

LA PROTECTION DE L'E-CONSOMMATEUR EN DROIT EUROPÉEN

Hervé JACQUEMIN

Maître de conférences à l'Université de Namur (Belgique)

Centre de recherche Informatique et Droit

Introduction

Les technologies de l'information et de la communication sont désormais présentes dans tous les secteurs de la société : dans les relations de travail (télétravail), dans le domaine de la santé (*e-health* ou télématique médicale) ou de la justice (*e-justice*), en matière d'enseignement (*e-learning*) ou dans le secteur public (*e-gouvernement* ou *e-procurement*). Les relations contractuelles n'échappent pas au phénomène : on peut recourir aux technologies de l'information pour diffuser ou obtenir des informations lors de la phase précontractuelle, pour conclure le contrat, voire pour le résilier. Les contrats susceptibles d'être conclus par ce biais sont nombreux : parmi les plus fréquents, on peut citer l'achat de livres ou de CD, la réservation de voyages (en particulier les billets d'avion), le téléchargement de musique, etc...

Le rapport contractuel noué par le biais des réseaux (l'internet et ses applications principales, le web et le courrier électronique) présente diverses caractéristiques. Parmi d'autres, on peut citer la distance physique entre les parties, la dématérialisation des échanges ou l'existence d'un possible élément d'extranéité, etc.

A la lumière de ces éléments, un cadre normatif s'est progressivement constitué : en droit européen, de nombreuses initiatives ont été prises depuis la fin des années nonante et elles ont donné lieu à l'adoption de dispositions légales ou réglementaires dans les Etats membres.

Dans le cadre de cet exposé, il me paraît utile de dresser un rapide panorama des règles établies par ces textes pour protéger le consommateur qui contracte à travers les réseaux (I). Ensuite, j'analyse trois questions spécifiques pour lesquelles la réponse apportée par le législateur européen reste faible, voire inexistante (II).

I. Panorama des règles visant à protéger le consentement du consommateur

Le législateur européen est intervenu à de nombreuses reprises pour protéger le consommateur en matière contractuelle. Les clauses abusives¹, la vente et la garantie des biens de consommation² ainsi que les pratiques commerciales déloyales³ sont ainsi visées par diverses directives⁴. On note que ces règles doivent être articulées avec celles dont les conditions d'application se trouveraient également réunies, dans une espèce donnée, en raison de l'objet du contrat ou des fins pour lesquelles les parties s'engagent⁵. On songe aux dispositions en matière de crédit à la consommation⁶ ou de contrat de voyage⁷.

Des interventions législatives sont directement justifiées par le mode de conclusion du contrat, à distance ou par voie électronique. Aussi retiendront-elles plus particulièrement mon attention. Il s'agit de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁸ (ci-après, directive 97/7 sur les contrats à distance), de 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

¹ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, n° L 95 du 21 avril 1993.

² Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.*, n° L 171 du 7 juillet 1999.

³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil 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 (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, n° L 149 du 11 juin 2005.

⁴ Voy. aussi la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit des consommateurs, COM (2008) 614 final.

⁵ Il en résulte un cadre normatif complexe puisqu'en droit national (en droit belge, par exemple), un rapport contractuel peut être soumis à la théorie générale des contrats (consentement non vicié, cause licite, objet certain, cocontractants disposant de la capacité d'exercice, etc.), aux règles applicables à certains contrats, dans le Code civil (vente, contrat d'entreprise) ou des législations particulières (crédit à la consommation, contrat de voyage, courtage matrimonial, etc.).

⁶ Voy. la directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, *J.O.*, n° L 42 du 12 février 1987 ou la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, *J.O.*, n° L 133 du 22 mai 2008.

⁷ Voy. la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, *J.O.*, n° L 158 du 23 juin 1990.

⁸ *J.O.*, n° L 144 du 4 juin 1997.

commerce électronique »)⁹ et de la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 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/CE¹⁰ (ci-après, directive 2002/65 sur les services financiers à distance).

