

**L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique »**

CYRIL ROJINSKY<sup>1</sup> et GUILLAUME TEISSONNIERE<sup>2</sup>

*Les lois de la société numérique : Responsables et responsabilités*  
Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique  
(CRDP / CECOJI)  
Montréal, 7 octobre 2004

*Lex Electronica*, vol. 10, n°1, Hiver 2005  
[http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/rojinsky\\_teissonniere.htm](http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/rojinsky_teissonniere.htm)

---

---

<b>CHAPITRE I<sup>ER</sup> - PRINCIPES GENERAUX.....</b>	<b>2</b>
LE « COMMERCE ÉLECTRONIQUE » : NOUVELLE RÉFÉRENCE DE LA RELATION CONTRACTUELLE À DISTANCE.....	2
L'INSTAURATION D'UN RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DE PLEIN DROIT.....	3
UNE ACTIVITÉ SOUMISE À LA LOI DU PAYS D'ÉTABLISSEMENT DU PRESTATAIRE .....	6
DES OBLIGATIONS D'INFORMATION RENFORCÉES .....	6
<b>CHAPITRE II - LA PUBLICITE PAR VOIE ELECTRONIQUE.....</b>	<b>7</b>
L'IDENTIFICATION DES PUBLICITÉS EN LIGNE.....	7
DES RÈGLES DE PROSPECTION EN LIGNE STRICTEMENT ENCADRÉES .....	7
<b>CHAPITRE III - LES OBLIGATIONS SOUSCRITES PAR VOIE ELECTRONIQUE .....</b>	<b>8</b>
LA VALIDITÉ DE LA FORME ÉLECTRONIQUE LORSQU'UN ÉCRIT EST EXIGÉ <i>AD VALIDITATEM</i> .....	8
L'OBLIGATION D'INFORMATION PRÉ-CONTRACTUELLE .....	9
LA CONSÉCRATION DU PRINCIPE DU « <i>DOUBLE-CLIC</i> » .....	9

---

<sup>1</sup> Avocat au Barreau de Paris.

<sup>2</sup> Avocat au Barreau de Paris.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique (la « LCEN »), entrée en vigueur le 22 juin 2004, traite en son Titre II du « commerce électronique »<sup>3</sup>. Vaste programme qui, à l'analyse du texte, appréhende toutes les relations économiques à distance conclues par voie électronique sans se limiter aux seules activités commerciales ayant pour cadre le réseau Internet. Reste à évaluer si la confiance, appelée de ses vœux par le législateur, sera au rendez-vous alors que le régime mis en place est parfois d'une rare complexité et fait peser sur les acteurs du domaine de nouvelles et importantes responsabilités.

## CHAPITRE I<sup>er</sup> - PRINCIPES GENERAUX

### Le « commerce électronique » : nouvelle référence de la relation contractuelle à distance

Bien qu'une directive - objet principal de la LCEN qui procède à sa transposition - soit consacrée au commerce électronique<sup>4</sup>, cette notion n'est pas définie par le droit communautaire qui lui a préféré le concept plus large et plus neutre de « services de la société de l'information »<sup>5</sup>.

La prudence du législateur communautaire n'a pas empêché son homologue français de définir 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 » (Article 14 alinéa 1<sup>er</sup>). Les services d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement ainsi que les services de fourniture d'informations en ligne, de communications commerciales et d'outils de recherche entrent expressément dans le champ de cette définition, qu'ils soient proposés à titre onéreux ou à titre gratuit (Article 14 alinéa 2).

Cette définition, qui exige que le bien ou service soit fourni « par voie électronique », dépasse ainsi le strict cadre des activités en ligne. En se référant à l'article 1<sup>er</sup> de la LCEN, il apparaît que tous les types de communication publique ou privée existants sont susceptibles d'être fournis par voie électronique.

Ainsi, les émissions de téléachat pourraient faire partie des activités de commerce électronique puisque les services de télévision peuvent être fournis au moyen d'un « service de communication au public par voie électronique »<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JORF* du 22 juin 2004, p. 11168.

<sup>4</sup> 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 »), *JOCE* L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

<sup>5</sup> La notion de « services de la société de l'information », définie par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE modifiée, couvre « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

<sup>6</sup> L'article 1<sup>er</sup> de la LCEN modifiant l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 définit la communication au public par voie électronique comme « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondance privée. » La notion de service de télévision, définie au même article, couvre « tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons ». Une définition similaire est appliquée à la radio, sans référence aux images. Pour une première analyse de ces définitions, v. E. Derieux, *La loi du 21 juin 2004 « pour la confiance dans l'économie numérique », et le droit de la communication*, Aperçu rapide, JCP G 2004, n° 29, Act. p. 349.

