. Le droit de rétractation est le résultat d'un compromis entre des intérêts antagonistes. Il vise à corriger le déséquilibre informatif et technologique des consommateurs dont la confiance est nécessaire au développement des activités des professionnels électroniques. Toutefois, afin d'éviter que ces derniers professionnels ne restent longtemps dans une situation d'incertitude quant au sort du contrat électronique conclu avec le consommateur, le législateur a enfermé l'exercice du droit de rétractation dans un temps

⁴⁵⁵ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, p.442, n°465.

bien précis dit délai de rétractation. Le professionnel électronique est tenu de mettre à la disposition du consommateur le formulaire type sous peine de sanction.

245. La durée de principe du délai. La directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance qui a institué le droit de rétractation accordait au consommateur « *un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter* »⁴⁵⁶. Une telle formulation laissait la possibilité à chaque Etat membre lors de sa transposition de fixer tel délai de rétractation qui lui convient pourvu que ce délai ne soit pas inférieur à sept jours ouvrables. Toutefois, la directive 2011/83/CE qui a remplacé celle de 1997 a, dans un souci d'uniformisation du délai d'exercice du droit de rétractation dans le marché de l'Union Européenne, imposé désormais le délai unique de quatorze jours⁴⁵⁷. Elle prescrit, en effet, au point 1. de son article 9 : « ... *le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance...* ». En application de ces directives communautaires, l'ordonnance du 23 août 2001⁴⁵⁸ avait retenu le délai « de sept jours francs »⁴⁵⁹, et depuis la « loi Hamon »⁴⁶⁰, le législateur s'est aligné sur le délai de quatorze jours prescrit par la directive 2011/83/UE.

246. La prolongation du délai. La prolongation du délai intervient comme une sanction de l'inexécution par le professionnel de certaines de ses obligations en lien avec le droit de rétractation du

⁴⁵⁶ Art. 6 de la Dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, préc.

⁴⁵⁷ L'art. 9, 1.) de la Dir. 2011/83 dispose en son alinéa 1^{er} « ... le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour se rétracter d'un contrat à distance... ».

⁴⁵⁸ Ord. n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, préc.

⁴⁵⁹ Il faisait l'objet de l'art. L.121-20 du C. consom.

⁴⁶⁰ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, préc.

consommateur. Il en va ainsi de la non fourniture avant la conclusion du contrat au consommateur par le professionnel des informations relatives aux conditions, au délai et aux modalités d'exercice du droit de rétractation ainsi que le formulaire type de rétractation. En pareils cas, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai initial de rétractation. Il est loisible au professionnel de faire son *mea culpa* en fournissant pendant la période de prolongation, les informations sus citées au consommateur. Si le professionnel fournit de façon appropriée, pendant la prolongation lesdites informations au consommateur, le délai de rétractation expirera alors à l'issue de la « période de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu ces informations»⁴⁶¹.

247. La computation du délai. Le point de départ du délai de rétractation varie suivant la nature de l'obligation caractéristique du contrat qui est l'obligation du professionnel électronique. S'il s'agit d'une vente d'un bien, le délai commence à courir dès la réception du bien, objet du contrat de vente soit par le consommateur soit par un tiers désigné par ce dernier. Toutefois, le législateur exclut que le tiers puisse être le transporteur chargé d'assurer la livraison du bien. En présence d'une commande portant sur des biens qui sont livrés séparément ou lorsque la commande porte sur un bien constitué de lots ou de pièces multiples et dont la livraison ne se fait pas en une seule fois, le délai commence à courir dès la réception soit du dernier bien soit du dernier lot ou de la dernière pièce. Par ailleurs, si les contrats instituent une livraison régulière de biens pendant une période de temps bien décliné, le délai de rétractation commence à courir en pareille hypothèse, dès la réception du premier bien⁴⁶².

⁴⁶¹ Art. L. 221-20 du C. consom. ; Art. 10 de la Dir. 2011/83.

⁴⁶² C. consom. art. L. 221-18 al. 2, 3 et 4.

248. La réception du bien comme point de départ du délai de rétractation est en parfaite adéquation avec l'un des objectifs de ce droit qui consiste à permettre au consommateur d'essayer la chose acquise pour pouvoir l'apprécier⁴⁶³. C'est pourquoi, il est important que la chose lui soit livrée en personne ou à son mandataire.

249. Mais qu'en est-il de la période qui court de la conclusion du contrat jusqu'à la livraison du bien acheté ? Rien en principe n'interdit au consommateur d'exercer son droit de rétractation. Au demeurant, une interprétation téléologique de l'institution de ce droit au profit du consommateur fonde à admettre, nonobstant le silence du législateur, que le consommateur peut renoncer au contrat sans avoir à attendre nécessairement la livraison du bien. En ce sens, le consommateur qui a contracté de façon impulsive peut se rendre vite compte, après réflexion, de sa maladresse avant même la livraison. En pareil cas, sa rétractation avant expédition lui épargnerait la charge des frais de renvoi du bien au professionnel.

250. Enfin, si le contrat électronique porte sur la fourniture de contenu numérique indépendamment de tout support matériel, le délai de rétractation court à compter du jour de la conclusion du contrat⁴⁶⁴. Le législateur français avait opté, dans la transposition de la directive n°97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, pour « un délai franc ». Cela impliquait que le consommateur pouvait exercer son droit de rétractation jusqu'au lendemain de la date d'expiration du délai de sept jours qui lui était imparti. Cette option était contraire au

⁴⁶³ Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes*, *op. cit.*, p.449, n°477.

⁴⁶⁴ C. consom., art. L. 221-18, al. 1°.

Règlement du Conseil n°1182/71 du 3 juin 1971, portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes qui prescrit qu'un « délai exprimé en jours [...] prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai »⁴⁶⁵. Dans le souci de garantir la sécurité juridique, la directive 2011/83/UE a rappelé qu'il convenait que le règlement n°1182/71 s'applique au calcul des délais qu'elle a institués⁴⁶⁶. Dans ce sens, l'article L.221-19 du Code de la consommation institue dorénavant un délai non franc. De façon concrète, le jour du commencement du délai (*dies a quo*), en l'occurrence, le jour où le contrat est conclu, n'est pas compté, cependant que le dernier jour (*dies ad quem*), à savoir le jour de la réception du bien, doit être entièrement accompli pour que le délai soit expiré. Si la fin du délai tombe sur jour non ouvrable⁴⁶⁷, l'article suscité précise qu'il est alors prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

251. La date à prendre en compte pour s'assurer du respect par le consommateur de son droit de rétractation est celle à laquelle il « adresse »⁴⁶⁸ ou « envoie »⁴⁶⁹ le formulaire type de rétractation ou sa déclaration exprimant sa décision de se rétracter. La date de renvoi du bien n'est pas pris en compte. Par conséquent, le consommateur a, jusqu'à la dernière heure du dernier jour du délai pour envoyer sa décision de rétractation. Il n'est pas tenu compte de la date de sa réception par le professionnel électronique. Il s'agit là d'une

⁴⁶⁵ Art. 3, 2. b) du Règlement (CEE, Euratom) n°1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes, JOCE, n° L 124, du 8 juin 1971, p. 2.

⁴⁶⁶ Dir. 2011/83/UE, Consid. 41.

⁴⁶⁷ Il en est ainsi des samedis, dimanches ou des jours fériés ou chômés.

⁴⁶⁸ L'art. 11, 2 de la Dir. 2011-83 dispose : « Le consommateur a exercé son droit de rétractation dans le délai de rétractation visé à l'article 9, paragraphe 2, et à l'article 10 s'il adresse la communication concernant l'exercice du droit de rétractation avant l'expiration de ce délai ».

⁴⁶⁹ Art. L. 221-21 al.1 du C. consom.

consécration de la théorie de l'émission, solution qui est plus protectrice du consommateur.

252. La nature du délai de rétractation. La question de la nature de ce délai se pose dans la mesure où le Code de la consommation, après avoir consacré que le délai de rétractation est de quatorze jours calendaires, lorsqu'il s'agit d'un contrat de prestation de services financiers⁴⁷⁰, n'a guère précisé la nature de ce délai pour les contrats portant fourniture de biens ou de prestation de service non financier. Toutefois, il convient de relever que la directive 2011/83/UE a, dans son considérant n°41, précisé que « ... *tous les délais prévus dans la présente directive devraient s'entendre en jours calendaires...* ». Dès lors, nonobstant le silence du législateur français, l'on devrait conclure que le délai de rétractation, à la différence de celui de prescription, est un délai prefix par conséquent insusceptible de toute suspension ou interruption. Le consommateur doit donc faire preuve d'une certaine diligence et attention dans l'exercice de son droit de rétractation.

253. Concrètement, s'il entend user de ce droit, il doit avant l'expiration du délai prefix adresser sa rétractation au professionnel en utilisant soit le formulaire type soit en faisant une « *déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter* »⁴⁷¹. Dès lors, tout comportement du consommateur dont on peut « *déduire une volonté réelle de se rétracter, constitue une telle manifestation de volonté* »⁴⁷². La preuve de l'exercice du droit de rétractation incombe au consommateur⁴⁷³, il serait cependant judicieux que ce dernier opte

⁴⁷⁰ Art. L. 222-7 al. 1^{er} du C. consom.

⁴⁷¹ C. consom., art. 221-21 al. 1 du. ; Dir.2011/83/UE, art. 11, 1^o, a.

⁴⁷² Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, p.453, n°480.

⁴⁷³ C. consom., art. L. 221-22.

pour l'utilisation de procédés laissant trace écrite. Il s'en suit qu'il peut utilement recourir au courrier électronique ou aux procédés classiques d'envoi des correspondances telles la télécopie et la poste. Enfin, le consommateur peut remplir et transmettre en ligne, sur le site internet du professionnel, le formulaire de rétractation ou sa déclaration. Dans ce dernier cas, le professionnel est tenu d'en accuser réception sans délai au moyen d'un accusé de réception, sur un support durable⁴⁷⁴. Malgré l'existence de ces multiples possibilités d'expression et de notification de la rétractation exercée, le droit de la consommation impose au professionnel de fournir un formulaire type de rétractation au consommateur.

2. La mise à disposition du formulaire type de rétractation

254. **Le contenu du formulaire type.** La directive n°2011/83/UE relative aux droits des consommateurs et le Code de la consommation⁴⁷⁵ prévoient une obligation pour le professionnel électronique de fournir au consommateur le formulaire type de rétractation.

255. Le modèle de formulaire de la directive qui figure à l'annexe I, point B est le même que celui prévu par l'annexe de l'article R. 221-1 du Code de la consommation. Il comporte des mentions à l'attention du professionnel qui doit s'identifier en y portant son nom, son adresse géographique et lorsqu'ils sont disponibles, son numéro de télécopieur et son adresse électronique. De même, il comporte des mentions relatives à la précision

⁴⁷⁴ C. consom art. L. 221-21 al.2 ; Dir. 2011/83/UE, art. 11, 3°.

⁴⁷⁵ C. consom., art. L. 221- 5, 2° ; Dir. 2011/83/UE, art. 6, h).

de la déclaration non équivoque du consommateur et de son obligation de notifier au professionnel sa rétractation du contrat portant soit sur la vente du bien qu'il précise ou pour la prestation de service qu'il décline. Enfin, le formulaire comporte des champs pour recevoir les mentions relatives à l'indication de la date de la commande et de sa réception, au nom et adresse du consommateur et à la signature de ce dernier si le formulaire doit être notifié sous format papier.

256. La sanction de son absence ou de sa non-conformité. Le défaut de fourniture du formulaire de rétractation ou sa remise non conforme est passible d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 150 000 euros⁴⁷⁶.

257. Le choix de la sanction pénale par le législateur français surpassé la seule protection des intérêts individuels du consommateur, la partie faible au contrat électronique pour s'inscrire dans une logique de régulation rigoureuse. En l'occurrence, l'effectivité de la protection individuelle du consommateur aurait pu être atteinte par le maintien des seules sanctions civiles et administratives prévues pour sanctionner le manquement du professionnel à son obligation d'information précontractuelle. Toutefois, « la sanction pénale participe grandement à l'une des vertus principales du droit de la consommation, à savoir son aspect prophylactique »⁴⁷⁷. Par ailleurs, l'absence du formulaire de rétractation détachable ou la remise d'un formulaire non conforme s'apparente à un comportement déloyal du professionnel électronique. Le consommateur peut alors porter plainte au pénal. Grâce aux prérogatives importantes dont dispose le ministère public en matière de recherche des preuves, l'instruction de

⁴⁷⁶ Art. L. 242-6 du C. consom.

⁴⁷⁷ Dominique FENOUILLET, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre Incertaine », RDC, 1^{er} oct. 2004, n°4, p.955.

sa plainte lui permettra après coup de prouver le non-respect par le professionnel de son droit de rétractation ou du formalisme informatif qui le caractérise⁴⁷⁸. Il s'ensuit que la sanction pénale permet d'assurer l'efficacité de la protection des intérêts individuels du consommateur. En tout état de cause, le droit de rétractation régulièrement exercé par le consommateur produit des effets.

SECTION 2 : Les effets de l'exercice du droit de rétractation

258. Le consommateur qui bénéficie, à l'occasion d'un contrat électronique, d'un droit de rétractation n'est guère tenu de l'exercer. Il s'agit plutôt d'une simple faculté qui lui est offerte de retirer son consentement antérieurement donné. L'usage de cette faculté s'appréhende dans les faits comme une manifestation de volonté destinée soit à défaire le contrat électronique soit à empêcher son avènement (§1). Aussi, l'exercice du droit de rétractation produit des effets sur les parties (§2).

§1. Les effets de la rétractation sur le contrat électronique

259. Les conséquences de l'exercice du droit de rétractation concernent assurément le contrat principal formé ou en formation (1) mais aussi les contrats accessoires conclus en marge du contrat principal (2).

⁴⁷⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », RDC, 2014 n°03, 1^{er} sept. 2014, p.471.

1. Le contrat principal

260. La nature des effets de l'exercice de la faculté de rétractation sur le contrat électronique principal ne faisait pas l'objet d'unanimité. En effet, tandis que certains auteurs soutenaient que la rétractation a pour effet d'empêcher la conclusion du contrat, d'autres estimaient que son exercice entraîne l'anéantissement d'un contrat déjà formé.

261. **L'empêchement de la conclusion du contrat ?** Si l'on s'en tient à la finalité de la rétractation qui est d'assurer au consommateur, une volonté plus lucide, plus éclairée, on peut légitimement soutenir que l'exercice du droit de rétractation relève plutôt du processus de formation du contrat⁴⁷⁹. Plus exactement, il s'agit d'une manifestation particulière du processus de formation successive ou progressive du contrat⁴⁸⁰. La première étape est constituée par la rencontre de l'offre avec un embryon de consentement du consommateur et la seconde de consolidation ou de maturité du consentement du consommateur qui s'incarne dans l'absence de rétractation dans le délai imparti qui forme le contrat. Ainsi entendu, le droit de rétractation serait un dispositif de protection du consentement du consommateur qui a pour effet de différer la rencontre des volontés jusqu'à la fin du délai de « délibération » imparti au consommateur pour maintenir ou retirer sa volonté unilatérale⁴⁸¹. Si le consommateur exerce son droit de rétractation, cet exercice a pour effet d'empêcher la rencontre des

⁴⁷⁹ Jean CALAIS AULOY, «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», RTD civ., 1994, p.239.

⁴⁸⁰ Windpagnangdé Dominique KABRE, La conclusion des contrats électroniques. Etude de droits africains et européens, Paris : L'Harmattan, collection études africaines, 2013, n°586 et s., p.436 et s.

⁴⁸¹ Carla BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, op. cit., p.169.

volontés et donc la conclusion du contrat. Dès lors, l'exercice du droit de rétractation ne porte nullement atteinte à la force obligatoire des contrats car il intervient avant que le contrat ne se forme⁴⁸². Toutefois, l'évolution de la législation communautaire et nationale permet aujourd'hui de voir en l'exercice du droit de rétraction, la résolution unilatérale d'un contrat déjà formé.

262. L'anéantissement du contrat électronique. En prévoyant que « l'exercice du droit de rétractation met fin à l'obligation des parties d'exécuter le contrat à distance »⁴⁸³, les législateurs admettent en l'occurrence que le contrat est conclu dès l'échange des consentements entre le professionnel et le consommateur c'est-à-dire dès le deuxième clic du consommateur à l'issue de l'étape de la vérification de sa commande. Le contrat étant ainsi formé, les obligations des parties sont définitivement fixées. Par conséquent, l'exercice postérieur de la faculté de rétractation n'aura pas pour effet d'empêcher la conclusion du contrat mais son exécution. C'est pourquoi, la grande majorité des auteurs estime que le droit de rétractation constitue une « condition résolutoire purement potestative, mais légale et obligatoire »⁴⁸⁴. Il en résulte que lorsque le consommateur exerce sa faculté de rétractation, cette rétractation consiste non seulement à la récusation par celui-ci de ses propres obligations découlant dudit contrat mais aussi renonciation aux droits qui en résultaient pour lui. Elle entraîne la résolution du contrat électronique par la seule volonté unilatérale, discrétionnaire du consommateur.

⁴⁸² Jean CALAIS AULOY, «L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats», *op. cit.*

⁴⁸³ C. consom. art. L. 221-27, al. 1^{er}; Dir. 2011-83/UE, art. 12.

⁴⁸⁴ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.94 ; Jean BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, 1996, (Thémis-droit privé), p.356 ; Georges ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat » in Études offertes à René RODIERE, Dalloz, 1982, (Études, mélanges, travaux), p.247-278, spéc. p.264.

263. Cette renonciation vaut aussi bien pour l'avenir que pour le passé⁴⁸⁵. Elle proscrit alors la possibilité que le consommateur puisse rétracter sa rétractation dans le cadre du même contrat qui n'existe plus. Ainsi, lorsque le consommateur renonce à sa rétractation, il exprime une nouvelle commande⁴⁸⁶ qui formera un contrat distinct. Si entre la formation du premier contrat et sa rétractation, le professionnel a modifié ses conditions contractuelles notamment les prix qui ont connu une variation soit à la hausse ou à la baisse, le nouveau contrat se formera à ces nouvelles conditions. La rétractation de la rétractation constitue une nouvelle acceptation de la nouvelle offre qui formera un nouveau contrat. Quid des effets de la rétractation lorsque les parties n'étaient toujours qu'à l'étape d'une offre émise par le consommateur. Mais qu'est-il du sort des contrats accessoires en cas d'exercice du droit de rétractation ?

2. Le sort des contrats accessoires

264. **La notion de contrat accessoire au contrat principal.** La directive 2011-83/UE définit le contrat accessoire comme étant celui « ... *en vertu duquel le consommateur acquiert des biens ou services afférents à un contrat à distance ou à un contrat hors établissement, ces biens ou services étant fournis par le professionnel ou un tiers sur la base d'un accord conclu entre ce dernier et le professionnel* »⁴⁸⁷. Il résulte de cette définition deux conditions qui doivent être cumulativement réunies : la première est relative aux parties aux

⁴⁸⁵ Meryem Edderouassi, Le contrat électronique international, thèse : Droit privé, Univ. de Grenoble Alpes, déc. 2017, p.423,

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01892106>, consulté 05/03/2020.

⁴⁸⁶ Meryem EDDEROUASSI, ibidem, p.425.

⁴⁸⁷ Dir. 2011/83/UE, art. 2. 15.

contrats, la seconde se rapporte à la nature du lien juridique qui doit exister entre ce contrat accessoire et le contrat électronique principal.

265. Les parties au contrat accessoire. Les parties au contrat accessoire doivent être soit le consommateur et le professionnel soit le professionnel et un tiers. Dans ces cas, il n'y a pas de problème, le professionnel partie au contrat accessoire soit avec le consommateur soit avec le tiers, est en même temps la partie avec laquelle le consommateur est en relation en vue de la conclusion du contrat électronique.

266. La nature du lien juridique. Pour que le contrat soit considéré comme accessoire au contrat électronique, il doit exister un lien d'indivisibilité se traduisant par l'existence d'une interdépendance entre le contrat dit accessoire et le contrat électronique qui est le contrat principal. Les biens ou les services qui sont fournis ou à fournir au consommateur dans le cadre de ce premier contrat dit accessoire le sont dans l'expectative de la conclusion ou du maintien du contrat électronique. Il en résulte que cette attente du consommateur ou le but poursuivi par celui-ci, à défaut d'être commun, est dorénavant connu du professionnel c'est-à-dire qu'il est entré dans le champ contractuel. Dès lors, il importe de savoir quelles sont les conséquences de l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation du contrat principal sur ce contrat accessoire.

267. Les conséquences de l'exercice du droit de rétractation. L'exercice du droit de rétractation du contrat principal met fin aux obligations nées du contrat accessoire. Telle est la position du législateur. Lorsque la rétractation porte sur un contrat principal conclu par voie électronique, elle prive, en principe, d'effet juridique

tout contrat qui lui est accessoire⁴⁸⁸. Il s'ensuit une identité de destin entre le contrat principal et le contrat accessoire. Il s'agit là d'une consécration de la théorie de l'accessoire qui postule que « tout élément dépendant d'un élément principal suit le régime de celui-ci »⁴⁸⁹. Plus précisément, le contrat accessoire étant dépendant du contrat électronique, le contrat principal, il paraît donc logique de considérer que la disparition de ce dernier contrat entraîne celle du contrat accessoire. Par exemple, la rétractation d'une vente de matériels informatiques entraînerait la caducité du contrat maintenance qui avait été antérieurement conclu⁴⁹⁰. L'anéantissement automatique du contrat accessoire par l'exercice du droit de rétractation du contrat principal est une solution protectrice du consommateur mais aussi du professionnel électronique. Toutefois, le consommateur ne devrait pas pouvoir en bénéficier lorsqu'il n'existe que seulement une interdépendance réciproque entre des contrats c'est-à-dire sans création « de rapport d'accessoire à principal ». En outre, cet effet de la rétractation ne pourrait être qu'unilatéral. En effet, il ne s'appliquerait qu'en cas de rétractation du contrat principal et non en cas de rétractation du contrat accessoire. Par ailleurs, l'exercice du droit de rétractation ne met pas seulement fin au contrat principal et au contrat accessoire, s'il y a lieu, mais il crée également des obligations à la charge des parties.

⁴⁸⁸ C. consom. art. L. 221-27 alinéa 2 ; Dir. 2011/83/UE, art. 15 al. 1^{er}.

⁴⁸⁹ Jean Luc AUBERT et alii, Lexique des termes juridiques, sous la dir. Serges GUINCHARD et Thierry DEBARD, 25^{ème} éd., Paris : Dalloz, 2017-2018.

⁴⁹⁰ Com. 4 avr. 1995, n°93-20.029, Bull. 1995 IV N°115 p.101 ; D. 1996. 141, note Sabine PIQUET. Pour un prêt, v. Civ., 1^{er} juill. 1997, n° 95-15642, Bull. 1997 I N° 224 p.150 ; D. 1998, p.2, note Laurent AYNES.

§2. Les effets de la rétractation sur les parties

268. L'exercice du droit de rétractation fait naître à la charge du consommateur et du professionnel des obligations de restitution. Il convient de présenter tour à tour les obligations incombant au consommateur (1) et celles mises à la charge du professionnel (2).

1. Les obligations du consommateur

269. **La gratuité de la rétractation.** L'exercice du droit de rétractation est caractérisé par sa gratuité de principe et son caractère discrétionnaire. Autant le consommateur n'est pas tenu de motiver sa décision de rétractation, autant l'exercice de son droit ne peut être subordonné au paiement d'une quelconque somme d'argent. Toutefois, sa rétractation mettant fin au contrat et aux obligations qui en découlent, il doit restitution de tout ce qu'il a reçu sur le fondement du contrat et, s'il y a lieu, supporter les coûts de renvoi. Mais dans certains cas, sa responsabilité peut être engagée tout comme il peut être tenu du paiement de la contre-valeur des prestations déjà exécutées. Il importe, dès lors, d'appréhender les modalités de restitution et les paiements auxquels le consommateur peut être débiteur.

270. **Les modalités de la restitution.** En cas d'exercice par le consommateur de sa faculté de rétractation, les modalités de restitution sont relatives au délai de restitution et à l'objet de la restitution.

271. **Le délai de restitution.** Le Code de la consommation, en son article L. 221-23 alinéa 1^{er}⁴⁹¹, impartit au consommateur, dans l'hypothèse où le professionnel ne propose de récupérer lui-même les biens, un délai de quatorze jours soit pour renvoyer soit pour remettre directement les biens au professionnel ou à une personne spécialement habilitée par celui-ci. Ce délai de restitution est dorenavant, à l'instar de celui de la rétractation, un délai non franc. Par conséquent, il ne commencera à courir que le jour suivant la communication de la décision de rétractation au professionnel pour prendre fin à la dernière heure la date correspondant au quatorzième jour. Le consommateur est réputé avoir respecté le délai de restitution lorsqu'il renvoie les biens avant l'expiration dudit délai. A l'instar du délai de la rétractation, c'est la date d'envoi qui est prise en compte et non celle de la réception du bien par le professionnel ou par le mandataire de celui-ci. Dans tous les cas, le consommateur qui gère ses affaires en bon père de famille devra renvoyer, sans retard indu, les biens dès lors que sa décision de rétractation est prise puisque tout ce qui adviendra aux biens demeurés en sa possession engagera sa responsabilité.

272. **L'objet de la restitution.** L'objet de la restitution est fonction de la nature du contrat. S'il s'agit d'un bien, la restitution consistera au renvoi dudit bien au professionnel. S'il s'agit d'une prestation de service, le Code de la consommation admet la restitution par l'équivalent c'est-à-dire le versement d'une somme d'argent. Dans ce sens, le consommateur peut être tenu de verser au professionnel électronique une somme d'argent proportionnelle au service fourni avant qu'il ne communique à celui-ci sa décision de se rétracter. Cette restitution par équivalent n'est admise que lorsque l'exécution du

⁴⁹¹ Disposition identique à l'art. 14, 1 de la dir. 2011/83/UE.

contrat a commencé sur demande expresse du consommateur avant l'expiration du délai de rétractation⁴⁹². Il en résulte que le consommateur n'est tenu au versement d'aucune somme si son accord exprès n'a pas été recueilli par le professionnel pour l'entame de l'exécution du contrat de prestation de service avant l'expiration du délai de rétractation. Il en sera de même lorsqu'ayant obtenu cet accord pour commencer ladite exécution, le professionnel manque de l'informer de son obligation du paiement des frais lorsqu'il exercera plus tard son droit de rétractation⁴⁹³. Dans tous les cas, le montant de la restitution par l'équivalent doit être proportionné au prix total convenu dans le contrat. Même dans ce cas, s'il est admis que le prix total initialement convenu était excessif, le législateur admet que le montant de la restitution puisse être déterminé en référence à la valeur vénale du service fourni⁴⁹⁴. Il en va de même pour le contrat portant sur un contenu numérique non fourni sur un support matériel. Dans ce dernier cas, le consommateur ne sera pas tenu de payer la somme correspondant à la prestation reçue lorsque « son accord préalable exprès » n'a pas été requis pour que l'exécution commence avant l'expiration du délai de rétractation avec son engagement non équivoque de renoncer à son droit de rétractation⁴⁹⁵.

273. Les paiements consécutifs à la rétractation. Les paiements auxquels le consommateur peut être tenu en cas d'exercice de sa faculté de répudiation sont les frais de renvoi du bien livré, le paiement dû en cas de dépréciation fautive du bien ou la contrepartie de la prestation de service entamée avec son consentement exprès

⁴⁹² C. consom. art. L. 221-25 al. 1.

⁴⁹³ C. consom. art. L. 221-25 *in fine*.

⁴⁹⁴ *Ibidem*.

⁴⁹⁵ C. consom., art. L221-26 ; Dir. 2011/83/UE, art. 14, 4.

avant l'expiration du délai de rétractation et qui n'avait pas été entièrement exécutée au moment de sa rétractation.

274. Coût de renvoi. Dans l'exécution de son obligation de restitution, le consommateur ne doit supporter que les frais de renvoi des biens, sauf si le professionnel offre de les prendre en charge. Autant les frais de la livraison initiale incombent au professionnel, autant le consommateur qui se retracte doit faire en sorte que les biens reçus soit ramenés chez le professionnel. Il s'ensuit une interdiction d'imputer au consommateur d'autres frais que ceux résultant des frais de renvoi des marchandises car une telle imposition aurait pour conséquence de rendre le droit de retractation ineffectif. En effet, le consommateur pourrait être découragé de faire usage de son droit de rétractation si cet usage engendre pour lui l'obligation de supporter le paiement de sommes d'argent. Au demeurant, même le seul paiement des frais de renvoi peut constituer un obstacle à l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation. Le consommateur peut s'être dépouillé totalement pour commander le bien. La prise en charge des frais de renvoi constituera alors pour un tel consommateur un motif de résignation et d'abandon. Encore faut-il qu'il ait été informé au moment de la conclusion du contrat électronique de l'existence et des modalités d'exercice du droit de rétractation notamment la connaissance du fait que les coûts de renvoi sont à sa charge. A défaut d'une telle information, le consommateur sera fort heureusement dispensé d'avoir à les supporter⁴⁹⁶.

275. Le paiement dû pour cause de dépréciation du bien. Au moment de la rétractation, la responsabilité du consommateur ne peut être engagée qu'à une double condition. En effet, il faut d'abord que la

⁴⁹⁶ C. consom., art. L. 221-23 al. 2 ; Dir. 2011/83/UE, art. 14, 1 al. 2.

condition de base qui réside dans l'information qui doit lui être fournie sur l'existence et les modalités d'exercice du droit de rétractation ait été préalablement remplie. Ensuite, il doit être établi que la dépréciation des biens constatée résulte d'autres manipulations que celles nécessaires pour établir leur nature et leur caractéristiques ou pour se convaincre de leur bon fonctionnement⁴⁹⁷. Cette précision apportée par la directive 2011/83/UE fait suite à la décision de la Cour de justice de l'Union européenne rendue, le 3 septembre 2009, dans l'affaire Pia Messner contre Firma Stefan Krüger sus citée. La Cour de justice avait en effet décidé dans un litige né d'un contrat de vente d'un ordinateur en ligne, que les dispositions de la directive 97/7 ne s'opposaient pas à la condamnation du consommateur à payer une indemnité pour l'utilisation du bien « *incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause* »⁴⁹⁸. La Cour a, par la condition de l'usage « incompatible », rejeté le principe d'une indemnité générale pour l'utilisation du bien en cas d'exercice postérieur du droit de rétractation⁴⁹⁹. Par conséquent, le professionnel vendeur ne peut réclamer et obtenir du consommateur une indemnité compensatrice pour une utilisation générale et conforme du bien acquis⁵⁰⁰.

276. Le paiement pour service partiellement effectué. Le consommateur peut avoir intérêt à ce que le professionnel exécute sa prestation de service avant l'expiration du délai de rétractation, c'est-

⁴⁹⁷ Art. 14, 2 de la Dir. 2011/83 ; art. L. 221-23 *in fine* du C. consom.

⁴⁹⁸ CJUE, 3 sept. 2009, Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger, point 29 ; D. 2009, n°32, p.2161, Obs. Valérie AVENA-ROBARDET.

⁴⁹⁹ CJUE, 3 sept. 2009, Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger ; RDC 1^{er} janv. 2010, n°1, p.113, obs., Sébastien PIMONT ; RDC 1^{er} avril. 2010, n°02, p.643, obs. Carole AUBERT DE VINCELLES ».

⁵⁰⁰ CJCE 17 avr. 2008, aff. C-404/06, Rec. P. I-2685 ; D. 2008, Jur. 2631, note G. et L.-F. PIGNARRE ; D., 2009, Pan. 293, obs. POILLOT et SAUPHANOR- BROUILLAUD ; V. aussi Rouen, 17 déc. 2008, CCC 2009, n°238, note Raymond.

à-dire dès la conclusion du contrat. Le droit de la consommation impose au professionnel qui reçoit une telle demande expresse du consommateur, de la recueillir « par tout moyen pour les contrats conclus à distance »⁵⁰¹. Dans ce cas, si le consommateur postérieurement à sa demande expresse au professionnel d'entamer, avant l'expiration du délai de rétractation, l'exécution du contrat de prestation de services, se ravise pour exercer son droit de rétractation, il sera tenu au paiement d'une somme d'argent correspondant à son enrichissement sans cause⁵⁰². Toutefois, faut-il le rappeler, ce paiement n'est pas dû par le consommateur si le professionnel n'a pas recueilli la demande expresse de celui-ci avant d'entamer l'exécution du contrat de prestation de service⁵⁰³.

2. *Les obligations du professionnel*

277. L'exercice du droit de rétractation a pour effet de constituer le professionnel débiteur des sommes perçues qu'il doit répéter avec diligence au consommateur, sous peine de sanctions.

278. **L'obligation de remboursement.** Lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation, le professionnel est tenu de lui rembourser « la totalité des sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter »⁵⁰⁴. Toutefois, lorsque le contrat en cause est une vente, le professionnel est admis, à moins qu'il ait proposé de récupérer lui-même le bien objet du contrat, à différer le

⁵⁰¹ C. consom., art. L. 221-25 al. 1.

⁵⁰² V. ci-dessus, le point sur l'objet de la restitution.

⁵⁰³ C. consom., art. L. 221-25 al. 3.

⁵⁰⁴ C. consom., art. L. 221-24 al. 1.

remboursement jusqu'à la récupération du bien ou jusqu'à la fourniture par le consommateur de la preuve de son expédition⁵⁰⁵. La première des dates de l'engagement du professionnel de récupérer le bien ou de l'expédition dudit bien faite par le consommateur marque le point de départ du délai de quatorze jours dans lequel le remboursement doit intervenir. Ces dispositions posent deux exigences qui tiennent respectivement au délai et au contenu du remboursement. Il y a aussi que le remboursement doit s'effectuer suivant certaines modalités.

279. Le délai de remboursement. L'impératif en la matière est la célérité qui doit caractériser l'exécution de cette obligation par le professionnel. En effet, il est tenu de s'exécuter sans délai c'est-à-dire aussitôt qu'il est informé de la décision de rétractation du consommateur et au plus tard dans les quatorze jours suivant⁵⁰⁶. Ce délai ne peut être différé même en cas de contrat de vente de bien que lorsque le bien doit être ramené au professionnel par le consommateur. Dans ce cas, le délai de remboursement commence à courir soit à compter de la récupération du bien par le professionnel soit à compter de la réception de la preuve de son expédition par le consommateur. Il en résulte une consécration de la théorie de la réception qui désavantage le consommateur. Ce dernier va se retrouver à attendre plus de temps avant d'être remboursé alors même qu'il n'a plus le bien à sa disposition qui a été, soit remis main à main au professionnel qui peut être a eu le temps de le proposer à nouveau en vente, soit expédié dont la preuve est déjà parvenue au professionnel. Néanmoins, cette solution présente l'intérêt d'être juste dans la

⁵⁰⁵ C. consom. art. L. 221-24, al. 2.

⁵⁰⁶ Ce délai était trente jours dans la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs (Art. 6, 2. de la directive 97/7/CE).

mesure où il « est difficilement justifiable de faire courir contre un contractant, fut-il professionnel, une obligation de remboursement alors même qu'il n'est pas informé de la rétractation du consommateur, et partant de l'existence même de cette obligation »⁵⁰⁷.

280. Le contenu du remboursement. Le professionnel doit remboursement de la totalité des sommes versées par le consommateur. En effet, le contrat ayant pris fin, les parties doivent être replacées dans la situation qui était la leur avant le contrat en faisant disparaître toutes les conséquences pécuniaires qui résultaient dudit contrat. Par conséquent, tous les paiements reçus de la part du consommateur y compris, s'il y a lieu, les frais de livraison doivent faire l'objet de répétition au consommateur. La Cour de justice de l'Union européenne interprétant la directive 97/7/CE, avait décidé qu'il était de la responsabilité du professionnel de restituer au consommateur qui a exercé son droit de rétractation, l'intégralité des frais de la livraison initiale dont une partie avait été retenue par le professionnel en application d'une stipulation de ses conditions générales de vente conforme à sa réglementation nationale⁵⁰⁸. Mais, si le consommateur a fait le choix, en toute connaissance de cause, d'un mode de livraison plus couteux que celui qui lui a été initialement proposé par le professionnel, l'obligation de remboursement du professionnel ne s'étend pas aux frais supplémentaires⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, p.458, n°487.

⁵⁰⁸ CJUE, 4ème ch., 15 avril 2010, Aff. C-511/08, Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH C / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=81365&doclang=FR>, consulté le 06/03/2020.

⁵⁰⁹ C. consom., art. L. 221-24, *in fine* ; Dir. 2011/83/UE art. 13, 2.

281. Les modalités du remboursement. La directive 97/7/CE avait passé sous silence les modalités de remboursement. C'est avec la loi Chatel de 2008, qu'il a été ajouté à l'article 120-20-1 du Code de la consommation, la précision que le « remboursement s'effectue par tout moyen de paiement. Sur proposition du professionnel, le consommateur ayant exercé son droit de rétractation peut toutefois opter pour une autre modalité de remboursement »⁵¹⁰. Il en résulte qu'il était permis au professionnel de choisir discrétionnairement le moyen de paiement. De plus, il était loisible à celui-ci de contourner la possibilité accordée au consommateur de choisir un autre moyen de paiement en n'en proposant aucun autre puisque c'est sur sa proposition que le consommateur peut bénéficier d'une telle option. Depuis la directive 2011/83, le moyen de remboursement n'est plus laissé au libre choix du professionnel. En vue de mieux protéger les consommateurs, il est imposé au professionnel les modalités d'exécution de son obligation de remboursement. Ainsi est-il désormais tenu pour procéder au remboursement de faire usage du même moyen de paiement que celui que le consommateur a utilisé pour s'acquitter de son obligation de paiement lors de la conclusion du contrat. Il ne peut utiliser un autre moyen de paiement que s'il a été expressément autorisé par le consommateur et dans la mesure où ce mode de remboursement n'occasionne pas de frais pour le consommateur⁵¹¹. Le recours donc à un autre moyen de paiement est non seulement subordonné à l'accord exprès du consommateur mais en plus, il ne doit pas engendrer des frais pour le consommateur. Dans tous les cas, le professionnel qui n'exécute pas promptement et adéquatement son obligation de remboursement s'expose à des sanctions.

⁵¹⁰ Art. 31 de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003, 4 janv. 2008.

⁵¹¹ C. consom., art. L. 221-24, al.3 ; Dir. 2011/83/UE art. 13, 1 al. 2.

282. Les sanctions de l'obligation de remboursement. En cas de non-respect par le professionnel du délai de remboursement, les sommes dues par lui produisent des intérêts de plein droit. En effet aux termes de l'article L. 242-4 du Code de la consommation : « ... les sommes dues sont de plein droit majorées du taux d'intérêt légal de 5 % si le retard est compris entre dix et vingt jours, de 10 % si le retard est compris entre vingt et trente jours, de 20 % si le retard est compris entre trente et soixante jours, de 50 % entre soixante et quatre-vingt-dix jours et de cinq points supplémentaires par nouveau mois de retard jusqu'à concurrence du prix du produit, puis du taux d'intérêt légal ». Cette disposition est suffisamment précise qu'elle ôte tout pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge dans la détermination de la sanction à infliger au professionnel. Le seul critère à prendre en compte, c'est l'écoulement du temps après l'expiration du délai de remboursement. Le caractère dissuasif et automatique notamment les majorations par paliers de cette sanction ont été considérées par un professionnel, à l'occasion d'un pourvoi devant la Cour de cassation, comme « contraires aux principes à valeur constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel effectif, du respect des droits de la défense et du droit à un procès équitable, résultant des dispositions de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 » ainsi qu'aux articles 17 et 2 de la Déclaration. La Cour de cassation concluant au caractère non sérieux des questions prioritaires de constitutionnalités n'a pas cru bon de soumettre ses exceptions d'inconstitutionnalité à l'examen du Conseil Constitutionnel. Elle a, en effet, décidé d'une part, que l'article L. 121-21-4 du Code de la consommation devenu l'article 242-4 ne prive pas le professionnel du droit à un recours effectif, dès lors que celui-ci « peut engager une action devant une juridiction pour obtenir restitution des sommes qu'il aurait indûment remboursées au consommateur ou contester, en défense, la demande en paiement de

ce dernier » et d'autre part que « la sanction prévue par cet article constitue une mesure propre à assurer la protection des consommateurs et à garantir l'effectivité de cette protection, en ce qu'elle est dissuasive ; que la majoration des sommes dues est progressive et ne s'applique qu'à l'issue d'un délai de quatorze jours à compter de la date à laquelle le professionnel est informé de la décision du consommateur de se rétracter ; que, dès lors, elle ne porte pas atteinte au droit de propriété et est proportionnée à l'objectif poursuivi »⁵¹². Au demeurant, le professionnel, pour éviter de telles majorations d'intérêts, peut utilement recourir à un séquestre car même si la consignation sous séquestre n'équivaut pas à un paiement, il met cependant un terme au cours des intérêts⁵¹³ et devrait donc permettre d'éviter leur augmentation par paliers telle que prévue le Code de la consommation.

