

« C 2 B »

Les consommateurs français face à quelques aspects du commerce électronique*

Par Cédric Manara
Professeur à l'EDHEC Business School

email : cedric.manara@edhec.edu

Du point de vue du consommateur¹, le commerce électronique est certainement d'abord le lieu de l'offre et de la demande d'informations : le web donne en effet lieu à un commerce de signes et les symboles y ont une très forte valeur commerciale. Sur internet, ce sont donc des rapports *a priori* non contractuels qui se nouent², d'où l'utilisation plus fréquente, pour en désigner les protagonistes, des termes « internautes » et « sites » plutôt que « consommateurs » et « professionnels ».

Dès lors que l'on aborde véritablement les transactions, c'est pour évoquer la protection du consommateur dans le cadre des transactions électroniques³, en songeant d'abord aux questions de vie privée et de protection des données personnelles⁴, puis aux problèmes d'échanges de volontés et de réalité du consentement⁵, ou encore aux difficultés liées au commerce de produits immatériels⁶. Sans aller jusqu'à qualifier de « classiques » ces problématiques, il est ici proposé de les dépasser pour tenter de saisir quelques tendances actuelles du commerce en ligne⁷.

Etre consommateur dans le commerce électronique suppose d'abord, pour être client d'un site web, de pouvoir accéder aux réseaux par un « empilement » de contrats :

- contrat d'acquisition des outils nécessaires (*hardware & software*, c'est-à-dire matériel informatique et logiciels),
- contrat d'abonnement au réseau téléphonique,
- contrat avec un fournisseur d'accès à internet⁸,
- et devrait alors pouvoir survenir la transaction elle-même... Les développements à venir éclaireront la complexité technologique de ce dernier contrat.

Dans cette perspective, la question de l'accès des individus au commerce électronique – la possibilité pour eux de passer de telles conventions – pourrait être la première question à se poser, la seule si l'on s'en tient aux discours à la mode sur la « fracture numérique ».

* Cet article est une version modifiée et mise à jour de *Développements récents du commerce électronique et droits des consommateurs*, communication prononcée lors du colloque 'Les premières journées internationales du droit du commerce électronique', co-organisées par l'Ecole du Droit de l'entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier et l'Edhec à Nice les 23-24-25 octobre 2001, et dont les actes sont à paraître aux Editions Litec / Droit de l'entreprise, préf. J. Raynard, 2002.

¹Dont le parangon sera ici le consommateur français. On ne s'aventurera pas dans une improbable définition du consommateur, sujet aux visages fort différents selon les législations.

²Dont on pourrait souhaiter qu'ils relèvent d'une approche contractuelle (C. Manara, Droit communautaire de la consommation et commerce électronique, Actes du colloque Le droit communautaire de la consommation : bilan et perspectives, Boulogne-sur-Mer, 14-15 janvier 2000, à paraître).

³Relevons que celles-ci ont essentiellement lieu entre les trente pays riches, et surtout et plus encore entre les pays européens et ceux du G8 non européens, à l'exception de la Russie.

⁴Les contributions sont nombreuses. On renverra par exemple à J. Frayssinet, Le consommateur et les nouvelles technologies de l'information, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2000, p. 1 ; A. Salaün, Commerce électronique et protection des consommateurs, publié sur le site web du C.R.I.D., à l'adresse <<http://www.droit.fundp.ac.be/textes/consommateur.pdf>>.

⁵Sur cette question lire par exemple E. Caprioli, Consentement et systèmes informatiques, in D. Bourcier (dir.), P. Hassett (dir.) et C. Roquilly (dir.), Droit et intelligence artificielle, Romillat, collectivité. Droit et Technologies, 2000, p. 112, ainsi que les références citées ; L. Thoumyre, L'échange des consentements dans le commerce électronique, Juriscom.net, 15 mai 1999, <<http://www.juriscom.net/uni/doc/19990515.htm>>.

⁶P. Leclercq, Le commerce électronique des produits immatériels, Comm. Com. élec., février 2000, chron. n° 3, p. 9.

⁷R. Tollet, La société de l'information, in C. Doutrelepon (dir.), P. Van Binst (dir.), Luc Wilkin (dir.), Libertés, droits et réseaux dans la société de l'information, Collection de la Faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles - L.G.D.J., Paris, 1996, p. XVI : « *L'éclatement attendu des formes classiques du commerce va immanquablement contraindre les professionnels du marketing et de la distribution à revoir largement leurs stratégies. Dans le même temps, les cadres légaux ne sont pas toujours adaptés* ».