Un raisonnement identique pourrait être appliqué aux services de vente à distance par téléphone puisque ces derniers s'effectuent dorénavant au moyen de « *communications électroniques* », définies par l'article 32 du nouveau Code des Postes et Communications électroniques comme toutes « *émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* »<sup>7</sup>.

En l'état des textes, seules les activités de vente à distance uniquement réalisées sur support « *papier* » se situent en dehors du champ de l'article 14 et l'on ne peut exclure qu'un certain nombre d'entreprises n'ayant pas d'activité commerciale sur Internet fassent désormais du commerce électronique sans le savoir, à la manière de Monsieur Jourdain...

Le législateur n'ayant semble-t-il pas évalué toutes les incidences des nouvelles définitions qu'il a adoptées, il reviendra à la jurisprudence de préciser le périmètre des activités couvertes par la notion de commerce électronique.

En outre, la très large emprise de la définition du commerce électronique se trouve confortée par la diversité des personnes susceptibles d'exercer cette activité. Ainsi, il n'est pas nécessaire que la personne fournissant un bien ou un service à distance par voie électronique ait la qualité de commerçant. A titre d'exemple, les consultations juridiques ou médicales réalisées en ligne constituent dorénavant des activités de commerce électronique tout en étant exclues, en droit, des activités de nature commerciale. La définition va même plus loin puisqu'elle n'exige pas que la personne fournissant le bien ou le service agisse à titre professionnel, si bien que des particuliers pourraient être amenés à exercer une activité de commerce électronique (par exemple, des artistes non professionnels proposant leurs œuvres à partir de pages web personnelles).

L'adoption d'une telle définition révèle avec acuité le changement d'approche opéré par le Titre II de la LCEN en matière de droit des contrats à distance : le droit du commerce électronique, au-delà du seul objectif de protection des consommateurs, vise dorénavant à définir un corpus de règles applicables à tous les contrats conclus en ligne.

### **L'instauration d'un régime de responsabilité de plein droit**

Selon l'article 15.I de la LCEN, toute personne physique ou morale exerçant une activité de commerce électronique « *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* ». Les seuls cas d'exonération de responsabilité prévus sont la faute de l'acheteur, le fait imprévisible ou insurmontable du tiers ou le cas de force majeure.

Cet article s'inspire du régime applicable aux agences de voyages dans le cadre de la vente de forfaits touristiques<sup>8</sup>, qui se voit ainsi transposé aux contrats conclus à distance par voie électronique. Dorénavant, la responsabilité contractuelle d'une personne exerçant une activité de commerce électronique devrait se voir automatiquement engagée en cas d'inexécution de ses obligations, sans qu'il soit besoin de caractériser le moindre manquement contractuel de sa part.

---

<sup>7</sup> En application de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le Code des Postes et Télécommunications devient le Code des Postes et des Communications électroniques et, à quelques rares exceptions près, le terme télécommunication(s) y est remplacé par l'expression « *communications électroniques* ».

<sup>8</sup> 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.

Tous les acheteurs, qu'ils soient consommateurs<sup>9</sup>, professionnels ou commerçants, sont *a priori* protégés par cette disposition, qui soulève de délicates questions d'interprétation.

Une première interrogation naît de l'incertitude quant aux types de contrats visés par ce nouveau régime, car la responsabilité de plein droit est uniquement encourue à l'égard de « *l'acheteur* ». Or l'article 15.I de la loi s'applique à toute personne exerçant une activité de commerce électronique telle que définie à l'article 14, si bien que ce régime devrait à la fois s'appliquer aux ventes et aux prestations de services.

En outre, les activités de commerce électronique étant constituées d'une succession de prestations interdépendantes, le régime de responsabilité de plein droit pourrait avoir un impact sur certaines situations généralement couvertes par des clauses limitatives de responsabilité. On peut ainsi se demander quelle sera la responsabilité d'un éditeur de site en cas de défaillance causée par l'un de ses prestataires techniques ? Ou bien, quelle sera la responsabilité d'un hébergeur ou d'un fournisseur d'accès qui ne pourra plus fournir son service du fait de la défaillance d'un opérateur de télécommunications ? Il n'est pas certain que les causes d'exonération de responsabilité prévues par la loi, et en particulier le fait du tiers, puissent être invoquées dans de telles circonstances.