⁵¹² Civ., 5 juill. 2017, n°17.10.255, ECLI:FR:CCASS:2017:C100971, Sophie Pellet, « *De la constitutionnalité d'une sanction... serait-elle dissuasive* », RDC, 07 déc. 2017, n°114q7, p.22.

⁵¹³ Civ., 17 févr. 1998, n° 95-19305 : Bull. civ. I, n° 64, dont il résulte que le versement des sommes entre les mains du séquestre judiciairement désigné met un terme au cours des intérêts ; effet qui constitue au demeurant l'un des intérêts principaux du séquestre.

CONCLUSION DU CHAPITRE

283. Le droit de la rétractation se révèle aujourd’hui comme une des meilleures trouvailles pour améliorer l’intégrité du consentement du consommateur dans le processus de conclusion des contrats électroniques, en ce qu’il lui accorde postérieurement à son deuxième clic d’acceptation un « instant de délibération supplémentaire »⁵¹⁴. Cette possibilité qui est donnée au consommateur d’évaluer discrétionnairement sa volonté et d’aviser en toute connaissance de cause du maintien ou du retrait de son consentement pendant un délai de quatorze jours à compter de la livraison du bien ou du début de l’exécution de la prestation de service, est un véritable correctif des aléas auxquels la contractualisation par voie électronique l’expose. L’exercice de la rétractation produit des effets analogues à ceux d’une résolution du contrat en ce sens que les parties doivent retrouver la situation qui était la leur avant leur entrée en relation. A ce titre, le consommateur doit renvoyer le bien reçu ou verser au professionnel une indemnité correspondant à la valeur marchande de la partie du service exécuté avec son accord exprès avant l’expiration du délai de rétractation. Le professionnel quant à lui, est tenu de rembourser tout ce qu’il a perçu du consommateur y compris les frais de livraison sans retard injustifié sous peine de majoration de plein droit.

284. En dépit de ses conséquences fâcheuses pour les professionnels notamment l’alourdissement de la conclusion du contrat et les restitutions qu’elle implique, ceux-ci ont très vite compris que la faculté de rétractation du consommateur en ce qu’elle renforce la

⁵¹⁴ Carla BAKER-CHISSL, « Le droit de rétractation du contrat électronique », *in* Judith ROCHFELD (dir), *L’acquis communautaire, Le contrat électronique*, *op. cit.*, p.136.

confiance de celui-ci dans le recours au mode électronique de conclusion de contrats, constituait un risque acceptable en raison des avantages que ce dispositif de par son existence apporte au développement de l'économie numérique.

CONCLUSION DU TITRE II

285. Les défis de protection du consentement du consommateur dans la contractualisation par voie électronique ont justifié du législateur d'une part, l'institution d'une expression formaliste de l'acceptation du consommateur conditionnant la validité du contrat et d'autre part, l'adaptation du droit de rétractation conditionnant la pérennité du contrat électronique.

286. L'acceptation régulière de l'offre électronique par le consommateur suppose la possibilité d'abord pour celui-ci d'effectuer lui-même ses choix de biens ou de services en ligne sanctionné par un premier clic, ensuite de vérifier sa commande à travers un récapitulatif qui doit être mis à sa disposition comportant la possibilité d'identification et de correction des erreurs. C'est à l'issue de cette étape de vérification que si le consommateur demeure déterminé à poursuivre sa commande qu'il cliquera une deuxième fois pour donner son consentement qui forme instantanément le contrat. Le législateur fait de la mise à disposition du consommateur d'une telle organisation technologique et procédurale d'expression de son consentement, une condition de validité du contrat électronique⁵¹⁵. Par ailleurs, en vue de rassurer le consommateur que le contrat formé par son acceptation a été pris en compte, il est fait obligation au professionnel électronique d'en accuser réception et surtout de fournir la confirmation du contrat sur support durable lisible et compréhensible au plus tard au moment de la livraison du bien ou de l'exécution de la prestation de service.

⁵¹⁵ C. civ., art. 1127-2.

287. La confirmation du contrat électronique sur support durable permettra au consommateur de disposer d'une preuve de la conclusion du contrat mais surtout de prendre davantage connaissance des conditions contractuelles en vue de la consolidation de son consentement. Par conséquent, cette confirmation du contrat sur support durable contribue à asseoir les bases d'un exercice utile de la faculté de rétractation.

288. Le droit de rétractation jadis conféré au consommateur partie aux contrats à distance, est apparu spécialement justifié en matière de contrats électroniques de consommation pour protéger le consommateur contre les engagements d'impulsion et inconsidérés auxquels l'exposent les procédés intrusifs de présentation des offres électroniques et les facilités techniques de leur acceptation⁵¹⁶.

⁵¹⁶ Carla BAKER-CHISS, « Le droit de rétractation du contrat électronique », *in* Judith ROCHFELD (dir), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, *op. cit.*, p.136.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

289. L'internet en bousculant les habitudes du consommateur, l'a entraîné également dans un nouveau mode de consommation. Les facilités qu'offre cet univers d'une part, dans la conception et la diffusion de la publicité électronique et d'autre part, dans l'apparition des intermédiaires exploitant des plateformes électroniques de biens et services ou de publication en ligne des avis des consommateurs, entament la volonté du consommateur et peuvent le conduire à s'engager inconsidérément⁵¹⁷. A cela s'ajoutent les facteurs distance et technique qui caractérisent la conclusion des contrats électroniques qui sont potentiellement sources d'erreurs de perception, de mauvaise manipulation voire de compréhension. Il en résulte que dans cet univers électronique, le consommateur a besoin davantage de protection pour stimuler sa confiance. Cette confiance⁵¹⁸ « se construit à la fois autour de la notion de sécurité, qu'elle soit juridique, technique ou organisationnelle et de celle de responsabilité des acteurs de l'économie numérique »⁵¹⁹.

290. Le droit de la consommation s'est donné pour mission de renforcer la sécurité juridique du consommateur. Ainsi, la préservation de sa liberté contractuelle a justifié l'encadrement de la publicité électronique et de l'activité des intermédiaires exploitant des plateformes électroniques de biens et services ou de publication en

⁵¹⁷ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.93.

⁵¹⁸ V. Céline CASTETS-RENARD, « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », Defrénois, 30 oct. 2006, n°20, p.1529.

⁵¹⁹ Eric CAPRIOLI et Pascal AGOSTI, « La confiance dans l'économie numérique », LPA, 3 juin 2005, n°110, p.5.

ligne des avis des consommateurs. Aussi, pour améliorer la qualité du consentement du consommateur, son information précontractuelle a été renforcée pour remédier aux risques induits par le recours à internet pour la conclusion des contrats. Ensuite, le droit de la consommation a mis en place un dispositif de consolidation du consentement du consommateur qui a consisté d'une part, à entourer l'acceptation du consommateur d'un formalisme qui conditionne la validité du contrat électronique ; et d'autre part, a octroyé un droit de rétractation au consommateur dont l'exercice a pour effet de mettre fin au contrat électronique.

291. La protection du consommateur ne s'arrête pas qu'avec la conclusion du contrat électronique. En effet, le contexte de conclusion du contrat électronique et la distance qui le caractérise ont justifié un encadrement de son exécution par le droit de la consommation en vue de sauvegarder les intérêts du cyberconsommateur.

Deuxième partie : Les dispositifs de protection du consommateur pendant la phase d'exécution

292. La protection du consommateur, partie au contrat électronique se poursuit pendant la phase de l'exécution des obligations qui en découlent. En effet, non seulement l'exécution dudit contrat demeure régie par les règles qui encadrent l'exécution des contrats de consommation quel que soit le contexte ou le mode de leur conclusion mais en sus, le législateur a renforcé la protection du consommateur en imposant des obligations spécifiques et un régime de responsabilité dérogatoire au professionnel électronique. L'ensemble de ses règles ont pour finalité de renforcer les obligations du professionnel électronique pendant la phase de l'exécution du contrat (Titre I).

293. Aussi, la prise en compte d'une part, de la distance séparant le consommateur et le professionnel électronique et, d'autre part, du caractère par excellence international de l'internet, ont justifié une adaptation des règles classiques de protection de consommateur en matière de règlement des litiges. Ainsi en présence d'un contrat électronique transfrontalier, de nouveaux critères de rattachement ont été consacrés pour instituer un régime dérogatoire tant en ce qui concerne la loi applicable au contrat électronique de consommation que la juridiction compétente pour connaître des litiges pouvant en découler. De plus, la médiation en ligne a été admise et organisée comme mode alternatif efficace, rapide et non dispendieux de règlement des litiges des contrats électroniques de consommation. Il s'ensuit une institution de régimes innovants et adaptés de protection du consommateur dans le règlement des litiges des contrats électroniques (Titre II).

TITRE I : LE RENFORCEMENT DES OBLIGATIONS DU PROFESSIONNEL LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE

294. La spécificité du contrat électronique ne réside en principe que dans son mode de conclusion qui s'effectue à distance et par voie électronique⁵²⁰. Mais lorsqu'il est de consommation, son exécution est assujettie par le droit de la consommation non seulement aux règles générales de droit commun mais aussi aux règles spécifiques du droit de la consommation relatives à l'exécution des contrats à distance⁵²¹.

Outre l'exigence de bonne foi du droit commun des contrats⁵²², l'exécution du contrat électronique par le professionnel est assujettie aux dispositifs de protection du consommateur mis en place par le droit de la consommation. La finalité de ces règles spécifiques du droit de la consommation est de prémunir le consommateur contre les risques d'inexécution, du retard dans l'exécution ou de mauvaise exécution du contrat électronique de consommation (Chapitre I). De plus, le renforcement de la protection du consommateur a justifié l'imposition d'un régime spécial de responsabilité au professionnel électronique (Chapitre II).

⁵²⁰ Olivier DESHAYES, « Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? », RDC, 1^{er} janv. 2012, n°1, p.88.

⁵²¹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°686 ; Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE et Mali DEPINCE, Précis : Droit de la consommation, *op. cit.*, n°571.

⁵²² C. civ., art. 1103 et 1104. Ces dispositions en consacrant le caractère obligatoire des contrats légalement formés pour les parties, précisent que ceux-ci doivent être exécutés de bonne foi.

CHAPITRE I : L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE : LES DISPOSITIFS DE PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR INDEPENDAMMENT DU CONTEXTE CONTRACTUEL

295. L'exécution est la vraie finalité de tout contrat et cristallise toute l'attention du consommateur. Par le contrat de consommation, le professionnel s'engage soit à livrer un bien qui peut être corporel ou incorporel au consommateur soit à fournir à celui-ci un service qui peut être une prestation matérielle ou intellectuelle et le consommateur devant payer la contrepartie. Lorsqu'il s'agit d'un contrat électronique, son exécution peut se faire soit en ligne ou hors ligne. Pour qualifier l'exécution comme l'ayant été en ligne ou hors ligne, seule l'obligation du professionnel qui est l'obligation caractéristique du contrat est prise en compte⁵²³. En effet, lorsque la livraison du bien ou la fourniture du service au consommateur a lieu directement sur le réseau internet, l'exécution du contrat est réputée être faite en ligne, peu importe que le paiement ait été également fait en ligne ou non. Tel est le cas du logiciel à télécharger directement sur un ordinateur ou un smartphone, de la consultation d'une base de données numériques ou encore une prestation intellectuelle telle qu'une consultation, une assistance ou une maintenance directement fournie en ligne. Par contre, l'exécution est qualifiée de hors ligne si la livraison du bien ou la fourniture du service a lieu au domicile du consommateur ou dans tout autre lieu désigné par celui-ci.

296. Dans les contrats électroniques comme dans tous les contrats à distance, les principales difficultés auxquelles les consommateurs

⁵²³ Lionel BOCHURBERG, Internet et commerce électronique, *op. cit.*, n°956.

peuvent être confrontés dans leur exécution tiennent notamment aux risques de livraison ou de fourniture tardive, aux risques de perte ou d'endommagement des biens ou des services avant leur livraison ou enfin à la fourniture de biens ou de services qui ne correspondent pas aux stipulations du contrat. Pour remédier à ces risques, le droit de la consommation a encadré la période d'exécution du contrat en édictant des règles visant d'une part, à soustraire le consommateur de la charge des risques de la chose objet du contrat jusqu'à la livraison tout en imposant au professionnel une borne temporelle pour livrer au consommateur le bien ou lui fournir la prestation de service convenu et d'autre part, à protéger le consommateur des défauts de conformité desdits biens ou services découverts après l'expiration du délai de rétractation. Il convient d'examiner d'abord la livraison ou la fourniture de l'objet du contrat électronique (Section I) avant de se pencher sur le mécanisme de la garantie légale de conformité (Section II).

SECTION 1 : La livraison ou la fourniture de l'objet du contrat

297. L'objet du contrat électronique qu'il porte sur un bien matériel ou immatériel ou sur une prestation de service doit être mis à la disposition du consommateur. En l'absence d'une exécution immédiate, le professionnel doit exécuter son obligation dans le délai contractuel et à défaut de stipulation d'un tel délai, dans le délai supplétif imposé par le droit de la consommation (§1). La livraison effectuée opère le transfert des risques du professionnel au consommateur (§2).

§1. L'imposition d'une borne temporelle d'exécution du contrat de consommation

298. Le droit de la consommation impose au professionnel d'exécuter son obligation dans un délai ou dans une période qui doit être portée à la connaissance du consommateur antérieurement à la conclusion du contrat (1). Le non-respect de ce délai l'expose à des sanctions (2).

1. La durée du délai d'exécution du contrat

299. **Le délai contractuel ou supplétif.** Les professionnels électroniques et plus singulièrement les sites de commerce électronique, en vue d'attirer la clientèle, affichent des délais de livraison très courts alors que dans le même temps dans les conditions générales de vente ou de contrats, les délais sont purement indicatifs afin d'éviter que leur responsabilité puisse être facilement engagée en cas de retard⁵²⁴. De telles pratiques sont contraires au droit de la consommation. En effet, le Code de la consommation impose à tout professionnel, en l'absence d'une exécution immédiate d'indiquer au consommateur la date ou le délai de la livraison du bien ou de la fourniture du service. A défaut d'indication ou d'accord quant à la date de livraison ou d'exécution, le professionnel est tenu de livrer le bien ou d'exécuter « *la prestation sans retard injustifié et au plus tard trente jours après la conclusion du contrat* »⁵²⁵.

⁵²⁴ Meryem EDDEROUASSI, Le contrat électronique international, *op. cit.*, p.397.

⁵²⁵ C. consom., art. L. 216-1, al. 1^{er}.

300. Cette borne temporelle, clairement fixée par le Code de la consommation, est inconnue du droit commun⁵²⁶. Le professionnel électronique qui contracte donc avec le consommateur dispose de la faculté d'opter pour un délai d'exécution contractuel. En l'absence d'une telle stipulation, il sera tenu de s'exécuter dans le délai supplétif de trente jours qui suit la conclusion du contrat. Autrement dit, le délai qu'il soit contractuel ou supplétif, il oblige le professionnel qui est tenu de le respecter. Concrètement, lorsque l'obligation du professionnel consiste à la livraison d'un bien, il est considéré s'être acquitté de son obligation s'il a transféré la possession physique ou le contrôle dudit bien au consommateur⁵²⁷.

301. L'imposition du délai d'exécution au professionnel a été initialement envisagée par l'article 18 de la directive 2011-83/UE⁵²⁸ pour les seuls contrats portant sur des biens. Mais, il a été utilement étendu dans le Code de la consommation aux contrats de prestation de service par la loi 344-2014 du 17 mars 2014⁵²⁹. A l'image de la livraison du bien au consommateur qui opère libération du professionnel, celui tenu d'une obligation de prestation de service ne sera réputé l'avoir exécutée dans le délai que lorsque le consommateur est mis en état de pouvoir jouir librement du service effectué. Par contre, le mode de mise à disposition des contenus numériques au consommateur avait été occulté par la directive 2011/83/UE. La directive n'avait pas pris la peine de préciser les contours de l'obligation de fourniture de contenus numériques puisqu'elle se

⁵²⁶ Com., 9 oct. 2019, n°18-13286, RDC 02 déc. 2019, n°11, p.4, obs. Gaëtan GUERLIN.

⁵²⁷ C. consom, art. L. 216-1 *in fine* du.

⁵²⁸ Dir. 2011-83/UE, art. 18.

⁵²⁹ Art. 23 de la loi 2014-344 du 17 mars 2014. L'art.17-1. « Les articles 18 et 20 s'appliquent aux contrats de vente. Ils ne s'appliquent pas aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, de chauffage urbain ou de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

contentait de préciser que la livraison était réalisée par le transfert de la possession physique du bien au consommateur. Or, il ne pouvait en être de même pour les contenus numériques, à moins qu'ils aient été livrés sur un support matériel⁵³⁰. L'adoption de la directive 2019-770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques⁵³¹ vient remédier à cette faiblesse du dispositif de protection du consommateur partie à un contrat ayant pour objet la fourniture des contenus numériques. Au sens de l'article 5-2 de cette dernière directive, l'exécution de l'obligation du professionnel est accomplie, lorsque « le contenu numérique, ou tout moyen approprié pour accéder au contenu numérique ou le télécharger, est rendu disponible ou accessible pour le consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet » ou lorsque « le service numérique est rendu accessible au consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet »⁵³². La fourniture de ces contenus et services numériques au consommateur doit intervenir « sans retard injustifié après la conclusion du contrat, sauf convention contraire des parties »⁵³³.

302. Par ailleurs, il résulte du considérant 20 de la directive 2019/770/UE que « les dispositions de la directive 2011/83/UE [...] sur les obligations liées à la livraison des biens et sur les recours à la disposition du consommateur en cas de défaut de livraison devraient s'appliquer en lieu et place des dispositions de la présente directive sur l'obligation de fourniture du professionnel et les recours dont

⁵³⁰ Jean-Denis PELLIER, « Le droit de la consommation à l'ère du numérique », RDC, 16 déc. 2019, n°04, p.86.

⁵³¹ Art. 24 de la Dir. 2019-770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

⁵³² Art. 5-2 de la Dir. 2019-770/UE du 20 mai 2019.

⁵³³ Dir. 2019-770/UE, art. e 5-1.

dispose le consommateur en cas de défaut de fourniture ». Par conséquent, le fait que la directive 2019/770/UE n'a pas précisé, à défaut de délai contractuel, un délai supplétif à respecter pour la fourniture des contenus numériques au consommateur, peut être compensé par le délai de « trente jours après la conclusion du contrat » prévu par l'article 18-1 de la directive 2011/83/UE tel que transposé à l'article L.216-1 du Code de la consommation.

303. L'imposition par le droit de la consommation de la borne temporelle pour l'exécution de tout contrat de consommation se justifie encore plus dans le contexte électronique en raison des grandes distances qui peuvent exister entre les professionnels électroniques et les consommateurs. Son non-respect entraîne de plein droit des conséquences.

2. La sanction du non-respect de la borne temporelle d'exécution

304. Le consommateur qui n'a pas reçu le bien ou obtenu fourniture du service dans le délai contractuel ou à défaut dans le délai de trente jours après la conclusion du contrat, peut demander la résolution du contrat, laquelle résolution peut, selon les cas, être immédiate ou précédée de l'octroi d'un délai raisonnable supplémentaire au professionnel

305. **Résolution immédiate**⁵³⁴. A l'expiration de la borne temporelle d'exécution, le consommateur peut résoudre immédiatement le contrat, « lorsque le professionnel refuse de délivrer le bien ou de fournir le service ou lorsqu'il est manifeste qu'il ne livrera pas le bien

⁵³⁴ C. consom., art. 216-2, al. 3.

ou ne fournira pas le service»⁵³⁵. Dans les mêmes conditions, lorsque l'objet du contrat porte sur la fourniture d'un contenu numérique, il est admis à résoudre immédiatement le contrat⁵³⁶. Il peut aussi le faire lorsque la date ou le délai de livraison du bien ou de fourniture du service « constitue pour le consommateur une condition essentielle du contrat »⁵³⁷. Pour que le délai soit une condition essentielle du contrat, il faut que sa considération comme telle par le consommateur soit entrée dans le champ contractuel c'est-à-dire être connue du professionnel avant la conclusion du contrat. C'est pourquoi, le Code de la consommation précise que cette considération du délai comme une condition essentielle peut résulter soit « des circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou d'une demande expresse du consommateur avant la conclusion du contrat »⁵³⁸.

306. Résolution précédée d'un délai supplémentaire. En l'absence d'un refus du professionnel ou lorsque le délai d'exécution n'est pas une condition essentielle du contrat, le consommateur avant de pouvoir résoudre le contrat, est tenu d'adresser une mise en demeure au professionnel pour effectuer la livraison ou fournir le service, dans un délai supplémentaire raisonnable⁵³⁹. Le législateur n'a pas précisé la forme de cette mise en demeure. Dans l'environnement numérique et en raison des distances, le consommateur peut notamment envoyer cette injonction au professionnel par un simple courrier électronique. Faute d'exécution à l'expiration de ce délai, il est loisible au consommateur de résoudre le contrat par une simple lettre ou un écrit informant le professionnel de sa décision.

⁵³⁵ C. consom., art. 216-6, II., 1°.

⁵³⁶ C. consom. art. L224-25-11, al. 3.

⁵³⁷ C. consom., art. 216-6, II., 2°.

⁵³⁸ C. consom., art. L.216-6, II., 2°.

⁵³⁹ C. consom., art. L.216-2, al. 1.

307. **Moment et effets de la résolution.** Le contrat est considéré comme résolu à la réception par le professionnel de la lettre ou de l'écrit l'informant de cette résolution, à moins que le professionnel ne se soit exécuté entre-temps⁵⁴⁰. La résolution a pour effet de constituer le professionnel débiteur de toutes les sommes versées par le consommateur sur le fondement du contrat. A cet effet, le professionnel doit, immédiatement et au plus tard dans les quatorze jours suivant la date à laquelle le contrat a été dénoncé, rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées⁵⁴¹. Aussi, le professionnel a tout intérêt à respecter ce délai de remboursement sous peine de majoration progressive en fonction de l'importance du retard⁵⁴². Le Code de la consommation prévoit que « cette somme est, de plein droit, majorée de 10 % si le remboursement intervient au plus tard trente jours au-delà de ce terme, de 20 % jusqu'à soixante jours et de 50 % ultérieurement »⁵⁴³.

308. L'efficacité de ce mécanisme de résolution unilatérale du contrat par le consommateur pour cause d'inexécution dans le délai peut être tempérée par l'exigence d'une part, du caractère « raisonnable » du délai supplémentaire qui doit être accordé, et d'autre part, par l'exigence de la condition essentielle du délai pour la résolution immédiate dans la mesure où l'appréciation *in concreto* de ces exigences peut être source de contentieux⁵⁴⁴. Toutefois, le droit de résolution du contrat par le consommateur et le caractère impératif de la sanction qui en découle constituent de précieux outils de protection

⁵⁴⁰ C. consom., art. L.216-6, I., 2°; C. consom., art. L.224-25-11 al.2.

⁵⁴¹ C. consom., art. L.216-3.

⁵⁴² Véronique LEGRAND, « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi "Hamon" », *op. cit.*, p.4.

⁵⁴³ C. consom., art. L. 241-4.

⁵⁴⁴ Véronique LEGRAND, « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi "Hamon" », *op. cit.*, p.4.

du consommateur surtout dans l'environnement électronique où les contrats sont généralement d'adhésion. Les clauses relatives à l'exécution sont, à l'instar des autres, rédigées à l'avance par le professionnel. La conséquence de ce régime d'ordre public de sanction du dépassement du délai contractuel ou supplétif est que les clauses contractuelles contraires sont réputées non écrites et ne peuvent faire obstacles au droit de résolution unilatérale du consommateur. Mais qu'en est-il des clauses relatives au transfert des risques ?

§2. *Le transfert des risques subordonné à la livraison*

309. L'exécution du contrat de consommation peut ne pas être concomitante à sa conclusion. Au demeurant, en raison de l'existence du droit de rétractation du consommateur dans les contrats à distance, l'exécution de certains contrats à distance est retardée jusqu'à la fin de la période de rétractation. Il en va ainsi des contrats portant sur des contenus numériques non fournis sur support durable. De même, la distance qui caractérise la conclusion du contrat peut également se retrouver dans son exécution. Or, en droit commun des contrats, le transfert des risques est attaché au transfert de la propriété⁵⁴⁵. Si le contrat consiste en l'aliénation de la propriété, le transfert de la propriété s'opère lors de la conclusion du contrat. Ce transfert de propriété emporte concomitamment le transfert des risques de la chose. Ainsi, en cas de force majeure ayant endommagé la chose objet du contrat, on considère que celle-ci a péri aux risques du propriétaire « *res perit domino* ». Toutefois, le débiteur de

⁵⁴⁵ Gaëtan MARAIN, « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », AJ contrat, 2016, p.526.

l'obligation de délivrer ne supporte la charge des risques que s'il a été mis en demeure de s'exécuter « *res perit debitori* »⁵⁴⁶.

310. La protection due au consommateur spécialement dans le cadre des contrats électroniques ne s'accorde pas avec le principe du rattachement concomitant des risques à la propriété. Ainsi, le droit de la consommation a dissocié les risques de la propriété en consacrant le principe du transfert des risques à la livraison (1), lequel transfert produit nécessairement des conséquences à l'égard du consommateur mais également à l'endroit du professionnel (2).

1. Le principe du transfert des risques à la livraison

311. Le droit de la consommation a retardé le transfert des risques pour les faire coïncider à la livraison du bien ou à la fourniture du service. En effet, aux termes de l'article L. 216-4 du Code de la consommation, « tout risque de perte ou d'endommagement des biens est transféré au consommateur au moment où ce dernier ou un tiers désigné par lui et autre que le transporteur proposé par le professionnel, prend physiquement possession de ces biens ». Par l'utilisation de l'expression « tout risque », le législateur entend faire supporter au professionnel « tous les événements entraînant la perte ou la dégradation de la chose avant sa remise au client, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les cas de force majeure et les autres cas »⁵⁴⁷. Par conséquent, les risques ne sont transférés au consommateur qu'avec la remise matérielle des biens soit à sa propre personne soit à une personne désignée par lui.

⁵⁴⁶ C. civ., art. 1196.

⁵⁴⁷ Olivier DESHAYES, « Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? », RDC, 1^{er} janvier 2012, n°1, p. 88.

312. La dissociation par le législateur des risques de la propriété pour les faire coïncider avec la prise de possession matérielle des biens par le consommateur est issue de la transposition de l'article 20 de la directive 2011-83/UE. Le fait pour le consommateur de choisir un mode de livraison particulier parmi une gamme de possibilités offertes par le professionnel ne prive pas celui-ci de la protection qui est lui due lorsque le transport est organisé ou effectué par le professionnel⁵⁴⁸.

313. Le transfert des risques par la livraison contribue au renforcement de la protection du consommateur, contractant par à distance et par voie électronique. Mais le consommateur en perd le bénéfice, « [lorsqu'il] confie la livraison du bien à un transporteur autre que celui proposé par le professionnel, le risque de perte ou d'endommagement du bien est transféré au consommateur lors de la remise du bien au transporteur »⁵⁴⁹. Autrement dit, l'exception au principe du transfert des risques par la livraison des biens au consommateur ou à une personne désignée par lui est subordonnée à une double condition. Il faut d'une part, que ce soit le consommateur qui ait chargé le transporteur pour le déplacement des biens et d'autre part, que le choix du transporteur ne soit pas proposé par le professionnel⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ Dir. 2011/83/UE, Consid. 55.

⁵⁴⁹ C. consom. art. L. 216- 5.

⁵⁵⁰ Meryem EDDEROUASSI, Le contrat électronique international, *op. cit.*, p.401.

2. Les conséquences de la charge des risques

314. Le moment du transfert des risques du professionnel électronique fournisseur à distance de biens au consommateur correspond à celui de la prise de possession physique des biens par le consommateur ou par un tiers désigné par le consommateur ou par un transporteur, chargé du transport par le consommateur. Ce moment correspond à l'instant où le consommateur est réputé prendre « le contrôle du bien »⁵⁵¹. Il en résulte que si avant cette étape ultime de l'exécution, le bien périt ou est endommagé en tout ou en partie, quel que soit le fait générateur, le consommateur est quitte de toute responsabilité. Mieux, s'il en éprouve un préjudice et que la perte n'est pas imputable à un cas d'exonération de responsabilité tel que le fait imprévisible et insurmontable d'un tiers ou un cas de force majeure⁵⁵², le consommateur peut engager la responsabilité de plein droit du professionnel.

315. Par ailleurs, en cas de perte totale ou d'avarie ayant rendu le bien complètement hors d'usage, le professionnel doit, dans les mêmes conditions de la résolution pour dépassement du délai d'exécution, rembourser au consommateur, la totalité des sommes versées c'est-à-dire dans le délai de quatorze jours après la survenance du risque⁵⁵³. En cas de retard, ces sommes sont, de plein droit, majorées « de 10 %

⁵⁵¹ C. consom., art. 261-1 *in fine*.

⁵⁵² C. consom., art. 221-15 al. 2 ; Civ., 13 nov. 2008 : RDC, 2009, p.515 , obs. Olivier DESHAYES, p.568, obs. Dominique FENOUILLET ; Contrats, conc. consom. 2008, comm. 288, obs. Guy RAYMOND.

⁵⁵³ C. consom., art. L. 216-3.

si le remboursement intervient au plus tard trente jours au-delà du terme, de 20 % jusqu'à soixante jours et de 50 % ultérieurement »⁵⁵⁴. Enfin, l'avarie constatée au moment de la prise de possession physique du bien par le consommateur peut rapprocher dans certains cas l'endommagement au manquement du professionnel à son obligation de conformité⁵⁵⁵.

SECTION II : La garantie légale de conformité

316. La transposition de la directive n°1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁵⁵⁶ a permis d'introduire dans le Code de la consommation la garantie de conformité⁵⁵⁷. Instituée au profit du seul consommateur, à l'exclusion des personnes morales, la garantie de conformité oblige le professionnel à livrer un bien conforme au contrat et le rend responsable des défauts de conformité existant lors de la délivrance⁵⁵⁸. Pour que le consommateur puisse jouir de cette garantie légale, il faut que le défaut de conformité remplisse deux conditions. D'une part, le défaut de conformité doit être caché. Autrement dit, le consommateur ne peut se prévaloir d'un défaut qu'il a connu ou qu'il ne pouvait ignorer au moment de la conclusion du contrat. D'autre part, le défaut de conformité doit exister lors de la délivrance du bien. Cette deuxième condition exclut que notamment un vendeur puisse

⁵⁵⁴ C. consom., art. L. 241-4.

⁵⁵⁵ Civ 1^{ère}, 03 mai 2006, n°04-20.432 : RJDA 11/06, n°1123.

⁵⁵⁶ Publiée au JOCE L.171 du 07 juil. 1999.

⁵⁵⁷ Gilles PAISANT et Laurent LEVENEUR, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation ? », JCP G, 2002, p.135 ; CALAIS-AULOY, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », RTD civ. 2005, p.701 ; Jean Jérôme JULIEN, « Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », RDC, 13 sept. 2019, n°03, p.85.

⁵⁵⁸ C. consom. art. L. 217-4.

être tenu des défauts dont l'origine est postérieure à la délivrance du bien, objet du contrat⁵⁵⁹.

317. Cette garantie légale de conformité ne peut être écartée ni limitée par le professionnel par le jeu d'une clause insérée au contrat c'est-à-dire avant la découverte de la non-conformité ; de telles clauses sont réputées non écrites⁵⁶⁰. Dans les contrats électroniques de consommation, les professionnels en sont donc tenus. Au demeurant, la garantie légale de conformité présente dans le contexte électronique un intérêt tout particulier pour le consommateur en raison de la distance et de la voie électronique qui ôtent à celui-ci tout contact non seulement avec son cocontractant mais aussi avec les biens jusqu'à leur livraison. Toutefois, la garantie légale de conformité de la directive 1999/44/CE et du Code de la consommation ne concernait que les « contrats de vente de biens meubles corporels », et les « contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire »⁵⁶¹. La directive 1999/44/UE quant à elle visait les « biens de consommation » qu'elle définit comme « tout objet mobilier corporel »⁵⁶². Une telle limitation du champ d'application de la garantie excluait les contrats de fourniture

⁵⁵⁹ Jean CALAIS-AULOY, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », RTD civ., 2005, p.701.

⁵⁶⁰ L'art. L. 241-5 du C. consom. dispose en effet : « Les conventions qui écartent ou limitent directement ou indirectement les droits résultant des articles L. 217-1 à L. 217-20 relatifs à la garantie de conformité des biens, à la garantie commerciale ou aux prestations de services après-vente, conclues entre le vendeur et l'acheteur avant que ce dernier n'ait formulé de réclamation, sont réputées non écrites ».

⁵⁶¹ C. consom. art. L. 217-1. Pour Olivier TOURNAFOND, les "contrats de fourniture de biens meubles à fabriquer ou à produire", « peuvent correspondre non seulement à des ventes de choses futures, mais encore à un certain nombre de louages d'ouvrage, c'est-à-dire de contrats d'entreprise, et la nouvelle garantie va donc déborder le domaine du droit de la vente. Ainsi, sera soumis à la garantie de conformité le louage d'ouvrage par lequel un artisan s'engage à réaliser un meuble sur mesure pour un consommateur ». (Olivier TOURNAFOND, « La nouvelle "garantie de conformité" des consommateurs, commentaire de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », D., 2005, p.1557).

⁵⁶² Dir. 1999/44/CE, art. 1^{er}, 2, b).

de contenus numériques qui constituent une part non négligeable des contrats électroniques de consommation. Ainsi, l'adoption d'une part, de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens qui a abrogé la directive 1999/44/CE⁵⁶³ et d'autre part, de la directive 2019/770/UE adoptée le même jour et relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques⁵⁶⁴ permettent de corriger cette lacune mais aussi d'améliorer et d'adapter le mécanisme de la garantie légale de conformité. Ces deux dernières directives qui sont d'harmonisation maximale⁵⁶⁵ ont pour objectif fondamental de stimuler la croissance du commerce électronique surtout transfrontalier par la prise en compte des évolutions technologiques notamment en ce qui concerne les contenus numériques. Pour ce faire, leurs dispositions visent à trouver le bon équilibre entre l'atteinte d'un niveau élevé de protection des consommateurs et la promotion de la compétitivité des entreprises⁵⁶⁶. Ainsi, pour appréhender la garantie légale de conformité dans les

⁵⁶³ Dir. 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JOUE L. 136/1 du 22 mai 2019.

⁵⁶⁴ Dir. 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, JOUE L. 136/28 du 22 mai 2019.

⁵⁶⁵ L'article 4 commun aux deux directives dispose : « les États membres ne maintiennent ni n'introduisent dans leur droit national des dispositions divergeant de celles établies dans la présente directive, y compris des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection du consommateur, sauf disposition contraire prévue dans la présente directive ». Aussi, au sens de l'article 24 commun à ces deux directives, les États membres ont jusqu'au plus tard le 1^{er} juillet 2021, pour adopter et publier les dispositions nécessaires pour se conformer à ces deux directives dont les dispositions doivent être appliquées à partir du 1^{er} janvier 2022.

⁵⁶⁶ Consid. 1 de la Dir. 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens ; V. Jérôme Julien, Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, RDC, 13 sept. 2019, n°03, p.85.

contrats électroniques (§1), il convient d'identifier les critères de la conformité avant d'exposer les modalités de sa mise en œuvre (§2).

§1. *Les critères de conformité*

318. La conformité du bien s'apprécie en référence aux éléments essentiels du contrat. Ces éléments dits essentiels sont d'une part, ceux objectivement essentiels qui sont induits par la nature même du contrat électronique c'est-à-dire l'objectif économique du contrat et d'autre part, ceux subjectivement essentiels qui résultent de la volonté particulière des parties exprimée dans le contrat dans la mesure où celles-ci peuvent ériger comme subjectivement essentiel n'importe quel élément dès l'instant où cette considération est entrée dans le champ contractuelle. Aussi, le bien doit pouvoir être conforme à l'usage auquel il est normalement destiné c'est-à-dire être propre à « l'usage habituellement attendu d'un bien semblable »⁵⁶⁷. Faisant une synthèse de ces critères d'appréciation de la conformité, la doctrine propose d'opérer une distinction entre la conformité « aux stipulations contractuelles » et la conformité aux « attentes légitimes »⁵⁶⁸. Ainsi, qu'elle soit d'origine contractuelle ou qu'elle résulte des attentes légitimes du consommateur, la garantie de conformité intègre la prise en compte d'une part, de critères objectifs (1) et d'autre part, de critères subjectifs (2) dans l'appréciation de l'exécution conforme du contrat par le professionnel.

⁵⁶⁷ C. consom. art. L. 217-5, 1°.

⁵⁶⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°737.

1. Les critères objectifs de conformité

319. Les critères objectifs de conformité du bien ne se rattachent pas à des considérations liées aux parties⁵⁶⁹. En effet, la conformité objective s'appréhende d'une part, par la conformité du bien « à l'usage » ou aux « finalités » auxquelles serviraient normalement des biens de même type » et d'autre part, par sa conformité à la description ou aux échantillons ou modèles présentés par le vendeur »⁵⁷⁰. L'appréciation de ces critères de conformité ne peut être confinée aux stipulations contractuelles.

320. La directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, tout en reprenant les critères objectifs de conformité⁵⁷¹ du Code de la consommation sus exposés ajoute deux nouvelles précisions relatives respectivement à la durabilité et à la mise à jour du bien. En ce qui concerne, la durabilité du bien, l'article 7.1, d), de la directive prévoit que le bien doit présenter les caractéristiques, « y compris en termes de durabilité », normale pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre⁵⁷². Cette nouvelle exigence de conformité répond à la préoccupation de plus en plus partagée des consommateurs sur la courte durée de vie ou d'usage des biens et qui a retenu l'attention du législateur avec l'incrimination de l'obsolescence programmée⁵⁷³. La garantie de la longue durabilité des biens est, de ce point de vue, essentielle dans le renforcement des

⁵⁶⁹ Meryem EDDEROUASSI, Le contrat électronique international, *op. cit.*, p.406.

⁵⁷⁰ Art. L. 217-5-1 du C. consom ;

⁵⁷¹ Art. 7-1-a. de la dir. 2019/771/UE.

⁵⁷² Jérôme JULIEN, « Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », RDC, 13 sept. 2019, n°03, p.85.