⁸S. Grégoire, L'offre d'accès à Internet et la protection des consommateurs, Cont. Conc. Cons., 1998, n° 12, p. 4

Ce nœud de conventions, véritable entrelacs contractuel, a déjà pu devenir un filet dans lequel ont été capturés des consommateurs et, à ce jour, ce sont peut-être moins les règles protectrices du droit de la consommation que celles du droit de la concurrence qui sont venues, indirectement, les protéger. On pourrait ainsi évoquer la célèbre affaire *Microsoft*, suivie de près en Europe, dans laquelle on fait grief à cette société d'avoir conditionné l'utilisation de son propre logiciel de navigation⁹ ou, plus près de nous, l'affaire dite du *Wap*¹⁰, à l'occasion de laquelle il a été interdit à *France Telecom* de vendre des téléphones mobiles « *waplockés* », c'est-à-dire permettant difficilement à l'abonné de pouvoir accéder à d'autres services que ceux offerts par ce même opérateur. Dans la mesure où les contrats par lesquels le consommateur peut accéder aux réseaux peuvent déterminer son futur cheminement sur un réseau, ils doivent faire l'objet d'une attention particulière.

Le terminal étant l'instrument à la fois nécessaire et essentiel de toute transaction de commerce électronique, la définition du régime de son utilisation n'est pas indifférente à la protection du consommateur : elle passe par l'étude de la dimension technologique forcément revêtue par un contrat passé en réseau, terminaison complexe du maillage contractuel qui vient d'être évoqué. Si le contrat se passe et se réalise par des moyens techniques (II), il peut aussi porter sur un objet technologique : c'est l'exemple de la convention portant sur ce qui constitue certainement le plus pur produit du commerce électronique, à savoir le nom de domaine (I).

I. La nature technologique de l'objet du contrat : l'exemple de l'acquisition par le consommateur d'un nom de domaine

Les particularités de l'acquisition¹¹ d'un nom de domaine (A) et des conditions dans lesquelles il peut être revendiqué (B) font abstraction de toute considération consumériste.

A. Les modalités d'acquisition du nom de domaine

On sait que le nom de domaine est un signe en voie de raréfaction et que sont étudiées les façons de remédier à cette paupérisation¹². Le tarissement de leur gisement est aussi dû à l'acquisition de noms de domaine par une clientèle pas forcément attendue : le grand public. Le 'point com' est victime de son succès, et n'est plus depuis longtemps réservé aux sites ayant une activité commerciale. Puisque tout le monde a son 'point com', pourquoi le particulier n'aurait-il pas le sien ? On note ainsi un engouement pour l'obtention d'une adresse identique à ses nom et prénom, son pseudonyme, le nom de son chien ou de ses peluches (!). Comment se déroule aujourd'hui cette transaction sur nom passée par un consommateur ? Il n'existe pas à son égard de procédure différenciée, qui viendrait assurer sa protection.

Après des péripéties juridiques et judiciaires connues sur lesquelles il est désormais inutile de revenir¹³, la gestion de la coordination du système de gestion des noms de domaine ayant une terminaison générique (gTLD, tels '.net' ou '.org', etc., à l'exclusion donc de la plupart des ccTLD, en principe gérés au niveau national par chacun des pays identifiés par ces derniers sigles) a été placée sous l'égide de l'ICANN, *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, organisme international privé. L'une des suites les plus intéressantes de son institution est certainement la confection de règles spéciales de résolution des

⁹L'affaire, complexe, relevant du droit américain, on renverra seulement, pour information, à <<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/microsoft.html>>.

¹⁰T. Com., 30 mai 2000, D. 2000, A.J., 349, note C. Manara ; Paris, 13 juillet 2000, Comm. Com. Elec., oct. 2000, n° 9, comm. G. Decocq ; *adde* N. Charbit, Faut-il avoir peur du Wap-lock ? La protection des investissements au regard du droit de la concurrence et les pratiques de pré-programmation des terminaux de télécommunication, Comm. Com. Elec., nov. 2000, chron. n° 22.

¹¹L'emploi du terme « achat » de nom de domaine sera évité, la nature juridique de l'opération restant incertaine. De façon plus générale d'ailleurs, l'étude de cet objet juridique non identifié qu'est le nom de domaine sous l'angle du droit des biens ouvre des abîmes : peut-il faire l'objet d'une sûreté ? D'une acquisition en indivision (le contact étant nécessairement unique) ? Lire G. Loiseau, L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, Droit & Pat., n° 91, mars 2001, p. 59 et s.

¹²La création de nouveaux TLD en novembre 2000 est une de ces solutions (<<http://www.icann.org/announcements/icann-pr16nov00.htm>>).