De manière plus spécifique, ce régime de responsabilité pourrait aussi avoir un impact sur les intermédiaires tels que les portails, places de marché, courtiers ou commissionnaires en ligne... Ces différents acteurs ont en effet développé leur image et forgé leur succès, non pas sur leur capacité à fournir eux-mêmes tel produit ou tel service, mais sur leur capacité à offrir aux utilisateurs un éventail de produits et services fournis par des partenaires. Cette agrégation de produits et services rassemblés sous une même enseigne repose généralement sur une intégration « *marketing* » poussée des produits ou services du partenaire, rendue possible par les nombreuses techniques hypertextes existantes (*framing, in-line linking, etc.*).

Mais cette logique d'intégration de services, justifiée par des impératifs marketing et commerciaux, est généralement contrebalancée au niveau contractuel par une stricte séparation des régimes juridiques applicables aux intermédiaires et à leurs partenaires. Ainsi, les conditions générales de ces sites excluent généralement toute responsabilité pour inexécution de la prestation fournie par un tiers, et invitent les utilisateurs à engager directement la responsabilité des partenaires avec lesquels ces derniers ont été mis en relation<sup>10</sup>.

Ces logiques contractuelles de transfert de responsabilité vers le partenaire pourraient être remises en cause par l'article 15 de la LCEN, en particulier lorsque le client ne peut identifier clairement et de manière non ambiguë son co-contractant.

De manière plus catégorielle encore, les agences de voyages en ligne pourraient également être affectées par ce dispositif dans la mesure où le régime spécial de responsabilité de plein droit qui découle de la loi précitée de 1992 est uniquement applicable en cas de vente d'un forfait touristique et est expressément exclu en cas de vente de simples titres de transport<sup>11</sup>. Or,

---

<sup>9</sup> L'article 15.II modifie expressément l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation.

<sup>10</sup> A ce sujet, v. not. C. Rojinsky, *Les techniques contractuelles du commerce électronique*, Légicom n° 21/22, 2000/1 et 2, p. 105 et s.

<sup>11</sup> Article 24 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, aux termes duquel « *Les dispositions de l'article 23 ne s'appliquent pas aux personnes physiques ou morales pour les opérations de réservation ou de vente n'entrant pas*

l'article 15 de la LCEN n'opérant aucune distinction en fonction des produits ou services fournis, la responsabilité de plein droit des agences de voyage en ligne risque d'être engagée pour tout achat réalisé en ligne, que celui-ci porte sur un séjour touristique ou sur un billet d'avion ou de train... A moins que le régime spécial de responsabilité des agences de voyages prévale sur le régime général applicable au commerce électronique.

Une dernière question concerne les possibilités de déroger, en totalité ou en partie, à ce régime de responsabilité de plein droit, et renvoie donc au caractère d'ordre public ou non de l'article 15 de la LCEN.

Il est possible de soutenir que l'expression « *responsabilité de plein droit* » implique, à la lumière de la loi précitée de 1992<sup>12</sup> et des débats parlementaires<sup>13</sup> ayant précédé l'adoption de la LCEN, que l'article 15.I a un caractère impératif et ne laisse place à aucun aménagement contractuel possible de la part des parties.

En revanche, si l'on considère que la disposition reste muette sur ce point, il reviendra alors au juge d'en déterminer le caractère impératif ou supplétif. La liberté des conventions étant le principe et la règle d'ordre public l'exception, il apparaîtrait raisonnable que le juge opère une distinction entre les dispositions générales de l'article 15.I, qui devraient être supplétives, notamment dans le cadre de contrats conclus entre professionnels, et les dispositions de droit de la consommation de l'article 15.II, dont le caractère impératif devrait être reconnu et qui ne devraient pouvoir faire l'objet d'aucune renonciation par avance de la part du consommateur<sup>14</sup>.

Enfin, s'ajoute à ces interrogations une considération non moins importante, qui pourrait conduire à priver l'article 15 de tout effet juridique.