⁵⁷³ C. consom., art. L. 441-2.

intérêts économiques des consommateurs. La deuxième précision est toujours en lien avec la durabilité. En effet, de plus en plus de biens intègrent des éléments numériques dont les supports sont constamment améliorés d'où l'exigence de la mise à jour. A ce titre, la directive impose au professionnel de faire en sorte que « ... *le consommateur soit informé des mises à jour, y compris des mises à jour de sécurité, qui sont nécessaires au maintien de la conformité de ces biens, et les reçoive au cours de la période* »⁵⁷⁴. En cas de non-fourniture de ces mises à jour, le professionnel peut être tenu du défaut de conformité qui en résulte. Par ailleurs, sa responsabilité pour non-conformité peut également être retenue en cas de non-installation par le consommateur des mises à jour fournies, lorsqu'il n'a pas « *informé le consommateur de la disponibilité de la mise à jour et des conséquences de sa non-installation* » ou lorsque « *la non-installation ou l'installation incorrecte par le consommateur de la mise à jour est due à des lacunes dans les instructions d'installation fournies au consommateur* »⁵⁷⁵

321. Quant à la directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, son article 8-1 dispose que le contenu ou le service numérique doit « être adapté aux finalités auxquelles serviraient normalement des contenus numériques ou des services numériques de même type »⁵⁷⁶. Il doit aussi « être en quantité et présenter les qualités et les caractéristiques de performance, notamment en ce qui concerne la fonctionnalité, la compatibilité, l'accessibilité, la continuité et la sécurité, normales pour des contenus ou services numériques de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre ». En

⁵⁷⁴ Art. 7.3 de la Dir. 2019/771/UE.

⁵⁷⁵ Art. 7.4 a et b de la Dir. 2019/771/UE.

⁵⁷⁶ Art. 8, 1., a) de la Dir. 2019/770/UE.

outre, le contenu ou le service numérique doit « être fourni avec tous les accessoires et toutes les instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir »⁵⁷⁷ et être conforme à la version d'essai ou à l'aperçu éventuellement mis à disposition par le professionnel avant la conclusion du contrat. Elle prévoit également dans les mêmes termes que la directive 2019/771/UE, l'obligation d'information, d'assistance relativement à la fourniture des mises à jour⁵⁷⁸. Elle institue enfin en son article 9, une présomption de défaut de conformité du contenu ou du service numérique dans l'hypothèse où celui-ci résulte de son intégration incorrecte dans l'environnement numérique du consommateur, à condition que cette intégration ait été faite par le professionnel ou sous sa responsabilité ou que l'intégration incorrecte soit due à des lacunes dans les instructions d'intégration fournies par le professionnel⁵⁷⁹.

322. En définitive, la conformité objective transcende les stipulations contractuelles en ce qu'elle vise les défauts cachés du bien qui le rendent impropre à l'usage auquel il est normalement destiné. La conformité objective rapproche la garantie légale de conformité du droit de la consommation à la garantie des vices cachés du Code civil. Mais qu'en est-il des critères subjectifs de conformité ?

2. Les critères subjectifs de conformité

323. Les critères subjectifs de conformité correspondent à ce qui a été convenu entre les parties. En ce sens, le Code de la consommation prévoit que le bien est conforme au contrat « s'il présente les

⁵⁷⁷ Art. 8, 1., b) de la Dir. 2019/770/UE.

⁵⁷⁸ Art. 8, 2. de la Dir. 2019/770/UE.

⁵⁷⁹ Jean-Denis PELLIER, Le droit de la consommation à l'ère du numérique, RDC, 16 déc. 2019, n°04, p.86.

caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou est propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté »⁵⁸⁰. Il en résulte que les critères subjectifs de conformité doivent être appréciés concrètement c'est-à-dire en référence au contrat⁵⁸¹. Ainsi, la moindre dégradation subie par la chose, dès lors que la commande porte sur une chose neuve constitue un défaut de conformité⁵⁸².

324. En ce qui concerne la directive 2019/771/UE, elle reprend l'idée de la conformité du bien à ce qui a été précisé dans le contrat⁵⁸³. Il en va ainsi de sa description, type, quantité, qualité mais également les accessoires ou finalité spécifique recherchée par le consommateur et qui est rentrée dans le champ contractuel parce que portée à la connaissance du professionnel vendeur⁵⁸⁴. Il s'ensuit que le défaut de conformité du bien peut être reproché au vendeur professionnel lorsque celui-ci connaissait l'inaptitude du bien à sa destination prévue au contrat même si par ailleurs, le bien est conforme à l'usage auquel il est normalement destiné. Enfin, la directive élargit l'obligation de conformité aux fonctionnalité, compatibilité et interopérabilité telles que prévues dans le contrat.

325. S'agissant des contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, la directive 2019/770/UE prévoit en son article 7 que le contenu ou le service numérique doit correspondre aux caractéristiques convenues dans le contrat notamment « la description,

⁵⁸⁰ Art. L. 217-5-2 du C. consom.

⁵⁸¹ CA d'Aix en Provence, 6 février 2018, n°16/05797 ; Olivier FARDOUX et Jean-Claude PLANQUE, Contrats spéciaux, 3^{eme} éd. Paris : Bréal, 2013, p.46.

⁵⁸² 1^{ere} civ. 3 mai 2006 n°04-20.432 : RJDA, 11/06 n° 1123.

⁵⁸³ Jérôme Julien, Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, RDC, 13 sept. 2019, n°03, p.85

⁵⁸⁴ Art. 6 de la Dir. 2019/771/UE.

la quantité et la qualité et présenter la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité ». Le contenu ou le service numérique doit aussi être adapté à la finalité spécifique recherchée par le consommateur, que ce dernier a portée à la connaissance du professionnel au plus tard au moment de la conclusion du contrat et que celui-ci a acceptée. Tous les accessoires, les instructions, notamment d'installation, et l'assistance à la clientèle doivent être prodiguées et les mises à jour effectuées conformément au contrat⁵⁸⁵. En présence d'un défaut de conformité, il revient au consommateur d'invoquer la garantie légale de conformité.

§2. La mise en œuvre de la garantie légale de conformité

326. La conformité du bien au contrat réside soit dans la correspondance du bien à la description donnée par le professionnel, soit dans son aptitude à répondre à tout usage spécial recherché par le consommateur, porté à la connaissance du professionnel au moment de la conclusion du contrat et accepté par ce dernier, soit enfin dans son aptitude à remplir les usages auxquels servent habituellement les biens du même type⁵⁸⁶. En l'absence d'une telle conformité, le droit de la consommation admet la possibilité que le consommateur puisse invoquer la garantie légale de conformité. Toutefois, il ne peut le faire que si certaines conditions sont réunies (1). Son exercice conformément aux exigences légales produit des effets (2).

⁵⁸⁵ Jean-Denis PELLIER, *Le droit de la consommation à l'ère du numérique*, RDC, 16 déc. 2019, n°04, p.86.

⁵⁸⁶ Louis VOGEL et Joseph VOGEL, *Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation*, *op. cit.*, p.1170.

1. Les conditions d'efficacité de la mise en œuvre de la garantie légale de conformité

327. L'efficacité de la garantie de conformité est subordonnée à la preuve du défaut de conformité mais aussi et surtout au respect du délai d'action.

328. **La preuve du défaut de conformité.** La garantie ne peut jouer que lorsqu'il est admis un défaut de conformité du bien, lequel doit exister au moment de la délivrance du bien au consommateur. En effet, aux termes de l'article L. 217-7 du Code de la consommation : « Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de vingt-quatre mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Pour les biens vendus d'occasion, ce délai est fixé à six mois. Le vendeur peut combattre cette présomption si celle-ci n'est pas compatible avec la nature du bien ou le défaut de conformité invoqué ».

Ainsi, le consommateur est tenu de rapporter non seulement la preuve du défaut de conformité du bien acquis mais aussi que ce défaut de conformité s'est matériellement révélé dans le délai de vingt-quatre ou de six mois à compter de la délivrance du bien⁵⁸⁷. Dès lors, il en résulte une présomption d'imputabilité au professionnel du défaut de conformité, toute chose qui a pour effet de dispenser le consommateur d'avoir à rapporter la preuve d'une part, de la cause du défaut de conformité notamment une faute du professionnel et d'autre part, que ce défaut existait à la date de la délivrance du bien⁵⁸⁸. Toutefois, il n'est pas permis que le consommateur invoque un défaut de conformité qu'il connaissait ou qu'il ne pouvait ignorer au moment où il a contracté ou un défaut qui

⁵⁸⁷ Lorsque le défaut de conformité est engagé par le consommateur à l'expiration du délai imparti, il devra alors démontrer l'antériorité du défaut pour que ce défaut puisse être retenu sous l'angle de la garantie de conformité du Code de la consommation.

⁵⁸⁸ CJUE, 4 juin 2015, n° C-497/13, F. Faber c/ Autobedrijf Hazet Ochten BV ; LEDC, 08 juil. 2015, n°07, p.4, obs. Sabine BERNHEIM-DESVAUX.

résulte des matériaux qu'il a lui-même fournis⁵⁸⁹. La Cour de cassation a décidé que la connaissance par l'acquéreur, lors de la vente, de la nécessité de réparations à effectuer, lui prive de la garantie de conformité portant sur les mêmes défauts⁵⁹⁰.

329. Le droit de la consommation admet néanmoins la possibilité au professionnel de combattre la présomption d'imputabilité du défaut de conformité du bien. Il est lui loisible de rapporter la preuve que le défaut de conformité n'existe pas au moment de la délivrance du bien, en établissant que ce défaut trouve sa cause ou son origine dans un acte ou une omission imputable au consommateur intervenu postérieurement à sa délivrance⁵⁹¹.

330. La directive 2019/771/UE retient pratiquement le même régime de l'article 217-7 du Code de la consommation. Elle prévoit en son article 10 que « le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe au moment de la livraison du bien et qui apparaît dans un délai de deux ans à compter de ce moment ». Le vendeur est en outre tenu de la preuve de la conformité des biens dès lors que le défaut de conformité « apparaît dans un délai d'un an à compter du moment où les biens ont été livrés »⁵⁹² car un tel défaut est présumé exister au moment de la livraison des biens. Sur ce délai de présomption, elle admet la possibilité pour les Etats de « maintenir ou introduire un délai de deux ans à compter du moment où les biens ont été livrés »⁵⁹³.

⁵⁸⁹ Art. L.217-8 du C. consom.

⁵⁹⁰ 1^{ère} Civ., 6 décembre 2017, 16-24.614, Inédit.

⁵⁹¹ CJUE, 4 juin 2015, n° C-497/13, F. Faber c/ Autobedrijf Hazet Ochten BV ; LEDC, 08 juil. 2015, n°07, p.4, obs. Sabine BERNHEIM-DESVAUX ; Olivier FARDOUX et Jean-Claude PLANQUE, Contrats spéciaux, 3^{ème} éd. Paris : Bréal, 2013, p.46.

⁵⁹² Art. 11-1 de la Dir. 2019/771/UE

⁵⁹³ Art. 11-2 de la Dir. 2019/771/UE

331. La directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à la fourniture de contenus numériques et de services numériques consacre les mêmes solutions. En effet, au sens de l'article 11 de cette directive, le professionnel répond de tout défaut de conformité qui existe au moment de la fourniture du contenu ou service numérique que « le contrat prévoit une opération de fourniture unique ou une série d'opérations de fournitures distinctes »⁵⁹⁴. A cet effet « si, en vertu du droit national, le professionnel ne répond que d'un défaut de conformité qui apparaît au cours d'une période donnée après la fourniture, cette période ne peut être inférieure à deux ans à compter du moment de la fourniture... »⁵⁹⁵. Aussi, elle institue une présomption de responsabilité du professionnel lorsque le défaut de conformité apparaît dans la période d'un an à compter de la date de fourniture du contenu ou du service numérique⁵⁹⁶. Par conséquent, avant l'expiration de ce délai d'un an, le consommateur qui invoque un défaut de conformité n'est débiteur que de la seule preuve du défaut de conformité. A l'expiration de ce délai, il doit en outre rapporter la preuve que ce défaut existait dans la période d'un an à compter de la date ou de la période de fourniture du contenu ou du service⁵⁹⁷. Autrement dit, le consommateur devra en sus rapporter la preuve de la date d'apparition du défaut de conformité. Mais dans tous les cas, il est permis au professionnel de combattre le défaut de conformité en démontrant que l'environnement numérique du consommateur n'était « pas compatible avec les exigences techniques du contenu numérique ou du service numérique » et qu'il a informé celui-ci « de ces exigences de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat »⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ Dir. 2019/770/UE, art. 11-2 al. 1.

⁵⁹⁵ Dir. 2019/770/UE, art. 11-2 al. 2.

⁵⁹⁶ Dir. 2019/770/UE, art. 12 -2.

⁵⁹⁷ Dir. 2019/770/UE, art. 12- 1 et 2.

⁵⁹⁸ Dir. 2019/770/UE, art. 12- 4.

332. **Le délai d'action.** Il ne suffit pas qu'il y ait défaut de conformité pour que la garantie puisse jouer. Il faut en sus que le consommateur réclame la réparation de son préjudice dans un certain délai. Et en la matière, le droit de la consommation enferme l'exercice de l'action en garantie de conformité dans le délai de « deux ans à compter de la délivrance du bien », sous peine de prescription⁵⁹⁹. Lorsqu'il s'agit d'un contrat portant sur un contenu numérique, le point de départ du délai de prescription de l'action du consommateur varie suivant la durée du contrat. En effet, ce point de départ est la date de fourniture du contenu numérique, en présence d'un « contrat de fourniture continue d'un contenu numérique ou d'un service numérique pendant une durée inférieure ou égale à deux ans, ou lorsque le contrat ne détermine pas la durée de fourniture »⁶⁰⁰. Par contre, le point de départ du délai de prescription sera le jour de la connaissance par le consommateur du défaut de conformité, lorsque le contrat en cause prévoit une fourniture continue d'un contenu numérique ou d'un service numérique pendant une durée supérieure à deux ans »⁶⁰¹.

333. En tout état de cause, même à l'expiration de ce délai, il demeure toujours possible au consommateur acquéreur d'agir sur le terrain des vices rédhibitoires conformément au Code civil notamment en ses articles 1641 à 1649⁶⁰². En dépit du fait que le délai d'action pour vices rédhibitoires soit également de deux ans⁶⁰³ comme celui de la garantie de conformité, il reste que les points de départ de prescription sont différents, à l'exception du cas du contrat prévoyant une fourniture de contenu numérique pour une durée supérieure à deux ans. Tandis que le délai commence à courir à compter de la délivrance pour la garantie de

⁵⁹⁹ C. consom., art. L. 217-12.

⁶⁰⁰ C. consom., art. L. 217-3, 1°.

⁶⁰¹ C. consom. art. L.217-3, 2°.

⁶⁰² C. consom. art. 217-30 et art. L. 224-25-29.

⁶⁰³ Art. 1648 al. 1 du C. civ.

conformité, le point de départ de l'action rédhibitoire est la date de découverte du vice. De même, quoique le point de départ de l'action pour vices cachés soit identique à celui de l'action pour défaut de conformité en présence d'un contrat de fourniture continue de contenu numérique pour une durée supérieure à deux ans, il apparaît qu'une action pour défaut de conformité ne peut valablement être engagée par le consommateur plus de deux après la fin de ce dernier contrat. Or, ce qui n'est pas le cas de l'action pour vices rédhibitoires qui n'est guère subordonnée à la durée du contrat en cause. En définitive, relativement au délai d'action, la garantie des vices cachés protège plus efficacement le consommateur que la garantie de conformité dans la mesure où tant que le consommateur n'a pas connaissance du défaut de conformité, il n'encourt aucune forclusion.

334. Par ailleurs, il convient de rappeler que la directive 1999/44/UE tout en retenant le délai de deux ans à compter de la délivrance du bien pour la disparition de la garantie légale de conformité, suggérait en outre aux Etats la possibilité d'impartir au consommateur pour pouvoir bénéficier de ladite garantie d'informer le professionnel du défaut de conformité dans le délai de deux mois à compter de sa découverte⁶⁰⁴. L'article 12 de directive 2019/771/UE reprend quasiment dans les mêmes termes que l'article 5 de la directive 1999/44/CE, la faculté pour les Etats membres d'imposer au consommateur un délai de notification obligatoire du défaut de conformité⁶⁰⁵. A l'instar de la posture qui a été la sienne lors de la transposition de la directive 1999/44/CE, le législateur n'a pas retenu dans la transposition de la nouvelle directive, cette obligation de notification du défaut de conformité. En effet, l'institution de ce délai de

⁶⁰⁴ Dir. 1999/44/CE, art. 5.

⁶⁰⁵ « Les États membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions prévoyant que, pour que le consommateur puisse bénéficier de ses droits, il doit informer le vendeur d'un défaut de conformité dans un délai d'au moins deux mois à compter de la date à laquelle il a constaté ce défaut », (art. 12 de la Dir. 2019/771/UE).

dénunciation ou de notification aurait eu pour effet, de compromettre gravement la protection des consommateurs⁶⁰⁶ dans la mesure où elle allait instituer un formalisme dont le non-respect priverait le consommateur de toute protection alors même que le délai plus long de la prescription ne serait pas encore arrivé à expiration. Le consommateur qui rapporte la preuve du défaut de conformité dans les délais légaux peut prétendre aux effets de la garantie de conformité.

2. Les sanctions du défaut de conformité

335. Le défaut de conformité est passible de sanctions de nature contractuelle. Elle peut, en plus, donner lieu à la réparation des préjudices subis par le consommateur qui sont imputables au défaut de conformité.

336. **Les sanctions contractuelles.** Les sanctions de nature contractuelle qui sont de trois sortes sont envisagées par le Code de la consommation de façon hiérarchique sinon chronologique. En effet, lorsque le défaut de conformité est établi, le consommateur doit d'abord demander soit la réparation ou le remplacement du bien⁶⁰⁷. Mais, l'alinéa 2 de l'article 217-9 du Code de la consommation autorise le vendeur à remédier au défaut de conformité en procédant suivant la modalité non choisie par le consommateur si le choix de ce dernier entraîne « un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut ». En cas d'impossibilité de réparer ou de remplacer, le consommateur peut demander alors « la réfaction du

⁶⁰⁶ Jean CALAIS-AULOY, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », RTD civ., 2005, p.701.

⁶⁰⁷ Art. L. 217-9 du C. consom.

prix »⁶⁰⁸ tout en conservant le bien ou la résolution du contrat consistant à des restitutions réciproques⁶⁰⁹. De même, il a toujours le choix entre ces deux dernières solutions, si la solution de réparation ou de remplacement ne peut être mise en œuvre dans le délai d'un mois à compter de sa réclamation ou si cette solution présenterait un inconvénient majeur compte tenu de la nature du bien ou de l'usage qu'il recherche⁶¹⁰. Toutefois, la résolution n'est possible lorsque le défaut de conformité est mineur. En pareil cas, seule la réduction du prix peut être demandée. Il s'ensuit que le consommateur ne peut pas recourir directement à cette deuxième catégorie de solution sans passer par la case de la réparation-replacement⁶¹¹.

337. L'originalité de ces sanctions contractuelles est qu'elles sont conçues pour s'appliquer entre le professionnel et le consommateur et ce, sans l'intervention du juge. Elle consiste en réalité à des solutions d'amiable composition dont les conditions sont posées par le droit de la consommation. Dans la pratique cependant, il n'est pas rare que des difficultés relatives au défaut de non-conformité aboutissent à la saisine du juge dans la mesure où très souvent elles sont en désaccord soit sur l'existence ou non du défaut de conformité⁶¹² soit sur la solution appropriée pour remédier au défaut de conformité⁶¹³.

338. Les solutions proposées par la directive 2019-771/UE en cas de défaut de conformité sont quasiment similaires au droit français. En effet, son article 13-1 prévoit que « en cas de défaut de conformité, le

⁶⁰⁸ Olivier FARDOUX et Jean-Claude PLANQUE, Contrats spéciaux, 3^{ème} éd. Bréal, 2013, p.47.

⁶⁰⁹ Art. L. 217-10 al. 1 du C. consom.

⁶¹⁰ Art. L. 217-10 al. 2 du C. consom.

⁶¹¹ Jérôme JULIEN, « Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », RDC, 13 sept. 2019, n°03, p.85.

⁶¹² Civ., 6 décembre 2017, 16-24.614, Inédit.

⁶¹³ Civ., 9 nov. 2016, 15-23.494, Inédit ; Civ, 6 déc. 2017, 16-24.614, Inédit.

consommateur a droit à la mise en conformité des biens, à une réduction proportionnelle du prix, ou à la résolution du contrat ». Cette disposition institue la même hiérarchie qu'en droit français puisqu'elle précise que le consommateur n'a droit à la réduction du prix ou à la résolution qu'en présence notamment de refus de réparation ou de remplacement, de persistance du défaut nonobstant l'action du vendeur ou d'absence de réparation ou de remplacement dans un délai raisonnable⁶¹⁴. Toutefois, la directive prévoit une solution nouvelle fondée sur le seul critère de la « gravité du défaut » qui constitue une exception à la hiérarchie des sanctions⁶¹⁵. En effet, indépendamment des conditions de remplacement ou de réparation, le consommateur a directement droit à la réduction du prix ou à la résolution si « le défaut de conformité est si grave qu'il justifie une réduction immédiate du prix ou la résolution immédiate du contrat de vente »⁶¹⁶.

339. La directive n°2019/770/UE relative aux contenus numériques et aux services numériques retient exactement les mêmes principes de solutions que la directive n°2019-770/UE. Elle dispose, en effet, qu'« en cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique, à une réduction proportionnelle du prix, ou à la résolution du contrat »⁶¹⁷. Elle institue la hiérarchie des solutions du Code de la consommation avec la même exception accordant le droit au consommateur de demander

⁶¹⁴ Art. 13- 4 de la Dir. 2019/771/UE.

⁶¹⁵ Jérôme Julien, Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019, RDC, 13 sept. 2019, n°03, p.85.

⁶¹⁶ Art. 13-4-c de la Dir. 2019/771/UE.

⁶¹⁷ Art. 14-1 de la Dir. 2019/770/UE.

directement la restitution ou la résolution, en présence d'un défaut de conformité d'une haute gravité⁶¹⁸.

340. La réparation des dommages subis. Le consommateur peut subir un préjudice dû à l'impossibilité d'utiliser le bien. En cas de défaut de conformité, la première solution est assurément la mise en conformité qui peut requérir soit la réparation du bien ou son remplacement. Et pour ce faire, le professionnel dispose d'un délai maximum d'un mois à compter de la réclamation du consommateur pour y procéder. Ce délai quoique raisonnable peut nécessiter du consommateur l'exposition de frais pour trouver des solutions palliatives afin de faire face à l'impossibilité d'utiliser le bien non conforme. Par ailleurs, en cas de désaccord sur l'existence du défaut de conformité ou sur la solution pour y remédier, les parties se verront dans l'obligation de soumettre leur différend au juge ou au médiateur, avec pour conséquence l'allongement des délais durant lesquels le consommateur est privé de l'usage du bien. Par ailleurs, le défaut de conformité peut causer au consommateur des préjudices corporels ou matériels. C'est pourquoi, le Code de la consommation prévoit, en son article 217-11, alinéa 2, la possibilité pour le consommateur de se faire octroyer des dommages et intérêts en sus des solutions prévues pour remédier au défaut de conformité.

CONCLUSION DU CHAPITRE

341. A l'occasion de l'exécution du contrat de consommation, le droit de la consommation a aménagé des droits au profit du consommateur, lesquels trouvent toute leur pertinence dans le contexte électronique. Contractant à distance avec un professionnel, le consommateur bénéficie d'un régime protecteur en ce qui concerne la livraison des biens ou la fourniture des

⁶¹⁸ Art.14- 2, 3 et 4-d de la Dir. 2019/770/UE.

services. La livraison ou la fourniture est enserrée dans une borne temporelle contractuelle, et à défaut, supplétive dont le non-respect ouvre droit au consommateur la faculté d'exercer un droit de résiliation ou de résolution unilatérale.

342. La livraison ou la fourniture n'étant pas généralement concomitante à la conclusion du contrat, la protection du consommateur a justifié le détachement des risques liés à la propriété. Ainsi, si le consommateur peut devenir propriétaire dès l'échange du consentement, le droit de la consommation tarde le transfert des risques pour le faire coïncider avec la livraison du bien, la fourniture du service. Par conséquent, le professionnel électronique ne peut, par voie de stipulations contractuelles ou de conditions générales de vente ou de contrat, faire peser d'office la charge des risques sur le consommateur avant que celui-ci n'entre en possession du bien ou du service.

343. Le consommateur étant un profane face aux biens de consommation qui sont de plus en plus sophistiqués, il va sans dire que le risque qu'il soit abusé, est encore plus élevé dans la contractualisation par voie électronique. Mais l'existence de la garantie légale de conformité prémunit le cyberconsommateur contre les défauts de conformité des biens meubles corporels, des contenus numériques et des services. En effet et d'une manière générale, le droit de consommation présume tout défaut de conformité survenu dans les deux ans de la livraison de bien, comme un défaut existant au moment de la livraison et par conséquent imputable au professionnel. La sanction du défaut de conformité est soit la réparation du défaut de conformité, le remplacement du bien ou la résolution du contrat avec la possibilité pour le consommateur d'obtenir des dommages et intérêts. Ces dispositifs qui protègent le consommateur ayant contracté avec un professionnel quel que soit le contexte, sont en parfaite adéquation avec le régime spécifique de responsabilité du professionnel électronique consacré par le droit de la consommation.

CHAPITRE II : LE REGIME SPECIAL DE RESPONSABILITE DU PROFESSIONNEL ELECTRONIQUE

344. Le professionnel électronique en plus des obligations dont il est tenu en raison du simple fait que le contrat en cause est de consommation, est assujetti à d'autres obligations justifiées cette fois-ci par le contexte électronique de la conclusion du contrat. En effet, la distance qui caractérise très souvent l'exécution dudit contrat, implique l'intervention d'un ou de plus autres professionnels, toute chose qui ne rend pas aisée l'imputabilité du dommage qui peut notamment advenir au bien, objet du contrat.

345. Le législateur en retardant le transfert des risques jusqu'à la livraison au consommateur a consacré en contrepartie, une responsabilité de plein droit pour le professionnel électronique pour tout dommage constaté à l'arrivée (Section 1). La mise en œuvre de cette responsabilité peut exposer le consommateur à une obligation de rapporter la preuve positive non seulement de l'existence du contrat mais aussi de son contenu pour ensuite pouvoir établir la preuve du préjudice subi. Aussi, le législateur a-t-il imposé au professionnel électronique une obligation de conservation du contrat électronique (Section 2).

SECTION 1 : Le régime de responsabilité du professionnel dans l'exécution du contrat électronique

346. Le législateur français en transposant la directive n°2000/31/CE sur le commerce électronique a consacré la responsabilité de plein droit du professionnel électronique par la loi pour la confiance dans

l'économie numérique du 21 juin 2004⁶¹⁹. Ce régime de responsabilité propre au droit interne français qualifié de transposition créative⁶²⁰ du droit européen constitue le régime général de la responsabilité du professionnel électronique en ce qu'il s'applique à tous ses manquements résultant de l'exécution du contrat⁶²¹ (§1). L'effectivité de cette responsabilité est assurée par des dispositifs normatifs et institutionnels.

§1. La responsabilité de plein droit du professionnel électronique

347. Instituée par l'article 15- I de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, dans l'exécution des obligations résultant du contrat entre toute personne physique ou morale proposant ou assurant à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services vis à vis de l'acheteur, la responsabilité de plein droit a été étendue à la relation spécifique professionnel et consommateur par le point II dudit article 15. Il en résulte une consécration d'une présomption de responsabilité du professionnel (1) assortie d'une liste limitative de causes d'exonération (2).

⁶¹⁹ L'article 15 de la LCEN dispose : « I. - Toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ».

⁶²⁰ Elise POILLOT, « L'exécution du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), L'accès communautaire, Le contrat électronique, Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.236, n°5.32.

⁶²¹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffrey BRUNAUX, in Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°806.

1. La présomption de responsabilité

348. La nécessité de la responsabilité de plein droit.

Ordinairement, les contrats électroniques sont « doublement à distance » en ce sens que la distance qui caractérise leur conclusion se retrouve également dans leur exécution⁶²². Il en est ainsi lorsqu'ils portent sur des choses corporelles à expédier au consommateur ou consistent en la fourniture de contenus numériques à télécharger directement en ligne. L'exécution de tels contrats peut exiger du professionnel cocontractant du consommateur, le recours à des prestataires de services tels que les transporteurs, les services de la poste pour l'acheminement des biens corporels depuis ses installations jusqu'à l'adresse de livraison indiquée par le consommateur. S'agissant des contenus numériques avec un accès à distance, un fournisseur de moyens électroniques de communication jouera le rôle d'interface pour faciliter ou en assurer l'exécution. Il s'ensuit qu'entre la commande du consommateur et la livraison du bien ou la fourniture du service convenu, interviennent plusieurs autres contrats notamment avec des transporteurs de marchandises, des commissionnaires de transports, les services postaux ou les fournisseurs de moyens techniques de communication.

349. Au moment de la livraison ou de la réception, le consommateur qui constate que le bien ou le service commandé a subi des dommages ou des malfaçons, se retrouve confronter à une difficulté d'identification de l'auteur de son préjudice. Le risque, étant que s'il

⁶²² Olivier DESHAYES, « Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? », RDC, 1^{er} janv. 2012, n°1, p.88.

dirige son action en réclamation contre une personne dépourvue de la qualité du défendeur, celle-ci sera déclarée irrecevable. L'exercice serait donc ardu. Pour y remédier et dans le souci de renforcer la protection du consommateur, le législateur a, par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, institué en droit de la consommation, un nouveau régime de responsabilité⁶²³. En effet, aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 221-15 du Code de la consommation : « 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 exécutées 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 ». En ce sens, il ressort du rapport n°612 de Monsieur Jean DIONIS DU SEJOUR, au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique, que ce régime de responsabilité de plein droit vise à couvrir toute la « chaîne logistique », de la réception de la commande à la livraison. Le but étant « que le client doit pouvoir ne connaître que le marchand en ligne, et ne demander de comptes qu'à celui-ci »⁶²⁴. « S'il est fait appel à des sous-traitants, c'est néanmoins la personne exerçant l'activité de commerce électronique qui est responsable vis-à-vis du client, quitte à ce que le marchand se retourne contre ses sous-traitants une fois qu'il a dédommagé son client »⁶²⁵.

⁶²³ L'institution de ce nouveau régime a été insérée initialement par la LCEN à l'art. L. 121-20-3 du C. consom devenu aujourd'hui l'art. 221-15 du C. consom.

⁶²⁴ M. Jean DIONIS DU SEJOUR, Rapport n°612 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n°528), *pour la confiance dans l'économie numérique*, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0612.pdf>, consulté le 13 avr. 2020.

⁶²⁵ Ibidem.

350. Par la consécration de ce régime de responsabilité de plein du professionnel contractant à distance et plus singulièrement par voie électronique, le législateur, à travers la loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, « a fait en sorte que celui qui offre à distance un contrat soit personnellement tenu de l'exécution de la convention, quand bien même il n'aurait en réalité agi qu'en qualité d'intermédiaire »⁶²⁶. Le professionnel électronique est rendu donc responsable de l'entièvre exécution du contrat qu'il passe avec le consommateur. A ce titre, il est seul garant de sa bonne exécution que celle-ci soit de son propre fait ou par le fait d'un autre professionnel prestataire de service auquel il aurait eu recours⁶²⁷. Il en résulte deux conséquences majeures.

351. **Une responsabilité du fait d'autrui.** La responsabilité de plein droit du professionnel est une responsabilité du fait d'autrui⁶²⁸. En effet, l'article 221-15 du Code de la consommation rend le professionnel responsable, à l'égard du consommateur, de l'exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient exécutées par le professionnel lui-même « ou par d'autres prestataires de services ». La responsabilité de plein droit pour ses propres faits « n'est pas en soi novatrice »⁶²⁹. La réalité est que « tous les professionnels le sont à l'égard des consommateurs s'ils n'exécutent

⁶²⁶ Olivier DESHAYES, « Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? », RDC, 1^{er} janv. 2012, n°1, p.88.

⁶²⁷ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008 : RDC, 2009, p.568, obs. Dominique Fenouillet.

⁶²⁸ Pascal OUDOT, « L'internet et la responsabilité civile », Gaz- Pal., 03 nov. 2007, n°307, p.2 ; Dominique FENOUILLET, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », RDC, 1^{er} oct. 2004, n°4, p.955.

⁶²⁹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *in* Jacques GHESTIN (dir.), Traité de droit civil, Les contrats de consommation – Règles communes, *op. cit.*, n°802.

pas correctement le contrat »⁶³⁰. L'intérêt de la responsabilité de plein droit pour le consommateur réside dans le fait qu'elle fait peser sur le professionnel cocontractant direct, la responsabilité des actes des prestataires tiers impliqués par son fait dans l'exécution du contrat pour assumer la charge de tout ou partie des obligations qui normalement lui incombaient⁶³¹.

352. La deuxième conséquence majeure réside dans la responsabilité objective sans faute encourue par le professionnel électronique. Par conséquent, le consommateur est dispensé d'avoir à rapporter la preuve d'une quelconque faute personnelle de son cocontractant professionnel notamment dans le choix de ses autres prestataires de service ou dans leur surveillance. La preuve de la faute de ces prestataires de services impliqués dans l'exécution du contrat suffit pour engager la responsabilité de son cocontractant⁶³². Toutefois, il convient de se demander si le caractère objectif de cette responsabilité de plein droit exerce une influence sur la nature de l'obligation assumée par le professionnel.

353. **La neutralité de la responsabilité de plein sur la nature des obligations.** La responsabilité de plein droit du professionnel est sujette à deux interprétations quant à la nature des obligations assumées par celui-ci. Premièrement, il peut être appréhendé comme mettant à la charge du professionnel électronique, une obligation de résultat⁶³³, à l'instar du régime de responsabilité institué par la loi du

⁶³⁰ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE et Mali DEPINCE, *Précis : Droit de la consommation*, *op. cit.*, n°572.

⁶³¹ Delphine BAZIN-BEUST, *La protection du consommateur à distance : mouvements de flux et de reflux ?*, LPA 22 juin 2010, n°123, p. 4.

⁶³² Dominique FENOUILLET, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », RDC 1^{er} oct. 2004, n°4, p.955.

⁶³³ Pascal OUDOT, « L'internet et la responsabilité civile », Gaz- Pal., 03 nov. 2007, n°307, p.2.

13 juillet 1992 pour les agences de voyage⁶³⁴. Il suffit alors que le professionnel « ait conclu un contrat avec un consommateur par voie électronique, pour qu'il soit en charge d'une responsabilité très stricte, quelle que soit la personne qui en assure l'exécution, même si les obligations qui en découlent sont étrangères à l'activité du net. Si l'internaute organise, par exemple, un spectacle dont les réservations peuvent être effectuées sur le net, il sera tenu d'une obligation de sécurité de résultat alors que cette obligation pourrait n'être que de moyens en cas de réservation sur place »⁶³⁵. Une telle interprétation ne semble pas en adéquation avec la position du législateur qui est « que le client doit pouvoir ne connaître que le marchand en ligne, et ne demander de comptes qu'à celui-ci »⁶³⁶. Deuxièmement, par conséquent, la responsabilité de plein droit consacrée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique et transposée dans le Code de la consommation doit être appréhendée comme n'ayant pas vocation à transformer la nature juridique des obligations contractuelles, au seul motif qu'elles ont été souscrites à l'occasion d'un contrat électronique⁶³⁷. Le fait pour un avocat qui conclut en ligne un contrat portant assistance d'internaute consommateur en justice ne peut transformer sa traditionnelle obligation de moyen en obligation de résultat consistant dans le gain du procès. En effet, si l'obligation est

⁶³⁴ Article 23 de la loi n°92-645 du 13 juillet 1992 « fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages ou de séjours» (article L. 211-16 du Code du tourisme). Cette loi qui avait assuré en droit interne, la transposition de la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, a été abrogée par l'Ordonnance n°2004-1391 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code du tourisme, art. 5, JORF 24 décembre 2004 en vigueur le 1er janvier 2005.

⁶³⁵ Pascal OUDOT, « L'internet et la responsabilité civile », Gaz- Pal., 03 nov. 2007, n°307, p.2.

⁶³⁶ M. Jean DIONIS DU SEJOUR, Rapport n°612 fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n°528), *pour la confiance dans l'économie numérique*, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0612.pdf>, consulté le 13 avr. 2020.

⁶³⁷ Civ., 13 nov. 2008, 07-14.856 : RDC, 2009, p.568, obs. Dominique FENOUILLET.

de résultat, le professionnel verra sa responsabilité engagée en l'absence du résultat attendu par le consommateur. Tel est le cas du vendeur électronique qui ne livre pas au consommateur le bien commandé. De même, si l'obligation est de moyen, le professionnel s'engageant à tout mettre en œuvre pour atteindre le résultat attendu par le consommateur, sa responsabilité ne peut alors être retenue au seul motif que ce résultat n'est pas atteint car « la responsabilité qu'engendre la violation d'une obligation de moyens n'est pas de plein droit »⁶³⁸. Il faudra rapporter la preuve d'une faute commise par le professionnel dans l'exécution du contrat qui peut consister dans le fait qu'il n'a pas accompli toutes les diligences raisonnables en vue de parvenir au résultat escompté par le consommateur. Toutefois, il est loisible au professionnel de s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité.

2. Les causes d'exonération de la responsabilité du professionnel

354. Le législateur a assorti le régime de responsabilité de plein droit du professionnel de moyens d'exonération. Suivant les termes de l'alinéa dernier de l'article 221-15 du Code de la consommation, le professionnel peut voir sa responsabilité exonérée en tout ou en partie « *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* »⁶³⁹. Ces causes d'exonération qui sont celles que l'on retrouve généralement dans un régime de la responsabilité de plein droit sont

⁶³⁸ Ibidem.

⁶³⁹ Art. 15-II al.2 de la LCE.

restreintes et laissent peu de porte de sortie au professionnel électronique⁶⁴⁰. Aussi, étant présumé responsable de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, le professionnel, pour prétendre à l'exonération, doit rapporter non seulement la preuve positive de la cause d'exonération mais aussi la proportion dans laquelle celle-ci a contribué à la survenance du préjudice du consommateur. Ainsi, l'exonération partielle de la responsabilité du professionnel ne sera admise que lorsqu'il est établi que le fait du consommateur, le fait imprévisible et insurmontable du tiers au contrat ou la force majeure, sans être la cause exclusive de l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat a tout simplement contribué. Par contre, elle sera totale si le professionnel parvient à établir que l'un ou l'autre de ces faits en est la cause exclusive.

355. **Les faits du consommateur.** Il faut inclure dans ce vocable, non seulement les faits personnels du consommateur mais aussi ceux des personnes dont il doit répondre. Ils n'exonèrent totalement le professionnel de sa responsabilité que s'ils sont la cause exclusive du préjudice de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat ; sinon, il ne sera exonéré que partiellement. Il n'est guère exigé que le fait du consommateur revête les caractéristiques de la force majeure pour être une cause d'exonération du professionnel. Un ordre ou une instruction du consommateur peut suffire.

356. **Les faits du tiers.** Le tiers n'est ni la personne dont le professionnel doit répondre notamment ses préposés ou mandataires, ni cet autre prestataire professionnel de services qui exécute tout ou partie de la prestation contractuelle normalement due par le professionnel, partie au contrat électronique. En effet, selon la Cour de

⁶⁴⁰ Pascal OUDOT, « L'internet et la responsabilité civile », Gaz- Pal., 03 nov. 2007, n°307, p.2.

cassation « *le prestataire de service auquel le professionnel a recours pour l'exécution des obligations résultant du contrat à distance n'est pas un tiers au contrat au sens de l'article L.120-20-3* »⁶⁴¹. En réalité, ce prestataire est certes un tiers au contrat électronique en ce qu'il n'est pas une partie au contrat mais, il a été impliqué dans son exécution par le professionnel cocontractant du consommateur. Dès lors, il est à ranger conformément à l'alinéa 1^{er} de l'article L. 221-15 du Code de la consommation, dans la catégorie des « *autres prestataires* » dont l'implication dans l'exécution du contrat fait courir au professionnel une responsabilité de plein droit. Par conséquent, le tiers dont le fait « *imprévisible et insurmontable* » constitue une cause d'exonération de responsabilité doit être le *penitus extranei* totalement étranger à l'exécution contrat et ne pas être une personne dont le professionnel répond⁶⁴². Le caractère imprévisible et insurmontable des actes du tiers rapproche cette cause d'exonération du cas de force majeure.