A. Faiblesse d'une partie au contrat

La directive 97/7 sur les contrats à distance et la directive 2002/65 sur les contrats à distance portant sur des services financiers s'appliquent aux relations contractuelles nouées entre un consommateur et un fournisseur¹¹. C'est principalement la faiblesse supposée du premier, par rapport au second, qui a conduit le législateur européen à intervenir. En l'occurrence, cette faiblesse est liée au mode de conclusion du contrat : une technique de communication à distance doit en effet être utilisée (fax, téléphone, correspondance papier, site web, courrier électronique).

Cette caractéristique peut être à l'origine d'un déséquilibre entre les parties : l'une d'elles – le consommateur – peut souffrir d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel. On conçoit sans peine que, lors de l'achat d'un produit quelconque (un vêtement, par exemple) sur un site web, le consommateur n'a pas l'opportunité de vérifier la couleur, la matière ou la taille du bien, comme il a la possibilité de le faire dans un local commercial, en essayant le vêtement en question, en le touchant ou en l'exposant à la lumière du jour¹². En conséquence, le risque existe qu'au moment de la conclusion du contrat, le consentement exprimé ne soit pas aussi *éclairé* qu'il aurait pu l'être quand le contrat est conclu en présence physique des parties. Dans une moindre mesure, des achats impulsifs sont aussi à craindre ; le consentement pourrait dès lors être moins *réfléchi* que lorsqu'il est donné dans l'environnement traditionnel. La position respective des parties dans le contrat peut également expliquer la faiblesse du consommateur à distance : s'agissant généralement de contrats d'adhésion, il ne dispose en effet d'aucune marge d'appréciation.

⁹ J.O., n° L 178 du 17 juillet 2000.

¹⁰ J.O., n° L 271 du 9 octobre 2002.

¹¹ Art. 2, 2° et 3°, de la directive 97/7 ; art. 2, c) et d), de la directive 2002/65. On note que ces cocontractants se distinguent l'un de l'autre par référence aux fins (professionnelles ou commerciales) pour lesquelles ils s'engagent.

¹² Voy. le considérant n° 14 de la directive 97/7 sur les contrats à distance : « considérant 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. [...] ».

Les règles imposées par la directive sur le commerce électronique en matière de conclusion du contrat (les obligations d'information et de transparence prescrites aux articles 5, 10 et 11) ne s'expliquent pas uniquement par la circonstance que le service est presté à distance : encore faut-il qu'il le soit par voie électronique¹³. L'intervention législative est dès lors justifiée par le déséquilibre possible entre les parties, lié à ce mode spécifique de contracter que certains internautes pourraient maîtriser de façon insuffisante¹⁴.

Plusieurs techniques sont mobilisées pour protéger le cocontractant en position de faiblesse. Nous nous penchons sur l'octroi d'un droit de rétractation (B), le renforcement des obligations d'information (C) et la multiplication des règles de forme (D).

B. Droit de rétractation

Pour protéger le consentement du consommateur, un droit de rétractation lui est octroyé par les directives 97/7 (art. 6) et 2002/65 (art. 6). Pendant un délai de sept jours ouvrables (directive 97/7) ou de quatorze jours calendrier (directive 2002/65), dont le point de départ est précisément fixé, il peut renoncer au contrat sans pénalité et sans indication de motif. Si ce droit est exercé par le consommateur dans les conditions prescrites, le fournisseur a l'obligation de lui rembourser les sommes versées dans les meilleurs délais et, au plus tard, dans les trente jours¹⁵. L'octroi d'un droit de rétractation permet de lutter efficacement contre la faiblesse du consommateur : s'il apparaît par exemple que le produit acquis à distance ne répond pas à ses attentes (le vêtement n'a pas la bonne taille), il a la possibilité de revenir sur son engagement, sans pénalité et sans indication de motif.

En moins d'une année, la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après C.J.C.E.) s'est prononcée à deux reprises sur la compatibilité au droit

¹³ Voy. la définition du service de la société de l'information à l'art. 2, a), de la directive sur le commerce électronique, qui fait référence à l'art. 2, § 1^{er}, de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, telle que modifiée par la directive 98/48/CE.