¹³Pour un aperçu des conflits relatifs à ces adresses électroniques voir, par exemple, C. Caron, Noms de domaine. Florilège jurisprudentiel, Comm. Com. Elec., juin 2000, comm. n° 63 ; C. Manara, Panorama des conflits portant sur les noms de domaine, Petites Affiches, 2 août 2000, p. 4 et <http://legal.edhec.com/DTIC/Tableaux/Tableau_Noms_de_domaine.htm>.

(nombreux) conflits portant sur les adresses, parfois désignées sous le sigle UDRP (*Uniform domain name Dispute Resolution Policy*), et adoptées les 26 août et 24 octobre 1999¹⁴.

Depuis la création de l'ICANN, si une société souhaite faire commerce de noms de domaine, elle doit impérativement être agréée à cette fin par cette organisation¹⁵. Cet agrément permet en particulier de compléter les conditions contractuelles d'enregistrement du nom par les règles UDRP applicables en cas de contestation. Ce bloc de règles est littéralement greffé aux conditions commerciales énoncées par la société à l'occasion de la « vente » d'un nom de domaine.

Ces règles de résolution aujourd'hui en vigueur ont pour objet de trouver devant un arbitre une solution aux conflits entre noms de domaine et signes dignes de protection, la plus rapide possible. Cette préoccupation est de celle que l'on trouve dans le monde des affaires, qui exprime son besoin de ce type de règles souples, et apprécie l'arbitrage. Mais l'entrée en piste du consommateur ne vient-elle pas troubler l'économie de ces règles¹⁶ ?

Quel que soit l'organe à qui il s'adresse, le particulier qui veut réserver son 'point truc' se voit donc nécessairement proposer une convention à laquelle sont intégrées ces règles¹⁷. S'il est passé entre une société française et un consommateur français, le contrat est alors certainement un contrat d'adhésion. Pourrait-il encourir la censure du juge ? La qualification de contrat d'adhésion n'emportant pas de sanction en droit civil français¹⁸, il faut se tourner vers le régime des clauses abusives et l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹⁹ : la sanction d'un déséquilibre paraît pourtant incertaine à l'égard d'un contrat dans lequel le renvoi aux règles de l'ICANN ne profite pas au professionnel qui vend des noms de domaine. En outre, le contrat peut n'avoir pas été passé entre sujets de droit français.

B. La contestation du droit du consommateur sur son nom de domaine

La réservation d'un nom de domaine peut aussi être le résultat d'un contrat conclu avec une société ayant une nationalité différente du consommateur-acquéreur²⁰. Les consommateurs français sont vraisemblablement les moins concernés par ce cas de figure, le prestataire *Gandi.net* semblant être le moins cher sur le marché. On prendra toutefois, par souci de simplification de l'exposé, l'exemple d'un Français souhaitant enregistrer un nom de domaine auprès d'une société étrangère, pour diverses raisons (prestations d'hébergement assurées, etc.), tout en se limitant aux cas où la convention internationale passée pour l'acquisition obéit à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles²¹. Celle-ci prévoit en particulier, dans son fameux article 5.2, qu'un consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, dans certains cas. Si notre consommateur français a, par exemple, d'abord été alléché par une publicité qui l'a amené à l'achat, on peut supposer que cette disposition s'applique²².

¹⁴Ces règles sont disponibles sur <<http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>>. Voir L. Costes, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, mars 2000 ; N. Dreyfus-Weill, La procédure en ligne : une solution dans les conflits entre noms de domaine et marques ?, Petites Affiches, 14 mars 2000, n° 52, p. 4 ; T. de Galard, Le déroulement d'une « procédure administrative » selon la politique uniforme de l'ICANN, Gaz. Pal., 16-18 avril 2000, p. 25 ; N. Drancourt, La « procédure ICANN », legal.edhec.com ; V. Fauchoux & N. Beaurain, Règlement des conflits de noms de domaine : vers l'élaboration d'un droit *sui generis* ?, Légipresse, n° 169, mars 2000, p. 15 ; E. Létourneau, Noms de domaine : la résolution des conflits sous la politique de règlement uniforme de l'ICANN, Juriscom.net, 11 octobre 2000, <<http://www.juriscom.net/pro/2/ndm20001011.htm>>.

¹⁵On en compte à peu près 140, recensés sur <<http://www.icann.org/registrars/accreditation.htm>>.

¹⁶Cette interrogation a rencontré d'autres résonances : E. de Noblet & C. Rojinsky, La valeur incertaine de la procédure de résolution des conflits de noms de domaine, Les Echos, 13 novembre 2000.

¹⁷P. De Candé, Conflit noms de domaine - marques : premières décisions de jurisprudence UDRP, D. 2000, chron., 537.