357. La force majeure. La force majeure est définie par le Code civil comme tout « événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur »⁶⁴³. Cette définition issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations est le fruit du travail d'uniformisation de la

⁶⁴¹ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008 n°07-14.856 P: D. 2009, RDC, 2009, p.515, Obs. Olivier DESHAYES ; D., 2008, AJ 3003/6, obs. Valérie AVENA-ROBARDET, et 2009. Pan. 399 obs. Elise POILLOT ; V. aussi Hélène AUBRY, Elise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », D., 2010, 790.

⁶⁴² V. Mireille BACACHE, « Les nouveaux défis du droit de la responsabilité : l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique consacre-t-il un nouveau cas de responsabilité contractuelle autonome du fait d'autrui ? », in Judith ROCHEFELD (dir.), Les nouveaux défis du commerce électronique, LGDJ, 2010, n°53.

⁶⁴³ Art. 1218 al. 1 du C. civ.

jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁴⁴. En effet, la force majeure, cause d'exonération de la responsabilité du professionnel électronique doit donc être un événement imprévisible lors de la conclusion du contrat et qui rend irrésistible son exécution⁶⁴⁵.

358. Le caractère imprévisible n'est pas un simple indice de l'irrésistibilité mais au contraire, il constitue une condition à part entière qui s'apprécie au stade de la conclusion du contrat⁶⁴⁶. Il en résulte que si l'évènement était prévisible lors de la conclusion, on admet que ce risque est entré dans le champ contractuel et a été accepté par le professionnel. En pareil cas, sa responsabilité ne peut être écartée.

359. Quant au caractère irrésistible, elle s'apprécie au stade de l'exécution afin de déterminer si celle-ci était absolument impossible à résister⁶⁴⁷. En la matière, le législateur distingue entre l'empêchement temporaire et celui définitif. Ainsi, au sens de l'article 1218 alinéa 2 du Code civil, « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations... ».

360. En définitive, la force majeure ne devrait être admise comme une cause d'exonération de la responsabilité du professionnel électronique que lorsque le lien de causalité entre le dommage du consommateur et

⁶⁴⁴ Ass. plén. 14 avril 2006, deux arrêts, n° 02-11.168, M. Philippe Mittenaere c/ Mme Micheline Lucas, épouse Pacholczyk, P (N Lexbase : A2034DPZ) et n°04-18.902, M. Stéphane Brugiroux c/ Régie autonome des transports parisiens (RATP), P (N Lexbase : A2092DP8), Chron. Hebdo Edition affaires, n°214, 11 mai 2006, David BAKOUCHE.

⁶⁴⁵ Ass. Plén., 14 avril 2006, 02-11.168, Bull. 2006 Ass. Plén., n°5, p.9.

⁶⁴⁶Mustapha MEKKI, « Chronique de Jurisprudence », Gaz. Pal., 29 nov. 2012, n°334, p.13.

⁶⁴⁷Mustapha MEKKI, Ibidem.

le fait de ce dernier ou le fait de la personne dont il doit répondre « soit a été rompu ou n'a jamais existé »⁶⁴⁸.

361. Ces causes exonératoires de responsabilité, si elles sont retenues, elles auront pour effet soit de priver le consommateur de toute réparation en dommages et intérêts soit de réduire l'indemnisation à laquelle il pouvait normalement prétendre. L'objectif de la responsabilité de plein droit du professionnel étant de renforcer la protection du consommateur contractant à distance, il convient d'appréhender les dispositifs permettant d'assurer son effectivité.

§2. Les dispositifs d'effectivité de la responsabilité de plein droit

362. La quête de l'effectivité de la protection du consommateur par la consécration de la responsabilité de plein droit passe d'une part, par l'invalidation des clauses limitatives de responsabilité et d'autre part, par le renforcement des pouvoirs de l'administration.

1. L'invalidation des clauses limitatives de responsabilité

363. Les professionnels électroniques insèrent dans les conditions générales de contrat ou de vente, des clauses aménageant contractuellement leur responsabilité. Ces clauses peuvent consister soit à atténuer la responsabilité du professionnel en permettant à celui-ci soit de récuser une partie des obligations qui lui incombent

⁶⁴⁸ Sandy STEEL, « Les défenses en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle en droit français », RDC, 16 déc. 2019, n°04, p.262.

normalement soit d'écartez tout simplement cette responsabilité quand bien même il n'aurait pas exécuté une obligation lui incombeant. La validité de ces clauses se pose à l'aune du caractère d'ordre public⁶⁴⁹ des dispositions régissant les contrats à distance dont l'article 221-15 qui consacre la responsabilité de plein droit du professionnel. La Cour de cassation a, en ce sens, décidé que « le professionnel, responsable de plein droit à l'égard du consommateur, en vertu de dispositions d'ordre public, de la bonne exécution des obligations nées d'un contrat conclu à distance, ne peut conventionnellement exclure ni limiter, en dehors des prévisions de la loi, la réparation due au consommateur en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un tel contrat »⁶⁵⁰. De telles clauses qualifiées d'abusives sont déclarées nulles pour laisser place à la responsabilité de plein droit⁶⁵¹. Aussi, l'effectivité de l'objectif de protection du consommateur poursuivi par ce régime spécial de responsabilité a requis le renforcement du rôle de l'administration dans l'exécution du contrat.

2. Le renforcement des pouvoirs de l'administration

364. L'institution de la procédure d'injonction administrative. La responsabilité de plein droit a, en effet, renforcé la protection des consommateurs par l'alourdissement des obligations du professionnel. Ce dernier est rendu responsable de la bonne exécution du contrat que

⁶⁴⁹ C. consom., art. L. 221-19.

⁶⁵⁰ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008 n°07-14.856 P: D. 2009, RDC 2009, p.515, obs. Olivier DESHAYES ; D. 2008. AJ 3003/6, obs. Valérie AVENA-ROBARDET, et 2009. Pan. 399 obs. Elise POILLOT.

⁶⁵¹ CA Paris: 5, 11, 30-03-2018, n°16/16694 disponible à https://www.labase-lextenso.fr/jurisprudence/CAPARIS-30032018-16_16694; <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-5-ch-11-arret-du-30-mars-2018/>, consulté le 13/04/2020.

celle-ci soit de son propre fait ou par le fait d'autres prestataires. Toutefois, à y voir de près, il est permis de relever que le droit de la consommation protégeait certes le consommateur contre les manquements des tiers associés à l'exécution de l'obligation contractée par le professionnel mais ne le mettait pas à l'abri de difficultés financières personnelles du professionnel⁶⁵².

365. Pour rectifier cette insuffisance du mécanisme de protection, le législateur a, par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, renforcé les pouvoirs de l'administration en introduisant dans le Code de la consommation un nouvel article L. 141-1-1⁶⁵³. Selon le rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi n°1015, M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, « la création de cette procédure faisait écho à plusieurs affaires de faillites d'entreprises de vente à distance ayant marqué l'actualité ces dernières années, où des consommateurs n'ont pu obtenir le remboursement de produits qu'ils n'avaient jamais reçus, n'étant pas créanciers prioritaires »⁶⁵⁴. En effet, au sens de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 521-3 du Code de la consommation, lorsqu'un professionnel contractant à distance est dans l'incapacité manifeste de respecter ses obligations prévues à l'article L. 221-15, « l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut lui enjoindre, pour une durée initiale ne pouvant excéder deux mois et susceptible d'être renouvelée par période d'au plus un mois :

1° De ne plus prendre aucun paiement avant la livraison intégrale du bien ou l'exécution effective du service ;

⁶⁵² Delphine BAZIN-BEUST, La protection du consommateur à distance : mouvements de flux et de reflux ?, LPA, 22 juin 2010, n°123, p.4.

⁶⁵³ Art.79 de la loi 2014-344 du 17 mars 2014, JORF n°0065 du 18 mars 2014. Ce dernier article a inséré dans le Code de la consommation l'article 141-1-1 devenu aujourd'hui l'article 521-3.

⁶⁵⁴ Rapport n° 1156 de M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, *op. cit.*

2° D'informer le consommateur de l'injonction dont il fait l'objet et, s'il y a lieu, des biens ou services visés par cette mesure, selon des modalités fixées par l'injonction ».

366. Les effets de l'injonction. La mesure préventive n'interdit pas au professionnel qui manque à ses engagements de contracter. Elle vise seulement à lui interdire d'être payé tant qu'il n'a pas « correctement exécuté le contrat »⁶⁵⁵. Il ressort de cette disposition que le professionnel frappé par l'injonction répond non seulement d'une obligation de ne pas faire mais aussi d'une obligation de faire. S'agissant de l'obligation de ne pas faire, elle consiste en une interdiction pour le professionnel de recevoir dorénavant du consommateur paiement tant que le contrat n'est pas complètement exécuté. Le paiement ne peut intervenir que lorsqu'il a soit intégralement livré au consommateur le bien ou effectivement fourni à celui-ci le service commandé. En ce qui concerne l'obligation de faire, elle consiste en un devoir d'information. En effet, dès lors qu'il est sous le coup de l'injonction, le professionnel est tenu d'avertir le consommateur de la mesure dont il a fait l'objet et, s'il y a lieu, de la liste des biens et des services visés par ladite mesure. Il doit s'acquitter de cette obligation d'information en se conformant aux modalités fixées par l'injonction.

367. L'autorité administrative compétente. Il ressort du rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi n° 1015, Monsieur Razzy HAMMADI et Madame Annick LE LOCH, que seule la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes était visée⁶⁵⁶. Mais le souci d'efficacité du

⁶⁵⁵ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE et Mali DEPINCE, *Précis : Droit de la consommation*, *op. cit.*, n°573.

⁶⁵⁶ Rapport n° 1156 de M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, *op. cit.*

dispositif a abouti à la démultiplication des autorités chargées d'adresser de telles injonctions au professionnel dans le sens de la déconcentration pour être le plus près possible du consommateur. Telle est la substance de l'article R. 521-1 du Code de la consommation qui dispose que : « l'autorité administrative mentionnée à l'article L. 521-3 est le chef du service national des enquêtes de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou le directeur de la direction départementale chargée de la protection des populations. Ces autorités administratives peuvent déléguer leurs signatures aux fonctionnaires de catégorie A placés sous leur autorité ».

368. L'exigence du contradictoire. La mise en œuvre adéquate de ce mécanisme exige que l'action de l'autorité administrative soit menée sous le prisme du contradictoire surtout en ce qui concerne l'appréciation du seuil de « l'incapacité manifeste [du professionnel] de respecter ses obligations »⁶⁵⁷. Cette appréciation ne peut être purement subjective. Elle ne saurait par exemple se fonder uniquement sur des informations recueillies des forums spécialisés sur ces sujets présents sur internet ou des informations recueillies de la fédération de l'e-commerce et de la vente à distance (FEVAD)⁶⁵⁸. Si l'administration est saisie par des alertes de consommateurs insatisfaits ou inquiets, il faut qu'elle procède à des investigations appropriées et contradictoires pour établir la véracité de telles informations, avant d'envisager le recours à la procédure d'injonction.

⁶⁵⁷ C. consom. art. L. 521-3.

⁶⁵⁸ Ibidem.

369. La sanction de la violation de l'injonction. L'article L. 521-3, alinéa 2 du Code de la consommation prévoit que lorsque le professionnel ne défère pas à l'injonction dans le délai prescrit, l'autorité administrative peut demander à « la juridiction civile d'ordonner, sous astreinte, la suspension de la prise des paiements ». Le renforcement des pouvoirs de l'administration à travers l'institution de cette procédure d'injonction sans être la panacée peut contribuer à renforcer et rendre plus effectifs les droits contractuels du consommateur dans leurs relations avec le professionnel électronique. En effet, l'efficacité de l'injonction se résume à la préservation des intérêts économiques des consommateurs futurs cocontractants du professionnel à distance défaillant et non ceux situés plus en amont c'est-à-dire ayant déjà commandé⁶⁵⁹, la pratique en matière de contrat électronique étant le procédé du paiement anticipé c'est-à-dire dès la commande. En tous les cas, la procédure contradictoire que sa mise en œuvre requiert implique nécessairement la vérification de l'existence des liens contractuels entre les consommateurs et le professionnel électronique, d'où l'utilité de la conservation des contrats et la fourniture de procédés d'accès à ceux-ci.

SECTION 2 : La conservation du contrat

370. Au stade de la formation du contrat électronique, le consommateur bénéficie d'une protection renforcée justifiée par le fait que sa perception de la réalité sur internet peut être faussée et son consentement manqué d'intégrité. Mieux, le professionnel est tenu de

⁶⁵⁹ Delphine BAZIN-BEUST, La protection du consommateur à distance : mouvements de flux et de reflux ?, LPA, 22 juin 2010, n°123, p.4.

confirmer sur support, le contrat outre l'ensemble des informations précontractuelles si cela n'était pas déjà fait, au consommateur immédiatement après la conclusion du contrat ou au plus tard au moment de la livraison du bien ou au début de la fourniture de la prestation de service. En plus de cette confirmation sur support durable, l'une des protections exorbitantes par rapport au « contrat papier » dont bénéficie le consommateur partie à un contrat électronique réside dans la conservation du contrat⁶⁶⁰. Classiquement, la question ne se pose guère, chacune des parties au contrat devant s'évertuer à conserver les éléments de preuve pour que, le cas échéant, elle puisse rapporter la preuve de l'existence du contrat et ou de sa bonne ou mauvaise exécution. Lorsque le contrat est conclu par voie électronique cependant, le droit de la consommation désigne un débiteur de la conservation de l'écrit le constatant qui est le professionnel électronique⁶⁶¹. Cette obligation d'archivage qui constitue l'une des innovations de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁶⁶² est subordonnée à certaines conditions (§1). Le contrat une fois archivé, le professionnel doit en garantir l'accès au consommateur (§2).

§1. *Les conditions d'existence de l'obligation d'archivage du contrat*

371. L'archivage correspond à l'idée de pérenniser une information avec le souci de la restituer intacte le moment voulu. Dans le contexte

⁶⁶⁰ Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *op. cit.*

⁶⁶¹ Olivier CACHARD, Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, RLDC, 2004/8 ,p.5, spéc. n°20 ; Bérénice de BERTIER-LESTRADE, *op. cit.*, spéc. n°39.

⁶⁶² Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », *op. cit.*

électronique, il s'agit donc d'une obligation assez contraignante dans sa dimension économique et technique de mise en œuvre puisqu'elle requiert notamment l'acquisition de moyens techniques tels que des supports physiques ou des réseaux spécifiques de conservation efficaces du contrat⁶⁶³. C'est pourquoi, le législateur a subordonné l'existence de l'obligation d'archivage du contrat électronique à une double condition. En effet, l'article L. 213-1 du Code de la consommation dispose que « lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé... ». Il ressort d'une part, l'exigence d'un seuil minimal (1) et d'autre part, l'existence d'un temps de conservation de l'archive du contrat (2).

1. L'exigence d'un seuil minimal

372. Le montant à partir duquel le professionnel électronique assume l'obligation de conservation du contrat a été fixé à 120 euros⁶⁶⁴. Une comparaison entre ce dernier montant avec le seuil à partir duquel l'article 1359 du Code civil exige un écrit sous signature privée ou authentique, fixé à 1500 euros⁶⁶⁵ révèle que le droit de la consommation assure au consommateur partie à un contrat

⁶⁶³ V. MICHELE TABAROT, Rapport n°608 au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique disponible à <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp>, consulté le 27/03/2020.

⁶⁶⁴ Art. 1^{er} du décret n°2005-137 du 16 févr. 2005, objet de l'actuel art. D. 213-1 du C. consom.

⁶⁶⁵ Art. 1 du décret n°2016-1278 du 29 septembre 2016 portant coordination des textes réglementaires avec l'ordonnance n°2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

électronique une réelle protection⁶⁶⁶. Ce montant de 120 euros qui est demeuré inchangé depuis son introduction en 2005 dans le Code de la consommation permet d'amasser large que ne le ferait un alignement sur les dispositions du Code civil. Toutefois, il permet aux professionnels d'être dispensés de toute obligation d'archivage pour les contrats aux enjeux financiers moins importants pour les consommateurs.

2. Le délai de conservation de l'archive

373. Le professionnel électronique a l'obligation de conserver le contrat électronique pendant une durée de dix ans. Le point de départ du délai de l'obligation d'archivage court à compter de la conclusion pour les contrats à exécution instantanée⁶⁶⁷. Lorsque l'exécution est différée, l'alinéa 2 de l'article D. 213-2 du Code de la consommation dispose que « ... le délai court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci ». Il en résulte qu'en présence de contrats à exécution différée, le délai commence à courir, « soit au jour de sa conclusion lorsqu'il n'y a pas eu exécution, soit au jour de l'exécution »⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ Dominique FENOUILLET, Contrat conclu par voie électronique et écrit conservé par le professionnel, RDC, 1^{er} oct. 2005, n°4, p.1067.

⁶⁶⁷ Art. 2 du décret n°2005-137 du 16 févr. 2005, objet de l'actuel art. D. 213-2 al. 1 du C. consom,

⁶⁶⁸ Mustapha MEKKI, « Le formalisme électronique : la “neutralité technique” n'emporte pas “neutralité axiologique” », *op. cit. Contra* : Dominique FENOUILLET, Contrat conclu par voie électronique et écrit conservé par le professionnel, RDC, 1^{er} oct. 2005, n°4, p.1067. L'auteur soutient que « Si l'on comprend bien, à un premier délai courant à compter de la conclusion du contrat jusqu'à son exécution, succède un second délai à compter de la livraison du bien ou de l'accomplissement de la prestation. La solution est logique pour le consommateur, car l'écrit est nécessaire, dans un premier temps, pour permettre au consommateur d'obtenir

§2. La garantie d'accès au contrat archivé

374. Le professionnel assume déjà l'obligation de fournir au consommateur, sur support durable, confirmation du contrat électronique, au plus tard au moment de la livraison du bien ou avant le début de l'exécution du service⁶⁶⁹. Nonobstant cette communication du contrat au consommateur, le droit de la consommation le retient comme seul responsable de sa conservation, dès lors que le montant en cause atteint le seuil minimal de 120 euros et ce, pour une durée de dix ans. Cette obligation de conservation du contrat est justifiée par des finalités de preuve (1) et son non-respect expose le professionnel à sanction (2).

1. La fonction de preuve de l'obligation de la conservation du contrat

375. L'obligation supplémentaire de conservation du contrat électronique est exorbitante de droit commun et vise à parer au risque pour le consommateur de perdre ou d'endommager le support durable du contrat qui a été mis à sa disposition avant bien évidemment l'expiration du délai de prescription de l'action civile qui est de dix ans. L'alignement de l'obligation d'archivage du contrat par le professionnel est donc injustifié même si elle va au-delà des délais d'action du consommateur pour défaut de conformité et du

l'exécution, et, dans un second temps, pour lui permettre de se plaindre d'une mauvaise exécution »

⁶⁶⁹ C. consom., art. L. 221-13 al. 1.

professionnel pour les biens et services fournis au consommateur⁶⁷⁰ qui sont de deux ans.

376. La finalité de l'archivage du contrat durant tout ce délai est de permettre au consommateur d'avoir accès au contrat archivé. Toutefois, l'archive ne sera véritablement utile au consommateur que si les conditions de conservation sont de nature « à en garantir l'intégrité ». En effet, le Code civil subordonne l'assimilation de l'écrit électronique à l'écrit sur support papier notamment à ces conditions de conservation qui doivent garantir son intégrité⁶⁷¹. Le professionnel étant le seul débiteur de l'obligation de conservation, il lui incombe, dès lors, de prendre les dispositions appropriées pour garantir au consommateur l'effectivité et l'utilité de son droit d'accès.

2. La sanction du non-respect de l'obligation de conservation du contrat

377. Tandis que le refus notamment du vendeur ou du prestataire de services de communiquer à toute personne qui en fait la demande un exemplaire du contrat qu'il propose habituellement est pénalement sanctionné⁶⁷², le professionnel électronique qui manque à son obligation de permettre au consommateur d'avoir accès au contrat archivé ne peut faire l'objet que d'une injonction de l'administration après une procédure contradictoire de se conformer à son obligation

⁶⁷⁰ C. consom., art. L. 218-2.

⁶⁷¹ C. civ., art. 1366.

⁶⁷² L'article R. 131-1 du Code de la consommation dispose : « Le fait, pour un professionnel vendeur ou prestataire de services, de ne pas remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 114-1, est puni des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5e classe.

La récidive est réprimée conformément aux dispositions des articles 132-11 et 132-15 du code pénal ».

dans un délai raisonnable qu'elle fixe⁶⁷³. Une telle sanction n'est guère dissuasive pour assurer une protection préventive du consommateur. Le professionnel qui a un intérêt à ne pas donner une suite favorable immédiatement à la demande d'accès du consommateur, peut refuser d'accéder à ladite demande dans l'expectative de l'injonction de l'administration dont il sait qu'elle ne pourra intervenir qu'au bout d'un temps plus ou moins long compte tenu du caractère contradictoire de sa procédure.

⁶⁷³ C. consom., art. L.521-1.

CONCLUSION DU CHAPITRE

378. La faiblesse structurelle du consommateur aggravée par la distance et l'utilisation des outils techniques de communication qui caractérisent la conclusion du contrat électronique a sans doute influencé la consécration par le législateur de la responsabilité de plein droit. Mais le véritable fondement de cette responsabilité réside dans la pluralité des intervenants dans l'exécution qui entraîne une fragmentation de l'opération contractuelle conclue à distance⁶⁷⁴. Devant la difficulté d'identification qu'aurait engendrée l'obligation pour le consommateur de nécessairement diriger sa réclamation contre l'intervenant auteur du fait préjudiciable, la responsabilité de plein droit lui permet de porter sa réclamation directement contre le professionnel électronique, qui est son cocontractant direct. Il en résulte de graves conséquences pour le professionnel qui peut être tenu non seulement de ses propres faits mais aussi des faits d'autrui impliqué par lui dans l'exécution du contrat.

379. L'efficacité dans la mise en œuvre de cette responsabilité de plein droit est assurée d'une part, par l'obligation qui est faite au professionnel électronique d'assurer lui-même la pérennité de la preuve dont le consommateur peut avoir besoin, le cas échéant, pour engager sa responsabilité. Il est tenu, à cette fin, d'assurer la conservation du contrat électronique chaque fois que le montant en cause atteint les cent-vingt (120) euros et ce, pendant une durée de dix (10) ans. Cette conservation doit être assurée de sorte à garantir l'intégrité du contrat archivé et à permettre au consommateur d'en

⁶⁷⁴ Elise POILLOT, « L'exécution du contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), L'accès communautaire, Le contrat électronique, Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.237, n°5.32.

avoir accès à tout moment durant la durée décennale de conservation. D'autre part, l'efficacité de la responsabilité de plein droit du professionnel est aggravée par la procédure d'injonction entre les mains de l'Administration. Celle-ci peut tirer conséquence notamment de la récurrence des actions en responsabilité initiées par les consommateurs qui peuvent être révélatrices d'une défaillance caractérisée du professionnel dans l'exécution de ses obligations de livraison de biens ou de fourniture de services, pour interdire à celui-ci tout encaissement des prix tant que les contrats n'ont pas connu une complète exécution. Cette interdiction qui emporte obligation pour le professionnel de la porter à la connaissance de ses futurs cocontractants, est une mauvaise publicité pour sa réputation et sa crédibilité. Toutefois, elle assure cette mission de protection préventive collective des consommateurs qui caractérise le droit de la consommation.

CONCLUSION DU TITRE I

380. L'encadrement de l'exécution du contrat électronique par le droit de la consommation a consisté d'une part, à sa soumission aux dispositifs de protection de consommateur, partie à un contrat conclu avec un professionnel. Ces règles qui président à l'exécution de tout contrat de consommation quel que soit le contexte de sa conclusion, protègent le consommateur contre les retards à la livraison, le transfert des risques et les défauts de conformité. Dans le contexte électronique, ces règles de protection du consommateur sont plus utiles au consommateur en raison de l'interposition des outils de communication qui empêche tout contact physique entre les parties au moment de la formation du contrat et qui peut instaurer une distance dans l'exécution du contrat. En pareil cas, le consommateur ne peut exercer aucune pression ou diligence afin d'obtenir l'exécution prompte et correcte du contrat électronique par le professionnel. Ainsi, l'imposition de la borne temporelle d'exécution du contrat assorti du droit de résolution unilatérale du consommateur, le rattachement des risques à la livraison du bien ou à la fourniture du service emportant *a contrario* l'imposition des risques au professionnel jusqu'à la livraison et enfin, la possibilité donnée au consommateur d'obtenir la mise en conformité, la restitution ou la résolution du contrat en cas de défaut de conformité sont des outils précieux de protection du consommateur et qui s'imposent au professionnel électronique.

381. Par ailleurs, la protection du consommateur dans l'univers électronique a justifié l'adoption par le législateur d'un régime de responsabilité de plein droit du professionnel avec en toile de fond la préservation de l'efficacité du droit d'action du consommateur par

l'imposition au professionnel de l'obligation d'archiver le contrat électronique et d'en garantir l'accès au consommateur pendant une durée de dix (10) ans. Ces règles spécifiques justifiées par le contexte électronique de conclusion du contrat se sont révélées proportionnées aux risques auxquels la conclusion du contrat électronique expose le consommateur. En effet, ce dernier ne connaît en principe son cocontractant que grâce à l'information précontractuelle qui lui est due. Or, l'exécution du contrat électronique qu'elle soit en ligne ou hors ligne, elle fait le plus souvent appel à des tiers prestataires des services de communications électroniques ou qui mènent une activité de logistique ou de transport. Ces différentes implications peuvent occasionner des préjudices pour le consommateur qui, le cas échéant, peut se retrouver dans la nécessité d'exercer un recours. Conscient de la difficulté d'identification de l'auteur du fait dommageable, le législateur a consacré la responsabilité de plein droit du professionnel électronique cocontractant direct du consommateur pour tout préjudice survenu au bien ou au service, objet du contrat électronique. Encore faut-il que le consommateur puisse rapporter la preuve de cette qualité du professionnel attrait et de la réalité de son préjudice. A cette difficulté de preuve, l'institution de l'obligation de conservation du contrat électronique mise à la charge du professionnel a été la panacée. Le droit de la consommation a imposé à cette fin que l'archivage du contrat doit être assuré dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité et le droit d'accès du consommateur. L'effectivité du respect par la professionnel de son obligation contribuera à l'utilité et à l'efficacité du recours du consommateur en cas de litige.

TITRE II : REGIMES INNOVANTS ET ADAPTES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE REGLEMENT DES LITIGES DU CONTRAT ELECTRONIQUE

382. Avec l'avènement d'internet, « le consommateur n'est plus national : il est, si l'on s'en tient à l'exemple français, européen et même mondial »⁶⁷⁵. Or, l'immatérialité et la localisation aléatoire des parties qui sont les critères principaux d'internet rendent difficiles le rattachement normatif ou juridictionnel, pourtant nécessaire à la protection du consommateur⁶⁷⁶.

383. Les contrats électroniques qui sont les principaux outils du consommateur pour interagir avec les professionnels qui utilisent cet univers pour proposer à distance des biens et services peuvent, à l'instar de tout contrat, être le siège de contentieux pour inexécution, mauvaise exécution ou retard dans l'exécution. Ces contrats électroniques, lorsqu'ils sont transfrontaliers, posent le délicat problème de conflit de juridictions et de lois. La protection du consommateur a commandé la mise en place, au plan communautaire et national, de régimes dérogatoires pour encadrer aussi bien la compétence juridictionnelle que la loi applicable qui intègrent la prise en compte de la dimension électronique de ces contrats (Chapitre I).

384. Aussi, faut-il le rappeler, les contrats de consommation pris individuellement sont généralement des petits contrats en termes de

⁶⁷⁵ *Rapport n° 1156 de M. Razzy Hammadi et Mme Annick Le Loch, op. cit.*

⁶⁷⁶ Akodah AYEWOUDAN, *Les droits du contrat à travers l'internet*, *op. cit.*, p. 213, spéc. n°186.

ressources financières qu'exposent les consommateurs. Or, les procédures juridictionnelles étatiques sont assez onéreuses et le plus souvent lentes, toute chose qui pourrait amener nombre de consommateurs pourtant non satisfaits du professionnel à ne pas entamer une action en justice⁶⁷⁷. La dimension internationale qui caractérise assez souvent ces contrats électroniques peut alors renforcer cette tendance, assurant aux professionnels électroniques une impunité quasi-totale⁶⁷⁸. Pour remédier à ces difficultés qui peuvent à terme, entamer la confiance des consommateurs à ces derniers contrats, le droit de la consommation a dû s'adapter en instituant la médiation en ligne comme mode amiable de règlement des litiges de consommation (Chapitre 2).

⁶⁷⁷ Stéphane PIEDELIEVRE, « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », Gaz. Pal., 21 sept. 2013, n°264.

⁶⁷⁸ Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.283, spéc. n°344 ; Stéphane PIEDELIEVRE, « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », *op. cit.*

CHAPITRE I : L'ENCADREMENT DU CHOIX DE LA JURIDICTION COMPETENTE ET DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION

385. « Le droit de la consommation n'est pas un droit purement interne ; il comporte parfois un élément d'extranéité qui influe nécessairement sur la relation contractuelle entre le professionnel et le consommateur »⁶⁷⁹. En effet, un consommateur français peut bien évidemment conclure sur internet, un contrat avec un prestataire de bien ou service établi en France. Un tel contrat est purement interne. Dès lors, le droit de la consommation nationale s'applique tout naturellement pour offrir les règles de forme et de fond nécessaires au règlement du litige. En pareil cas, la question de la compétence juridictionnelle ainsi que celle de loi applicable ne se posent pas. Cependant, en présence d'un contrat comportant un élément d'extranéité, la protection du consommateur devient plus capitale en raison des incertitudes qui peuvent exister d'une part, quant à la juridiction compétente pour connaître des litiges qui peuvent en résulter et d'autre part, en ce qui concerne le droit applicable audit contrat. Or, compte tenu du caractère par essence international de l'internet, le consommateur en se connectant en France peut se retrouver être partie à un contrat transfrontalier. Ce sera le cas notamment lorsque le prestataire électronique est établi sur le territoire d'un autre pays. Cette internationalisation du contrat électronique est perçue à juste titre par le consommateur comme une

⁶⁷⁹ CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666, Lokman Emrek c/ Vlado Sabranovic, Gaz. Pal., 20 fév. 2014, n°051, Obs. Stéphane Piedelièvre.

source d'insécurité juridique⁶⁸⁰ dans la mesure où il peut être privé de la protection que lui procurent les règles matérielles du Code de la consommation notamment. Le législateur communautaire conscient de cette difficulté et des enjeux économiques qui s'y rattachent a adapté le dispositif normatif.

386. En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, la prise en compte des spécificités des contrats électroniques, a justifié le remplacement de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, par le règlement n°044/2001 du 22 novembre 2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit "règlement Bruxelles I"⁶⁸¹, lequel a été son tour refondu le 12 décembre 2012 par le règlement n°1215/2012 portant le même nom et encore désigné sous le nom de "règlement Bruxelles I bis"⁶⁸². Ces règles instaurent un régime de compétence juridictionnelle spécifique à la contractualisation à distance et par voie électronique (Section I).

387. S'agissant de la loi applicable, il n'existait pas de règles de conflit de lois spécifiques au commerce électroniques⁶⁸³. En droit français cependant, la question du droit applicable au contrat conclu par le consommateur recevait toujours un traitement particulier régi par des règles dérogatoires qui ne laissent guère de place à la méthode du

⁶⁸⁰ Véronique LEGRAND, « La loi applicable au contrat de commerce électronique », LPA, 08 sept. 2017, n°179-180, p.93.

⁶⁸¹ JOUE, L. 12/1 du 16 janv. 2001.

⁶⁸² JOUE L. 351/1 du 20 déc. 2012.

⁶⁸³ Eric CAPRIOLI, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, 2002, Litec, n°50 et s. ; V. aussi Jérôme HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », JDI, 2002, p.737.

conflit de lois⁶⁸⁴. Au niveau communautaire, la convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles qui s'était révélée aussi inadaptée pour offrir des solutions adéquates aux problèmes que posent les contrats électroniques, a été remplacée par le règlement 593/2008 du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I »⁶⁸⁵. Il en résulte un régime dérogatoire pour la détermination de la loi applicable au contrat électronique de consommation présentant un élément d'extranéité (Section 2).

SECTION 1 : L'encadrement du choix de la juridiction compétente

388. Les droits accordés aux consommateurs peuvent s'avérer inutiles s'ils sont obligés d'exposer des frais qui sont sans aucune proportion avec l'enjeu économique des contrats souscrits, pour pouvoir intenter l'action devant les tribunaux du pays où résident les professionnels électroniques⁶⁸⁶. La question de la compétence juridictionnelle est alors essentielle pour assurer l'effectivité de leurs droits. C'est pourquoi, au niveau communautaire, le règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit

⁶⁸⁴ Luc GRYNBAUM, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.580.

⁶⁸⁵ JOUE, L. 177/1 du 04 août 2008.

⁶⁸⁶ CA Paris: 12 février 2016, n°15/08624, Société Facebook Inc ; Josef DREXL, « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », Revue internationale de droit économique, 2002/2 t.XVI, p.436, disponible à <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2002-2-page-405.htm>, consulté le 06 avril 2020.

“règlement Bruxelles I bis”⁶⁸⁷ a aménagé des règles de compétence spécifiques destinées à protéger le consommateur, partie à un contrat électronique conclu avec un professionnel⁶⁸⁸. Ainsi, outre la protection due à tout consommateur à raison de l’objet du contrat et quel que soit son mode de conclusion⁶⁸⁹, la dimension électronique a été prise en compte pour prévoir un régime dérogatoire de compétence juridictionnelle au profit du consommateur (§2). Ce régime dérogatoire est subordonné à la satisfaction de la condition de l’activité dirigée, critère institué pour la première fois par le règlement n°044/2001 du 22 décembre 2000 encore appelé “règlement Bruxelles I” pour tenir compte de la spécificité du médium internet utilisé pour la conclusion des contrats électroniques⁶⁹⁰(§1).

§1. L’activité dirigée, condition d’admission du régime dérogatoire de compétence

389. Autant les consommateurs doivent être protégés des risques liés à l’ubiquité de l’internet, autant cette ubiquité ne doit pas être pour les professionnels, une source de risque qu’ils n’ont pas voulu prendre⁶⁹¹. C’est à cet exercice que s’est livré le législateur en consacrant la condition de l’activité dirigée qui doit permettre l’application du régime

⁶⁸⁷ JOUE L. 351/1 du 20 déc. 2012.

⁶⁸⁸ Céline CASTETS-RENARD, Commerce électronique, Répertoire de droit européen, juil. 2016, n°102.

⁶⁸⁹ Règlement Bruxelles I bis, art. 17.1 a) et b) qui énumèrent la vente à tempérément d’objets mobiliers corporels; le prêt à tempérément ou tout autre opération de crédit liés au financement d’une vente de tels objets.

⁶⁹⁰ Règlement n°044/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale dit “règlement Bruxelles I” JOUE, L. 12/1 du 16 janv. 2001.

⁶⁹¹ Marie-Eve PANCRAZI, « D’utiles précisions sur les critères d’appréciation de la « direction d’une activité » vers un Etat membre », D., 2011, p.990.

dérogatoire de compétence au profit du consommateur, partie à un contrat électronique transfrontalier.

390. Institué pour la première fois par le Règlement Bruxelles I pour permettre au consommateur de saisir le tribunal de son pays de résidence⁶⁹², le critère de l'activité dirigée a été repris par le Règlement Bruxelles I bis⁶⁹³. Le Code de la consommation l'a repris en son article L. 231-1, 2° en réputant établi un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre, « si le professionnel dirige son activité vers le territoire de l'Etat membre où réside le consommateur, sous réserve que le contrat entre dans le cadre de cette activité ». Cette notion d'activité dirigée pour être l'unique critère retenu, revêt une grande importance.

391. Les grands enjeux qui s'attachent à la notion d'«activité dirigée» pour la détermination de la juridiction compétente n'ont pas pourtant pour corollaire une clarté de la notion. Pour proposer un contenu à la notion d'activité dirigée de l'article 15 du règlement (CE) n°44/2001, le Conseil et la Commission ont, par déclaration conjointe en date du 21 novembre 2000 précisé que « le simple fait qu'un site internet soit accessible ne suffit pas pour rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. À cet égard, la langue ou la monnaie utilisée par un site internet ne constitue pas un élément pertinent»⁶⁹⁴. Il résulte de cette déclaration que l'existence d'activité dirigée doit émaner uniquement de la volonté du professionnel exploitant du site non seulement d'inviter à la

⁶⁹² Règlement Bruxelles I, art. 15.1, c.

⁶⁹³ Règlement Bruxelles I bis, art. 17.1 c).

⁶⁹⁴ CE n°13742/00 JUSTCIV31, 24 nov. 2000. Non publié au Journal Officiel. Dans l'arrêt Pammer et Hôtel Alpenhof du 07 déc. 2010, la CJUE a pertinemment rappelé cette dernière déclaration conjointe du CE et de la Commission telle que reprise par le considérant 24 du règlement Rome I.

conclusion de contrats à distance mais surtout qu'il résulte effectivement de cette invitation, la conclusion du contrat à distance et ce, par tout moyen. Le premier moyen le plus usité dans ces circonstances est assurément l'internet. De cette analyse, il apparaît que pour retenir l'existence d'une activité dirigée, il faut rechercher la volonté du diffuseur du site internet⁶⁹⁵, volonté qui doit exister depuis le stade précontractuel⁶⁹⁶. Toutefois dans cette recherche de la volonté du professionnel, il convient de faire une distinction entre les éléments non caractéristiques de l'activité dirigée (1) et ceux pouvant la faire présumer (2).

1. Les éléments non caractéristiques de l'activité dirigée

392. Il en existe plusieurs dont certains ressortent de la déclaration conjointe du Conseil et de la commission et d'autres dégagées par la jurisprudence.

393. **La simple accessibilité au site du professionnel.** La possibilité pour le consommateur d'avoir accès au site internet ouvert du professionnel ne caractérise pas l'existence d'une volonté de direction d'activité sur le territoire du pays où ce consommateur a son domicile⁶⁹⁷. Cette position du législateur était nécessaire car compte tenu de l'ubiquité qui caractérise les sites ouverts, le contraire aurait exposé le professionnel électronique à l'éventualité d'être attrait devant les juridictions de n'importe quel pays de résidence d'un

⁶⁹⁵ Sylvain BOLLEE et Bernard HAFTEL, « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », D., 2012, p.1285.

⁶⁹⁶ Cédric Manara, « Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi. Cour de justice de l'Union européenne, 7 déc. 2010 », D., 2011, p.990.

⁶⁹⁷ CE n°13742/00 JUSTCIV 131, 24 nov. 2000, *op. cit.*

consommateur. La Cour de justice de l'Union européenne en interprétant pour la première fois la notion d'« activité dirigée » dans son arrêt *Peter Pammer et Hotel Alpenhof* du 07 décembre 2010, a également rejeté la simple accessibilité au site comme révélateur de la volonté du professionnel de diriger son activité sur le territoire du pays de résidence habituelle du consommateur⁶⁹⁸. Dans le même sens, la Cour de cassation a constamment décidé que le critère de la seule accessibilité du site internet depuis le territoire national, sans rechercher si les annonces publicitaires litigieuses sont destinées au public français, n'est pas suffisant pour retenir l'existence d'une « activité dirigée » justifiant la compétence territoriale des juridictions françaises⁶⁹⁹.