¹⁴ On note que l'application des dispositions pertinentes de la directive sur le commerce électronique n'est pas limitée aux contrats B2C (*Business to Consumer*). Les relations B2B (*Business to Business*) sont également concernées. Cependant, dans cette dernière hypothèse, il est généralement permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs d'y déroger conventionnellement (voy. l'art. 10, §§ 1 et 2 ou l'art. 11, §§ 1 et 2 : « sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement »). Aussi peut-on considérer que, dans les contrats conclus entre un prestataire et un destinataire qui agit à des fins professionnelles, celui-ci n'est pas considéré comme étant en position de faiblesse, eu égard au mode de conclusion du contrat. Les règles de protection perdent en effet tout intérêt s'il est permis d'y déroger.

¹⁵ Art. 6, § 2, de la directive 97/7 sur les contrats à distance et art. 7, § 4, de la directive 2002/65 sur les contrats à distance portant sur des services financiers.

communautaire de certaines dispositions nationales déterminant les modalités d'exercice du droit de rétractation.

Une question préjudicielle a été posée à la C.J.C.E. par la Cour d'appel de Gand (Belgique), pour établir si, dans les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, l'interdiction d'exiger un paiement anticipé, avant la fin du délai de rétractation, établie par le droit belge¹⁶, est une mesure d'effet équivalent prohibée par les articles 28 à 30 du Traité CE, en ce qu'elle constitue une entrave à la libre circulation des marchandises (art. 23 du Traité CE). Plus précisément, il convient d'examiner la conformité aux règles précitées de l'interdiction faite au vendeur de proposer comme unique moyen de paiement un paiement par carte de crédit, avec la communication du numéro de celle-ci et de sa date d'expiration, même s'il s'engage à ne pas utiliser ces données avant l'expiration du délai, pour encaisser le paiement. La Cour juge qu'il s'agit d'une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative à l'exportation (point 44)¹⁷. Elle se demande néanmoins si elle pourrait être justifiée par la protection des consommateurs (en tant qu'objectif légitime d'intérêt général). Selon la Cour, l'interdiction d'exiger un paiement anticipé est proportionnée à l'objectif poursuivi (points 50 à 56). Elle considère néanmoins que, conformément à l'article 29 du Traité CE, on ne peut interdire au vendeur de demander le numéro de la carte de paiement du consommateur. Cette dernière interdiction irait en effet au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi (points 57 à 62). A la lumière de cet arrêt, les vendeurs sont désormais clairement autorisés à demander au consommateur son numéro de carte de crédit (tout en postposant l'encaissement du paiement à la fin du délai de rétractation)¹⁸.

¹⁶ Voy. l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur qui énonce qu'en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, « sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables visé au § 1^{er} ». Il est également précisé que « l'interdiction visée au premier alinéa est levée lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur » (alinéa 3). A ce jour, aucun arrêté royal n'a cependant été adopté.

¹⁷ C.J.C.E., arrêt C-205/07 du 16 décembre 2008, *Lodewijk Gysbrechts*.

¹⁸ On peut toutefois se demander si l'objectif visé par le législateur en interdisant un paiement anticipé (voy. le point 56 de l'arrêt de la Cour) peut encore être atteint dans cette hypothèse. En effet, si le consommateur hésite à exercer son droit de renonciation par crainte de ne pas obtenir le remboursement du vendeur, il nous paraît naturel de penser que cette crainte demeurera si les données de sa carte de crédit ont été communiquées. Le risque est, on l'aura compris, que le vendeur en possession des données de la carte de crédit n'attende pas la fin du délai de renonciation pour encaisser le paiement. Dans cette hypothèse, il est en effet tributaire du bon vouloir du vendeur : si le consommateur le croyait capable de ne pas le rembourser en cas d'exercice du droit de renonciation, il le jugera en mesure d'encaisser le paiement dans cette même situation.