Il s'agit de la procédure de notification instituée par les directives dites « *transparence* » de 1998<sup>15</sup>. Trop souvent négligée, voire ignorée des praticiens, cette procédure impose à tout État membre une obligation de notification de tout projet de texte relatif aux services de la société de

---

*dans un forfait touristique, tel que défini à l'article 2, relatives soit à des titres de transport aérien, soit à d'autres titres de transport sur ligne régulière ».*

<sup>12</sup> Et de l'interprétation qui a été faite de l'article 23 de cette loi par la jurisprudence, notamment dans un arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 10 novembre 2000 qui a jugé que « *tout organisateur de voyages est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat. Ainsi, toute clause limitative de responsabilité incluse dans les conditions générales de vente de l'agent de voyages, qui porte sur une obligation résultant du contrat, est contraire aux dispositions d'ordre public de la loi et doit être réputée non écrite* » (CA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., sect. 2, 10 novembre 2000 ; D. 2000, IR, 307).

<sup>13</sup> Les débats parlementaires révèlent que des divergences de vue ont opposé le Gouvernement à l'Assemblée nationale, sur le point précis du champ d'application de la notion de « *responsabilité de plein droit* ». L'intervention du ministre délégué à l'Industrie, Monsieur Patrick Devedjian, lors de la discussion du projet de loi en deuxième lecture devant le Sénat, le 8 avril 2004, résume bien la situation : « *La proposition du Gouvernement de limiter la responsabilité globale du marchand aux transactions entre les professionnels et les particuliers, en laissant un régime de responsabilité contractuelle pour les transactions entre les professionnels n'a pas été suivie par l'Assemblée nationale, qui a élargi à l'égard de tous les acheteurs, particuliers ou professionnels, la responsabilité des exploitants de sites marchands, même si les obligations du contrat sont exécutées par d'autres prestataires de services.* »

<sup>14</sup> En ce sens, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 mars 1998, JCP G 1998, n° 38, p. 1592, note S. Piedelièvre.

<sup>15</sup> Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE L 204 du 21 juillet 1998, p. 37 ; Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE L 217 du 8 août 1998, p. 18.

l'information, et introduit une période de *statu quo* de trois mois pendant laquelle l'État est tenu de reporter l'adoption du texte<sup>16</sup>.

Le projet de loi sur l'économie numérique a certes fait l'objet de deux notifications auprès des services de la Commission européenne, mais aucun de ces textes ne contenait de référence explicite à la responsabilité de plein droit des cyber-commerçants. Cette disposition a en effet été introduite par le biais d'un amendement ultérieur qui n'a, semble-t-il, pas fait l'objet d'une notification. Il pourrait donc être envisageable de soulever devant les juridictions françaises l'inopposabilité de l'article 15 de la LCEN, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes en la matière<sup>17</sup>.

### **Une activité soumise à la loi du pays d'établissement du prestataire**

Conformément aux articles 3 et 4 de la directive du 8 juin 2000, et sauf dispositions impératives limitativement définies, les activités de commerce électronique sont soumises à la loi du pays d'établissement du prestataire (Article 17 de la LCEN).

Des restrictions au libre exercice d'une activité de commerce électronique sont toutefois possibles, au cas par cas, en cas d'atteinte ou de risque sérieux et grave d'atteinte « *au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la préservation des intérêts de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs (...)* » (Article 18 de la LCEN).

En outre, ces activités ne sont soumises à aucun régime d'autorisation préalable, sauf exceptions limitativement prévues par la loi (jeux d'argent, représentation et assistance en justice, activités notariales - Article 16 de la LCEN).

### **Des obligations d'information renforcées**

Toute personne exerçant une activité de commerce électronique doit fournir au public un accès « *facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert* » à une liste d'informations venant compléter les informations déjà prévues par d'autres textes législatifs et réglementaires<sup>18</sup> (Article 19 de la LCEN).

Cette obligation d'information concerne aussi bien les personnes morales que les personnes physiques. Ces dernières sont tenues d'indiquer leurs nom et prénoms tandis que les personnes morales doivent mentionner leur raison sociale.

Par ailleurs, toutes les personnes physiques et morales sont tenues d'indiquer leur adresse d'établissement, leur adresse de courrier électronique et leur numéro de téléphone.

Quant aux personnes assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, elles doivent fournir leur numéro d'inscription, leur capital

---

<sup>16</sup> Pour de plus amples développements sur cette procédure et ses conséquences, v. B. Tabaka, *La notification des textes encadrant la société de l'information et le casse-tête du droit parlementaire français*, Légipresse, octobre 2004, 215-II-114.

<sup>17</sup> CJCE, 30 avril 1996, aff. C-194/94 CIA Security International SA c/ Signalson SA et Securitel SPRL, *Recueil p.I-2201*, arrêt aux termes duquel il incombe au juge national « *de refuser d'appliquer une règle technique qui n'a pas été notifiée conformément à la directive* » de 1983, désormais abrogée, et à laquelle se substituent les deux directives précitées de 1998.