394. Les mentions relatives à certaines informations utiles ou obligatoires. La Cour de justice de l'Union européenne a jugé insuffisante à établir l'activité dirigée d'une part, la mention sur le site d'une adresse électronique ainsi que d'autres coordonnées ou l'emploi d'une langue ou d'une monnaie qui sont la langue et ou la monnaie habituellement utilisées dans l'Etat membre d'établissement du commerçant⁷⁰⁰ et d'autre part, la mention de l'adresse électronique ou géographique du commerçant sur le site internet avec l'indication de

⁶⁹⁸ CJUE 7 déc. 2010, aff. C-585/08 et C-144/09 pt. 94. D., 2011. p.908, obs. Sylviane. DURRANDE ; *ibid.* p.990, Obs. Cédric MANARA ; *ibid.* p.990, note Marie-Eve Pancrazi ; *ibid.* p.974 obs. Hélène AUBRY, Elise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD ; Rev. crit. DIP, 2011. p.414, note Olivier CACHARD ; RTD com., 2011. p.663, obs. Anne MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; RTD eur., 2011. p.475, obs. Emmanuel GUINCHARD; RDC, 2011. p.511 Obs. Carole AUBERT DE VINCELLES ; *ibid.* p.567, obs. Edouard TREPOZ.

⁶⁹⁹ Com. 13 juill. 2010, n° 08-13.944, Bull. civ. IV; D., 2010. p.1966, obs. Jacques LARRIEU, Christian LE STANC et Pascale TREFIGNY-GOY ; D., 2011. p.908, obs. Sylviane DURRANDE ; *ibid.* p.2363, obs. Jacques LARRIEU, Christian LE STANC et Pascale TREFIGNY-GOY ; Com. 29 mars 2011, n° 10-12.272, Inédit. D., 2011. 2363, obs. Jacques Larrieu, Christian LE STANC et Pascale TREFIGNY-GOY ; *ibid.* p.2434, obs. Louis D'AVOUT et Syvain BOLLEE ; D., 2012. p.1228, obs. Hélène GAUDEMEL-TALLOON et Fabienne JAULT-SESEKE.

⁷⁰⁰ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt. 94.

ses coordonnées téléphoniques sans l'indicatif international⁷⁰¹. En effet, ces informations sont tout simplement nécessaires aux consommateurs domiciliés sur le même territoire que le professionnel pour pouvoir entrer en relation avec ce dernier et par conséquent, ne peuvent être révélatrices d'activité dirigée. Au demeurant, certaines de ces informations sont obligatoires au sens de l'article 5.1, c) de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁷⁰². Cette disposition oblige tout prestataire, quel que soit l'État membre vers lequel il dirige son activité ou même si son activité est dirigée uniquement vers le territoire de l'État membre de son lieu d'établissement, à fournir en plus de son nom et adresse géographique, ses autres coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique « permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui »⁷⁰³. Dans ces conditions, la possibilité pour le consommateur d'utiliser notamment le courrier électronique figurant sur le site pour entrer en contact avec le professionnel n'implique pas que ce dernier, en acceptant de conclure un contrat électronique à l'invitation dudit consommateur, a admis le risque d'être attrait devant la juridiction du pays de résidence de ce consommateur⁷⁰⁴.

395. **Le caractère actif du site.** Dans le même arrêt *Peter Pammer et Hotel Alpenhof*, la Cour a rejeté la distinction qui était jadis fondée sur le caractère interactif et passif du site internet. En effet, un site passif est assimilable à « une vitrine électronique invitant les clients à prendre contact par un autre canal avec l'opérateur ; il est actif s'il est

⁷⁰¹ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt. 77.

⁷⁰² JOUE L 178 du 17 juil. 2000, p.1.

⁷⁰³ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt. 78.

⁷⁰⁴ Cédric MANARA, « Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi. Cour de justice de l'Union européenne, 7 déc. 2010 », D., 2011, p.990.

une véritable plateforme de commerce électronique, autorisant la prise de commande et le paiement instantané en ligne⁷⁰⁵. Il a été considéré que seuls ces derniers sites correspondent à l'activité dirigée⁷⁰⁶. La Cour a, en effet, relevé que le consommateur peut facilement entrer en contact avec le professionnel au départ de tout site qui mentionne une adresse géographique ou toutes autres coordonnées⁷⁰⁷. « Or, cette facilité de contact existe, que le commerçant ait envisagé ou non de commercer avec des consommateurs domiciliés dans des États membres autres que celui sur le territoire duquel il est établi »⁷⁰⁸. Dès lors, la distinction tirée des fonctionnalités d'un site n'est pas pertinente pour conclure ou non à l'existence d'une activité dirigée. Mais comment peut-on alors s'assurer de l'existence de l'activité dirigée d'un site internet ?

2. Les éléments caractéristiques de l'existence de la volonté d'activité dirigée

396. La volonté du professionnel. La déclaration du Conseil et de la Commission a indiqué que l'existence d'activité dirigée doit émaner uniquement de la volonté du professionnel exploitant du site non seulement d'inviter à la conclusion de contrats à distance mais qu'il résulte effectivement de cette invitation, la conclusion du contrat à distance. Dans l'arrêt *Peter Pammer et Hotel Alpenhof* du 07 décembre 2010, la Cour de justice de l'Union européenne, a décidé qu'il y a « activité dirigée », s'il ressort du site internet et de l'activité globale du

⁷⁰⁵ Rev. crit. DIP, 2011, p.414, note Olivier CACHARD.

⁷⁰⁶ Marie DECHAMPS et Eduardo ALVAREZ ARMAS, « Arrêt « Pammer et Hotel Alpenhof » : l'équilibre entre consommateurs et professionnels dans l'e-commerce », REDC, 2011/2, p.451.

⁷⁰⁷ C.J.U.E., 7 déc.2010, *op. cit.*, pt. 79.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, pt. 79.

commerçant que ce dernier envisageait de conclure des contrats avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres y compris le pays du domicile de son cocontractant consommateur et qu'il était, dans ce sens, disposé à passer des contrats avec lesdits consommateurs⁷⁰⁹. L'établissement de l'existence d'activité dirigée doit donc se faire sur la base d'indices objectifs qui tiennent compte exclusivement des prévisions et intentions du professionnel⁷¹⁰, lesquels doivent être déduits soit du « contenu du site » ou de « l'activité globale du professionnel ». Ainsi, une distinction est faite entre les indices patents et ceux non patents.

397. **Les indices patents.** Les indices patents sont « les expressions manifestes de volonté de démarcher les consommateurs de cet Etat membre »⁷¹¹. L'établissement d'un seul indice patent suffit à rapporter la preuve de la volonté de direction d'activité. Il en est ainsi de la mention selon laquelle le professionnel déclare expressément qu'il « offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs États membres nommément désignés »⁷¹². Il en va aussi de l'exemple du professionnel qui a engagé des frais auprès d'un exploitant d'un moteur de recherche pour un service de référencement sur internet afin de faciliter l'accès des consommateurs se trouvant sur le territoire de différents Etats membres à son site⁷¹³. De même, l'engagement pris par le professionnel de livrer les produits par exemple en France est aussi révélateur de sa volonté non équivoque de solliciter le consommateur qui y est domicilié.

⁷⁰⁹ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt. 92.

⁷¹⁰ *Ibid.*, pt.64 à 76.

⁷¹¹ *Ibid.*, pt.80.

⁷¹² C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt.81.

⁷¹³ *Ibid.*

398. ***Les indices non patents.*** Ce sont des éléments déduits du site dont la combinaison les uns avec les autres pourrait démontrer l'existence d'une activité dirigée vers l'Etat membre du domicile du consommateur. Une grande partie de ces indices a été proposée par la Cour de justice de l'Union européenne. Il s'agit entre autres de la nature internationale de l'activité concernée comme par exemple les activités touristiques, de l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi, par exemple «.de», de l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que «.com» ou «.eu» ou encore de la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international. De même, elle a relevé que la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres États membres vers le lieu de la prestation de service ainsi que la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, notamment par la présentation de témoignages de tels clients peuvent être retenus pour faire présumer l'existence d'une activité dirigée⁷¹⁴. La Cour de justice de l'Union européenne a, dans deux autres arrêts qui ont suivi l'arrêt *Peter Pammer et Hotel Alpenhof*, étoffé la liste d'indices dont la preuve fait présumer l'existence d'activité dirigée. Ainsi, ont été admis comme tels d'une part, « la prise de contact à distance » et « la conclusion d'un contrat de consommation à distance »⁷¹⁵ et d'autre part, le fait que le consommateur ait été incité par le site à passer le contrat⁷¹⁶.

399. ***La langue et la monnaie du contrat : nécessité de distinction.***
La Cour de justice de l'Union européenne a réitéré que la langue et la

⁷¹⁴ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt. 83.

⁷¹⁵ C.J.U.E., 6 sept. 2012, n°C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542, Daniela Mühlleitner c/ Ahmad Yusufi et Wadat Yusufi, pt.44.

⁷¹⁶ CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666, Lokman Emrek c/ Vlado Sabranovic, Gaz. Pal., 20 fév. 2014, n°051, Obs. Stéphane PIEDELIEVRE ; LPA, 29 nov. 2013, n°239, p.16, note Véronique Legrand.

monnaie ne constituent pas en principe des éléments pertinents pour apprécier l'existence d'une activité dirigée vers un ou plusieurs autres États membres, dès lors que la langue et la monnaie sont celles habituellement utilisées dans l'État membre à partir duquel le commerçant exerce son activité. Toutefois, si le site internet offre la possibilité aux consommateurs d'utiliser soit une autre langue soit une autre monnaie que celles habituellement utilisées dans l'Etat d'établissement du professionnel, alors l'usage de cette langue étrangère ou de cette devise seront alors considérées comme des indices révélateurs de l'existence d'une activité dirigée vers les autres Etats membres⁷¹⁷. Ainsi, une annonce sur un site internet basé à l'étranger visera le consommateur français si elle est « rédigée en français »⁷¹⁸ ou si le site « est en mesure de déterminer l'origine géographique de l'internaute afin de l'orienter sur la partie en langue française »⁷¹⁹ ou lorsque les produits sont « proposés en français, en euros ou dans une conversion du prix en euros »⁷²⁰.

400. En définitive, il ressort que dans l'appréciation de l'existence ou non d'« activité dirigée », seul retient l'attention la volonté du professionnel électronique, volonté qui doit exister avant la conclusion du contrat. Aucune référence n'est faite aux attentes légitimes de son cocontractant le consommateur, comme le souhaite la "méthode de la focalisation"⁷²¹. En effet, la prise en compte des attentes légitimes du consommateur aurait présenté l'avantage de ne donner effet à la

⁷¹⁷ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, pt. 84.

⁷¹⁸ Com. 9 mars 2010, n° 08-16.752, D., 2010, p.1183, note Gwendoline LARDEUX ; *ibid.* p.2323, obs. Sylvain BOLLEE, p.2540, obs. Yvan AUGUET ; et D., 2011, p.1374, obs. Fabienne JAULT-SESEKE, *ibid.* p.2363, obs. Jacques LARRIEU, Christian LE STANC et Pascale TREFIGNY-GOY.

⁷¹⁹ Com. 7 déc. 2010, *eBay c/ Guerlain*, n°09-14545, Inédit.

⁷²⁰ Com. 7 déc. 2010, *ebay c/ Louis Vuitton Malletier*, n°09-16.811, Publié au bulletin ; Sylviane DURANDE, Droit des marques, D., 2011, p.908.

⁷²¹ C.J.U.E., 7 déc. 2010, *op. cit.*, Rev. crit. DIP, 2011. p.414, note Olivier CACHARD.

volonté avérée du professionnel que dans la mesure où elle a pu être décelée par le consommateur⁷²². Cependant, l'introduction d'une telle dose de subjectivité, renforcerait les difficultés d'interprétation de la notion d'activité dirigée, ce qui n'est pas sans créer une source d'insécurité juridique aussi bien pour le professionnel mais surtout pour le consommateur⁷²³. Quid de la juridiction compétente s'il est retenu que le professionnel électronique a effectivement dirigé ses activités sur le pays de la résidence habituelle du consommateur, son cocontractant.

§2. L'octroi au consommateur d'un régime dérogatoire de compétence

401. En présence d'activité dirigée, le consommateur, en tant que partie économiquement faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant le professionnel électronique, bénéficie d'une protection du droit de la consommation. L'effectivité de cette protection commande qu'il lui soit permis d'agir en justice sans qu'il n'ait à exposer de lourds frais de transport et ou de séjour. Toute dérogation à ce régime protecteur du consommateur par la voie de l'insertion de clauses attributives de compétence et qui a pour effet de créer un déséquilibre en défaveur du consommateur est qualifiée abusive⁷²⁴. De

⁷²² Ibidem, note Olivier CACHARD.

⁷²³ CJUE, 17 oct. 2010, n° C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666, Lokman Emrek c/ Vlado Sabranovic, LPA, 29 nov. 2013, n°239, p.16, note Véronique LEGRAND.

⁷²⁴ CA Paris: 12 février 2016, n°15/08624 Société Facebook Inc « La clause attributive de compétence au profit des juridictions californiennes contenue dans le contrat a pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; qu'elle a également pour effet de créer une entrave sérieuse pour un utilisateur français à l'exercice de son action en justice »

façon concrète, le consommateur bénéficie d'une option de compétence, s'il est demandeur à l'instance (1). Cependant, s'il est défendeur, seules les juridictions compétentes de son Etat de domiciliation reçoivent compétence exclusive (2).

1. L'option de compétence du consommateur

402. L'option de compétence du consommateur prévue par le règlement Bruxelles I bis est, faut-il le rappeler, indispensable à l'effectivité des droits du consommateur, à raison des grandes distances qui caractérisent généralement le contrat électronique transfrontalier⁷²⁵. En effet, lorsqu'il doit agir en justice contre son cocontractant professionnel électronique qui a dirigé ses activités sur le territoire de l'Etat de son domicile, il lui est loisible de porter son action soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le professionnel électronique est domicilié, soit, quel que soit le domicile dudit professionnel, devant la juridiction du lieu de son propre domicile⁷²⁶.

403. L'originalité de cette option de compétence, en termes de renforcement de la protection du consommateur, est double. D'abord, elle n'autorise le consommateur à agir contre le professionnel à son lieu d'établissement que seulement lorsque ledit lieu se trouve sur le territoire de l'un des Etats membres. En effet, compte tenue de

⁷²⁵ Didier CHOLET et Serge GUINCHARD « Chapitre 132 - Règles spéciales de compétence territoriale » in Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2017-2018, n°132.311 ; Danièle ALEXANDRE et André HUET, Répertoire de droit international, Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale, n° 135, oct. 2019.

⁷²⁶ Règlement Bruxelles I bis, art. 18.1.

« l'europeanisation du droit de la consommation »⁷²⁷ sous l'impulsion des directives et règlements, le consommateur est assuré de bénéficier d'une protection analogue à celle qui lui aurait été réservée s'il avait saisi les juridictions de l'Etat de résidence habituelle. Ensuite, l'option de compétence en permettant au consommateur de saisir les juridictions de son domicile, « quel que soit le domicile » du professionnel consacre une règle universelle de protection de protection du consommateur. Ainsi, que le professionnel électronique soit établi sur le territoire d'un Etat membre ou sur le territoire d'un pays tiers, dès lors qu'il est admis que l'activité a été dirigée sur le territoire national, le consommateur français est assuré de la compétence des juridictions de son lieu de domicile.

404. Cette disposition protectrice qui est la concrétisation de l'idée énoncée au considérant 14, alinéa 2 du règlement Bruxelles I bis⁷²⁸, confine la prise en compte du domicile du professionnel dans l'unique hypothèse où le consommateur lui-même voudrait y ester⁷²⁹, à la condition au demeurant que ce domicile se trouve sur le territoire de l'un des Etats membres. L'option de compétence de l'article 18.1 du règlement Bruxelles I bis est, de ce point de vue, plus protectrice que celle du Code de la consommation applicable au contrat électronique interne qui ne permet pas au consommateur de saisir que le tribunal du lieu de son domicile au moment de la conclusion du contrat⁷³⁰. En

⁷²⁷ V. dans ce sens, Hanane OUIRINI, Essai sur l'europeanisation du droit de la consommation, sous la dir. de Agnès MAFFRE-BAUGE, thèse : Droit, Université d'Avignon, 2016. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01384348>, consulté le 18 mai 2020.

⁷²⁸ « ... pour assurer la protection des consommateurs et des travailleurs, pour préserver la compétence des juridictions des États membres dans les cas où elles ont une compétence exclusive et pour respecter l'autonomie des parties, certaines règles de compétence inscrites dans le présent règlement devraient s'appliquer sans considération de domicile du défendeur ».

⁷²⁹ Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.270, spéci. n°330.

⁷³⁰ Didier CHOLET et Serge GUINCHARD « Chapitre 132 - Règles spéciales de compétence territoriale », in Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2017-2018,

effet, l'article R 631-3 du Code de la consommation dispose que « le consommateur peut saisir, soit l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, soit la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable ». Au sens de l'article 46 du Code de procédure civile, le consommateur peut, en matière contractuelle, saisir outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. Cette option de compétence du Code de la consommation ne prend en compte que le lieu de la résidence du consommateur au moment de la conclusion du contrat et le lieu d'exécution du contrat. Ainsi, elle ne sera d'aucune utilité au consommateur qui, au moment de l'introduction de l'instance, ne demeure plus au lieu de la conclusion ni au lieu d'exécution du contrat⁷³¹. Toutefois, cette option a seulement le mérite de rassurer le professionnel électronique qui n'a pas à craindre les changements de domicile du consommateur après la conclusion du contrat dans la mesure où ces changements ne lui seront pas opposables⁷³².

n°132.311 ; Sylvie PIERRE-MAURICE « Art. 2 - Option unilatérale attribuée en faveur du consommateur », in Répertoire de procédure civile/Tribunal de commerce : organisation et compétence, octobre 2014, n°683.

⁷³¹ Dominique FENOUILLET, « Nouvelle option de compétence », *RDC*, 1^{er} oct. 2009, n°4, p.1438 ; Stéphane PIEDELIEVRE, « Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du Code de la consommation issues de la loi du 26 mai 2009 », *Gaz. Pal.*, 30 mai 2009, p.2.

⁷³² Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.285, spéci. 346.

2. La saisine obligatoire de la juridiction compétente de l'Etat de domiciliation du consommateur

405. L'action du professionnel électronique dirigée contre le consommateur « ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur »⁷³³. En sa qualité de défendeur à l'instance, il ne peut être attiré que devant une juridiction de son État de résidence habituelle. L'objectif recherché est la protection effective du consommateur sollicité, notamment via internet⁷³⁴. Ainsi, le professionnel qui passe le contrat avec le consommateur ne peut plus se prévaloir de la compétence alternative de l'article 7.1 du règlement Bruxelles I bis⁷³⁵.

406. L'imposition de la juridiction compétente de l'Etat de domiciliation du consommateur permet de mettre à la charge du professionnel qui a invité puis persuadé le consommateur à conclure le contrat électronique, les coûts de déplacement et ceux liés au déroulement de procès à l'étranger⁷³⁶. Toutefois, en tant que défendeur, le consommateur n'a pas la certitude d'être assigné

⁷³³ Règlement Bruxelles I bis, art. 18.2.

⁷³⁴ Céline CASTETS-RENARD, Commerce électronique, Répertoire de droit européen, Juil. 2016, n°102.

⁷³⁵ Règlement Bruxelles I bis, art. 7.1 « Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être attirée dans un autre État membre:

1) a) en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande; b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est: - pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, - pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis; c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas »

⁷³⁶ Awnrumpa WAIYAMUK, La protection du consommateur en droit international privé européen, sous la dir. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, thèse : Droit : Université Panthéon Assas Paris II, 2013, n°118.

effectivement devant la juridiction compétente dont le ressort territorial couvre son domicile dans la mesure où l'article 18.2 du règlement Bruxelles I bis désigne les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur et non la juridiction de son domicile, hypothèse prévue par le paragraphe 1 du même article. Dans ces conditions, pour le consommateur français, la juridiction territorialement compétente devra être désignée sur la base des règles du Code de procédure civile⁷³⁷. Le consommateur pourra être assigné devant la juridiction de son domicile, tout comme il peut l'être devant la juridiction du lieu de livraison ou d'exécution de la prestation de service⁷³⁸. Outre la juridiction compétente, l'identification du droit applicable est assez essentielle en ce sens qu'il est l'instrument dont le juge saisi va se servir pour trouver une solution au litige.

SECTION II : La loi applicable au contrat électronique de consommation transfrontalier

407. La question du droit applicable au contrat électronique de consommation ne paraît pas devoir toujours se poser car le commerce électronique dont il est l'instrument de fonctionnement « n'est pas un phénomène en soi international »⁷³⁹. Mais, lorsque le contrat est international, la problématique du droit applicable se pose avec acuité. En ce sens, le législateur a, par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, posé le principe de la loi du pays d'établissement du

⁷³⁷ Awnrumpa WAIYAMUK, La protection du consommateur en droit international privé européen, *op. cit.*, n°118.

⁷³⁸ CPC, art. 46.

⁷³⁹ Pierre MAYER, « Actualité du contrat international », LPA, 5 mai 2000, n° 90, p.55.

professionnel prestataire de biens et services, comme loi applicable au commerce électronique, sauf dispositions contractuelles contraires⁷⁴⁰. Ainsi, même si le contrat est conclu avec un consommateur, à défaut de choix de loi applicable, ce principe s'applique avec la réserve que la loi du pays d'établissement du professionnel électronique ou la loi d'autonomie ne peut avoir pour effet de priver les consommateurs qui ont leur résidence habituelle sur le territoire national, de la protection procurée par les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France⁷⁴¹.

408. Le principe de l'application de la loi du pays d'établissement du professionnel avait pour objectif d'éviter la dispersion des régimes juridiques applicables qu'aurait occasionnée la désignation de la loi du pays du consommateur⁷⁴². Aussi, ce choix de la loi pour la confiance dans l'économie numérique était non seulement conforme à la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁷⁴³, mais aussi semblait être en adéquation avec la directive sur le commerce électronique dont le considérant 22 précisait que pour « assurer efficacement la libre prestation des services et une sécurité juridique pour les prestataires et leurs destinataires, ces services de la société de l'information doivent être soumis en principe au régime juridique de l'État membre dans lequel le prestataire est établi »⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ LCEN, art. 17 al.1.

⁷⁴¹ Luc GRYNBAUM « Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné », D., 2004, chron. p.2213.

⁷⁴² Patrick COURBE et Hélène CHANTELOUP, « Droit international privé », D., 2005. Panorama, p.1192.

⁷⁴³ Conv. de Rome du 19 juin 1980, art. 3 et 4.

⁷⁴⁴ Dir. n°2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique JOCE L 178/1, 17 juill. 2000.

409. Cette préférence faite spécialement à la loi du pays d'établissement du professionnel électronique, nonobstant la réserve de l'application des règles impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, n'assurait pas véritablement au consommateur français, partie à un contrat électronique transfrontalier, la garantie de bénéficié de la protection que lui offre le droit de la consommation. Au demeurant, cette transposition française a été considérée par une bonne partie de la doctrine comme « excessivement hardie et inutilement zélée »⁷⁴⁵ et qu'elle opérait « un fâcheux mélange de genres » en ce qu'elle « met sur le même plan les règles qui régissent l'accès à l'activité de commerçant électronique (lesquelles relèvent des libertés communautaires, autrement dit du droit public) et celles qui régissent les contrats électroniques (lesquelles relèvent en réalité du règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles, autrement dit du droit privé) »⁷⁴⁶. Enfin, il est reproché à l'article 17 de la loi pour la confiance dans l'économie d'avoir institué une règle de conflit alors que le considérant 23 et l'article 1.4 de la directive 2000/31/CE disposent expressément qu'ils ne créent, en matière contractuelle, aucune règle additionnelle de droit international privé ; que dès lors, l'article 17 de la LCEN n'a pu être adopté en exécution de la directive et devrait céder la place, en vertu de la primauté du droit communautaire sur le droit interne, la place au règlement Rome I⁷⁴⁷.

410. Ainsi, le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles adopté en remplacement de la convention de Rome du

⁷⁴⁵ Laurence USUNIER, « La loi applicable au contrat électronique », in Judith ROCHFELD (dir), *L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, p.393, n°7.22.

⁷⁴⁶ Philippe GAUDRAT et Frédéric SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Tome 2, Droit des obligations, Bruxelles: Éditions Larcier, 2015, p.254, spéci. 505.

⁷⁴⁷ Ibidem.

19 juin 1980 a été l'occasion pour améliorer le dispositif en y insérant un nouveau régime qui garantit plus au cyberconsommateur la possibilité de bénéficier de l'application des dispositions protectrices de la loi de son pays de résidence et pour le consommateur français de l'application du droit de la consommation⁷⁴⁸. Ce renforcement de la protection a consisté dans la consécration, à l'inverse, du principe de la loi de la résidence habituelle du consommateur doublée de conditions renforçant la protection du cyberconsommateur (§1). Toutefois, la loi d'autonomie quoiqu'admise se révèle inapte à écarter l'application du droit de la consommation (§2).

§1. L'application du droit de la consommation en sa qualité de loi de la résidence habituelle

411. En l'absence de choix de loi applicable, la loi applicable est celle du « pays où le consommateur a sa résidence habituelle »⁷⁴⁹. La finalité est de faire en sorte que « le consommateur puisse jouir dans tous les cas de la protection organisée chez lui »⁷⁵⁰. A cette fin, le règlement Rome I dans le but de prendre en compte les potentialités et spécificités de l'environnement électronique a opportunément abandonné certaines conditions devenues obsolètes qu'avait posées la convention de Rome du 19 juin 1980 pour l'application du régime dérogatoire de protection du consommateur (1). En remplacement, il a opté, à l'instar du règlement Bruxelles I qui l'a précédé, pour la consécration du critère d'activité dirigée, comme unique condition d'application de la loi du pays de résidence du cyberconsommateur (2).

⁷⁴⁸ Laurence USUNIER, « La loi applicable au contrat électronique », *op. cit.*, p.392, n°7.22.

⁷⁴⁹ Règlement 593/2008/UE du 17 juin 2008, art. 6. 1.

⁷⁵⁰ Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE la PRADELLE, Droit international privé, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2011, p.109.

1. L'abandon opportun des conditions obsolètes de la convention de Rome de 1980

412. La prise en compte des contrats électroniques dans la protection du consommateur a justifié d'une part, l'abandon de la limitation de la protection tenant à l'objet du contrat ayant pour effet d'inclure les contenus numériques non fournis sur support matériel et d'autre part, l'abandon de la condition tenant au consommateur passif.

413. **L'abandon de la condition tenant à l'objet du contrat.** En effet, l'article 5.3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 qui prévoyait le régime dérogatoire de l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur, limitait son application « aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture ». Il en résulte que les contrats électroniques portant sur des contenus numériques et exécutés sans support corporel n'étaient pas couverts par le champ d'application de la convention. Or, ce sont là, les contrats naturels et de plus en plus usuels de l'environnement électronique. Le règlement Rome I a abandonné cette exigence « d'objets mobiliers corporels » par la formulation plus neutre et donc plus large de « contrat conclu » sans référence à l'objet. La protection s'applique notamment à tout contrat

électronique conclu par un consommateur, sauf les contrats expressément énumérés à l'article 6. 4⁷⁵¹.

414. L'abandon de la condition du consommateur passif. La deuxième innovation qui matérialise la volonté de renforcer la protection du consommateur par l'application de sa loi de résidence habituelle réside dans l'abandon par le règlement Rome I de la référence qui était faite au consommateur passif par la convention de Rome du 19 juin 1980. En effet, cette dernière convention exigeait pour l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur, le fait que ce dernier ne devait pas avoir joué un rôle actif dans la conclusion du contrat avec le professionnel. En effet, la convention subordonnait l'application de la loi du pays de résidence du consommateur, en absence d'une loi d'autonomie, à trois circonstances alternatives correspondant à des modalités de formation du contrat par un « consommateur passif » méritant par conséquent protection, avec un professionnel actif, qui a contracté en toute connaissance de cause. Il s'agit d'abord, du cas d'une conclusion du contrat précédée d'une publicité ou d'une proposition spécialement faite dans le pays de résidence du consommateur et ayant donné lieu à l'accomplissement des actes nécessaires à la conclusion du contrat dans ce pays. Il s'agit ensuite de l'hypothèse d'une commande reçue par le professionnel dans le pays de résidence du consommateur. Enfin s'agissant de la vente de marchandises, du contrat conclu dans le cadre d'un voyage du consommateur organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à contracter⁷⁵².

⁷⁵¹ Olivera BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », D., 2008, p.2175 ; V. Paul LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », Rev. crit. DIP, 2006, p.331.

⁷⁵² Convention de Rome du 19 juin 1980, art. 5.2.

415. Ces exigences impliquaient d'une part, que le consommateur ait fait l'objet d'une « sollicitation personnalisée » pour bénéficier de la protection édictée⁷⁵³. Dans le contexte électronique, cette condition ne pouvait permettre de prendre en compte que seulement les hypothèses où le consommateur reçoit un courrier électronique du professionnel ; or une telle pratique de prospection directe est, en principe, interdite⁷⁵⁴. Ainsi, la grande majorité des contrats électroniques qui se concluent généralement après que le consommateur se soit rendu sur le site internet du professionnel n'était pas alors couverte. D'autre part et en plus, le consommateur doit avoir accompli dans son pays de résidence « les actes nécessaires à la conclusion du contrat ». Cette condition posait également des difficultés pour les contrats électroniques. Son application pouvait notamment porter préjudice au consommateur qui a répondu à un courrier électronique personnalisé alors qu'il était momentanément hors du territoire de son pays de résidence habituelle⁷⁵⁵. Cette double condition relative aux caractéristiques du « consommateur passif » ne permettait pas d'assurer une protection adéquate du consommateur contre les risques propres à l'environnement numérique. C'est pourquoi, le règlement Rome I fait fi non seulement des circonstances de la conclusion du contrat et donc du comportement du consommateur pour poser comme nouvelle exigence, l'unique condition de « l'activité dirigée » du professionnel vers le pays de résidence du consommateur⁷⁵⁶. Le Code de la consommation a repris cette solution

⁷⁵³ Véronique LEGRAND, « La loi applicable au contrat de commerce électronique », *op. cit.*

⁷⁵⁴ V. supra. Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie.

⁷⁵⁵ Véronique LEGRAND, « La loi applicable au contrat de commerce électronique », *op. cit.*

⁷⁵⁶ Awnrumpha WAIYAMUK, La protection du consommateur en droit international privé européen, *op. cit.*, n°309.

du règlement Rome I qui garantit au consommateur français⁷⁵⁷, l'application du droit de la consommation.

2. La consécration du critère unique d'activité dirigée

416. **Notion.** Le règlement Rome I⁷⁵⁸ prévoit que le consommateur doit bénéficier en l'absence d'une loi d'autonomie, de l'application de la loi de son pays de résidence chaque fois qu'il est établi que le professionnel a dirigé son site vers ce pays pour l'y solliciter⁷⁵⁹. Cette formulation du règlement est une reprise de l'article 15.1-c du règlement de Bruxelles I du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷⁶⁰ et dont la finalité est de faire coïncider la loi applicable à la compétence juridictionnelle. C'est au demeurant, pour cette raison que le considérant 24 du règlement Rome I insiste sur l'idée « d'une interprétation harmonieuse » de la notion d'activité dirigée en vue d'assurer une cohérence entre les deux textes. Ainsi a-t-il utilement rappelé la définition de la notion d'activité dirigée de l'article 15 du règlement (CE) n°44/2001 issue de la déclaration conjointe du Conseil et de la commission du 21 novembre 2000⁷⁶¹. Pour l'essentiel, l'activité dirigée qui exclut la simple accessibilité du consommateur au site internet, réside dans le fait que le site internet doit inviter à la conclusion du contrat à distance et

⁷⁵⁷ Art. 231-1-2°du C. consom.

⁷⁵⁸ Règlement Rome I, art. 6.1, b).

⁷⁵⁹ Laurence USUNIER, « Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et la fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d'une souris », RTD civ., 2016, p.304.

⁷⁶⁰ Cette disposition fait l'objet de l'art. 17. 1, c) dans le règlement refondu du 12 décembre 2012.

⁷⁶¹ CE n°13742/00 JUSTCIV 131, 24 nov. 2000. *Op.cit.*

qu'effectivement un contrat à distance est conclu à distance par tout moyen. Autrement dit, l'activité dirigée implique une recherche de la volonté du professionnel électronique sur la base d'indices d'éléments pertinents⁷⁶².

417. Condition d'application de la loi de résidence du consommateur. En présence d'activité dirigée, le cyberconsommateur français est assuré, en cas de litige, de bénéficier de l'application du droit de la consommation qui est la loi de sa résidence habituelle. Cette dernière loi est considérée comme la loi objectivement applicable, toute chose qui déroge à la règle de principe qui désigne la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique qui aurait été, en l'occurrence, celle de la résidence habituelle du professionnel électronique⁷⁶³. La solution a l'avantage de prendre en compte les attentes légitimes du consommateur mais aussi la volonté du professionnel. Le consommateur naturellement s'attend à être protégé par la loi de son pays de résidence et l'exigence de la condition d'activité dirigée participe de la prise en compte de la volonté du professionnel. Par ailleurs, au regard de la compétence juridictionnelle de principe qui est le lieu de la résidence habituelle du consommateur, la loi dudit lieu est facilement accessible au consommateur sans frais⁷⁶⁴ et est, en plus, celle qu'il connaît le mieux pour évaluer l'étendue de ses droits et les chances de succès de sa réclamation⁷⁶⁵.

⁷⁶² Voir supra, section 1, §1-, 2) du présent chapitre.

⁷⁶³ Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.289, spéc. 352.

⁷⁶⁴ Le considérant 24 du Règlement Rome I prévoit en ce sens que « la règle de conflit de lois devrait permettre de réduire les coûts engendrés par la résolution de ces litiges, qui sont souvent de faible valeur, et prendre en compte l'évolution des techniques de commercialisation à distance... ».

⁷⁶⁵ Pascal De VAREILLES-SOMMIERES, Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation, D., 2006, p.2464.

Même en présence d'une loi d'autonomie, cette dernière loi ne peut pas être totalement écartée car la protection du consommateur a justifié l'aménagement d'une réserve d'application des normes impératives.

§2. L'effet limité de la loi d'autonomie sur l'application droit de la consommation

418. La loi d'autonomie est celle dont la vocation à s'appliquer au contrat « repose sur un choix, exprès ou tacite, effectué par les parties »⁷⁶⁶. Le droit de la consommation confère la faculté au professionnel et au consommateur, parties à un contrat électronique de consommation transfrontalier de choisir la loi applicable à leur contrat⁷⁶⁷. Au sens du règlement Rome I, l'efficacité de la loi d'autonomie est *a priori* subordonnée par le fait qu'elle doit être un droit étatique. En effet, l'article 3. 1 et plus indirectement l'article 20 du règlement Rome I, au nom de la prévisibilité et de la sécurité juridique⁷⁶⁸ imposent de choisir la loi d'un pays qui doit s'entendre des règles de droit matériel en vigueur dans ce pays⁷⁶⁹. Dès lors, si la loi d'autonomie est un droit non étatique à l'instar des principes d'*Unidroit* ou de la *lex mercatoria*, elle ne pourra pas s'appliquer, sauf s'il a été incorporé dans le contrat⁷⁷⁰. Une telle incorporation n'entraîne que leur érection en clause du contrat qui demeurera

⁷⁶⁶ Pierre MAYER et Vincent HEUZE, Droit international privé, 11^{ème} éd., Paris: LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p.515.

⁷⁶⁷ Françoise MONNEGIER, Droit international privé, 7^{ème} éd., Paris : LexisNexis, 2015, p.225, spéc. n°676 ; Règlement Rome I art. 6. 2 : « Nonobstant les dispositions du paragraphe 1, les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat satisfaisant aux conditions du paragraphe 1, conformément à l'article 3 » ; V. les art. L.232-1 à L. 232-6 du C. consom.

⁷⁶⁸ Règlement Rome I, Consid. 16.

⁷⁶⁹ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.247.

⁷⁷⁰ Sophie LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », D., 2008, p.2157.

soumis au droit étatique applicable à défaut de choix⁷⁷¹. Quoiqu'il en soit, la loi d'autonomie peut être soit limitée dans son application par certaines dispositions impératives du droit de la consommation ou issues de la transposition de directives communautaires (1) soit tout simplement écartée par des règles qualifiées de lois de police (2).

1. Les dispositions impératives limitant l'application de la loi d'autonomie

419. **Nécessaire comparaison.** Le règlement Rome I prévoit en son article 6.3 que le choix par les parties d'une loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour effet de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix. Cette disposition implique donc une comparaison entre les dispositions de la loi choisie et les dispositions indérogeables de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur⁷⁷². Si les dispositions de la loi choisie sont plus protectrices ou procurent le même niveau de protection que les dispositions impératives du domicile du consommateur, alors la clause d'autonomie pourra alors produire pleinement son effet. Par contre, si la loi choisie est moins protectrice que la loi normalement applicable c'est-à-dire celle de la résidence habituelle du consommateur, elle sera écartée au profit de cette dernière loi.

420. Le Code de la consommation retient cette solution de l'article 6.3 du règlement Rome I puisqu'il prévoit pour l'application des

⁷⁷¹ Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE la PRADELLE, Droit international privé, 3^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2011, p.101, spéci. n°103.

⁷⁷² Règl. 593/2008/UE du 17 juin 2008, consid. 13 ; Marie DECHAMPS et Marc FALLON, « Analyse d'impact de la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente sur le droit applicable au contrat de consommation », REDC, 2012/3, p.404.

dispositions impératives auxquelles aucune dérogation n'est permise, le critère du lien étroit qui est réputé notamment établi lorsque le professionnel dirige son activité vers le territoire de l'Etat membre où réside le consommateur⁷⁷³. Une distinction est faite suivant que la loi d'autonomie est la loi d'un Etat membre de l'Union européenne ou celle d'un pays tiers à l'Union.

421. Dans le cas où la loi d'autonomie est la loi d'un pays membre de l'Union européenne, lorsque le contrat électronique présente un lien étroit avec le territoire d'un Etat membre, l'application de la loi d'autonomie ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions prises par ce dernier Etat, en application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁷⁷⁴. De même, si la loi d'autonomie est celle d'un Etat non membre de l'Union européenne et en présence de liens étroits avec le territoire d'un Etat membre de l'Union, la loi d'autonomie ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions à caractère impératif prises par cet Etat membre en application de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁷⁷⁵.

422. La conséquence majeure qui se déduit de l'ensemble de ces dispositions est l'affirmation du caractère d'ordre public de protection des dispositions impératives du droit de la consommation. Leur finalité est d'éviter que le consommateur, partie faible au contrat ne soit victime de la toute-puissance du professionnel en créant les conditions

⁷⁷³ C. consom. Art. 231-2, 1°.

⁷⁷⁴ C. consom., art. L. 232-4.

⁷⁷⁵ C. consom. art. L. 232-3 ; Cette dernière directive a été abrogée par la directive 2019/771/CE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens avec effet au 1^{er} janv. 2022 (art. 23).

d'une relation contractuelle équilibrée. Ainsi, le consommateur ne peut renoncer à ses droits tout comme le professionnel ne peut récuser tout ou partie des obligations qui en découlent pour lui. C'est pourquoi, toute dérogation qui vise à accorder au consommateur un niveau de protection moindre que celle que lui offre le droit de la consommation est interdite. C'est uniquement lorsque la loi d'autonomie offre, par rapport au droit de la consommation de source interne ou d'origine communautaire⁷⁷⁶, soit une protection identique ou supérieure au consommateur qu'elle peut évincer l'application desdites règles de protection⁷⁷⁷. Mais qu'en est-il de l'effet des règles de police sur la loi d'autonomie ?