¹⁸F. Terré, A. Weill, P. Simler, Droit civil. Les obligations, Précis Dalloz, 7ème éd., n° 68 et n° 192 ; P. Malaurie et L. Aynès, Droit civil. Les obligations, Cujas, 9ème éd., 1998, n° 328 ; B. Fages (dir.), Lamy droit des contrats, Lamy, 1999, n° 140-21 et n° 170-19.

¹⁹« Sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ».

²⁰L'obéissance de cette convention aux dispositions de la directive du 20 mai 1997 ou aux autres normes relatives à la formation du contrat ne nous préoccupera pas ici.

²¹Voir le décret 91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980, JO, 3 mars 1991.

²²C'est là la première prévision de son application : « si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ». C'est aussi postuler que contracter à distance revient par fiction à contracter dans le pays du prestataire, question largement débattue à l'occasion de la réforme de la Convention de Bruxelles.

Le projet de loi sur la société de l'information prévoit en outre dans son article 18 que « la fourniture de biens ou la prestation de services mentionnés à l'article 17 [activité par laquelle des personnes établies en France et agissant à titre

Et ce qui devait arriver arrive : on vient accuser l'acquéreur particulier de fraude, et lui contester le droit sur le nom qu'il a acquis, lequel n'est pas encore utilisé, ou est le support d'activités non commerciales, étrangères à l'activité professionnelle de son détenteur. Pour résoudre le conflit, il convient en principe d'engager une procédure de règlement du conflit selon les principes directeurs adoptés par l'ICANN, et en passer par l'arbitrage²³.

En droit français, la convention d'arbitrage passée encourt jusqu'ici nullité²⁴. Dans notre espèce, le consommateur français pourrait donc bien être privé d'une règle impérative énoncée en sa faveur. En outre, il ne s'agit pas à proprement parler d'un conflit de lois. Le conflit naît en effet entre une règle interne... et des « principes » internationaux, édictés par une institution, organisme international privé, dont la légitimité est d'ailleurs parfois contestée ! L'arbitrage participe de la volonté des parties d'en passer par lui, et l'épithète « obligatoire » qui l'accompagne ici paraît bien antinomique.

Les spécialistes de cette jeune procédure ont déjà souligné qu'elle est pleine d'incertitudes²⁵, et déjà une cour a pu juger n'être pas liée par ces règles particulières²⁶ ; de plus, la compétence d'un organisme d'arbitrage habilité par l'ICANN n'est pas exclusive, le recours aux tribunaux restant envisageable²⁷. L'illustration pourra donc paraître iconoclaste ou bien isolée mais elle est pourtant un exemple révélateur de la difficile conciliation de règles protectrices d'objet différent. L'objectif – honorable ! – de la création de l'ICANN est de réguler le réseau, de façon simple. Ses règles entrent en contradiction avec d'autres normes, en particulier celles tendant à la protection des consommateurs. Règles mondiales contre protection du particulier... On pressent que le commerce électronique est d'abord la chose des entreprises : les règles qui se déploient pour l'encadrer ne révèlent-elles pas des intentions partiales²⁸ ?

Les stratégies commerciales déployées pour la conclusion de contrats à travers internet sont elles aussi à prendre en compte, leur dimension technologique pouvant affecter la protection des consommateurs.

professionnel, proposent ou assurent à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou la prestation de services à l'exclusion de certains activités comme les jeux d'argent, paris, loteries, activités de représentation et d'assistance en justice, ou activités notariales, NDLA] est soumise à la loi de l'Etat membre où est établie la personne qui les propose ou les assure, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services.

L'application de l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :

a) *De priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ».*

²³ Voir la liste des organismes habilités sur www.icann.org/udrp/approved-providers.htm ; adde N. Dreyfus-Weill, *préc.*, et P. De Candé, *préc.*

²⁴ Rappelons que l'arbitrage est exclu du champ de la Convention de Rome (article 3 : « *les dispositions de la présente Convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles. Elles ne s'appliquent pas (...) d) aux conventions d'arbitrage et d'élection de for* »), mais que la Convention est prévue pour des conflits de lois... or ici, le conflit s'élève entre une loi et des règles uniformes internationales de l'ICANN qui ne sont pas des lois ! Voir toutefois les changements apportés par la loi du 15 mai 2001 relatives aux nouvelles régulations économiques à l'article 2061 du Code civil, qui permet de s'interroger sur l'extension du domaine de la clause compromissoire (sur la question, P. Marini & F. Fages, La réforme de la clause compromissoire, D. 2001, chron., 2658, spéc. n° 7 et n° 22).