Dans la seconde affaire, l'Amtsgericht Larh (Allemagne) demande à la C.J.C.E. si l'interdiction d'exiger du consommateur d'autres frais que ceux qui résultent directement du renvoi des marchandises (art. 6, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^e phrase et art. 6, § 2, de la directive 97/7 sur les contrats à distance) s'oppose à ce qu'une réglementation nationale permette au vendeur de demander au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation du bien livré, en cas de rétractation dans les délais. L'article 357 du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch) autorise en effet cette indemnité compensatrice et, dans le cas d'espèce qui a conduit à la question préjudicielle, le vendeur réclame son paiement au consommateur. Avec raison, la Cour répond par la négative : de manière générale, cette indemnité pour l'utilisation du bien est incompatible avec les dispositions de la directive sur les contrats à distance¹⁹. La C.J.C.E. admet néanmoins qu'une réglementation nationale « impose au consommateur le paiement d'une indemnité compensatrice équitable dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage du bien acquis par un contrat à distance d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause » (point 26 de l'arrêt). Le tempérament nous paraît superflu et formulé de manière maladroite. Il invite cependant à réfléchir sur les obligations du consommateur, vis-à-vis du bien, pendant le délai de rétractation et sur l'opportunité d'une intervention du législateur dans ce cadre. L'arrêt est aussi l'occasion de poser un regard critique sur les sanctions susceptibles d'être prononcées lorsque les obligations d'information ont été méconnues²⁰.

C. Renforcement des obligations d'information

Compte tenu du mode particulier de conclusion du contrat – à distance, par voie électronique – la faiblesse dont souffre le consommateur réside dans un manque d'information sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel. Aussi, pour lui permettre d'exprimer un consentement libre et éclairé, diverses obligations d'information sont imposées à son cocontractant²¹. Elles portent notamment sur l'identité ou les coordonnées de ce dernier, sur l'objet de la prestation (description du produit ou du service, prix, etc.) ou sur les droits dont dispose le consommateur (droit

¹⁹ C.J.C.E., arrêt C-489/07 du 3 septembre 2009, *Messner*.

²⁰ Est-il toujours adéquat, par exemple, de sanctionner l'inobservation des obligations d'information par un allongement du délai de rétractation (voy. l'art. 6, § 1^{er}, al. 3, de la directive 97/7 sur les contrats à distance, qui énonce qu'« au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations visées à l'article 5, le délai est de trois mois ») ?.

²¹ Art. 4 et 5 de la directive 97/7 ; art. 3 et 4 de la directive 2002/65 ; art. 5, 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique.

de rétractation, existence d'un service après-vente ou d'une garantie commerciale). Le manque de maîtrise des technologies de l'information et le risque d'erreur qui en résulte a également conduit le législateur européen à exiger du prestataire qu'il lui fournisse diverses informations, portant notamment sur « les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat » ou « les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée »²² (art. 10, § 1^{er}, a) et c), de la directive sur le commerce électronique).

Il est intéressant de noter que, dans un arrêt du 16 octobre 2008, la C.J.C.E. a répondu à une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 5, § 1^{er}, c), de la directive sur le commerce électronique²³. Cette disposition impose au prestataire de communiquer ses coordonnées, « y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact *rapidement* et de communiquer *directement* et *efficacement* avec lui »²⁴. Après avoir établi que d'autres moyens de communication qu'une adresse de courrier électronique doivent être mis à la disposition du destinataire d'un service de la société de l'information, la Cour détermine quels pourraient être ces moyens, eu égard aux exigences posées par la disposition (contact rapide, communication directe et efficace). Dans cette perspective, elle rappelle les objectifs poursuivis par l'existence d'un autre moyen de communication que le courrier électronique. Outre qu'il doit contribuer au développement du commerce électronique, sans l'isoler du reste du marché intérieur (point 19), celui-ci a pour finalité de protéger les intérêts des consommateurs (point 22), en garantissant un consentement informé et réfléchi (point 23). Le téléphone répond aux critères posés par l'article 5 de la directive. Il ne s'agit toutefois pas du seul autre moyen de communication envisageable²⁵. La Cour mentionne également les « communications établies par contacts personnels dans les locaux du prestataire de services avec une personne responsable ou au moyen d'un télécopieur » (point 31). Un formulaire de contact peut également satisfaire à ces exigences pour autant que la communication

²² Il est également requis 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 » (art. 11, § 2, de la directive sur le commerce électronique).