<sup>18</sup> En particulier : Article L. 121-18 du Code de la consommation ; Article 43-10 de la loi du 30 septembre 1986.

social ainsi que l'adresse de leur siège social. Les personnes assujetties à la TVA doivent quant à elles également fournir leur numéro d'identification.

Les personnes exerçant une activité soumise à autorisation doivent fournir le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci et les membres de professions réglementées doivent mentionner leur titre professionnel, l'Etat dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel ils sont inscrits.

Enfin, l'obligation d'information s'étend à l'affichage des prix sur support électronique. A ce titre, même en l'absence d'offre de contrat, toute mention de prix doit être effectuée de manière claire et non ambiguë et préciser si les taxes et les frais de livraison sont inclus.

## **CHAPITRE II - LA PUBLICITE PAR VOIE ELECTRONIQUE**

### **L'identification des publicités en ligne**

Afin d'éviter les messages commerciaux déguisés ou clandestins, chaque publicité diffusée par un service de communication au public en ligne doit être clairement identifiable, tout comme l'annonceur pour le compte duquel elle est réalisée (Article 20 de la LCEN).

Par ailleurs, les offres promotionnelles telles que les rabais, primes, cadeaux ou jeux concours, adressées par courrier électronique, doivent pouvoir être identifiées dès leur réception par le destinataire. En conséquence, et sauf impossibilité technique, le destinataire doit être en mesure d'identifier l'offre promotionnelle sans « ouvrir » le courrier électronique.

Les conditions auxquelles sont soumises les offres promotionnelles doivent également être clairement précisées et aisément accessibles (Article 21 de la LCEN). Enfin, bien que les dispositions relatives aux offres promotionnelles en ligne soient insérées dans le Code de la consommation (Articles L. 121-15-1 à L. 121-15-3), les obligations d'information qui en découlent s'appliquent à toutes les publicités et offres promotionnelles, que celles-ci soient à destination des consommateurs ou à destination des professionnels.

### **Des règles de prospection en ligne strictement encadrées**

Conformément à l'article 13 de la directive du 12 juillet 2002 dite « *vie privée et communications électroniques* »<sup>19</sup>, la LCEN consacre le principe de *l'opt-in* pour tenter de lutter contre le *spamming*. Selon l'article 22 de la LCEN, aucun courrier électronique non sollicité ne peut être adressé à une personne physique qui n'a pas préalablement consenti à recevoir de tels messages<sup>20</sup>. La notion de « *courrier électronique* » étant définie de manière large, cette interdiction concerne aussi l'envoi non sollicité de SMS (*Short Message Service*) et de MMS (*Multimedia Messaging Services*).

L'interdiction ne concerne pas les envois non sollicités adressés aux personnes morales. Une telle limitation ne devrait toutefois pas avoir d'impact significatif sur la portée générale de

---

<sup>19</sup> Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « Vie privée et communications électroniques »), *JOCE L 201 du 31 juillet 2002 p. 37*

<sup>20</sup> Sur la délicate définition du *spamming* et ses conséquences, v. G. Teissonnière, *La lutte contre le spamming : de la confiance en l'économie numérique à la méfiance envers ses acteurs*, Cahier Lamy Droit de l'informatique et des réseaux, n° 168, avril 2004 (et sur [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)).

l'interdiction dans la mesure où les adresses électroniques renvoient quasiment toujours vers une personne physique<sup>21</sup>.

Une dérogation à cette interdiction d'envoi est prévue au titre du suivi de relations avec des clients existants, uniquement afin de leur proposer des produits ou services analogues à ceux qui leur ont été antérieurement fournis. La notion de produits ou services analogues n'est pas clairement définie par la loi et risque d'être la source de litiges entre les tenants d'une interprétation large et les partisans d'une interprétation stricte de cette notion. La jurisprudence sera vraisemblablement amenée à intervenir sur ce point pour déterminer jusqu'où peut porter l'analogie entre produits ou services.

Par ailleurs, la LCEN interdit aux expéditeurs de prospections directes de dissimuler leur identité ou de mentionner un objet sans rapport avec la prestation ou le service proposé.