²⁵ Entre autres on signalera M. Froomkin, *ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy - Causes and (Partial) Cures*, version 1.06 du 19 nov. 2001 (*draft*, publié sur <http://personal.law.miami.edu/~froomkin/articles/udrp.pdf>), M. Mueller, *Rough Justice. An analysis of ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy*, nov. 2000, p.23, <http://dcc.syr.edu/report.htm> et M. Geist, *Fair.com ? An examination of the allegations of systemic unfairness in the ICANN UDRP*, août 2001, publié sur <http://aix1.uottawa.ca/~geist/frameset.html>.

²⁶ Outre-Atlantique, le juge a refusé de donner force exécutoire à une sentence arbitrale (Cour fédérale du district Nord de l'Illinois, 3 mai 2000, n° 00-C-1738, Weber-Stephen Products Co. c/ Armitage Hardware & Building Supply Inc., http://www.ilnd.uscourts.gov/JUDGE/ASPEN/MEA_OPIN/00C1738.pdf). Consulter également la décision « *Corinthians* » du 5 décembre 2001 (United States Court of Appeals For the First Circuit, case n° 01-1197, <http://www.ca1.uscourts.gov/cgi-bin/getopn.pl?OPINION=01-1197.01A>) qui remet en cause une décision UDRP privant un citoyen des Etats-Unis des droits qu'il tient d'une loi américaine intervenue dans le même domaine, l'*Anti Cybersquatting Consumer Protection Act*. Lire aussi P.-E. Moyse, La force obligatoire des sentences arbitrales rendues en matière de noms de domaine, Juriscom.net, 10 octobre 2000, <http://www.juriscom.net/pro/2/ndm20001010.htm> ; E. de Noblet & C. Rojinsky, *préc.*

²⁷ P. De Candé, *préc.*

²⁸ On entend en écho cette remarque de L. Lessig *in* Code and other laws of cyberspace, Basic Books, 1999, p. 59 : « *when commercial interests determine the architecture, they create a kind of privatized law* ».

II. La réalisation technologique de la relation contractuelle

La sophistication des mécanismes mis en œuvre pour nouer une relation contractuelle (A) et pour l'exécuter dans des conditions de sécurité satisfaisantes (B) va à l'encontre de la défense attendue des intérêts du consommateur.

A. L'utilisation d'outils du consommateur en tant que supports de la relation

L'une des raisons qui pousse les entreprises à investir dans le commerce électronique est la possibilité pour elle de développer une relation extrêmement personnalisée avec le client. Ainsi promeut-on le *one-to-one* ou le *Customer Relationship Management (C.R.M.)*²⁹, soit la gestion de la relation individuelle au client. Comment techniquement se traduit cette possibilité de créer une relation spécifique avec l'internaute ?

Les juristes en connaissent au moins un aspect, avec la création de *cookies*. Le propos n'est pas de nouveau de s'interroger sur leur validité au regard des règles régissant la vie privée ou le droit des données personnelles³⁰ mais de s'intéresser à un aspect encore inexploré : l'atteinte au droit de propriété consécutive à la création d'un *cookie*.

Le *cookie*, technique de connaissance et d'analyse du comportement de l'internaute, passe en effet par l'enregistrement d'un fichier texte sur le disque dur de celui qui se connecte à un site générant des *cookies*. Ce petit fichier occupe une place infime, et immatérielle, dans la mémoire de l'ordinateur ; en outre, il est assez facile de le supprimer. L'inconvénient subi peut donc paraître bien faible... et pourtant ! S'il est possible d'employer une analogie, le même individu accepterait-il que son voisin plante une mauvaise herbe dans son propre jardin ? L'utilisation d'une partie du disque dur pourrait bien s'analyser en une atteinte au droit de propriété du particulier³¹.

Le *cookie* n'est pas le seul aspect de la perversion de la relation commerciale. On pourrait aussi évoquer le *spamming* – en français le publipostage électronique. Il s'agit cette fois d'expédier à moindre coût des messages publicitaires dans des milliers de boîtes électroniques. Cet envoi massif de messages non sollicités est en voie de régulation en Europe³², le désagrément causé aux consommateurs ayant orienté les autorités normatives vers un encadrement de ces pratiques. On pourrait là-aussi poser que l'afflux d'*e-mails* qui sont stockés sur le disque dur du destinataire, ou sur l'espace-disque loué au fournisseur d'accès, est contraire aux règles du droit des biens, la dimension incorporelle de l'atteinte ne modifiant pas l'analyse classique³³.