2. La loi d'autonomie, paralysée par les lois de police

423. Le règlement Rome I prévoit en son article 9. 2 que ses dispositions n'empêchent pas l'application des lois de police du juge saisi. Il définit, par ailleurs au point 1 du même article, la loi de police comme étant « une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat ». L'objet caractéristique des lois de police est alors la protection d'un intérêt public⁷⁷⁸. Dans ce sens, le considérant 37 du Règlement Rome I rappelle que « la notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et

⁷⁷⁶ Céline CASTETS-RENARD « Commerce électronique », Répertoire de droit européen, juil. 2016, n°110.

⁷⁷⁷ Pierre MAYER et Vincent HEUZE, Droit international privé, 11^{ème} éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p.542, spec. n°770.

⁷⁷⁸ Ludovic PAILLER, « Les lois de police en droit de la consommation », REDC, 2015/1, p.40.

devrait être interprétée de façon plus restrictive » et même « stricte »⁷⁷⁹. Par conséquent, les lois de police qui visent la sauvegarde d'intérêts publics excluent de leurs rangs, selon une partie de la doctrine, les normes de protection d'intérêts privés particuliers d'une partie jugée faible comme c'est le cas du droit de la consommation⁷⁸⁰. Pour une autre partie par contre, le droit de la consommation répond parfaitement à la définition de l'article 9-1 du Règlement Rome I en ce sens qu'au-delà de la protection des consommateurs, le droit de la consommation a « directement trait à la vie économique d'un pays »⁷⁸¹. Toutefois, admettent-ils qu'une telle extension est trop globalisante et viderait les règles de conflits de toute utilité⁷⁸². Ainsi, l'attitude médiane serait pour le juge de procéder au cas par cas dans la mesure où il est établi que les dispositions du droit de la consommation n'ont pas le même degré d'impérativité. La Cour de cassation a pourtant admis l'application de certaines dispositions impératives du droit de la consommation sur le fondement de la réserve de la loi de police de l'article 7. 2 de la convention de Rome de 19 juin 1980, disposition analogue à l'article 9.2 du règlement Rome I⁷⁸³. Autrement dit, certaines dispositions impératives du droit de la consommation peuvent bien intervenir en tant que loi de police dans tous les contrats

⁷⁷⁹ C.J.U.E., 17 octobre 2013, C- 184/12, *Unamar*, ECLI:EU:C:2013:663, pt. 49.

⁷⁸⁰ Louis D'AVOUT, « Le sort des règles impératives dans le règlement "Rome I", *D.*, 2008, p.2165 ; Stéphanie FRANCQ, Fabienne JAULT-SESEKE, «Les lois de police, une approche de droit comparé», in *Le règlement communautaire "Rome I" et le choix de loi dans les contrats internationaux : actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon*, Natalie JOUBERT et Sabine CORNELOUP (dir.), Paris: Litec, 2011, p.357-393., spéc. p.365 ; Pascale DEUMIER, «note sous Cass. com., 13 juill. 2010, n°10-12154, Système U c/ Transbidasoa», *RDC*, 1^{er} janv. 2011, n°1, p.217.

⁷⁸¹ Gwendoline LARDEUX, Droit international privé des obligations contractuelles, *op. cit.*, p.292.

⁷⁸² Civ., 23 mai 2006, Rev. crit. DIP, 2007. 85, note Delphine COCTEAU-SENN.

⁷⁸³ Civ., 23 mai 2006, *RDC*, 1^{er} oct. 2006, n°4, p.1253. note Pascale DEUMIER ; Pascal De VAREILLES-SOMMIERES, « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », *D.* 2006, p.2464 ; Rev. crit. DIP, 2007. 85, note Delphine COCTEAU-SENN.

de consommation conclus par un consommateur résidant en France et dont le litige est porté à la connaissance du juge français⁷⁸⁴.

CONCLUSION DU CHAPITRE

424. Les préoccupations liées à la compétence juridictionnelle et à loi applicable ne sont importantes qu'en cas de résolution contentieuse des litiges nés des contrats électroniques ayant un élément d'extranéité. Le droit interne et communautaire de la consommation consacre d'une part, le critère de l'activité dirigée sur le territoire de l'Etat de résidence habituelle du consommateur pour conférer compétence aux juridictions de cet Etat pour connaître des litiges nés du contrat électronique et les trancher en appliquant les lois de ce dernier pays. D'autre part, le critère de liens étroits est aussi retenu, pour aboutir au même niveau de protection pour le consommateur. Cette solution, à bien des égards, est suffisamment protectrice des intérêts du consommateur tout en s'inscrivant dans une logique de prévisibilité nécessaire à la sécurité juridique des professionnels électroniques.

425. Par ailleurs, par le jeu des règles impératives de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur voire celui des lois de police, une clause attributive de compétence ou une clause de loi d'autonomie peut être écartée. Il s'ensuit que le jugement obtenu devant les juridictions de son Etat de résidence qui ont appliqué la loi de ce dernier Etat court le risque de ne pas être reconnu dans le pays où le

⁷⁸⁴ Pascal De VAREILLES-SOMMIERES, Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation, D. 2006, p.2464.

prestataire est établi surtout si ce pays est un Etat non membre de l'espace communautaire de l'Union européenne. Dès lors, les modes internes de protection du consommateur peuvent se révéler « largement inefficaces dans un monde totalement ouvert à l'international » qu'est l'internet⁷⁸⁵.

426. Les conditions sus exposées sont nécessaires à la mise en branle de l'encadrement du contrat électronique par la loi du pays de résidence du consommateur et ou pour lui permettre de voir résoudre les litiges qui en découlent par les juridictions de ce dernier pays. Le consommateur peut, dans ces conditions, se retrouver contraint de plaider devant une juridiction éloignée de son domicile, d'où l'intérêt qu'il peut avoir à recourir à un mécanisme de règlement en ligne des litiges de consommation⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ Pierre MAYER, « Actualité du contrat international », LPA, 5 mai 2000, n°90, p.55.

⁷⁸⁶ Valérie PARISOT, La protection du consommateur-internaute en matière contractuelle, in internet et le droit international, *op. cit.*, p.462.

CHAPITRE II : LA MEDIATION EN LIGNE DES LITIGES DES CONTRATS ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION

427. **Définition et particularités de la médiation.** La médiation est définie comme « tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige »⁷⁸⁷. La médiation est, par conséquent, un mode de règlement des litiges qui se fonde sur la volonté et la responsabilité des parties avec l'accompagnement d'un tiers, le médiateur. Elle « permet d'instiller dans le règlement des litiges une part d'humanité et de recréer un lien rompu, grâce à l'intervention d'un médiateur, en donnant la possibilité d'envisager tous les aspects du conflit et non seulement les aspects juridiques et, par un climat de confiance et de collaboration, en incitant les parties à trouver ensemble une solution sur-mesure mutuellement satisfaisante et équitable »⁷⁸⁸. Il en résulte que la médiation est un dispositif de règlement de litiges qui est “ternaire” aussi bien dans sa structure que dans le résultat.

⁷⁸⁷ Art. L. 611-1, 5° du Code de la consommation renvoyant à l'article 21 de la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative.

⁷⁸⁸ Valérie LASSERRE, « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », D., 2019, p.441.

428. En ce qui concerne la structure, la médiation se distingue de la négociation ou de la conciliation⁷⁸⁹ par l'existence, outre les deux parties au contrat, d'un tiers qu'est le médiateur. Ce dernier qui doit être indépendant, neutre et impartial⁷⁹⁰ mais sans pouvoir de décision, a pour rôle de conduire le processus de médiation et d'accompagner « les parties en créant les conditions de la confiance, du respect mutuel et de la collaboration et par un travail sur la relation humaine »⁷⁹¹.

429. Le résultat de la médiation est aussi « ternaire » dans la mesure où il est le fruit d'un consensus des deux parties grâce à l'accompagnement du médiateur. Par la médiation, il est substitué à la justice imposée par le juge, une justice acceptée par les parties⁷⁹², d'où la différence de traitement entre la médiation de la justice classique. En effet, le juge peut certes concilier mais ne fait pas de la médiation. Lorsque la conciliation échoue, il a pour mission de trancher le litige de façon binaire c'est-à-dire il accueille les prétentions d'une partie en lui donnant raison et rejette celles de l'autre partie qu'il déboute⁷⁹³.

⁷⁸⁹ Sur la distinction entre ces notions et la médiation, voir Mohamed Mahmoud MOHAMED SALAH, « Médiation, conciliation, transaction, jugement sur accord parties : Essai de définition » in La médiation en matière civile et commerciale, Bruxelles: Bruylants, 2012, p.77-92. Pour l'auteur, « la distinction entre la médiation et la conciliation conventionnelles tient seulement à des critères contingents : le statut et la détermination du tiers auquel les parties décident de recourir et le déroulement de la procédure. Pour le reste, le résultat escompté des deux mécanismes est le même : un accord des Parties pour mettre fin à leur différend », p.87.

⁷⁹⁰ V. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, Paris : PUF, 2015, (Que sais-je ?), p.71 et suivantes.

⁷⁹¹ Valérie LASSERRE, « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », D., 2019, p.441.

⁷⁹² Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.294. Spéc. 264.

⁷⁹³ Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, La médiation, *op. cit.*, p.70-71.

430. La médiation comme mode de règlement de conflit a toujours été connue⁷⁹⁴ mais aucune place ne lui avait été aménagée dans les systèmes juridiques caractérisés par la primauté du règlement juridictionnel des litiges par application de la règle de droit.

431. **Mécanisme adapté à l'universalité de l'internet.** Avec l'avènement de l'internet qui a bouleversé les rapports spatio-temporels, « la part des liens imposés cède le pas au lien choisi »⁷⁹⁵. Les contrats électroniques transgressent les frontières rendant souvent inefficaces voire ineffectifs les modes traditionnels de règlements des litiges à assurer la protection du consommateur⁷⁹⁶. C'est dans ces conditions qu'une place a été aménagée pour la médiation en ce qui concerne les contrats électroniques en complémentarité de l'adaptation des règles juridictionnelles et législatives⁷⁹⁷. En ce sens l'article 17.1 de la directive n°2000/31/CE imposait déjà aux États membres de veiller à ce que, « en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés ». Ainsi, à l'instar de la médiation classique, « la médiation « en ligne » est un processus de négociation qui, grâce à l'intervention d'un tiers neutre et indépendant et à l'utilisation de l'internet, tend à recueillir l'adhésion des parties en litige à un accord ou une

⁷⁹⁴ Akodah AYEWOUADAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.293. Spéc. n°262.

⁷⁹⁵ Thomas COUSTET, « Médiation : et si les réticences étaient culturelles ? », Dalloz actualité 16 juill. 2018.

⁷⁹⁶ Stéphane PIEDELIEVRE, Le règlement amiable des litiges après l'ordonnance du 20 août 2015, Gaz. Pal., 26 nov. 2015, n°330, p.4.

⁷⁹⁷ V. supra chap. 1, du présent titre.

transaction qui règle leur différend »⁷⁹⁸. C'est pourquoi, elle ne doit pas être perçue comme un moyen de priver les justiciables de l'accès à la justice. Aussi, pour éviter que la médiation ne soit l'étape d'une perte inutile de temps avant d'aller au procès ou le lieu où s'offre « une justice au rabais à côté d'une justice authentique »⁷⁹⁹, le législateur a pris le soin de l'encadrer. Au niveau communautaire, il s'agit notamment du règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation⁸⁰⁰, ainsi que la directive n°2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation⁸⁰¹. Au niveau interne, le titre premier du livre VI du Code de la consommation est consacré à la médiation des litiges de consommation. Ces dispositions posent les conditions d'effectivité et d'efficacité de la médiation en ligne.

SECTION 1 : Les conditions garantissant l'effectivité du recours à la médiation en ligne

432. La médiation de la consommation s'applique à tout litige entre un consommateur et un professionnel portant sur l'exécution d'un contrat de vente ou de fourniture de services que le professionnel soit établi sur le territoire du même Etat membre que le consommateur ou sur le

⁷⁹⁸ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.294.

⁷⁹⁹ Valérie LASSERRE, « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », D., 2019, p.441 ; V. Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », *op. cit.*

⁸⁰⁰ Règl. n°524/2013 du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive n°2009/22/CE, JOUE, n° L 165, 18 juin 2013.

⁸⁰¹ Dir. n° 2013/11 du Parlement européen et du Conseil, 21 mai 2013, relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive n°2009/22/CE JOUE, n° L 165, 18 juin 2013.

territoire d'un autre Etat membre⁸⁰². Le recours à la médiation était facultatif pour le consommateur⁸⁰³ et l'article L. 614-4 du Code de la consommation interdit toute clause ou convention ayant pour effet d'obliger le consommateur à recourir obligatoirement à la médiation préalablement à la saisine du juge. La médiation était donc envisagée comme une rencontre non obligatoire des parties entre le contrat et le procès⁸⁰⁴. Une telle réglementation nationale était conforme au règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013 qui précise en son considérant 26 que « le RLL (Règlement en ligne des litiges) n'a pas pour vocation de se substituer aux procédures judiciaires et ne peut pas être conçu à cet effet; en outre, il ne saurait priver les consommateurs ou les professionnels de leurs droits à former un recours devant les tribunaux. Par conséquent, le présent règlement ne saurait empêcher les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire ».

433. Toutefois, dans l'affaire Momcilovic c/ Croatie du 26 mars 2015, la Cour européenne des droits de l'Homme a décidé qu'une disposition législative instaurant, à peine d'irrecevabilité de la demande en justice, une obligation de recourir préalablement à un mode amiable de résolution du différend est conforme à l'article 6, §1, de la Convention⁸⁰⁵. Dans la même veine, deux ans plus tard, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que le droit de l'Union, en l'occurrence la directive n°2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation ne s'oppose pas

⁸⁰² C. consom. art. L. 614-, 1^o et 2^o.

⁸⁰³ Stéphane PIEDELIEVRE, « Le règlement amiable des litiges après l'ordonnance du 20 août 2015 », *op. cit.*

⁸⁰⁴ Thomas CLAY, « La face cachée de la médiation », D., 2004, p.3188 ; Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.294.

⁸⁰⁵ CEDH, 26 mars 2015, n°11239/11, Momcilovic c/ Croatie, Gaz. Pal., 25 avril 2015, n°115, p.13, obs. Chantal ARENS et Natalie FRICERO.

à ce qu'une réglementation nationale rende obligatoire le recours à la médiation dans les litiges impliquant les consommateurs avant tout recours juridictionnel⁸⁰⁶. Avec la loi n°2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le législateur français a franchi le pas puisqu'il érige le recours aux modes alternatifs de règlement de litiges dont la conciliation et la médiation, en une condition de recevabilité que le juge du tribunal judiciaire peut relever d'office pour tout recours des litiges de consommation d'un montant n'excédant pas cinq mille (5.000) euros⁸⁰⁷, à l'exception des seuls litiges nés des crédits à la consommation et des crédits immobiliers⁸⁰⁸. Quoique le législateur français n'ait pas consacré la tentative de médiation comme seul mode alternatif de règlement des litiges avant la saisine des juridictions, il y a un intérêt certain pour le consommateur de la préférer à la conciliation. En effet, la médiation de la consommation bénéficie d'une réglementation interne et communautaire qui a abouti d'une part, à la mise en place des structures chargées de la médiation en ligne et d'autre part, à l'édition de mesures incitatives du consommateur pour la saisine desdites structures de médiation.

⁸⁰⁶ CJUE, 14 juin 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, Livio Menini et Maria Antonia Ramanelli c/ Banco Popolare Società Cooperativa) ; V. Gaz. Pal., 19 sept. 2017, n°31, p.36, Obs. Stéphane PIEDELIEVRE.

⁸⁰⁷ Art. 750-1 du CPC tel que réformé par le décret n°2019-1333 du 11 déc. 2019 réformant la procédure civile, JORF n°288 du 12 déc. 2019.

⁸⁰⁸ V. Art. 3 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui a modifié l'art. 4 de la loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF, n°71 du 24 mars 2019.

§1. L'institution des structures chargées de la médiation en ligne

434. Les structures chargées de rendre effective la médiation en ligne comme mode alternatif de règlement de litiges de consommation sont d'une part, l'institution d'un statut du médiateur de la consommation et d'autre part, l'opérationnalisation au niveau communautaire de la plateforme de règlement des litiges en ligne.

1. L'institution d'un statut du médiateur de la consommation

435. **Désignation et rémunération du médiateur.** Par la transposition de la directive 2013/11/UE, le législateur français a créé le statut du médiateur de la consommation⁸⁰⁹. Il peut être employé ou rémunéré exclusivement soit par le professionnel, soit par un organisme ou une fédération professionnelle. Il peut être public ou privé mais il doit être inscrit sur la liste des médiateurs notifiée à la Commission européenne.

436. **Qualités et obligations du médiateur.** Quel que soit son mode de désignation ou de rémunération, le médiateur de la consommation est tenu d'accomplir sa mission avec compétence, indépendance, impartialité et transparence⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Ord. n°2015-1033 du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, JO, 21 août 2015, p.14721.

⁸¹⁰ C. consom. Art. L. 613- 1

437. Le médiateur de la consommation doit pouvoir, par son intervention dans le règlement du litige, permettre de renouer le lien rompu entre les parties. Par son accompagnement, il doit donner aux parties, la possibilité d'envisager tous les aspects du conflit et non seulement les aspects juridiques dans un climat de confiance et de collaboration en les incitant à trouver une solution adaptée mutuellement satisfaisante et équitable⁸¹¹. Il en résulte que la mission du médiateur de la consommation est une science qui doit s'apprendre et un art auquel on doit s'initier. Pour conduire avec dextérité et compétence sa mission, le législateur impose au médiateur de la consommation de se former dans le domaine de la médiation mais aussi de renforcer ses connaissances juridiques, notamment dans le domaine de la consommation. Une telle formation est nécessaire pour que le médiateur ait une pleine connaissance de l'étendue de sa mission et ce, dans l'observance de ses devoirs d'indépendance, d'impartialité et de transparence.

438. L'indépendance du médiateur quant à elle, s'apprécie non seulement dans ses rapports avec le consommateur et le professionnel mais également vis-à-vis des autorités publiques ou privées de tutelle ou non⁸¹². L'indépendance est l'élément catalyseur de la confiance des parties dans le processus de médiation et dans sa confidentialité absolue. Ainsi, le médiateur qu'il soit public, institutionnel ou d'entreprise, il doit non seulement être indépendant mais en plus il doit renvoyer aux parties le sentiment de son indépendance⁸¹³.

⁸¹¹ Valérie LASSEURRE, « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », D., 2019, p.441.

⁸¹² Michèle GUILLAUME-HOFNUNG La médiation, *op.cit.*, p. 72.

⁸¹³ Jean-Claude BEAUJOUR, « L'indépendance du médiateur », Gaz. Pal. 30 janv. 2018, n°4, p.11.

439. L'impartialité est une exigence consubstantielle à la fonction juridictionnelle ou de médiation qui vise à départager des intérêts qui s'opposent en toute justice et équité. Elle implique par conséquent pour le médiateur de s'abstenir de tout parti pris, de tout préjugé, de toute préférence ou d'idée préconçue⁸¹⁴.

440. Le médiateur doit mener la médiation dans la transparence. Par conséquent, en cas de survenance de toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance, son impartialité ou de nature à créer un conflit d'intérêts, il est tenu d'en informer les parties avec la précision du droit qu'elles ont chacune de s'opposer à la poursuite de sa mission. Si effectivement, l'une des parties à la médiation refuse de la poursuivre, il est mis fin à la mission du médiateur personne physique. Toutefois, lorsque ce dernier médiateur personne physique avait été chargée d'accomplir la mission de médiation par un médiateur personne morale, il est pourvu à son remplacement⁸¹⁵.

441. Aussi, le médiateur doit être discret. A l'instar des parties, il est tenu à la plus stricte confidentialité⁸¹⁶. C'est pourquoi, lui est -il requis pendant comme après la médiation « de ne pas révéler ou utiliser comme preuve les informations, opinions, suggestions, aveux ou propositions présentés sous quelque forme que ce soit »⁸¹⁷.

442. Le médiateur de la consommation est tenu d'exploiter un site internet⁸¹⁸. Au sens de l'article R. 614-1 du Code de la consommation,

⁸¹⁴ Jean-Claude BEAUJOUR, « L'indépendance du médiateur », *op. cit.*

⁸¹⁵ C. consom. art. R. 613- 1.

⁸¹⁶ C. consom. art. L. 612-3 dispose en ce sens : « la médiation des litiges de consommation est soumise à l'obligation de confidentialité prévue par l'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative ».

⁸¹⁷ Akodah AYEWOUDAN, Les droits du contrat à travers l'internet, *op. cit.*, p.309, spéc. n°277.

⁸¹⁸ C. consom. art. L. 614- 1.

ce site internet comprend l'indication d'une part, des informations relatives à l'identification du médiateur et à ses compétences que sont ses adresses postale et électronique, la mention de son inscription sur la liste des médiateurs, la décision de sa nomination et la durée de son mandat ; ses diplômes ou son parcours professionnel, son appartenance, le cas échéant, à des réseaux de médiateurs de litiges transfrontaliers, les types de litiges relevant de sa compétence, la liste des langues utilisées pour la médiation. D'autre part, il doit contenir des informations qui visent à rassurer le consommateur sur la soumission de sa mission de médiation à la légalité d'où la référence aux dispositions législatives et réglementaires relatives à la médiation des litiges de consommation, l'énumération des cas dans lesquels, la législation n'autorise pas le recours à la médiation. Enfin, le médiateur de la consommation est tenu de mentionner sur son site internet, le lien vers le site internet de la Commission européenne dédié à la médiation de la consommation.

2. La création d'une commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation

443. Crédit et composition de la Commission. Pour veiller au respect par le médiateur de ses obligations, il a été mis en place la commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation. Au regard du rôle transversal qu'elle est censée jouer dans l'accès, le fonctionnement et la discipline de la fonction du médiateur de la consommation, la Commission a une composition hétérogène qui prend en compte les exigences de légalité, d'indépendance, d'impartialité et de transparence qui doivent la caractériser. Ainsi, elle se compose d'un conseiller d'Etat, d'un conseiller à la Cour de cassation en activité ou honoraire, de quatre personnalités qualifiées dans le domaine juridique ou en matière de

médiation, de deux représentants des associations de consommateurs agréées au plan national et deux représentants d'organisations professionnelles nommés par arrêté du ministre chargé de l'économie.

444. Attributions de la Commission. La Commission examine les candidatures des personnes souhaitant être inscrites sur la liste des médiateurs de la consommation et décide, le cas échéant, de leur inscription sur la liste des médiateurs de la consommation qu'elle notifie à la Commission européenne⁸¹⁹. Elle assure aussi le contrôle des activités des médiateurs de la consommation. A ce titre, elle évalue régulièrement les médiateurs afin de s'assurer qu'ils répondent toujours aux conditions et exigences de qualité propres à l'exercice de la mission de médiateur de la consommation. Le médiateur de la consommation est tenu de transmettre à la commission, au moins tous les deux ans, un rapport décrivant ses activités menées, ses formations suivies en matière de médiation et comportant une évaluation de l'efficacité de la médiation et des moyens envisageables pour améliorer ses résultats⁸²⁰. A l'issue du contrôle, la commission peut mettre en demeure le médiateur de la consommation de se mettre en conformité dans un délai de trois mois à compter de sa décision. A l'expiration de ce délai, la Commission statue sur le retrait du médiateur de la liste⁸²¹. En tout état de cause, la Commission met à la disposition du public la liste actualisée des médiateurs sur son site internet et fournit le lien vers le site internet de la Commission européenne consacré à la médiation de la consommation ainsi que le lien vers le site internet du Centre européen des consommateurs en France⁸²². Ces médiateurs de la consommation inscrits sur la liste

⁸¹⁹ C. consom. art. R. 615-5 et art. R. 615-6.

⁸²⁰ C. consom. art. R. 614-4.

⁸²¹ C. consom. art. R. 615-7.

⁸²² C. consom. art. R.615-8.

bénéficieront « de plein droit » de la certification⁸²³ instituée par la loi n°2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁸²⁴. Cette certification sera une sorte de label qualité qui va figurer sur la plateforme du médiateur de la consommation.

445. Il ressort que le statut du médiateur de la consommation est encadré avec minutie, toute chose qui doit contribuer à renforcer la confiance du consommateur et partant son engouement pour ce mode alternatif de règlement des litiges. Outre l'élément confiance, il faut que le recours à la médiation offre plus d'avantages au consommateur que la conciliation d'où la mise en place des mesures incitatives.

§2. *Les mesures incitatives du consommateur*

446. L'effectivité du recours à la médiation commandait⁸²⁵ qu'il soit mis en place un dispositif d'incitation du consommateur. La première mesure et la plus capitale est l'information du consommateur de l'existence de la médiation en ligne, comme mode alternatif de règlement de litiges de consommation (1). De même, il fallait en plus que le recours à la médiation n'emporte pas de risque pour le consommateur en termes de coût et de conservation de son droit d'action en justice en cas d'incapacité de la médiation à trouver une solution consentie au litige (2).

⁸²³ Rédaction Lextenso, Soraya AMRANI-MEKKI, « Plateformes en ligne de résolution des différends : la certification en questions », Gaz. Pal., 23 juil. 2019, n°27, p.36.

⁸²⁴ V. art. 4 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui a ajouté notamment un art. 4-7 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°71 du 24 mars 2019.

⁸²⁵ Le recours à la médiation en ligne était jusqu'avant l'adoption de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice facultatif quel que soit le montant ou la nature du litige.

1. L'information spécifique sur l'existence et le fonctionnement de la médiation en ligne

447. La médiation en ligne est conçue pour apporter une solution extrajudiciaire simple, efficace, rapide et peu onéreuse aux litiges nés de transactions en ligne⁸²⁶. Elle apparaît comme la procédure la mieux adaptée à l'environnement dans lequel se conclut les contrats électroniques. Mais, son effectivité reste fortement tributaire de la connaissance que les consommateurs ont non seulement de son existence mais aussi et surtout de son déroulement et de son contenu. C'est pourquoi, le législateur a imposé au titre des obligations d'informations précontractuelles, l'obligation pour le professionnel électronique d'informer le consommateur non seulement de la possibilité de recourir à une procédure extrajudiciaire de règlement de litiges à laquelle il est soumis mais aussi des modalités d'accès à celle-ci⁸²⁷.

448. Afin de garantir pleinement l'effectivité du recours à la médiation de la consommation⁸²⁸, le législateur a assorti le manquement du professionnel à ces obligations « d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale »⁸²⁹. Dans le même sens, le règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013 impose à tout professionnel établi dans l'Union et qui se livre à la vente de biens ou à la prestation de services transfrontalière sur internet, de fournir aux

⁸²⁶ Considérant 2 du règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013.

⁸²⁷ Voir supra, chapitre I du titre I de la première partie.

⁸²⁸ Catherine POLI, « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends - Étude de la transposition en droit français de la directive 2013/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation », REDC, 2015/2, p.342.

⁸²⁹ C. consom. Art. L. 131-1.

consommateurs des informations concernant la plateforme de règlement en ligne des litiges (RLL), ainsi que leur adresse de courrier électronique⁸³⁰. Ces informations comprennent notamment un lien électronique vers la page d'accueil de la plateforme de RLL. L'accès à ces informations doit être « simple, direct, évident et permanent, sur le site web du professionnel comme dans ses messages électroniques – ou autres messages textuels transmis par des moyens électroniques »⁸³¹.

449. Outre les professionnels électroniques cocontractants des consommateurs, les entités de règlements extrajudiciaires des litiges de consommation, les associations des consommateurs et des professionnels sont tenues de faire la promotion des règlements extrajudiciaire des litiges (REL) dans le cadre d'actions de sensibilisation⁸³².

450. Au niveau interne, le Code de la consommation impose au professionnel de garantir au consommateur le recours effectif à la médiation soit en mettant en place son propre dispositif de médiation ou en proposant à celui-ci, le recours à tout médiateur de la consommation. A cette fin, il est tenu de communiquer au consommateur « les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation dont il relève, en inscrivant ces informations de manière visible et lisible sur son site internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou, en l'absence de tels supports, par tout autre moyen approprié. Il y mentionne également l'adresse du site internet du ou de ces

⁸³⁰ Stéphane PIEDELIEVRE, « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », Gaz. Pal., 21 sept. 2013, n°264.

⁸³¹ Ibidem.

⁸³² Sabine BERNHEIM-DESVAUX, « Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne des litiges de consommation », Obs. Bxl., 2014/1, n°95, p.18 ; Directive 2013/11/UE, art. 14 et 15.

médiateurs »⁸³³. Ces informations doivent être données, dès la phase précontractuelle, au consommateur afin qu'il s'engage en toute connaissance de cause de l'option choisie. Tout compte fait, l'information sur l'existence et les modalités de la médiation en ligne permettront au consommateur de savoir que le recours à ce mode de règlement extrajudiciaire de litige lui offre bien des avantages spécifiques.

2. Les avantages du recours à la médiation en ligne

451. Le recours à la médiation en ligne, faut-il le rappeler, est une procédure simple et rapide permettant au consommateur partie à un contrat électronique de soumettre et d'obtenir directement en ligne une solution consentie au litige qui l'oppose au professionnel. Outre ces avantages, le recours à la médiation en ligne a un caractère gratuit et un effet suspensif sur le délai d'action du consommateur contre le professionnel électronique.

452. **Gratuité de la médiation.** Le Code la consommation consacre en son article L. 612-1, le principe de la gratuité du recours à la médiation. L'article 8, c) de la directive n°2013/11 du 21 mai 2013 prévoyait la possibilité que la médiation soit gratuite ou disponible à un coût modique pour le consommateur. Mais, le législateur français a fait le choix de la gratuité dans l'unique but de contribuer à l'effectivité du recours à ce mode de règlement des litiges qui est un véritable outil de renforcement de la protection des consommateurs particulièrement

⁸³³ C. consom. art. R. 616-1.

dans l'environnement électronique⁸³⁴. Par conséquent, lorsque le litige est national, le consommateur n'aura pas à débourser une quelconque somme d'argent pour avoir accès à un médiateur, excepté les honoraires d'avocat ou les frais d'expertise qui sont à la charge de la partie qui s'est faite assistée ou représentée ou qui a formulé la demande d'expertise. La gratuité constitue un avantage certain pour le cyberconsommateur. Par contre, lorsque le litige est transfrontalier, il reste que le coût doit être modique, comme le prescrit la directive n°2013/11 du 21 mai 2013, pour ne pas constituer un obstacle à l'accès à la médiation en ligne.

453. Effet suspensif du recours à la médiation. Le recours à la médiation en ligne suspend le délai de prescription de l'action du consommateur contre le professionnel. De façon concrète, le consommateur qui estime avoir subi un préjudice né du contrat électronique doit formuler une réclamation écrite adressée au professionnel. A compter de cette réclamation, le consommateur dispose d'un délai d'un an pour saisir un médiateur. Cette saisine a pour effet de suspendre l'écoulement du délai de prescription. En droit de la consommation, il existe de courtes prescriptions d'où l'utilité réelle de cette règle qui permettra d'éviter qu'une partie à la médiation ne ralentisse à dessein la procédure pour pouvoir bénéficier de la prescription extinctive⁸³⁵. Au demeurant, en l'absence d'un tel effet suspensif sur le délai de prescription, il est certain, compte tenu du fait que le recours à la médiation était facultatif, que le consommateur

⁸³⁴ Sur les interrogations pertinentes que soulève la gratuité de la médiation, v. Carole AUBERT DE VINCELLES, « Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation », RDC, 1^{er} avr. 2012, n°2, p.465.

⁸³⁵ Stéphane PIEDELIEVRE, Le règlement amiable des litiges après l'ordonnance du 20 août 2015, Gaz. Pal., 26 nov. 2015, n°330, p.4.

n'allait pas prendre le risque d'engager une telle procédure amiable qui pouvait le priver, le cas échéant, de la possibilité d'agir en justice.

SECTION 2 : Les conditions garantissant l'efficacité du recours à la médiation en ligne

454. Tout processus amiable ne peut se développer que s'il génère la confiance dans l'esprit des bénéficiaires⁸³⁶. L'efficacité du recours à la médiation en ligne est certes assujettie à la confiance que sa conduite ou son déroulement va instaurer entre les parties et le médiateur de la consommation mais, elle dépend aussi du dynamisme du processus de médiation, de sa flexibilité et surtout des résultats auxquels elle permet de parvenir. Le législateur après avoir défini le statut du médiateur a rendu processuelle la médiation de la consommation tant en ce qui concerne les conditions d'ouverture de la médiation en ligne (§1) que son déroulement à proprement dit qui intègre diligence du médiateur et coopération des parties (§2).

§1. Les conditions d'ouverture de la médiation en ligne

455. L'effectivité d'une norme dépend de son efficacité. Le législateur n'a pas occulté cette réalité dans l'encadrement de la médiation de la consommation. En effet, l'objectif principal est que le recours à la médiation doit permettre d'aboutir à une solution sur le fond du litige.

⁸³⁶ Chantal ARENS et Natalie FRICERO, « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », Gaz. Pal., 25 avril 2015, n°115, p.13.

C'est pourquoi, des conditions d'ouverture ont été érigées pour permettre au médiateur d'écartier, dès sa saisine, les affaires qui ne peuvent pas aboutir à un tel résultat sur le fond (1). Aussi, l'efficacité de la médiation en ligne était aussi tributaire de la prise en compte du contexte dans lequel se conclut les contrats électroniques qui tendent à devenir le mode usuel de conclusion des contrats de consommation. Ainsi, le législateur a admis la possibilité que la médiation en ligne conçue spécialement pour le règlement des litiges nés de ces contrats électroniques puisse, le cas échéant, être dématérialisée (2).

1. Les conditions tenant à l'ouverture de la médiation en ligne

456. La médiation en ligne n'est possible que si l'on est dans le domaine de la médiation des litiges de consommation et que l'on ne soit pas en présence d'une des causes empêchant l'examen au fond des mérites du recours.

457. **Domaine de la médiation en ligne des litiges de consommation.** La médiation des litiges de consommation peut être entreprise pour tout litige national ou transfrontalier « de nature contractuelle entre un consommateur et un professionnel portant sur l'exécution d'un contrat de vente ou de fourniture de services »⁸³⁷, à la condition que ledit contrat ait été conclu « en ligne ». Si la médiation de la consommation est largement admise pour les litiges de consommation, le recours à la médiation en ligne n'est admis que pour les seuls « contrats de vente ou de service en ligne »⁸³⁸. C'est ce qui

⁸³⁷ C. consom. 611- 1.

⁸³⁸ Hervé JACQUEMIN et Amélie LACHAPELLE « Renforcer la confiance des consommateurs par le règlement extrajudiciaire des litiges », JDE 2014, p.188.

ressort de l'article 4, 1. e) du règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013. Cette disposition limite le champ d'application du règlement en ligne des litiges de consommation, aux seuls litiges portant sur des obligations contractuelles découlant d'un contrat de vente ou de service en ligne défini comme le contrat « par lequel le professionnel ou son intermédiaire propose, sur un site internet ou par d'autres moyens électroniques, des biens ou des services que le consommateur commande sur le même site internet ou par d'autres moyens électroniques »⁸³⁹.

458. Outre la limitation se rapportant au mode de contractualisation, le législateur exclut du domaine de la médiation des litiges de consommation, certains litiges quoique pouvant être de consommation. Ces exclusions⁸⁴⁰ tiennent tantôt à l'objet du litige (services d'intérêt général non économique; services de santé ou enseignement supérieur fourni par des prestataires publics)⁸⁴¹, tantôt à la qualité des parties (litiges entre professionnels ou procédures introduites par un professionnel contre un consommateur)⁸⁴², ou sont justifiées par la mainmise du professionnel sur la procédure (systèmes de traitement des plaintes gérés par le service clientèle du professionnel)⁸⁴³ ou par le fait qu'il ne s'agit pas d'une procédure de médiation (négociations directes entre le consommateur et le professionnel, ou tentative du juge saisi du litige de régler celui-ci en cours de procédure)⁸⁴⁴.

⁸³⁹ Règlement n°524/2013/UE, art. 4.1 e).

⁸⁴⁰ V. dans ce sens, Hervé JACQUEMIN et Amélie LACHAPELLE, *op. cit.*, p.188.

⁸⁴¹ C. consom., art. 614-4.

⁸⁴² C. consom., art. 611-3, 1°) et 5°).

⁸⁴³ C. consom., art. 611-3, 2°).

⁸⁴⁴ C. consom., art. 611-3, 3° et 4°).

459. Les causes de non examen des mérites du recours à la médiation. La médiation de la consommation ne peut être mise en branle qu'à la requête du consommateur. Toutefois, la recevabilité de sa demande de médiation est subordonnée au respect du préalable de la réclamation faite par écrit adressée au professionnel. Avant la mise en œuvre de la médiation, le consommateur est tenu de tenter de régler le litige directement avec le professionnel, son cocontractant en lui adressant une réclamation écrite suivant les modalités prévues au contrat. Cette phase préalable de négociation directe est obligatoire⁸⁴⁵ car le législateur n'a pas voulu faire de la médiation "un recours réflexe" du consommateur⁸⁴⁶. En effet, lorsque le consommateur estime avoir subi un préjudice né du contrat électronique, la saisine du médiateur de la consommation est subordonnée à l'obligation pour ce consommateur de recourir aux procédures internes de règlements des litiges. C'est lorsque la négociation directe s'est révélée incapable de trouver une solution au litige que le consommateur peut opter pour la voie de la médiation de la consommation⁸⁴⁷. Cette saisine doit intervenir dans le délai d'un an à compter de la réclamation écrite adressée auprès du professionnel, sous peine d'être déclarée irrecevable⁸⁴⁸. Même si ce préalable est satisfait, il reste que le médiateur de la consommation ne peut examiner le litige lorsqu'il a déjà été examiné ou est en cours d'examen par un autre médiateur ou par un tribunal⁸⁴⁹. Il ne peut davantage le faire lorsque la demande du

⁸⁴⁵ C. consom., art. L. 612- 2, 1°).

⁸⁴⁶ Catherine POLI, « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends - Étude de la transposition en droit français de la directive 2013/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation », REDC, 2015/2, p.342.

⁸⁴⁷ Catherine POLI, *op. cit.*, p.345.

⁸⁴⁸ C. consom., art. L. 612- 2, 4°).

⁸⁴⁹ C. consom., art. L. 612-2, al.1, 3°.

consommateur « est manifestement infondée ou abusive »⁸⁵⁰ ou lorsque le litige n'entre pas dans le champ de sa compétence, c'est-à-dire lorsque le litige ne relève pas du domaine de la médiation des litiges de la consommation⁸⁵¹. Dans tous ces cas, le médiateur de la consommation s'il venait à être saisi, il est tenu de rejeter le dossier du consommateur et de tenir ce dernier informé dans le délai maximum de trois semaines à compter de sa saisine⁸⁵². L'irrecevabilité de la demande de médiation du consommateur doit donc être prononcée et notifiée avec une extrême célérité par le médiateur. La dématérialisation de la procédure de médiation en ligne contribue au respect par le médiateur de son obligation de diligence.

2. La dématérialisation de la procédure

460. A l'image de la conclusion du contrat électronique, la médiation en ligne des litiges de consommation peut se mener de bout en bout sans que les parties ou leurs représentants et le médiateur ne soient tenus de se rencontrer physiquement⁸⁵³. Ce *modus operandi* est, de ce fait, en parfaite adéquation avec la spécificité des contrats électroniques qui se concluent à distance.

461. La plateforme de règlement en ligne des litiges (RLL) instituée par le règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013 constitue la réponse du

⁸⁵⁰ C. consom., art. L. 612-2, al.1, 2°.

⁸⁵¹ C. consom., art. L. 612-2, al.1, 5°.

⁸⁵² C. consom., art. L. 612-2, al. 2 *in fine*.