²³ C.J.C.E., arrêt C-298/07 du 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

²⁴ C'est moi qui souligne.

²⁵ Imposant une telle obligation, voy. l'art. 19, al. 1^{er}, 2^o, de la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

soit directe et efficace (et tel est le cas lorsque comme en l'espèce, le délai de réponse oscille entre 30 et 60 minutes)²⁶.

D. Multiplication des exigences de forme

Parmi les techniques utilisées par le législateur européen pour garantir un consentement éclairé du consommateur figure également la multiplication des exigences de forme (mentions informative, écrit, mode de transmission de l'information, etc.). S'agissant des contrats à distance portant sur des services financiers, le fournisseur est ainsi tenu de communiquer les conditions contractuelles ainsi que diverses informations « sur un *support papier* ou sur un autre *support durable*, mis à la disposition du consommateur et auquel il a accès en temps utile avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre »²⁷. Conformément à la directive sur le commerce électronique, « le prestataire doit *accuser réception* de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique » (art. 11, § 1^{er}).

Avec l'avènement de la société de l'information se pose la question de savoir comment accomplir valablement les formes prescrites par voie électronique, dès lors qu'elles ont généralement été conçues par référence au papier. Sur ce point, on sait que les Etats membres étaient tenus de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique²⁸. Cette exigence est importante dans la mesure où le formalisme contractuel est un mécanisme de protection de la partie faible généralement utilisé par le législateur. Suivant le cas, les formalités requises permettent en effet d'informer la partie de faible, d'attirer son attention sur certains renseignements, de préserver la lisibilité, l'intégrité ou la pérennité des informations, etc. Dans l'exercice et le développement de leurs activités, les prestataires auraient également été préjudiciés par l'insécurité juridique résultant de ces obstacles.

²⁶ Il reste à s'interroger sur la réserve formulée par la Cour à propos du formulaire électronique. Il ne peut en effet suffire « dans des situations où un destinataire du service, se trouvant, après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de service, privé d'accès au réseau électronique, demande à ce dernier l'accès à une voie de communication non électronique » (point 40). Sont visées des situations qualifiées de « plutôt exceptionnelles » telles qu'un voyage, un congé ou une mission de travail (point 36). En définitive, le recours au « tout électronique » n'est pas consacré par la Cour puisque les prestataires doivent mettre en place des moyens de contact non électroniques, avec les charges financières et organisationnelles qui en résultent, si d'aventure ces hypothèses exceptionnelles se produisent (avec le risque de discussion sur l'existence et la preuve de telles circonstances). Aussi peut-on se demander si sur ce point, la Cour n'est pas trop exigeante.

²⁷ Art. 5, § 1^{er}, de la directive 2002/65 sur les contrats à distance portant sur des services financiers. On note que pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, des informations doivent être transmises avant la conclusion du contrat « par tout moyen adapté à la technique de communication utilisée » (art. 4, § 2, de la directive 97/7). Il est également exigé du fournisseur qu'il confirme diverses informations « par écrit ou sur un autre support durable » (art. 5 de la directive 97/7).

²⁸ Voy. l'art. 9 de la directive sur le commerce électronique.

La théorie des équivalents fonctionnels a par conséquent été consacrée dans les réglementations nationales (des divergences doivent cependant être constatées). Cette théorie part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique ou, s'ils le peuvent, ce n'est qu'au prix d'une grande insécurité juridique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique. Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposée directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format pdf enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

Il est intéressant de noter que, dans les exemples précités, le législateur européen prend soin de désigner les formalités à accomplir au moyen de termes neutres (obligation d'accusé réception ou de transmettre des informations) ou spécialement adaptés soit à l'environnement traditionnel (le support papier), soit à l'environnement numérique (le support durable). Si on peut comprendre le souci du législateur européen, je demeure réservé quant à l'intérêt d'introduire de nouveaux concepts – en particulier le support durable – qui, à l'analyse, désignent des exigences fonctionnellement identiques à des formalités traditionnelles – en l'occurrence, l'écrit.