Autre pratique, toujours sous un vocable anglo-saxon : les *pop up*³⁴. Cette onomatopée renvoie à la création de nouvelles fenêtres du logiciel de navigation suite à l'expression d'un choix par l'internaute. Ainsi, s'il veut lire le contenu d'une rubrique, il pourra assister à l'apparition d'une fenêtre supplémentaire dans laquelle s'affichent les informations demandées, parce que l'exploitant du serveur auquel il est connecté l'aura programmé ainsi. Cette technique est, elle aussi, galvaudée : certains sites génèrent des *pop up* quand l'internaute fait le choix de se déconnecter ! Alors qu'il veut cesser la navigation en cliquant sur la commande prévue à cet effet, il voit surgir un *pop up*, non désiré, puis un autre quand il veut « fermer » celui-ci, puis un autre, etc. Il s'agit ici de la part du professionnel d'un comportement contraire aux attentes de la personne à qui est proposée un service³⁵. [Ce phénomène est parfois appelé « *mousetrapping* »,

²⁹Lire par exemple, Le Monde Interactif du 4 octobre 2000, et les nombreux ouvrages consacrés à ce sujet.

³⁰Il existe de nombreuses études sur la question, ainsi : J. Frayssinet, Le consommateur et les nouvelles technologies de l'information, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, juil. 2000 ; E. Andrieu, Internet et la protection des données personnelles, Legicom 2000, n° 21, p. 155 ; M.-P. Fenoll-Trousseau & G. Haas, Internet et protection des données personnelles, Litec, 2000.

³¹F. Zenati & T. Revet, Les biens, PUF, 2ème éd., 1997, n°s 96 et s. ; P. Malaurie & L. Aynès, Les biens. La publicité foncière, par P. Théry, 4ème éd., 1998, n° 454 ; G. Cornu, Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens, Domat droit privé, 9ème éd., 1999, n°s 1035 et s.

³²Ainsi, dans la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique) se dirige-t-on vers une réglementation des « communications commerciales non sollicitées » (article 7).

³³ En ce sens, un juge a considéré que l'envoi massif d'e-mails (en l'occurrence par un ex-salarié à destination du serveur de son ancienne entreprise) est une atteinte à la propriété : *Court of Appeal of the State of California, Intel v. Hamidi*, 12 déc. 2001, <<http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/C033076.PDF>>.

³⁴Il n'existe pas encore d'équivalent français pour désigner cette « explosion » de page.

³⁵Pourquoi ne pas le combattre en étendant la notion de « messages publicitaires non sollicités », par exemple à l'article 22 du projet de loi sur la société de l'information ? L'idée a d'ailleurs été émise aux Etats-Unis de combattre ces *pop up* de nature publicitaire non seulement par la technique mais aussi par le droit, en particulier pour protéger les

terme qui recouvre également la création de sites à l'adresse déceptive, dont les noms de domaine laissent espérer un contenu différent de celui qu'ils présentent réellement ! Aux Etats-Unis, la *Federal Trade Commission*³⁶ a d'ailleurs obtenu la fermeture de tels sites opérés par des exploitants indécents.]

Il existe encore d'autres exemples « d'action à distance » sur un ordinateur connecté³⁷, conséquence immédiate des caractéristiques de certains protocoles de communication, propres à internet ou à d'autres réseaux : on pourrait par exemple mentionner la modification de certains paramètres du système d'exploitation d'un téléphone mobile par l'opérateur du réseau auquel est abonné son utilisateur. Les trois illustrations retenues montrent que le professionnel détient finalement la maîtrise d'une partie de l'usage d'internet. S'il n'a, heureusement, pas le pouvoir de conditionner la décision du consommateur, il dispose néanmoins de capacités technologiques qui dépassent l'habileté traditionnellement reconnue au vendeur, le *dolus bonus*³⁸ ; force est de constater (de nouveau) que la sophistication des technologies est loin des prévisions du droit romain.

En définitive, se révèle ici un effet pervers des contrats de commerce électronique. De tels contrats sont passés en ligne, ce qui passe par l'utilisation de toutes les composantes du réseau, en particulier les outils de connexion utilisés par le consommateur, dont il est propriétaire ou locataire.

La réaction face à de telles pratiques peut n'avoir rien de judiciaire : l'internaute n'a pas attendu le secours du Droit pour désigner le site à la vindicte du public, dans des forums ou sur des sites activistes³⁹, ou en favorisant la propagation de rumeurs, etc. Les professionnels pourront de leur côté commencer de se protéger en « labellisant » leur site web⁴⁰, gage de bonne conduite de leur part, mais dont on peut s'interroger sur la portée.

Si l'on attend de lui le comportement normal encouragé par le droit, le professionnel devrait se garder de ce type de pratiques. Reste qu'il est quasiment à l'abri de toute poursuite, tant il paraîtrait ridicule de poursuivre l'exploitant d'un site s'y livrant... De façon raccourcie, on pourrait dire que la « nouvelle économie » génère aussi sa propre économie du droit, ou de la justice, dans laquelle le coût de mise en œuvre dépasse de loin le dommage subi⁴¹.