⁸⁵³ Règlement n°524/2013/UE, art. 10, b) Une entité de REL qui a accepté de traiter un litige conformément à l'article 9 du présent règlement: « n'exige pas la présence physique des parties ou de leurs représentants, à moins que ses règles de procédure prévoient cette possibilité et que les parties en conviennent ».

législateur communautaire à cet impératif de dématérialisation⁸⁵⁴. Cette plateforme RLL est un site internet interactif de gestion électronique des affaires en permettant notamment aux médiateurs de la consommation de mener la procédure de règlement des litiges nés des contrats électroniques⁸⁵⁵. Elle est pour les consommateurs et les professionnels⁸⁵⁶ qui souhaitent régler leurs litiges, par voie extrajudiciaire, « un guichet unique »⁸⁵⁷ où ils déposent gratuitement leurs plaintes en remplissant un formulaire électronique de plainte disponible dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union et de joindre des pièces pertinentes. Elle assure ensuite la transmission des plaintes à l'entité de règlements extrajudiciaires des litiges compétente pour traiter le litige. Toutefois, même si le médiateur de la consommation est saisi via la plateforme RLL, il reste que ce dernier n'est pas tenu de mener la médiation via la plateforme de RLL⁸⁵⁸.

462. Au niveau interne, afin de faciliter l'accès à cette plateforme RLL et aux sites internet des médiateurs, le ministère des finances et de l'économie a mis en place un site qui constitue le portail de la médiation en France⁸⁵⁹. Ce site explique le processus de médiation de consommation, recense les textes qui lui sont applicables et les

⁸⁵⁴ La plate-forme a été mise en ligne en février 2016 à l'adresse suivante : <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.chooseLanguage>.

⁸⁵⁵ Règlement n°524/2013/UE, art. 5. 2. ; Céline CASTETS-RENARD, Commerce électronique, Répertoire de droit européen, juil. 2016, n°118 ; Jean MIRIMANOFF., Martine BECKER, Federica OUDIN, Anne-Sophie SCHUMACHER et Coralie SMETS-GARY, Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables, Bruxelles: Bruylant, 2019, p.455 ;

⁸⁵⁶ En effet, l'art. L. 611-3, 5° exclut de la médiation des litiges de la consommation, les « procédures introduites par un professionnel contre un consommateur ». Toutefois, cette exclusion, compte tenu du recours désormais obligatoire à la conciliation ou à la médiation, avant toute saisine du tribunal judiciaire pour les litiges dont le montant de la réclamation n'excède pas 5.000 euros, pourrait soit disparaître ou se maintenir si l'option est de n'imposer que le recours à la conciliation pour le professionnel.

⁸⁵⁷ Considérant. 18 du Règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013.

⁸⁵⁸ Règlement n°524/2013/UE, art. 10, d).

⁸⁵⁹ Disponible à www.economie.gouv.fr/mediation-conso.

médiateurs agréés, dont il communique les coordonnées électroniques⁸⁶⁰.

§2. *Le déroulement de la médiation en ligne*

463. La médiation en général et celle en ligne a été dépouillée de la lenteur qui caractérise le plus souvent la procédure juridictionnelle puisque sa conduite est enserrée dans une période de temps, au terme de laquelle, elle doit normalement prendre fin. Cette fin doit, par ailleurs, être sanctionnée par la solution au litige.

I. Les délais dans le déroulement de la médiation en ligne

464. La médiation de la consommation peut aboutir soit à une décision « de rejet » pour cause d'irrecevabilité, d'incompétence ou à une décision sur le fond impliquant un examen des mérites des prétentions des parties au litige.

465. Dès sa saisine, si le médiateur estime, être en présence d'une cause impliquant le rejet de la demande sans examen au fond, le législateur l'oblige en pareil cas, de prendre ladite décision de rejet et de la notifier au consommateur dans le délai maximum de trois semaines à compter de sa saisine. Si par contre, le litige remplit les conditions de recevabilité et relève de sa compétence, dès réception des documents sur lesquels est fondée la demande du consommateur,

⁸⁶⁰ Hélène AUBRY, Elise POILLOT et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », D., 2017, p.539.

le médiateur de la consommation notifie aux parties sa saisine⁸⁶¹. A compter de cette notification, le médiateur dispose en principe d'un délai de quatre-vingt-dix jours pour boucler la médiation. Cependant en cas de litige complexe, il lui est loisible, à tout moment, de prolonger ce délai. Mais, il est tenu d'en aviser immédiatement les parties⁸⁶².

2. L'issue de la médiation de consommation

466. La médiation des litiges de consommation aboutit, au sens du Code de la consommation, soit à un accord amiable consenti d'emblée par le consommateur et le professionnel, soit à défaut d'un tel accord, à une solution proposée par le médiateur⁸⁶³.

467. Dans tous les cas, l'article R. 612-4 du Code de la consommation, impose au médiateur de rappeler aux parties d'abord, qu'elles sont libres d'accepter ou de refuser sa proposition de solution, ensuite que la participation à la médiation n'exclut pas la possibilité d'un recours devant une juridiction et enfin que la solution proposée dans le cadre de la médiation peut être différente de la décision qui serait rendue par le juge. Aussi, le médiateur est tenu de préciser « également quels sont les effets juridiques de l'acceptation de la proposition de solution et fixe un délai d'acceptation ou de refus de celle-ci »⁸⁶⁴. Il s'ensuit que la détermination du quantum de ce délai de réflexion est laissée à la

⁸⁶¹ C. consom. art. R. 612- 2.

⁸⁶² C. consom. art. R. 612- 5.

⁸⁶³ C. consom. art. R. 612-3 al.2.

⁸⁶⁴ C. consom. art. R. 612-4 *in fine*.

discretion du médiateur⁸⁶⁵. Mais au sens de l'article 9 relatif à l'« Equité » de la directive 2013/11 du 21 mai 2013, les Etats membres doivent veiller à ce que « les parties disposent d'un délai de réflexion raisonnable avant d'indiquer qu'elles acceptent la solution proposée ou un accord à l'amiable »⁸⁶⁶. On peut regretter le fait que le législateur soit resté silencieux sur la question de la qualification de l'accord issu de la médiation de consommation et de son homologation éventuelle par le juge étatique.

468. En droit commun de la médiation, le législateur subordonne le caractère exécutoire de l'accord issu de la médiation à son homologation par le juge national. La demande d'homologation est présentée au juge par requête de toutes les parties à la médiation ou de l'une d'entre elles, avec l'accord exprès des autres. Cette demande doit être portée devant le juge qui aurait été compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée c'est-à-dire le juge qui aurait été saisi si le litige avait été porté devant les juridictions⁸⁶⁷. Toutefois, lorsque l'accord de médiation a été rendu exécutoire par une juridiction ou une autorité d'un autre État membre de l'Union européenne, dans les conditions prévues par la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale⁸⁶⁸, il est reconnu et déclaré exécutoire en France⁸⁶⁹.

⁸⁶⁵ Catherine POLI, *op. cit.*, p.346.

⁸⁶⁶ Directive 2011/11 du 21 mai 2011, art. 9. 2, d).

⁸⁶⁷ C. pr. civ., art. 1565.

⁸⁶⁸ Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE, L 136/3 du 24 mai 2008.

⁸⁶⁹ Cette reconnaissance se fera conformément aux articles 509-2 à 509-9 du C. pr. civ.

Conclusion du chapitre

469. L'entrain des consommateurs pour le recours à la médiation dépend des résultats auxquels elle permet de parvenir. Pour éviter que la médiation ne donne à refléter l'image d'une justice au rabais ou d'une perte de temps, le législateur a donné un statut à la fonction de médiateur de la consommation. Tenu d'accomplir sa mission avec compétence, indépendance, impartialité et transparence et de disposer d'un site internet, l'activité du médiateur est soumise à l'évaluation et au contrôle d'une commission spécialement créée. Au niveau communautaire, le règlement n°524/2013/UE du 21 mai 2013 a créé la plateforme de règlement en ligne des litiges (RLL) qui sert de guichet unique des médiateurs de tout l'espace de l'Union et permet le règlement en ligne des litiges nés de l'exécution des contrats électroniques de vente ou de prestation de service.

470. Le consommateur bénéficie non seulement de la gratuité du recours à la médiation mais aussi de la suspension des délais de prescription pendant toute la durée de la procédure de médiation. L'accord de médiation ne le liera qu'avec son consentement exprès de sorte qu'il conserve entier son droit d'ester devant les juridictions étatiques. L'admission de ce mode alternatif de règlement des litiges pour le règlement en ligne des litiges nés des contrats électroniques de consommation permet d'assurer dans l'environnement électronique l'effectivité des intérêts du consommateur, donc de ses droits compte tenu des avantages qu'il offre en termes d'économie de temps et d'argent mais aussi du consensus qui particularise le résultat auquel il permet de parvenir.

CONCLUSION DU TITRE II

471. La garantie d'effectivité du régime protecteur conféré au consommateur lors de la formation et l'exécution du contrat électronique a exigé l'encadrement du contentieux auquel ces contrats peuvent donner lieu. Une liberté contractuelle « bridée »⁸⁷⁰ a été conférée pour le choix de la juridiction compétente et la loi applicable au contrat électronique. Toutefois, ce choix ne doit pas avoir pour effet de priver le consommateur du niveau de protection auquel il aurait eu droit en l'absence de ce choix. En l'absence de choix, le critère de l'activité dirigée a été consacré comme régime dérogatoire aussi bien pour l'identification de la juridiction compétente que pour la détermination de la loi applicable au contrat électronique transfrontalier. Ce nouveau critère de rattachement s'est révélé être le résultat d'un compromis entre les besoins de protection du consommateur dans l'univers électronique et les attentes légitimes des professionnels électroniques.

472. Toutefois, les litiges nés des contrats de consommation sont généralement de montant modique pris isolément. A cela s'ajoute le plus souvent l'existence de grandes distances entre les consommateurs et les professionnels électroniques. La conjugaison de ces deux éléments peut conduire le consommateur soit à ne pas recourir à la contractualisation par voie électronique ou s'il l'a fait en cas de litiges, il se résoudra à abandonner toute idée d'intenter une action en justice compte tenu de son coût et du temps relativement long qui peut

⁸⁷⁰ Michel VIVANT, « Business to consumer : loi applicable et juge compétent », Légicom, 2000, n°21-22, p.95.

caractériser la procédure. Le droit de la consommation a, de ce fait, admis la médiation en ligne comme mode alternatif de règlement amiable des litiges des contrats électroniques de consommation. D'abord envisagée comme facultative, la médiation a été érigée par la loi n°2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, en condition de recevabilité de l'action du consommateur en justice pour tout recours des litiges de consommation d'un montant n'excédant pas cinq mille (5.000) euros⁸⁷¹, à l'exception des seuls litiges nés des crédits à la consommation et des crédits immobiliers⁸⁷². La médiation des litiges de consommation et plus particulièrement la médiation en ligne des litiges des contrats électroniques de consommation est une procédure gratuite, rapide qui permet au consommateur d'obtenir une solution au litige. A la différence d'une décision de justice, la solution issue de la médiation n'est pas imposée mais résulte plutôt d'un accord voulue par les parties ou d'une solution proposée par le médiateur et acceptée par les parties à la médiation. Le recours à la médiation réserve une place de choix non seulement la liberté du consommateur mais aussi à son droit d'action dont le délai de prescription est suspendu pendant toute la durée de la médiation.

473. Le droit de la consommation, à travers l'ensemble de ses dispositifs régissant la juridiction compétente, la loi applicable et la médiation en ligne, a su se mettre au diapason des défis de protection du consommateur qu'exigeait le recours aux contrats électroniques. La protection offerte au consommateur lui permet d'avoir un accès effectif

⁸⁷¹ Art. 750-1 du CPC tel que réformé par le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, JORF n°288 du 12 déc. 2019.

⁸⁷² V. l'art. 3 de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, qui a modifié l'art. 4 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, JORF, n°71 du 24 mars 2019.

à des voies de règlement de litiges et de recours justes et rapides, voire gratuits ou du moins sans charge indue.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

474. L'exécution des contrats électroniques de consommation est strictement encadrée non seulement par les règles applicables à tout contrat de consommation mais aussi par des règles spécifiques. Ces dernières règles ont, en effet, renforcer la protection du consommateur toute chose qui s'est matérialisée notamment par l'institution d'un régime de responsabilité de plein droit, aujourd'hui étendu à tous les contrats de consommation conclus à distance. L'exécution du contrat électronique qu'elle se fasse en ligne ou hors ligne implique l'intervention de plusieurs autres professionnels intermédiaires. La consécration de ce régime de responsabilité de plein droit épargne le consommateur des difficultés d'identification de ces professionnels tiers qui se retrouvent à prendre une part active dans l'exécution du contrat et, par là-même, le met à l'abri des difficultés auxquelles il aurait pu être confronté pour imputer le préjudice qui résulterait de l'exécution du contrat au véritable auteur du fait dommageable.

475. Les innovations relatives aux obligations spécifiques ont été rendues nécessaires par l'inadaptation des règles traditionnelles du Code de la consommation aux problèmes que posent les contrats électroniques de consommation. Il s'est agi comme à l'accoutumée pour le droit de la consommation d'ajouter une dose de prévention par l'institution de l'obligation de conservation de la preuve du contrat électronique mais aussi par l'interdiction pour le professionnel électronique dont la défaillance a été constatée dans l'exécution des contrats électroniques qu'il passe avec les consommateurs de ne plus encaisser de paiement tant qu'il n'a justifié d'une complète exécution du contrat électronique.

476. Le souci d'effectivité et d'efficacité de ce régime protecteur du consommateur dans l'environnement électronique a conduit à la consécration du critère de l'activité dirigée pour la compétence juridictionnelle et la loi applicable au contrat électronique présentant un élément d'extranéité. Il a été certes concédé aux parties la liberté de choix, mais il s'agit en réalité d'une liberté "bridée" par la nécessité que le choix de loi applicable et celui de juridiction compétente ne peuvent pas avoir pour effet de placer le consommateur dans une situation qui offre moins de protection que celle à laquelle il aurait eu droit en l'absence de ces choix. Par ailleurs, le jeu des normes impératives ou de police peut conduire à l'invalidation de ces clauses attributives de juridiction et de loi d'autonomie.

477. Enfin, pour remédier aux problèmes de coûts et de lenteur de l'action portée devant les juridictions étatiques, la médiation en ligne a été admise et organisée pour permettre la résolution rapide à moindre coût des litiges nés des contrats électroniques de consommation. Conscients que les intérêts lésés sont généralement petits, la médiation en ligne réSORBE cette préoccupation par la possibilité qu'elle donne notamment au consommateur d'obtenir la résolution de son litige tout en restant chez soi, à l'instar de la posture qui a été la sienne à l'occasion de la conclusion du contrat électronique.

478. La médiation en ligne va trouver un grand dynamisme avec la récente réforme législative qui fait notamment du recours à la conciliation ou à la médiation de la consommation, une étape obligatoire avant la saisine des juridictions pour les litiges d'un certain seuil minimum.

Conclusion

479. Libéré des contraintes temporelles qui caractérisaient jadis les contrats conclus à distance et des contraintes spatiales avec l'abolition des frontières, l'univers électronique a permis d'accélérer et de démultiplier les transactions et partant les échanges à l'échelle de la planète⁸⁷³. Désormais, le consommateur est devenu un acteur du commerce international. Depuis son smartphone, il peut interagir et conclure des contrats avec des professionnels établis à n'importe quel endroit du monde. Le droit de la consommation a dû se rendre vite à l'évidence de la nécessité d'instituer divers dispositifs en vue de permettre au consommateur d'adhérer valablement et utilement à l'offre de contrat qui lui est proposée par le professionnel.

480. Dans cet exercice, un formalisme nouveau a été imposé aux professionnels électroniques prestataires des biens ou services. Ce nouveau formalisme est certes perçu comme une exigence qui ralentit la célérité et la rapidité qui caractérisent les transactions électroniques mais, il apparaît comme un dispositif indispensable au besoin plus accru de protection du consommateur eu égard au contexte⁸⁷⁴. Dans cette optique, le droit de la consommation a entendu appréhender tous les stades de l'interaction du professionnel électronique avec le consommateur dont l'étape précontractuelle, celle de la formation du contrat mais aussi l'étape de son exécution.

⁸⁷³ Benoît De NAYER et Jacques LAFFINEUR (Eds), *Droit et Consommation : Le consentement électronique*, Actes du colloque de Bruxelles des 23 et 24 sept. 1999, LOUVAIN-LA-NEUVE, Centre de droit de la consommation, 2000, p.237.

⁸⁷⁴ Th. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1988, p.211. cités par Benoît De Nayer et Jacques LAFFINEUR (Eds), Ibidem.

481. La protection de la liberté contractuelle du consommateur et du caractère éclairé de son consentement a été retenue comme fondamentale dans le processus de formation du contrat électronique. Ainsi pour préserver la liberté contractuelle du consommateur, le droit de la consommation a encadré le contenu de la publicité par voie électronique qui doit pouvoir être identifiée comme telle par le consommateur et être transparente. Aussi sa diffusion par envoi direct au consommateur par courrier électronique est subordonnée, sous peine de sanction, à son "consentement préalable" résultant d'une manifestation de volonté « libre, spécifique et informée »⁸⁷⁵. Dans cette même veine, les opérateurs des plateformes de publications des avis des consommateurs en ligne et ceux des plateformes d'intermédiation se sont également vus imposer des obligations par le droit de la consommation.

482. En ce qui concerne les professionnels électroniques, fournisseurs ou prestataires des biens et services, outre l'obligation générale d'information précontractuelle⁸⁷⁶, le droit de la consommation les a rendus débiteurs d'une obligation spécifique d'informations précontractuelles sous peine de sanctions administrative, civile et ou pénale. Cette obligation spécifique d'informations précontractuelles concerne d'abord l'exigence d'un contenu que l'offre électronique doit remplir pour être considérée comme telle. Il en va ainsi de l'obligation d'indiquer le processus de conclusion du contrat, les langues du contrat et de donner l'information sur l'existence des codes de bonne conduite. Ensuite, cette obligation spécifique d'informations précontractuelles se rapporte d'une part, au droit de rétractation tant

⁸⁷⁵ Code des postes et des communications électroniques, art. L. 34-5 al. 2.

⁸⁷⁶ L'obligation générale d'informations précontractuelles qui tendent à son identification précise et complète, à la description du contenu du contrat, des caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix et ses modalités de paiements, les délais et modalités d'exécution du contrat, les garanties légales et le recours à la médiation.

dans son existence que dans ses modalités d'exercice et d'autre part, au contentieux contractuel y compris les modalités de résiliation, les modes de règlement des litiges. Ces informations précontractuelles doivent être lisibles, compréhensibles et accessibles de façon permanente. L'encadrement de cette période précontractuelle par le droit de la consommation dans l'optique de garantir la liberté contractuelle du consommateur et le caractère éclairé de son consentement a été une option bien à propos de la législation consumériste française et européenne. Sa stricte application par les professionnels électroniques permet aux consommateurs d'avoir la pleine mesure de leur détermination à contracter.

483. La justesse de la justice contractuelle qui caractérise le droit de la consommation française a aussi nécessité, à l'étape de la contractualisation par voie électronique, l'institution d'un formalisme de l'expression par le consommateur de son consentement mais aussi une adaptation du droit de rétractation qui conditionne la pérennité du contrat électronique. Aussi, a-t-il été imposé au professionnel électronique de donner le loisir au consommateur de pouvoir effectuer par lui-même, le choix des biens ou des services en ligne sanctionné par un premier clic. Celui-ci doit pouvoir vérifier les choix opérés dans un état récapitulatif et au besoin les adapter et, s'il y a lieu, corriger les erreurs. A l'issue de cette opération de vérification, s'il reste déterminé et convaincu de ses choix, il les validera en effectuant un deuxième clic. Cette expression procédurale du consentement du consommateur est érigée en condition de validité du contrat électronique. Par ailleurs, obligation est faite au professionnel électronique, non seulement d'envoyer immédiatement un accusé de réception au consommateur mais surtout il reste débiteur de fournir la confirmation du contrat sur un support durable lisible et compréhensible au plus tard au moment de la livraison du bien ou de

l'exécution de la prestation de service. La mise à disposition ultérieur du contrat au plus tard au moment de son exécution ou de la livraison du bien, permet utilement au consommateur de se l'approprier et d'aviser de l'opportunité de l'exercice de son droit de rétractation.

484. A l'étape de l'exécution du contrat électronique, le droit de la consommation, compte tenu du contexte de sa conclusion qui est électronique et à distance, a imposé des obligations spécifiques au professionnel, tout en instituant de régimes innovants et adaptés de protection dans le règlement des litiges. Ainsi, l'exécution du contrat électronique par le professionnel doit intervenir dans la borne temporelle imposée faute de quoi il peut être résolu immédiatement par le consommateur sauf cas d'octroi d'un délai supplémentaire au professionnel pour s'exécuter. Que l'exécution soit instantanée ou différée, il y a que le consommateur ne répondra des risques qu'à compter de la livraison effective de la chose, objet du contrat. En tout état de cause, l'objet du contrat doit être conforme non seulement aux stipulations contractuelles mais aussi aux attentes légitimes du consommateur. A défaut, le professionnel électronique verra sa responsabilité de plein droit engagée pour tout dommage constaté à la réception. Le support matérialisant le contrat électronique dont la conservation incombe au professionnel électronique sera, en pareil cas, un précieux outil pour apprécier le respect de ses obligations découlant du contrat dont notamment le respect des délais et la mise à disposition du consommateur d'un bien ou d'un service conforme.

485. L'ultime verrou de protection du consommateur concerne les règles régissant la résolution des litiges. A ce propos, outre le fait que la médiation en ligne ait été consacrée et souhaitée, il y a qu'en cas de contentieux devant les juridictions étatiques, le droit de la consommation français et européen ont consacré un régime dérogatoire pour le contrat électronique de consommation présentant

un élément d'extranéité. Abandonnant la notion obsolète du consommateur passif⁸⁷⁷, le droit de la consommation retient le critère unique de l'activité dirigée pour garantir au consommateur non seulement la compétence des juridictions de son lieu de résidence mais aussi l'application de loi de son pays de résidence. En effet, en l'absence d'une loi d'autonomie admise, la loi du lieu de résidence du consommateur s'applique toutes les fois qu'il est établi que le professionnel a dirigé son site sur le pays de résidence du consommateur. La seule insuffisance de cette protection du consommateur par le droit de la consommation interne ou communautaire reste son inaptitude à garantir que la décision rendue sera exécutée dans un pays tiers. Or, cette éventualité est très élevée du fait du caractère fondamentalement international de l'internet. Cette dimension doit être prise en compte par les consommateurs comme un risque auquel ils s'exposent en contractant avec un professionnel électronique dont les éléments d'identification attestent de son implantation dans un pays tiers.

486. En définitive, le droit de la consommation a appréhendé en tous ses aspects le contrat électronique, tout en proposant des dispositifs de remédiation ou à tout le moins d'atténuation du déséquilibre du consommateur aggravé par le contexte. La protection du consommateur a impliqué certes un renforcement des obligations du professionnel électronique mais, il est loisible de relever que le respect par ce dernier de ses obligations, est fondamentale à la confiance qui est le ferment de la vitalité de la vie économique.

⁸⁷⁷ Convention de Rome du 19 juin 1980.

Bibliographie

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

AUBERT J.-L. et COLLART-DUTILLEUL F., Le contrat. Droit des obligations, 5^e éd., Paris : Dalloz, 2017, 168p.

AUBRY H. et alii, Droit de la consommation. Droit interne européen, (dir. FENOUILLET D.), 1^e éd., Paris : Dalloz, 2020, 1771p.

BEGUIN J. et MENJUCQ M. et alii., Traité : Droit du commerce international, 2^e éd., Paris : LeisNexis, 2011, 1293p.

BERLIN D., Politiques de l'Union européenne, Bruxelles : Bruylant, 2016, 994p.

BUREAU D. et MUIR WATT H., Droit international privé, coll. «Thémis», P.U.F., 2007, 646p.

CALAIS-AULOY J. et STEINMETZ F., Précis : Droit de la consommation, 4^e éd., Paris : Dalloz, 1996, 507p.

CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCE M., Précis : Droit de la consommation, 10^e, Paris : Dalloz 2020, 778p.

CHARDIN N., Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté, Paris, LGDJ, 1988, 330p.

CORNU G. (dir.), Vocabulaire juridique, 10^e éd. PUF, 2014, 1360p.

FARDOUX O. et PLANQUE J.-C., Contrats spéciaux, 3^{ème} éd. Bréal, 2013, 192p.

FASQUELLE D. et MEUNIER P., (dir.), Le droit communautaire de la consommation : bilan et perspectives : actes du colloque de Boulogne-

sur-Mer 14 et 15 janvier 2000, Paris : La documentation française, 2002, 283p.

FAUVARQUE-COSSON B., Le droit international privé des contrats en marche vers l'universalité ?, in Mélanges en l'honneur du professeur Bernard AUDIT : Les relations privées internationales, Paris : LGDJ, Lextenso-éditions, 2014, pp. 269-284.

GAUDRAT Ph. et SARDAIN F., Traité de droit civil du numérique, Tome 2, Droit des obligations, Bruxelles : Éditions Larcier, 2015.

GORE M., LEQUETTE Y., Défense et illustration de l'ordre civil français, Paris : Dalloz, 2023, 800p.

GUINCHARD S. et DEBARD Th., Lexique des termes juridiques, 2^e éd., Paris : Dalloz, 2017-2018, 1214p.

GUILLAUME-HOFNUNG M., La médiation, Paris : PUF, 2015, (Que sais-je ?), 128p.

LARDEUX G., Droit international privé des obligations contractuelles, Bruxelles : Éditions Larcier, 2016, 382p.

MALAURIE-VIGNAL M., Droit de la distribution, Paris : Sirey, 2006.

MAYER P. et HEUZE V., Droit international privé, 11^e éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2014, 788p.

MONEGIER F., Droit international privé, 7^e éd., Paris : LexisNexis, 2015, 285p.

NIBOYET M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., Droit international privé, 3^e éd., Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2011, 882p.

NICOD M. (dir.) Métamorphoses de l'acte juridique, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, 225p.

PELLIER J.-D., les droits des consommateurs, 1^e éd., Paris : PUF, 2019, 128p.

POILLOT E., Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, Paris : LGDJ, 2006, 589p.

RACINE J-B, La protection du professionnel contractant en matière internationale, *in* Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel JACQUET : le droit des rapports internationaux économiques et privés, Marcelo KOHEN et Dolores BENTOLILA (dir.), Paris : LexisNexis, 2013, pp.255-274.

RACINE J-B et SIIRIAINEN F., Droit du commerce international, 3^{ème} éd. Dalloz, 2018, 496p.

RAYMOND G., Droit de la consommation, Paris : LexisNexis, 4e éd., 2017, 640p.

ROCHFELD J., La place du Code de la consommation en droit contractuel français, *in* The architecture of European Codes and Contract Law, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, pp.193-204.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., POILLOT E., AUBERT DE VINCENNES C., BRUNAUX G., Traité de droit civil, (dir.) GHESTIN J., Les contrats de consommations Règles communes, Paris : LGDJ, 2011, 1126p.

Société de Législation Comparée, Livre vert sur le droit européen de la consommation réponses française, Droit privé comparé et européen, FAUVARQUE-COSSON B. (dir.), vol. 5, Paris : Société de Législation Comparée 2007, 212p.

STEEENNOT R., Libre marché et réglementations contraignantes : le cas de la protection du consommateur en Europe, *in* Le marché et l'Etat à l'heure de la mondialisation, Actes du 1^{er} colloque David-Constant de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles : Larcier, 2007, p.159-191.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE S., L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Etudes de droit de la consommation, vol.11, Bruxelles : Bruylants, 2006, 531p.

VOGEL L. et VOGEL J., Traité de droit économique – Tome 3 : Droit de la consommation, Bruxelles : Bruylant, 2017, 1224p.

II. OUVRAGES SPECIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS, MONOGRAPHIES ET THESES

AUBERT DE VINCELLES C., « Acquis européen, cadre commun de référence et proposition de directive européenne relative au droit des consommateurs : quelle place pour les contrats spéciaux ? », *in Vers un droit européen des contrats spéciaux, Towards a European Law of Specific Contracts*, D. VOINOT et J. SENECHAL (dir.), Bruxelles : Editions Larcier, coll. Code économique européen, 2012, p 53 à 70.

AYEWOUADAN A., Les droits du contrat à travers l'internet, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, 394p.

BARRIATITI S., Les limites au choix de la loi applicable dans les contrats impliquant une partie faible, *in Sabine CORNELOUP et Nathalie JOUBERT (dir.), Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, vol 35, 2011*, pp.325-339.

BAKER-CHISSL C., « Le droit de rétractation du contrat électronique », *in Judith ROCHFELD (dir.), L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, pp.133-200.

BERNIER C., VAN OVERMEIRE X. et WERY E., Commerce électronique Canada-Union européenne, Bruxelles : Éditions Larcier, 2018.

BOCHURBERG L., internet et commerce électronique, 1^{ère} éd., Paris : Delmas, 1999, 334p.

BUSSEUIL G. « La phase précontractuelle : la formation du contrat électronique », *in Judith ROCHFELD (dir.), L'acquis communautaire, Le contrat électronique*, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, pp.71-132.

BUSSEUIL G., « Le choix de la loi applicable au contrat électronique, in Sabine CORNELOUP et Nathalie JOUBERT (dir), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, vol. 35, 2011, pp.397-419.

CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, Paris : LGDJ, 2001, 487p.

CALAIS-AULOY J., *Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation, General clauses and standards in European contract law : comparative law, EC law and contract law codification*, 2006, pp.189-195.

CAPRIOLI E., *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Paris: Litec, 2002, 272p.

CARRE D., « La loi applicable aux transferts de biens virtuels » in *Le droit dans les mondes virtuels*, Bruxelles : Éditions Larcier, 2013, p.175-202.

DEMOULIN M. et MONTERO E., « La conclusion des contrats par voie électronique », in Marcel FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Paris : LGDJ, 2002.

DE BERTIER-LESTRADE B., « Acte électronique et métamorphoses en droit des contrats », in *Métamorphose de l'acte juridique [en ligne]*, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, pp. 49-86 ; disponible sur , consulté le 28/03/2020.

DE NAYER B. et LAFFINEUR J., *Le consentement électronique : actes du colloque de Bruxelles des 23 et 24 septembre 1999*, Louvain-La-Neuve : Centre de droit de la consommation, Bruxelles : Bruylant, 2000, 362p.

DRAETTA U., *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, in *Recueils de cours de l'Académie du Droit international de la Haye*, t. 314, 2005, p.9-314.

EDDEROUASSI M., Le contrat électronique international, (dir.) Martine EXPOSITO, thèse : Droit : Université de Grenoble Alpes, déc. 2017, 741p.

FERAL-SCHUHL C., Cyberdroit : Le droit à l'épreuve de l'internet, 8^e éd., Paris : Dalloz, 2020-2021, 1852p.

FORTAS A-C., Vers une autonomie du régime juridique du contrat de commerce électronique ?, *in internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Société Française pour le Droit International, Paris : Pedone, 2014, pp.433-462.

JAULT-SESEKE F., Internet, vecteur d'affinement des règles de compétence juridictionnelle, *in internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Société Française pour le Droit International, Paris : Pedone, 2014, pp. 167-180.

GRAZIANI F., La protection pénale du consommateur, (dir.) Yves MAYAUD, thèse : Droit : Université Panthéon Assas Paris II, 2016, 463p.

LAGRANGE Ph., Internet et l'évolution normative du droit international : D'un droit international applicable à l'internet à un droit international du cyberspace ?, *in internet et le droit international*, Colloque de Rouen, Société Française pour le Droit International, Paris : Pedone, 2014, pp.64-85.

LECLERC M., Les class actions, du droit américain au droit européen, Bruxelles : Éditions Larcier, 2012.

LE TOURNEAU Ph., Contrats informatiques et numériques, 9^e éd., Paris : Dalloz, 2016, 650p.

KABRE W. D., La conclusion des contrats électroniques. Etude de droits africains et européens, Paris : L'Harmattan, collection études africaines, 2013, 582p.

MAHI-DISDET D., L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique, (dir.) Jean-Michel BRUGUIERE Thèse : Droit : Université d'Avignon, 2011, 471p.

MIRIMANOFF J., BECKER M., OUDIN F., SCHUMACHER A.-S. et SMETS-GARY C., Dictionnaire de la médiation et d'autres modes amiables, Bruxelles : Bruylant, 2019, 522p.

MOHAMED SALAH M. M., « Médiation, conciliation, transaction, jugement sur accord parties : Essai de définition » *in* La médiation en matière civile et commerciale, Bruxelles : Bruylant, 2012, p. 77-92.

OUIRINI H., Essai sur l'europeanisation du droit de la consommation, (dir.) Agnès MAFFRE-BAUGE, thèse : Droit, Université d'Avignon, 2016, 360p.

PAISANT G., Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers, Centre de Droit de l'Entreprise (Droit Industriel, Droit d'Auteur, Droit Commercial) de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), *in* Le droit de la consommation dans son contexte économique / Gilles PAISANT [et al.], Lausanne, 2009, pp.1-16.

PARISOT V., « La protection du consommateur-internaute en matière contractuelle », *in* internet et le droit international, Colloque de Rouen, Société Française pour le Droit International, Paris : Pedone, 2014, pp.449-462.

PENNEAU A., « La forme et la preuve du contrat électronique », *in* Judith ROCHFELD (dir.), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, pp. 255-356.

POILLOT E., « L'exécution du contrat électronique », *in* Judith ROCHFELD (dir.), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, pp.201-254.

ROCHFELD J., « La définition du contrat électronique », *in* Judith ROCHFELD (dir.), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, pp. 03-34.

ROCHFELD J. (dir.), L'acquis communautaire, Le contrat électronique, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, 483p.

ROCHFELD J., (dir.), Les nouveaux défis du commerce électronique, LGDJ, 2010, 216p.

ROCHFELD J., « La place du Code de la consommation en droit contractuel français », *in The architecture of European Codes and Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, vol. 8, pp. 193-204.

SANTIAGO C. M., GAUTRAIS V., GOBERT D., JULIA-BARCELO R., MONTERO E., POULLET Y., SALAUN A. et VAN DAELE Q., Commerce électronique : Le temps des certitudes, Cahier du centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles : Bruylant, 2000, 219p.

TRANCHEZ E., « L'émergence d'une Lex Electronica : Quelle place pour l'Etat et la nationalité », *in Droit international et nationalité*, Colloque de Poitiers, Société Française pour le Droit International, Paris : Pedone, 2012, pp.499-518.

USUNIER L., « La loi applicable au contrat électronique », *in Judith ROCHFELD (dir.)*, L'acquis communautaire, Le contrat électronique, Paris : Paris: Economica, 2010, coll. « Etudes juridiques », vol. 34, pp.357-408.

LINANTS DE BELLEFONDS X., Le droit du commerce électronique, Paris : PUF, 2005, 128p.

VIGNERON-MAGGIO-APRILE S., L'information des consommateurs en droit européen et en droit suisse de la consommation, Etudes de droit de la consommation, vol.11, Bruxelles : Bruylant, 2006, 531p.

WAIYAMUK A., La protection du consommateur en droit international privé européen, (dir.) Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, thèse : Droit : Université Panthéon Assas Paris II, 2013, 344p.

III- RAPPORTS

Rapport n°608 de l'Assemblée nationale présenté par Mme Michèle TABAROT au nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique disponible à <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp> consulté le 27 mars 2020.

Rapport n°612 de l'Assemblée nationale présenté par M. Jean DIONIS DU SEJOUR, au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi (n°528), pour la confiance dans l'économie numérique, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rapports/r0612.pdf>, consulté le 13 avr. 2020.

Rapport n°1156 de l'Assemblée nationale présenté par de M. Razzy HAMMADI et Mme Annick LE LOCH, au nom de la commission des affaires économiques, sur le projet de loi n° 1015 « Loi 2014-344 du 17 mars 2014 dite « Loi Hamon », disponible à <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1156.pdf>, consulté le 18 avril 2020.

Rapport de la CNIL du 26 mars 2009 sur la publicité ciblée en ligne, disponible à

https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf, consulté le 7 février 2020.

IV. ARTICLES, CHRONIQUES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

ARCELIN LECUYER L., « Droit de la publicité : bilan de l'année 2009 (1^{re} partie) », RLC 2009/16, p.121, n°1.

ARENS C. et FRICERO N., « Médiation et conciliation : modes premiers de règlement des litiges ? », Gaz. Pal., 25 avril 2015, n°115, p.13.

AUBERT DE VINCELLES C., « Compétence internationale en matière de cyberconsommation : précisions sur la notion d'« activité dirigée » », RDC, 1^{er} avril 2011, n°2, p.511.

AUBERT DE VINCELLES C., « Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation » : RDC, 1^{er} avril. 2012, n°2, p.465.

AUBERT DE VINCELLES C., « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », RTD Eur. 2012, Chron. Droit européen des obligations, p.666.

AUBERT DE VINCELLES C., « Protection des consommateurs dans les litiges de consommation », RTD eur., 2013, p.575.

AUBERT DE VINCELLES C., « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi Hamon », RDC, 1^{er} sept. 2014, n°3, p.955.

AUBRY H., POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Droit de la consommation », D., 2018, chron., p.583.

AZZI T., « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I », D., 2008, p.2169.

BAZIN-BEUST D., « La protection du consommateur à distance : mouvements de flux et de reflux ? », LPA, 22 juin 2010, n°123, p.4.

BAZIN E., « De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation », LPA, 07 sept. 2005 n°178, p.16.

BEAUJOUR J.-C., « L'indépendance du médiateur », *Gaz. Pal.*, 30 janv. 2018, n°4, p.11.

BERGE J.-S., DE CLAVIERE B., THELLIER DE PONCHEVILLE B., LATIL C., MOILLE C., PASCALE B. et PAILLER L., « L'application du droit de l'Union européenne par le juge judiciaire français 2017 », *R.D.U.E.*, 2018/4, p.139-174.

BERNHEIM-DESVAUX S., « Attention à l'hyperlien renvoyant au site internet du vendeur à distance ! », *LEDC*, 04 sept. 2012, n°08, p.4.

BERNHEIM-DESVAUX S., « Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne des litiges de consommation », *L'Observateur de Bruxelles*, 2014/1, n°95, p.16-19.

BERNHEIM-DESVAUX S., et SAUPHANOR- BROUILLAUD N., « Pas de nullité sans texte ? L'exemple de l'obligation générale d'information précontractuelle du droit de la consommation », *RDC*, 2018, n°01, p.122.

BOLLEE S. et HAFTEL B., « Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l'arrêt *eDate Advertising et Martinez* », *D.*, 2012, p.1285.

BOSKOVIC O., « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.*, 2008, p.2175.

BOUCHARD C. et LACOURSIERE M., « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », *Revue générale de droit*, n°33, 2003, 373-438.

BRUGUIERE J. M., « La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique », *Droit de l'immatériel*, janv. 2005, n°24 p.59.

BRUNAUX G., « De l'utilisation de pages web pour l'exécution des obligations d'information d'un contrat conclu par la voie électronique », *LPA*, 9 janv. 2013, n°7, p.6.

CACHARD O., « Le contrat électronique dans la Loi pour la confiance dans l'économie numérique », RLDC, 2004, p.314.

CACHARD O., « Du juge compétent pour connaître d'un contrat de voyage à forfait présenté sur un site internet », Rev. crit. DIP, 2011, p.414.

CALAIS AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », RTD civ., 1994, p.239.

CALAIS-AULOY J., « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », RTD civ., 2005, p.701.

CAPRIOLI E. et AGOSTI P., « La confiance dans l'économie numérique », LPA, 3 juin 2005, n°110, p.5.

CASTETS-RENARD C., « Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée », Defrénois, 30 Oct. 2006, n°20, p.1529.

CHASSAGNARD-PINET S., Le e-règlement amiable des différends, Dalloz IP/IT, 2017, p.506.