Tout expéditeur de prospections directes doit enfin indiquer une adresse valable à laquelle le destinataire peut transmettre une demande visant à obtenir que les communications par courrier électronique cessent.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LCEN, le régime de la prospection directe en ligne était soumis au principe du droit d'opposition (*opt-out*), plus favorable aux entreprises ayant une activité de marketing direct. Afin de permettre à ces entreprises de continuer à exploiter leurs bases de données constituées sous le régime du droit d'opposition, une période transitoire de six mois à compter de la publication de la loi a été prévue pour basculer sous le nouveau régime du consentement préalable (*opt-in*). Les propriétaires de bases de données *opt-out* pouvaient donc adresser jusqu'au 22 décembre 2004 des courriers électroniques non sollicités aux personnes physiques pour tenter d'obtenir leur consentement à recevoir des prospections directes. A l'expiration de ce délai, toutes les personnes n'ayant pas donné leur consentement préalable sont présumées avoir refusé l'utilisation ultérieure de leurs coordonnées personnelles à des fins de prospection directe (Article 22 de la LCEN).

### **CHAPITRE III - LES OBLIGATIONS SOUSCRITES PAR VOIE ELECTRONIQUE**

#### **La validité de la forme électronique lorsqu'un écrit est exigé *ad validitatem***

L'article 25 de la LCEN introduit un nouvel article 1108-1 au sein du Code civil qui consacre l'égalité de l'écrit électronique et de l'écrit papier lorsqu'un tel écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique. Cette équivalence de l'écrit électronique et de l'écrit papier implique notamment que, lorsque la loi exige une mention manuscrite de la main de celui qui s'oblige, cette mention peut être apposée sous forme électronique.

Cette reconnaissance légale devrait notamment permettre la conclusion de prêts en ligne pour lesquels la loi exige la mention du *taux effectif global (TEG)* « *dans tout écrit constatant un contrat de prêt* » (Article L. 313-2 du Code de la consommation).

La conclusion en ligne d'un bail d'habitation, qui selon l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989 doit être établi par écrit, devient également envisageable, étant précisé que le Gouvernement est habilité par la LCEN à adapter les textes existants par voie d'ordonnances.

---

<sup>21</sup> A l'exception de certaines adresses impersonnelles telle que, par exemple, [contact@nomdelentreprise.fr](mailto:contact@nomdelentreprise.fr)

Les dispositions de l'article 1108-1 du Code civil ne sont toutefois pas applicables aux actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ou à certains actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles (article 1108-2 du Code civil).

### **L'obligation d'information pré-contractuelle**

Selon le nouvel article 1369-1 du Code civil créé par l'article 25 de la LCEN, tout professionnel proposant par voie électronique un bien ou un service doit mettre à disposition les conditions contractuelles applicables à sa proposition.

Celui-ci reste engagé par son offre tant qu'elle est accessible par voie électronique « *de son fait* ». Cette précision vise à éviter qu'un professionnel ne soit tenu par une offre qui demeurerait accessible en ligne par le biais de copies caches qu'il ne contrôle pas.

Par ailleurs, dans le cadre de son obligation d'information pré-contractuelle, le pollicitant professionnel devra mentionner dans son offre les étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques permettant d'identifier et de corriger les erreurs de saisie avant la conclusion du contrat et les langues proposées pour la conclusion du contrat.

Le cas échéant, l'auteur de l'offre mentionnera aussi les règles d'archivage du contrat et les moyens de consulter les règles professionnelles et commerciales auxquelles il entend se soumettre. Il est important de relever que ces règles d'information ne sont pas applicables lorsque la conclusion du contrat s'opère exclusivement par échange de courriers électroniques, et qu'il peut être dérogé à ces règles dans le cadre des conventions conclues entre professionnels.

Un décret viendra enfin préciser comment satisfaire à ces obligations d'information sur les équipements de téléphonie mobile.

### **La consécration du principe du « double-clic »**

La LCEN consacre le principe du « double-clic » en exigeant, « *pour que le contrat soit valablement conclu* », que le destinataire de l'offre ait eu « *la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation* » (par création, article 1369-2 du Code civil). Tout comme l'obligation d'information pré-contractuelle, le principe du « double-clic » n'est pas applicable lorsque le contrat est exclusivement conclu par échange de courriers électroniques.

Sauf dérogation expresse prévue dans les conventions entre professionnels, tout manquement à ce principe est sanctionné par la nullité du contrat conclu sous forme électronique.

Une telle sanction devrait assurément inciter les propriétaires de sites marchands à procéder rapidement aux mises à jour qui s'imposent en vue d'intégrer la procédure du « double-clic » dans le processus de commande en ligne de leurs produits et services.