Dans les cas précédemment stigmatisés, le préjudice est infime⁴². Mais faut-il pour autant laisser prospérer ces pratiques ? L'interconnexion de machines devrait s'opérer avec le même souci de collaboration que celui qui anime l'exécution d'un contrat. A mesure que les activités migrent sur les réseaux, il convient de veiller à ce que les instruments de plus en plus utilisés pour ces activités ne deviennent pas des cibles, ou qu'ils ne soient retournés contre celui qui les emploie. La vigilance s'impose d'autant plus que la signature et le paiement s'effectueront sous une forme technologique.

personnes malvoyantes : S. Olsen, *Consumers combat pop-ups with software, tricks*, CNET, 5 fév. 2001, <<http://news.cnet.com/news/0-1005-200-4719798.html>>.

³⁶ US District Judge, Eastern District of Pennsylvania, *FTC vs. J. Zuccarini et autres, Temporary restraining order* du 25 septembre 2001, <<http://news.findlaw.com/cnn/docs/ftc/ftczuccarini92601tro.pdf>>.

³⁷ Qui peut passer par des moyens très sophistiqués, ainsi l'éditeur d'un logiciel permettant la transformation du curseur de la souris pouvait-il rapatrier des informations sur les personnes qui utilisaient ce produit (D. Asbrand, *Privacy Story Moves Like a Comet*, *The Industry Standard*, 6 déc. 1999, <<http://www.thestandard.com/article/display/0.1151.8100.00.html>>). On pourrait aussi imaginer d'autres techniques encore, comme la création d'une page d'accueil par défaut à cause d'un clic.

³⁸ J. Flour & J.-L. Aubert, *Les obligations*. 1. L'acte juridique, Armand Colin, 1991, n° 210.

³⁹ On trouve de nombreux exemples de consommateurs mécontents qui se font éditeurs pour critiquer le professionnel qui ne les a pas satisfaits : lire N. Gurgand, *Pere-noel.fr ne fait pas de cadeau*, *Transfert.net*, 2 octobre 2001, <http://www.transfert.net/fr/cyber_societe/article.cfm?idx_rub=87&idx_art=7452> ou R. Lennon, *Cyber-Vendetta.Com : Italian airline drops suit against an irate Web squatter*, publié sur *www.law.com* le 4 avril 2001.

⁴⁰ Tels <<http://www.clcv.org>> en France, « Trust-e » ou « BB on line » aux Etats-Unis, <http://www.which.net/webtrader/list_of_traders.html> en Grande-Bretagne. Voir, à propos du label Web Trust, A. Salaün, *préc.*, n°s 23 et s. ; S. Carneroli, *Les labels se multiplient sur l'internet*, <http://www.droit-technologie.org/fr/1_2.asp?actu_id=335>.

⁴¹ Voir aussi C. Manara, *Droit communautaire de la consommation et commerce électronique, préc.*

⁴² Lire ainsi l'instructive étude *Shopping online 2001 : an international comparative study of e-commerce*, réalisée par une association internationale de consommateurs à propos du commerce électronique à destination des consommateurs, qui relève des comportements commerciaux très éloignés de ce que l'acheteur est en droit d'attendre : non-livraison du produit commandé, non-respect des délais de livraison, défaut d'information, qu'il porte sur le prix de la transaction dans son ensemble ou l'identité du prestataire, etc. (<http://www.consumersinternational.org/CI_Should_I_buy.pdf>)

B. La subordination d'une transaction à la détention d'une technologie

En raison du caractère transnational du commerce en ligne, des sites exploités en France par des sociétés françaises visent un public international. Leurs pages sont rédigées en une ou plusieurs langues étrangères en plus du français, et libellent les propositions commerciales dans la monnaie courante du public étranger. Parce qu'il est possible de payer en dollars sur un site français, il devient théoriquement possible pour un Français de passer un contrat et de payer en devises. Reçoit-il une juste information sur le taux applicable ?

Un directeur de société s'était félicité des qualités d'internet en exposant la possibilité de changer les prix en fonction des taux des monnaies⁴³. Cette possibilité de toucher au prix en fonction de l'origine de la demande ne pourrait-elle constituer une forme de discrimination par nationalité ?

Toujours sur la question de la monnaie, en vertu de la règle du cours légal est réprimé le fait « *de refuser de recevoir des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours* ». Une interprétation a *contrario* osée de cette règle ne pose-t-elle pas que le consommateur peut *toujours* proposer un paiement en espèces, même s'il achète sur internet ? Libre alors à lui de faire porter ces pièces et billets au siège de l'activité de son cocontractant ! Les espèces ont par définition disparu des échanges immatériels, rendant impossible toute utilisation des modes de paiement traditionnels ; en n'autorisant que certains types de paiement⁴⁴, le canal du commerce électronique rend moins neutre la question du règlement.