CHAZAL J.-P., « Les nouveaux droits des contractants : Est-on allé trop loin ? », disponible à,
<http://spire.sciencespo.fr/hdl:/2441/5l6uh8ogmqildh09h82bni63j>.

CLAY Th., « La face cachée de la médiation », D., 2004, p.3188.

COPPENS F., « Le recours aux « tiers de confiance » dans les transactions en ligne Paiement, signature, recommandé et archivage électronique », Journal des Tribunaux, n°40, 2012, p.810-813.

COURBE P. et CHANTELOUP H., « Droit international privé », D., 2005, Panorama, p.1192.

COUSTET Th., « Médiation : et si les réticences étaient culturelles ? », Dalloz actualité 16 juill. 2018.

D'AVOUT L., « Le sort des règles impératives dans le règlement “Rome I”, D., 2008, p.2165.

DEBET A., « Le clic de fin de commande suffit pour valider les conditions générales de vente », CCE n°6, juin 2011, communication n°56.

DECHAMPS M. et FALLON M., « Analyse d'impact de la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente sur le droit applicable au contrat de consommation », REDC., 2012/3, p.393-428.

DELPECH X., « La loyauté et la transparence, les deux piliers d'un droit des plateformes », D. AJ contrat, 2020, p.301.

DEMOULIN M. et MONTERO E., « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », Cahiers du CRID – n°23, pp.131- 194.

DESHAYES O., « *Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ?* », RDC, 1^{er} janvier 2012, n°1, p.88.

DEUMIER P., « Protection du consommateur et loi de police : éclaircissements sur le jeu de la Convention de Rome (et brouillages sur les règles de compétence judiciaire) », RDC, 1^{er} oct. 2006, n°4, p.1253.

DEUMIER P., « La loi de police étrangère : une possibilité que le juge a l'obligation d'envisager », RDC, 1^{er} oct. 2010, n°4, p.1385.

DEUMIER P., « note sous Cass. com., 13 juill. 2010, n° 10-12154, Système U c/ Transbidasoa », RDC, 1^{er} janv. 2011, n°1, p.217.

DECHAMPS M. et ALVAREZ ARMAS E., « Arrêt « Pammer et Hotel Alpenhof » : l'équilibre entre consommateurs et professionnels dans l'e-commerce », REDC, 2011/2, p.447-453.

DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation », D., 2006. p.2464.

DREXL J., « Le commerce électronique et la protection des consommateurs », RIDE, 2002/2 t. XVI, p.405 à 444, disponible à

<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2002-2-page-405.htm>, consulté le 06 avril 2020.

DURRANDE Sylviane, « Droit des marques », D., 2011, p.908.

FENOUILLET D., « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre Incertaine », RDC, 1^{er} oct. 2004, n°4, p.955.

FENOUILLET D., « Contrat conclu par voie électronique et écrit conservé par le professionnel », RDC, 1^{er} oct. 2005, n°4, p.1067.

FENOUILLET D., « Nouvelle option de compétence », RDC, 1^{er} oct. 2009, n°4, p.1438.

FERRIER D., « Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique... ? », RDC, 1^{er} avr. 2005, n°2, p.548.

FRANGI M., « Le consommateur français entre loi Toubon et droit communautaire », RIDE, n°171, 2003, p.135, disponible <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2003-1-page-135.htm>, consulté le 31 juillet 2020.

GAUDIN L., « Regards dubitatifs sur l'efficacité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », D., 2008, chron., p.631.

GAUTIER P.-Y., « Formation du contrat : un code, deux régimes », RDC, 1^{er} avr. 2005, n°2, p.589.

GAUTRAIS V., « La couleur du consentement électronique », Les Cahiers de la propriété intellectuelle », (2003), vol. 16, n°1, pp.61- 129.

GEMAR J. - C., « Analyse jurilinguistique des concepts de « lisibilité » et d'« intelligibilité » de la loi », Revue générale de droit, vol. 48, n°2, 2018, pp.299-336, disponible à <https://doi.org/10.7202/1058624ar>, consulté le 09 mars 2020.

GOTTENBERG J., « Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels », *in Revue du droit de l'Union européenne : RTD. eur.*, 2002, vol. 3, pp.513-552.

GRIMALDI C., « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D., 2016, p.1009.

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

GRYNBAUM L., « Après la loi « économie numérique », pour un Code européen des obligations... raisonné » D., 2004, Chron., p.2213.

GRYNBAUM L., « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », RDC, 1^{er} avr. 2005, n°2, p.580.

GUILLEMARD S., « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent » *in Journal du droit international*, 2004, vol. 131, afl. 1, p.7-61.

GUINCHARD E., « Transposition en France de la directive 2013/11 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation », *RTD eur.*, 2015, p.795.

HOUTCIEF D., « L'obligation d'information du vendeur professionnel à l'égard du consommateur n'est pas une obligation de conseil », Gaz-Pal., 05 janvier 2016, n°01, p.34.

HUET J., « La problématique juridique du commerce électronique, RJ com., 1^{er} janv. 2001, (n° spéc.), p.27.

HUET J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques », JDI, 2002, p.737.

HUET J., « Vous avez dit « contrats électroniques » ? », RDC, 1^{er} avr. 2005, n°2, p.553.

JACQUEMIN H., « La protection du consommateur de contenus numériques », REDC, n°s108-109, 2015, n°3, p.5-33.

JACQUEMIN H., « Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel », *in Annales de Droit de Louvain*, vol. 70, 2010, n°1, pp.03-42.

JACQUEMIN H. et LACHAPELLE A., « Renforcer la confiance des consommateurs par le règlement extrajudiciaire des litiges », *JDE*, 2014, p.186-196.

JOSSERAND L., « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD. Civ.*, 1937, p.7.

JULIEN J., « La clause de médiation obligatoire dans un contrat de consommation : de son caractère abusif à son caractère illicite », *RDC*, 12/12/2018, n°4, p.583.

JULIEN J., « Garantie de conformité : la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 est abrogée et remplacée par la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », *RDC*, 13 sept. 2019, n°03, p.85.

LAFFINEUR J. et STRAETMANS G., « La directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs : les modifications de la réglementation concernant les ventes aux consommateurs et les « autres droits des consommateurs » », *REDC.*, 2013/3-4, p. 475-498

LAGARDE P., « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 2006, p.331.

LAGARDE X., « Observation critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. p.170.

LARRIEU J., LE STANC C., TREFIGNY-GOY P., « Droit du numérique », *D.*, 2011, p.2363.

LASSERRE V., « Les graves lacunes de la réforme de la justice en matière de médiation », *D.*, 2019, p.441.

LEGGRAND V., « L'amélioration de l'information et des droits contractuels des consommateurs dans la loi "Hamon" », *LPA*, 07 mai 2014, n°91, p.4.

LEGRAND V., « La loi applicable au contrat de commerce électronique », LPA, 08 sept. 2017, n°179-180, p.93.

LEGRAND V. et BAZIN-BEUST D., « Droit de la consommation / droit des contrats : le bilan 20 ans après », RDC, 15 avril 2015, n°75 p.4.

LEMAIRE S., « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », D., 2008, p.2157.

LEMY D. G., « Vers une régulation juridique des places de marché de commerce en ligne entre particuliers », D., 2015. p.2513.

LUBY M., « Contrats et clauses abusives », RTD com., 2002, p.404.

KABLAN S. et OULAÏ A., « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », McGill Law Journal / Revue de droit de McGill, 54 (4), 627-668. Disponible à <https://doi.org/10.7202/039647ar> , consulté le 6 mai 2020.

MALAURIE-VIGNAL M., « Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative ? », Contrats conc. consom. 2017, repère 10.

MALINVAUD Ph., « La protection des consommateurs », D., 1981, Chron. p.49.

MANARA C., « Vendre en ligne dans un pays étranger sans y être poursuivi. Cour de justice de l'Union européenne, 7 déc. 2010 », D., 2011, p.990.

MARAIN G., « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », AJ contrat, 2016 p.526.

MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST A., « Règlement CE n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », RTD com., 2008, p.892.

MARQUETTE V., « Le Règlement “Rome I” sur la loi applicable aux contrats internationaux », RDC-TBH, 2009/6, p.515-537.

MAYER P., « Actualité du contrat international », LPA, 5 mai 2000, n°90, p.55.

MAZEAUD D., « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique », Cycle de conférences de la Cour de Cassation-Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarités ou divergences ?, RLC, n°9, octobre/décembre 2006, p.136-145.

MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel », RDC, oct. 2003, p.295.

MAZEAUD D., « Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel », in Code civil, Les défis d'un nouveau siècle, 100e congrès des notaires de France, LPA, 2004, n°92, p.47.

MEKKI M., « Le formalisme électronique : la « neutralité technique » n'emporte pas « neutralité axiologique » », RDC, 1^{er} juil. 2007, n°3, p.681.

MEKKI M., « Chronique de Jurisprudence », Gaz. Pal., 29 nov. 2012, n°334, p.13.

MESTRE J., « L'invocation d'un vice du consentement reste en principe possible malgré l'existence d'un dispositif spécial de protection du consentement », RTD. Civ., 1995, p. 97.

MESTRE J., « Des notions de consommateurs », RTD civ., n°198, p.62.

MONTERO E., « L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques », Rev. dr. unif., 2008, p.296-297.

MUNOZ S., « La loi applicable aux contrats « *on line* » au regard de la directive « commerce électronique » : la tentative d'une approche pragmatique », LPA, 12 déc. 2000, n°247, p.18.

OUDIN-RONGEAT F., « Les compétences juridiques du médiateur », Gaz. Pal. 25 janv. 2011, n°25, p.19.

OUDOT P., « L'internet et la responsabilité civile », Gaz- Pal., 03 nov. 2007, n°307, p.2.

OUTIN-ADAM A., « La loyauté dans le droit de la consommation », Gaz. Pal., 05 déc. 2000, n°340, p.36.

PAILLER L., « Les lois de police en droit de la consommation », REDC, 2015/1, p.39-69.

PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », JCP, 1993. I. p.3655.

PAISANT G. et LEVENEUR L., « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation ? », JCP G, 2002, p.135.

PAISANT G., « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation (Ordonnance du 17 février 2005) », JCP G, 2005, p.146.

PANCRAZI M.-E., « D'utiles précisions sur les critères d'appréciation de la « direction d'une activité » vers un Etat membre », D., 2011, p.990.

PASSA J., « Commerce électronique et protection du consommateur », D., 2002. p.555.

PASSA J., « Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs », LPA, 06 févr. 2004, n°27, p.35.

PELLET S., « De la constitutionnalité d'une sanction... serait-elle dissuasive », RDC, 07 déc. 2017, n°114q7, p.22.

PELLIER J.-D., « Le droit de la consommation à l'ère du numérique », RDC, 16 déc. 2019, n°04, p.86.

PENNEAU A., « Contrat électronique et protection du cybercontractant. Du Code de la consommation au Code civil », LPA, 13 mai 2004, n°96, p.3.

PIEDELIEVRE S., « Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du Code de la consommation issues de la loi du 26 mai 2009 », Gaz. Pal., 30 mai 2009, p.2.

PIEDELIEVRE S., « Aperçu sur le règlement extrajudiciaire et sur le règlement en ligne des litiges de consommation », Gaz. Pal., 21 sept. 2013, n°264.

PIEDELIEVRE S., « Le règlement amiable des litiges après l'ordonnance du 20 août 2015 », Gaz. Pal., 26 nov. 2015, n°330, p.4.

PIEDELIEVRE S., « Médiation et accès à la justice », Gaz. Pal., 19 sept. 2017, n°31, p.36.

PIEDELIEVRE S., « Plateforme de commerce électronique et information », Gaz. Pal., 12 nov. 2019, n°39, p.18.

PIQUET S., « L'indivisibilité des contrats », D., 1996, p.141.

PIZZIO J.-P., « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », D., 1982, Chron., p.91.

POILLOT E., « Le rapport entre la directive et la proposition de règlement pour un droit commun européen de la vente », Rev. Aff. Eur., 2012/3, p.569-578.

POILLOT E., « Plateformes en ligne : portée de l'obligation de loyauté », D., 2016, p.2056.

POLI C., « Médiation des litiges de la consommation : vers l'affirmation d'un droit au recours à la résolution amiable des différends - Étude de la transposition en droit français de la directive 2013/11/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation », REDC, 2015/2, p.329-356.

RACINE J.-B., « La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur », D., 2018, p.1700.

RAKOTOVAHINY M., « L'information des contractants », LPA, 30 avril 2019, n°086, p.72.

RAYNOUARD A., « La loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire ! », RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p.565.

Rédaction Lextenso, AMRANI-MEKKI S., « Plateformes en ligne de résolution des différends : la certification en questions », Gaz. Pal. 23 juil. 2019, n°27, p.36.

REVET Th., « Rapport introductif », in Le contrat électronique, Travaux Association Capitant, Toulouse, 2000, éd. Paris : Panthéon-Assas, 2002, p.10.

RIEFA C., « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne : point de vue d'autre-manche », REDC, 2005/4, p.301-346.

ROCHFELD J., « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », RDC, 1^{er} oct. 2004, n°4, p.915.

ROCHFELD J., « La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique », RTD civ., 2004, p.574.

ROCHFELD J. et ZOLYNSKI C., « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », Dalloz IP/IT, 2016, p.520.

RUDDEN B., « Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements », RTD civ., 1985, I, p.85.

RZEPECKI N., « Le renforcement de la protection pour les contrats conclus à distance et hors établissement », Gaz. Pal., 24 avril. 2014, n°114.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », RDC, 2014, n°03, 1^{er} sept. 2014, p.471.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Qualité des parties et protection des consommateurs : le retour du critère du rapport direct ? », RDC, 15 juin 2015, n°2, p.331.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation », RDC, 1^{er} mars 2016, n°01, p.97.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « La refonte du droit contractuel général de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », RDC, 1^{er} sept. 2016, n°3, p.492.

SCHULTZ Ph., « Les mesures renforçant la protection des consommateurs dans les contrats de consommation en général », Gaz. Pal., 24 avril 2014, n°114.

SINAY-CYTERMANN A., « De la compétence judiciaire européenne en matière de contrat conclu par un consommateur », Rev. crit. de DIP, 2013, p.487.

STEEL S., « Les défenses en matière de responsabilité contractuelle et extracontractuelle en droit français », RDC, 16 déc. 2019, n°04, p.262.

STOFFEL-MUNCK Ph., « la réforme des contrats du commerce électronique », JCP E, 2004 Etude n°1341.

STOFFEL-MUNCK Ph., « Le consommateur qui se rétracte peut-il être tenu d'une indemnité de jouissance » : CJCE du 3/09/2009 Aff. Pia MESNER/FIRMA STEFAN Krûge, CCE, Juin 2010.

THIEFFRY P., « L'émergence d'un droit européen du commerce électronique », RTD eur., 2000, p.649-674.

TOUIJER K., « Diversité linguistique et protection des consommateurs », Rev. Aff. Eur., 2016/3, p.381-390.

TOURNAFOND O., « La nouvelle “garantie de conformité” des consommateurs, commentaire de l’ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 transposant en droit français la directive du 25 mai 1999 », D., 2005, p.1557.

TUFFAL-NERSON V., « Sur la possibilité prévue par la loi du 23 mars 2019 d’enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur », Bulletin Joly Travail, 1^{er} mai 2019, n°5, p.46.

USUNIER L., « Du droit commun européen de la vente aux propositions de directives sur les contrats de vente en ligne et la fourniture de contenu numérique : la montagne accouche d’une souris », RTD civ., 2016, p.304.

VIVANT M., « Business to consumer : loi applicable et juge compétent », Légicom, 2000, n°21-22, p.95.

VIVANT M., « Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l’économie numérique », Cahiers Lamy Informatique 2004, juillet (D), n°15.

ZOIA M., « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique (2e partie) », Gaz-Pal, 16 octobre 2011, n°269, p.14.

ZIO M., « L'information des consommateurs », LPA, 30 avril 2019, n°086, p.80.

V. JURISPRUDENCES NATIONALES ET ETRANGERES

Com. 4 avr. 1995, n°93-20.029, Bull. 1995 IV N°115, p.101.

Civ., 1er juil. 1997, n° 95-15642, Bull. 1997 I N° 224, p.150.

Civ., 17 févr. 1998, n° 95-19305 : Bull. civ. I, n° 64.

C.J.C.E. (3e ch.), 22 nov. 2001, affaires jointes C-541/99 et C-542/99, ECLI:EU:C:2001:625, Cape Snc c/ Idealservice Srl et Idealservice MN RE Sas c/ OMAI Srl.

Civ., 07 déc. 2004, n°01-11823 11823, M. X contre Société Elmo, Bull. 2004 I, n°303 ;

Ass. Plén., 14 avr. 2006, 02-11.168, Bull. 2006 Ass. Plén., n°5, p.9.

Civ. 23 mai 2006, n° 03-15.637, Bull. 2006, I, n° 258, p.226.

TGI de Bordeaux 1ère ch. civ., jugement du 11 mars 2008, disponible à <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-grande-instance-de-bordeaux-1ere-chambre-civile-jugement-du-11-mars-2008/>, consulté le 02 février 2020.

Civ., 13 nov. 2008, 07-14.856, Bull. civ. 2008, I n°263.

Com. 9 mars 2010 n°08-16.752, Bull. 2010, IV, n°46.

Com. 13 juill. 2010, n° 06-20.230, Bull. 2010, IV, n°124.

CA de Paris: 25 nov. 2010, n°08/22287.

C.J.U.E., 7 déc. 2010, C-585/08 et C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740, *Peter Pammer et Hôtel Alpenhof GesmbH*.

Com. 7 déc. 2010, *eBay Inc. c/ Guerlain*, n°09-14545, Inédit.

Com. 7 déc. 2010, ebay c/ Louis Vuitton Malletier, n°09-16.811, Bull. 2010, IV, n° 189.

Com., 29 nov. 2011, 10-27.402, Bull. Civ. 2011, IV, n°195.

C.J.U.E., 6 sept. 2012, n°C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542, Daniela Mühlleitner c/ Ahmad Yusufi et Wadat Yusufi.

Civ., 20 mars 2013, n°12-14711, Inédit, disponible à <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT00027211913>.

Civ., 20 mars 2013, n° 12-15052 : Bull. civ. 2013, I, n°54.

CJUE, 17 oct. 2013, n° C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666, Lokman Emrek c/ Vlado Sabranovic.

C.J.U.E., 17 oct. 2013, C- 184/12, ECLI:EU:C:2013:663, *Unamar*.

CA Aix-en-Provence, 25 nov. 2014, n°14/06556.

Conseil d'État, 10ème - 9ème SSR, 11 mars 2015, 368624 disponible à <https://www.doctrine.fr/d/CE/2015/CETATEXT000030445581>, consulté le 07 juil. 2020.

CJUE, 4 juin 2015, n° C-497/13, F. Faber c/ Autobedrijf Hazet Ochten BV.

Civ., 30 sept. 2015, n°14-11761 11761,
ECLI:FR:CCASS:2015:C101025, M. X c/ Sté Aquadouce service.

CA Paris, 12 fév. 2016, n° 15/08624, Société Facebook Inc.

CJUE, 14 juin 2017, C-75/16, ECLI:EU:C:2017:457, Livio Menini et Maria Antonia Ramanelli c/ Banco Popolare Società Cooperativa.

Civ., 5 juill. 2017, n°17.10.255, ECLI:FR:CCASS:2017:C100971.

Civ., 6 déc. 2017, 16-24.614, Inédit.

Civ., 17 janv. 2018, n°17-10255 Bull. 2018, I, n°8.

CA Paris: 5, 11, 30-03-2018, n°16/16694, disponible à https://www.labase-lextenso.fr/jurisprudence/CAPARIS-30032018-16_16694; <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-5-ch-11-arret-du-30-mars-2018/>, consulté le 13/04/2020.

CJUE, 10 juill. 2019, C-649/17, ECLI:EU:C:2019:576, Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c/ Amazon EU Sàrl.

Com., 9 oct. 2019, n°18-13.286, inédit.

VI. DISPOSITIONS LEGALES INTERNES, COMMUNAUTAIRES ET ETRANGERES

Acte additionnel A/SA.02/01/10 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO, J.O. de la CEDEAO Octobre 2009-Février 2010, vol. 56.

Code civil.

Code de la consommation.

Code des postes et des communications électroniques.

Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles.

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique JOCE L 178/1, 17 juill. 2000.

Directive 2002/65/CE concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, JOCE, L 271/16, 09 oct. 2002.

Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JOUE, L 136/3 du 24 mai 2008.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive

85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JOUE, L 304/64 du 22 nov. 2011.

Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numérique, JOUE L. 136/28 du 22 mai 2019.

Directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, JOUE L. 136/1 du 22 mai 2019.

Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française dite « Loi Toubon », JORF n°180 du 5 août 1994 p. 11392.

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168.

Loi n°2008-3 du 03 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs dite « Loi Châtel », JORF n°0003, 4 janvier 2008, p. 258.

Loi n°045-2009/AN du 10 novembre 2009 portant réglementation des transactions électroniques au Burkina Faso, J.O.B.F. n°01 du 07 janvier 2010.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065 du 18 mars 2014 ;

Règlement n°044/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit "règlement Bruxelles I" JOUE, L. 12/1 du 16 janv. 2001.

Règlement 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest africaine, disponible sur https://www.bceao.int/sites/default/files/2017-11/recueil_texte_sfd.pdf.

Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « règlement Rome I », JOUE, L. 177/1 du 04 août 2008.

Règlement 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit “règlement Bruxelles I bis”, JOUE L. 351/1 du 20 déc. 2012.

Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, JOUE L. 186/57 du 11 juillet 2019.

Index

- Accusé de réception, 132, 139, 140, 141, 142, 174, 327
- Activité dirigée, 264, 265, 266, 267, 269, 271, 272, 273, 281, 284, 285, 286, 292, 320, 324, 329, 339
- Archivage, 96, 249, 251, 252, 253, 258, 341
- Caractéristiques essentielles, 49, 62, 72, 74, 76, 83, 84, 85, 86, 111, 122, 126, 134
- Clarté, 58, 59, 63, 64, 67, 69, 92, 265
- Clauses limitatives, 243
- Commerce électronique, 5, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 21, 31, 32, 43, 50, 52, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 83, 95, 96, 99, 105, 106, 107, 123, 131, 132, 136, 138, 140, 158, 167, 201, 203, 215, 232, 235, 241, 262, 263, 268, 269, 278, 279, 284, 333, 334, 335, 337, 342, 344, 346, 347, 348, 349, 351
- Comparaison, 61, 62, 250, 288
- Confirmation, 132, 135, 136, 137, 139, 140, 141, 142, 147, 149, 150, 152, 195, 196, 249, 252, 327
- Consentement électronique, 14, 33, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 45, 51, 52, 53, 57, 68, 69, 72, 73, 74, 83, 85, 88, 94, 95, 96, 104, 108, 110, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 125, 126, 127, 129, 130, 134, 136, 137, 138, 139, 152, 153, 157, 158, 161, 176, 177, 184, 193, 195, 196, 198, 231, 248, 319, 325, 326, 327, 334, 343, 347, 352
- Conservation, 4, 19, 67, 232, 248, 249, 250, 252, 253, 255, 258, 305, 323, 328, 367
- Contrat accessoire, 179, 180, 181
- Délai d'exécution, 90, 203, 204, 207, 212
- Délai de conservation, 251
- Délai de rétractation, 102, 150, 159, 160, 162, 164, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 184, 185, 186, 193, 202
- Formulaire type, 102, 148, 169, 170, 172, 173, 174
- Frais supplémentaires, 62, 87, 88, 189
- Garantie légale, 91, 92, 202, 213, 214, 219, 221, 222, 226, 231
- Identification, 4, 19, 22, 46, 47, 48, 49, 69, 75, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 94,

- 105, 126, 159, 195, 234, 255, 258, 278, 303, 320, 323, 326, 329, 367
- Intermédiaire, 28, 236, 312
- Juridiction compétente, 20, 199, 261, 263, 265, 273, 277, 278, 320, 321, 324
- Liberté contractuelle, 41, 42, 43, 50, 55, 69, 197, 320, 326, 327
- Livraison, 12, 62, 66, 83, 87, 88, 90, 142, 147, 152, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 170, 171, 185, 187, 189, 193, 195, 201, 202, 203, 204, 205, 207, 209, 210, 211, 214, 223, 230, 231, 232, 234, 235, 245, 249, 251, 252, 256, 257, 276, 278, 327, 328
- Localisation, 18, 81, 259
- Loi applicable, 14, 20, 34, 35, 199, 259, 261, 262, 278, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 287, 288, 290, 292, 320, 321, 324, 333, 334, 337, 339, 345, 346, 347, 352
- Loi d'autonomie, 279, 281, 283, 285, 287, 288, 289, 290, 292, 324, 329
- Lois de police, 286, 288, 290, 291, 292, 342, 348
- Loyauté, 33, 57, 58, 59, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 94, 108, 125, 126, 342, 348, 349, 350
- Nullité, 23, 41, 114, 118, 119, 120, 121, 122, 138, 141, 150, 158, 339, 340
- Offre électronique, 95, 98, 100, 152, 195, 326
- Option de compétence, 274, 275, 276, 343
- Paiement du prix, 88, 89
- Plateforme, 55, 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 69, 125, 269, 300, 305, 307, 314, 315, 319
- Plein droit, 191, 193, 206, 208, 212, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 255, 257, 305, 323, 328
- Publication des avis, 55, 65, 66, 67, 69, 125, 197, 198
- Remboursement, 66, 91, 187, 188, 189, 190, 191, 208, 213, 245
- Résolution, 20, 21, 35, 36, 81, 138, 141, 178, 193, 206, 208, 212, 228, 229, 231, 242, 257, 286, 292, 294, 298, 305, 306, 313, 324, 328, 344, 349, 350
- Responsabilité précontractuelle, 117, 118
- Restitution, 182, 183, 185, 187, 191, 230, 257
- Rétractation, 33, 66, 94, 100, 101, 102, 103, 124, 128, 134, 138, 143, 146, 148, 150, 152, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180,

- 181, 182, 183, 184, 185, 187, 188,
189, 190, 193, 195, 196, 198, 209,
326, 327, 333
- Sanctions, 53, 54, 63, 69, 75, 112, 113,
114, 115, 116, 118, 119, 120, 121,
122, 126, 135, 138, 141, 147, 149,
150, 169, 175, 191, 192, 206, 208,
231, 248, 252, 253, 254, 326
- Support durable, 130, 142, 143, 145,
146, 147, 149, 150, 152, 174, 195,
196, 209, 249, 252, 327
- Transfert des risques, 202, 209, 210,
211, 212, 231, 232, 257
- Transparence, 33, 46, 48, 49, 58, 59,
63, 64, 67, 69, 87, 103, 108, 119,
126, 138, 300, 301, 302, 303, 319,
342
- Validité du consentement, 130

TABLES DES MATIERES

<i>Introduction</i>	11
<i>Première partie : Les dispositifs de renforcement de la qualité du consentement du consommateur dans le processus de conclusion du contrat électronique</i>	39
TITRE I: LES DISPOSITIFS PREVENTIFS DE LA QUALITE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR	41
CHAPITRE 1 : LES OUTILS DE PRESERVATION DE LA LIBERTE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR ELECTRONIQUE	42
SECTION 1 : L'encadrement du contenu de la publicité par voie électronique ..	43
§1. Le contenu de la publicité par voie électronique.....	45
1. L'obligation d'identification de la publicité.....	46
2. L'obligation de transparence de la publicité par voie électronique	48
§2. La diffusion de la publicité par voie électronique	50
1. L'interdiction de principe de la prospection directe	51
2. La sanction de l'interdiction de la prospection directe.....	53
SECTION 2 : La problématique des intermédiaires des contrats électroniques	55
§1. Les opérateurs de plateforme de services d'intermédiation	56
1. L'obligation de loyauté de l'opérateur de plateforme de services d'intermédiation ..	58
2. La sanction du non-respect de l'obligation de loyauté	63
§2. Les opérateurs de plateforme de publication des avis en ligne provenant des consommateurs.....	65
1. La notion d'avis en ligne du consommateur	65
2. L'obligation de loyauté de l'opérateur de publication des avis en ligne des consommateurs	66
CHAPITRE II : L'IMPOSITION D'UNE OBLIGATION D'INFORMATION PRECONTRACTUELLE RENFORCEE.....	71
SECTION 1 : L'assujettissement du professionnel électronique à l'obligation générale d'information précontractuelle	75
§1. L'obligation d'information sur l'identité du professionnel électronique .	77

1. Du principe à la généralisation de l'obligation d'identification du professionnel	78
2. L'étendue de l'obligation générale d'identification du professionnel	80
§2. La fourniture de l'information sur le contenu du contrat	83
1. L'information sur les caractéristiques essentielles	84
2. L'obligation d'information sur le prix.....	86
3. L'information sur le délai de livraison ou d'exécution	90
4. L'information sur les garanties contractuelle et légale.....	91
5. L'information sur la médiation.....	93
SECTION 2 : L'obligation d'information spécifique justifiée par le contexte électronique.....	95
§1. Le contenu imposé de l'offre électronique	95
1. L'indication du processus de conclusion du contrat	96
2. Les langues du contrat	97
3. L'information sur l'existence des Codes de bonne conduite.....	98
§2. Les informations précontractuelles spécifiques	100
1. L'information sur le droit de rétractation	101
2. L'information sur le contentieux contractuel	103
SECTION 3 : Les caractères de l'information précontractuelle d'information .	104
§1. L'accessibilité à l'information précontractuelle	105
1. Les caractères facile et permanent de l'accès à l'information	105
2. L'utilisation d'un standard ouvert	106
§2. L'exigence de lisibilité et de compréhensibilité	107
1. Le caractère lisible de l'information précontractuelle.....	108
2. Le caractère compréhensible de l'information précontractuelle	111
SECTION 4 : La sanction des manquements à l'obligation d'information précontractuelle	112
§1. La sanction administrative	113
1. Le choix et le quantum de la sanction administrative	114
2. Le caractère contradictoire de la procédure de sanction	115
§2. Les sanctions civiles du manquement à l'obligation générale d'information précontractuelle	116
1. La responsabilité précontractuelle en cas de non conclusion du contrat	117
2. La responsabilité précontractuelle en cas de conclusion du contrat .	118
CONCLUSION DU TITRE I.....	125

TITRE II : LES DISPOSITIFS D'EXPRESSION ET DE CONSOLIDATION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR	127
CHAPITRE I : L'IMPOSITION D'UN PROCESSUS SPECIFIQUE DE FORMATION DU CONTRAT ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION	129
SECTION 1 : Le formalisme de validité du consentement électronique du consommateur	130
§1. « Le double clic », condition de validité du contrat	132
1. L'acceptation électronique	133
2. Le double-clic, dispositif de protection du consommateur	135
§2. L'imposition de l'envoi d'un accusé de réception de la commande	139
1. L'intérêt de l'envoi de l'accusé de réception pour le consommateur ...	139
2. La valeur contractuelle de l'accusé de réception	140
SECTION II : L'obligation de confirmation du contrat électronique sur support durable au consommateur	142
§1. La notion de support durable	143
1. La définition de la notion de support durable.....	143
2. Les caractéristiques du support durable	145
§2. La fourniture du support durable au consommateur	147
1. Les modalités de la fourniture du support durable au consommateur	147
2. La sanction de la non-confirmation du contrat sur support durable.	150
CHAPITRE II : LE DISPOSITIF CURATIF DE LA QUALITE DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR : LE DROIT DE RETRACTATION	153
SECTION I : Les conditions de mise en œuvre du droit de rétractation	155
§1. Les conditions d'existence du droit de rétractation.....	155
1. L'aménagement justifié du droit de rétractation au profit du cyberconsommateur	155
2. Le domaine d'existence du droit de rétractation.....	158
3. Les cas d'exclusion du droit de rétractation.....	160
§2. Les conditions d'exercice du droit de rétractation	168
1. Le délai de rétractation.....	168
2. La mise à disposition du formulaire type de rétractation	174
SECTION 2 : Les effets de l'exercice du droit de rétractation	176
§1. Les effets de la rétractation sur le contrat électronique	176
1. Le contrat principal.....	177
2. Le sort des contrats accessoires	179
§2. Les effets de la rétractation sur les parties.....	182

1. Les obligations du consommateur	182
2. Les obligations du professionnel.....	187
CONCLUSION DU TITRE II	195
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	197
<i>Deuxième partie : Les dispositifs de protection du consommateur pendant la phase d'exécution</i>	199
TITRE I : LE RENFORCEMENT DES OBLIGATIONS DU PROFESSIONNEL LORS DE L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE	200
CHAPITRE I : L'EXECUTION DU CONTRAT ELECTRONIQUE : LES DISPOSITIFS DE PROTECTION DU CYBERCONSOMMATEUR INDEPENDAMMENT DU CONTEXTE CONTRACTUEL.....	201
SECTION 1 : La livraison ou la fourniture de l'objet du contrat	202
§1. L'imposition d'une borne temporelle d'exécution du contrat de consommation	203
1. La durée du délai d'exécution du contrat	203
2. La sanction du non-respect de la borne temporelle d'exécution	206
§2. Le transfert des risques subordonné à la livraison	209
1. Le principe du transfert des risques à la livraison.....	210
2. Les conséquences de la charge des risques	212
SECTION II : La garantie légale de conformité	213
§1. Les critères de conformité	216
1. Les critères objectifs de conformité	217
2. Les critères subjectifs de conformité.....	219
§2. La mise en œuvre de la garantie légale de conformité	221
1. Les conditions d'efficacité de la mise en œuvre de la garantie légale de conformité	222
2. Les sanctions du défaut de conformité.....	227
CHAPITRE II : LE REGIME SPECIAL DE RESPONSABILITE DU PROFESSIONNEL ELECTRONIQUE.....	232
SECTION 1 : Le régime de responsabilité du professionnel dans l'exécution du contrat électronique	232
§1. La responsabilité de plein droit du professionnel électronique.....	233
1. La présomption de responsabilité.....	234
2. Les causes d'exonération de la responsabilité du professionnel	239
§2. Les dispositifs d'effectivité de la responsabilité de plein droit	243
1. L'invalidation des clauses limitatives de responsabilité.....	243

2. Le renforcement des pouvoirs de l'administration	244
SECTION 2 : La conservation du contrat.....	248
§1. Les conditions d'existence de l'obligation d'archivage du contrat	249
1. L'exigence d'un seuil minimal	250
2. Le délai de conservation de l'archive	251
§2. La garantie d'accès au contrat archivé	252
1. La fonction de preuve de l'obligation de la conservation du contrat ..	252
2. La sanction du non-respect de l'obligation de conservation du contrat	253
CONCLUSION DU TITRE I.....	257
TITRE II : REGIMES INNOVANTS ET ADAPTES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE REGLEMENT DES LITIGES DU CONTRAT ELECTRONIQUE.....	259
CHAPITRE I : L'ENCADREMENT DU CHOIX DE LA JURIDICTION COMPETENTE ET DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION	261
SECTION 1 : L'encadrement du choix de la juridiction compétente	263
§1. L'activité dirigée, condition d'admission du régime dérogatoire de compétence	264
1. Les éléments non caractéristiques de l'activité dirigée	266
2. Les éléments caractéristiques de l'existence de la volonté d'activité dirigée	269
§2. L'octroi au consommateur d'un régime dérogatoire de compétence.....	273
1. L'option de compétence du consommateur.....	274
2. La saisine obligatoire de la juridiction compétente de l'Etat de domiciliation du consommateur	277
SECTION II : La loi applicable au contrat électronique de consommation transfrontalier	278
§1. L'application du droit de la consommation en sa qualité de loi de la résidence habituelle	281
1. L'abandon opportun des conditions obsolètes de la convention de Rome de 1980.....	282
2. La consécration du critère unique d'activité dirigée	285
§2. L'effet limité de la loi d'autonomie sur l'application droit de la consommation	287

1. Les dispositions impératives limitant l'application de la loi d'autonomie	288
2. La loi d'autonomie, paralysée par les lois de police	290
CHAPITRE II : LA MEDIATION EN LIGNE DES LITIGES DES CONTRATS ELECTRONIQUE DE CONSOMMATION	294
SECTION 1 : Les conditions garantissant l'effectivité du recours à la médiation en ligne	297
§1. L'institution des structures chargées de la médiation en ligne	300
1. L'institution d'un statut du médiateur de la consommation	300
2. La création d'une commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation	303
§2. Les mesures incitatives du consommateur	305
1. L'information spécifique sur l'existence et le fonctionnement de la médiation en ligne	306
2. Les avantages du recours à la médiation en ligne.....	308
SECTION 2 : Les conditions garantissant l'efficacité du recours à la médiation en ligne	310
§1. Les conditions d'ouverture de la médiation en ligne	310
1. Les conditions tenant à l'ouverture de la médiation en ligne	311
2. La dématérialisation de la procédure.....	314
§2. Le déroulement de la médiation en ligne.....	316
1. Les délais dans le déroulement de la médiation en ligne.....	316
2. L'issue de la médiation de consommation	317
CONCLUSION DU TITRE II	320
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	323
<i>Conclusion</i>	325
<i>Bibliographie.....</i>	330
<i>Index.....</i>	358
<i>TABLES DES MATIERES.....</i>	361

Résumé : Les contrats électroniques se concluent dans un environnement opaque, dématérialisé, interactif et à distance. L'opacité du Réseau internet laisse les parties dans l'ignorance de pertes ou de détournement des communications transmises et complique la preuve de l'envoi et de la réception de celles-ci. Aussi, l'éloignement des parties, combiné à l'opacité, complique l'identification des parties et l'appréciation concrète des biens et services offerts. En outre, la dématérialisation rend les informations précontractuelles fugaces, modifiables et suscite le problème de leur conservation. La rapidité du processus de formation des contrats est-elle, source d'erreurs matérielles et conduit parfois à passer des contrats irréfléchis. Enfin, l'ubiquité favorisée par le réseau de l'internet ne permet pas toujours de situer les cocontractants dans l'espace au moment de la conclusion du contrat. Le caractère transfrontalier des réseaux électroniques soulève des difficultés inhérentes au règlement des différends. Le présent travail propose une étude de l'opportune protection du consommateur par le droit de la consommation à tous les stades de l'interaction de celui-ci avec les professionnels en vue de la conclusion et de l'exécution du contrat électronique et, le cas échéant, à l'étape du règlement des litiges qui en résultent. Ainsi, cette nécessaire protection du consommateur dans un univers où son déséquilibre original s'accroît se matérialise par une imposition d'obligations supplémentaires voire un régime spécifique de la responsabilité du professionnel électronique.

Descripteurs : Droit de la consommation- Contrat électronique- Consommateur- Professionnel- Protection du consommateur- Informations précontractuelles- Consentement- Rétractation- Obligations- Litiges.

Title and Abstract: **Electronic contracts put to the test of consumer law.** Electronic contracts are concluded in an opaque, dematerialized, interactive and remote environment. The opacity of the internet leaves the parties unaware of the loss or misappropriation of transmitted communications, and complicates proof of sending and receipt. Also, the distance between the parties, combined with the opacity of the internet, complicates identification of the parties and concrete appreciation of the goods and services offered. In addition, dematerialization makes pre-contractual information fleeting and changeable, and poses the problem of its conservation. The speed of the contract formation process is a source of material errors, and sometimes leads to ill-considered contracts. Last but not least, the ubiquity of the internet network means that it is not always possible to locate the contracting parties in space at the time the contract is concluded. The cross-border nature of electronic networks raises inherent difficulties in dispute resolution. This work examines the need for consumer protection under consumer law at all stages of the consumer's interaction with professionals, with a view to the conclusion and performance of electronic contracts and, where applicable, at the dispute resolution stage. The need to protect consumers in a world where their original imbalance is growing is reflected in the imposition of additional obligations, and even a specific liability regime for electronic professionals.

Keywords : Consumer law- Electronic contract- Consumer- Professional- Consumer protection- Pre-contractual information- Consent- Withdrawal- Obligations- Litigation.

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.