II. Examen de trois hypothèses pour lesquelles le cadre normatif est insuffisant

A. Contrats conclus entre consommateurs sur des plateformes de mise en relation

Des sites web spécialement conçus pour mettre en relation les consommateurs, par leur intermédiation, connaissent un succès croissant. On songe aux sites de ventes aux enchères (eBay étant le plus connu) ou à ceux qui proposent des crédits peer-to-peer²⁹. Les règles établies par les directives précitées pour protéger le consentement du consommateur ne doivent être observées que lorsque celui-ci contracte avec un fournisseur qui agit dans le cadre de son activité professionnelle (ou commerciale). Les contrats de vente ou de crédit conclus par l'intermédiation de ces prestataires entre deux consommateurs sont exclus de l'application des règles protectrices établies par les directives sur les contrats à distance (droit de rétractation, obligations d'information, formalisme contractuel, etc.) ou la directive sur le commerce électronique (informations sur les parties, correction des erreurs, accusé de réception, etc.)³⁰.

Le consommateur qui contracte avec un professionnel nous semble pourtant souffrir de la même faiblesse (consistant essentiellement en un manque de connaissance) que le consommateur engagé avec un autre consommateur. Cependant, il est difficilement acceptable que ce dernier soit le débiteur des obligations d'information ou des règles protectrices en général (du reste, à divers égards, il mériterait également d'être protégé). Aussi faut-il encourager le législateur européen à établir un cadre normatif protecteur qui s'applique aux relations contractuelles entre consommateurs (spécialement lorsqu'elles sont nouées par le biais des réseaux). Les obligations de l'intermédiaire pourraient dans ce cadre être clairement précisées à la lumière du service fourni.

B. Contrats portant sur des contenus digitaux

Les contrats conclus par les consommateurs par le biais des réseaux ne se limitent pas à l'acquisition de biens tangibles (des vêtements, par exemple), qui leur seraient livrés *off-line*. Il est en effet de plus en plus fréquent que les internautes

²⁹ Concrètement, des sites jouent un rôle d'intermédiaire pour mettre en relation des emprunteurs et des prêteurs potentiels. L'emprunteur indique la somme qu'il souhaite obtenir, le taux maximal et donne des renseignements quant à sa capacité financière. Les prêteurs intéressés déterminent le montant qu'ils acceptent de prêter et le taux. Quant à l'intermédiaire, il touche une commission de quelques pourcents. Le système s'est développé principalement aux Etats-Unis et au Royaume-Uni (prosper, zopa) ; un site néerlandais propose également de tels services (boober).

³⁰ On note que, dans certaines hypothèses, les règles prescrites par ces directives pourraient néanmoins s'appliquer aux relations contractuelles nouées entre l'intermédiaire et les consommateurs.

téléchargent de la musique, des logiciels ou des films à travers l'internet. La question se pose de savoir si l'*acquis communautaire* s'applique à ces contenus digitaux.

Il est ainsi permis de se demander si ces contenus digitaux doivent être considérés comme des services ou comme des biens. On sait en effet que la directive sur la garantie des biens de consommation vise, par cette dernière notion, les objets mobiliers corporels³¹. La directive 97/7 sur les contrats à distance s'applique aux biens et aux services ; cependant, les conditions d'exercice du droit de rétractation diffèrent selon la qualification donnée aux contenus digitaux. Plus précisément, les consommateurs ne disposent pas du droit de rétractation pour les contrats de fourniture de *services* dont l'exécution a commencé, avec leur accord, avant la fin du délai³². S'agissant des *biens*, le droit de rétractation leur est également refusé pour la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateur³³.

Une réflexion d'ensemble est souhaitable, pour clarifier les notions de « bien » ou de « service », à la lumière des caractéristiques des contenus digitaux et établir dans quelle mesure et à quelles conditions la protection du consommateur pourrait être garantie plus efficacement, sans dénaturer les mécanismes existants (le droit de rétractation, par exemple). Une définition plus précise des obligations d'information pourrait également être envisagée, pour veiller à ce que le consommateur de contenus digitaux reçoive, par exemple, les renseignements relatifs à l'interopérabilité ou aux mesures techniques de protection.