Dans l'immense majorité des cas, le consommateur se verra proposer de régler avec sa carte de paiement électronique. Depuis quelques années, on travaille aussi sur le développement de diverses monnaies électroniques⁴⁵. Si la gamme des cartes ou des monnaies acceptées est assez large, il est des situations dans lesquelles le consommateur devra peut-être renoncer à son achat pour ne pas posséder l'un des moyens de paiement acceptés sur le site.

Or tout consommateur a le droit d'obtenir un produit ou un service sur le marché⁴⁶. L'article L. 122-1 du Code français de la consommation l'exprime en énonçant qu'« *il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service, ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit* ».

Ici serait subordonnée à l'adhésion à un système avancé de paiement la possibilité d'effectuer une transaction. Ce cas de figure n'est pas interdit par l'article cité : la subordination l'est en effet à un procédé développé par une société différente de celle avec qui le consommateur voudrait contracter, ce défaut d'identité des prestataires n'entraînant pas l'application du texte⁴⁷. De la même façon que dans les cas *Wap* et *Microsoft* déjà évoqués en introduction, on pourrait imaginer une sanction par le droit de la concurrence des sites commerciaux qui favoriseraient exagérément un système de règlement. Cela suffira-t-il à la sauvegarde des intérêts du consommateur, qui se trouve dans un situation de dépendance à l'égard d'une technologie, sans qu'il y ait de subordination au sens du Code de la consommation ?

L'exigence qu'a le site marchand de se voir régler par un certain mode de paiement relève du besoin de confiance et de sécurité propre au commerce électronique. Ce sont ces exigences qui ont amené à la création de la signature électronique. Celle-ci consiste en droit français en un « *procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* », selon le nouvel article 1316-4 du Code civil né de la loi du 13 mars 2000. L'attribution d'une signature électronique ne semble pas à ce jour

⁴³Cité par R. Tregouët, Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances du Sénat sur les conséquences des nouvelles technologies de l'information sur la société française à l'aube du XXIème siècle, Session ordinaire 1997-1998, n° 331, Tome II, page 252.

⁴⁴Voir J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 5ème éd., 2000, qui sans aborder cette question évoquent (dans une note de bas de page, § 326 sur le choix du mode de règlement) des évolutions dans les solutions traditionnelles. Dans une chronique (Le paiement électronique, Cahiers Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, mars 2000), S. Munoz relève pour sa part que les contrats réels sont rendus bien difficiles sur les réseaux.

⁴⁵Pour des exemples déjà anciens, C. Huitema, Et Dieu créa l'Internet, Eyrolles, 1995, pp. 151 et s. Il existe aujourd'hui de nombreux projets.

⁴⁶J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, *op. cit.*, n° 199.

⁴⁷On pourrait encore évoquer la possibilité de refuser une transaction du fait de son montant (ainsi dans sa version initiale le projet Cybercard supposait un minimum) ; dès lors que tout autre moyen de paiement est exclu, le refus de vente directe s'automatise ! Il pourrait être d'autant plus fréquent que le web est particulièrement adapté aux opérations sur des montants minimes.

devoir relever du service public, et le consommateur devra l'acquiescer de façon onéreuse⁴⁸ s'il le souhaite... et peut-être même s'il ne le souhaite pas ! On pourrait bien un jour avoir à faire avec un cas similaire au précédent de subordination d'une transaction à l'acquisition d'une signature électronique.

Le consommateur se trouve ainsi au cœur d'un maillage contractuel particulier, au risque d'être à son insu la proie d'un système propriétaire, expression par laquelle, *grosso modo*, on désigne en informatique un système ne permettant de faire fonctionner que certains logiciels. Le réseau est un ensemble de nœuds et le commerce auquel il donne lieu exige la réunion d'un certain nombre de contrats, complexité dont un droit tourné vers les plus faibles doit se méfier. C'est la loi qui en créant le consommateur a permis sa protection. Elle doit l'accompagner aujourd'hui dans les méandres du commerce électronique.

C.M.

⁴⁸Ainsi, auprès de Certinomis, la délivrance d'un certificat numérique serait proposée aux particuliers pour 23 € par an (L. Blin, La Poste et Sagem lancent une autorité de certification, Journal du Net, 8-10 juillet 2000, <<http://solutions.journaldunet.com/0007/000710ac.shtml>>). Un autre prestataire propose un carnet de 20 signatures à 31 € (le service Magicaxess, <<http://www.magicaxess.com/pdf/descriptif-magicaxess.pdf> >, p. 23).