C. Contrats conclus avec des mineurs d'âge

Les mineurs d'âge sont désormais présents en grand nombre sur l'internet, principalement par le biais des réseaux sociaux, des blogs ou des chats. Dans ce cadre notamment, ils constituent une cible de choix pour les annonceurs publicitaires ; ils peuvent également être amenés à conclure des contrats (pour acheter des sonneries de téléphone portable, par ex.) et à effectuer des paiements à travers les réseaux.

³¹ Art. 1^{er}, § 2, a), de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.*, n° L 171 du 7 juillet 1999. On note que la notion de « vente », qui implique généralement un transfert de propriété, peut également constituer un obstacle à l'application des règles aux contenus digitaux.

³² Art. 6, § 3, 1^{er} tiret, de la directive 97/7 sur les contrats à distance.

³³ Art. 6, § 3, 4^e tiret, de la directive 97/7 sur les contrats à distance.

La publicité est concernée au premier chef. Le contenu des publicités et leur mode de diffusion (en particulier les courriers électroniques publicitaires non-sollicités) doivent être adaptés à l'âge et à la sensibilité spécifique des destinataires³⁴. S'agissant de leur capacité à conclure des contrats par le biais des réseaux, il convient de se référer aux législations nationales : en Belgique, par exemple, l'incapacité générale d'exercice qui les frappe les empêche de poser seuls des actes juridiques. Il est toutefois fait exception à cette règle dans diverses hypothèses, en particulier lorsqu'il s'agit d'actes de la vie courante.

Le cadre normatif européen spécialement applicable à la conclusion des contrats par le biais des réseaux ne tient pas compte des e-consommateurs mineurs. Pourtant, ils sont appelés à jouer un rôle économique croissant. Aussi importe-t-il d'analyser précisément la faiblesse dont ils souffrent (manque d'expérience, consentement irréfléchi, abus de leur cocontractant) au moment de réfléchir à la protection légale des e-consommateurs. En admettant qu'ils jouissent de suffisamment d'autonomie pour conclure des contrats sur le net, une protection adaptée doit leur être apportée, pour garantir leur consentement informé et réfléchi. Cela implique que le mode de communication soit adapté et qu'il existe des garde-fous pour empêcher certains achats ou, au moins, leur permettre de revenir sur leur engagement s'il apparaît que leur consentement n'était pas réfléchi ou qu'ils ont été victimes d'un abus de la part du vendeur.

Conclusion

En substance, il faut saluer les nombreuses interventions du législateur européen, visant à protéger le consommateur qui s'engage à travers les réseaux. Tenant compte de la faiblesse dont il souffre, plusieurs mécanismes ont en effet été mis en œuvre pour garantir un consentement informé et réfléchi (droit de rétractation, obligations d'information, multiplication des règles de forme, etc.). A ceux-ci s'ajoutent les autres règles de protection des consommateurs, dont l'application n'est pas limitée aux contrats conclus à distance ou par voie électronique (réglementation des clauses abusives, règles spécifiques en matière de crédit à la consommation, pratiques commerciales déloyales, etc.).

³⁴ Voy. par ex. les considérant 44, 45 47 ou l'art. 3sexies, § 1^{er}, g), de la directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O.*, n° L 332 du 18 décembre 2007.

Il faut cependant prendre conscience que les services offerts par le biais de l'internet évoluent sans cesse. Leurs destinataires se diversifient également (mineurs). Le cas échéant, ces considérations doivent conduire le législateur européen à remettre l'ouvrage sur le métier pour encadrer ces pratiques et maintenir un niveau élevé de protection des consommateurs, tout en veillant au développement du commerce électronique et aux intérêts des prestataires.

Bibliographie sélective :

- DEMOULIN, M., « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, pp. 105 et s.
- JACQUEMIN, H., « Le consentement électronique en droit européen », *J.D.E.*, 2009, pp. 134 et s.
- MONTERO, E., *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005.
- RIEFA, Ch., « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne : point de vue d'outre-manche », *Revue européenne de droit de la consommation – European Consumer Law Journal*, 2005/4, pp. 333 et s.
- STUYCK, J. et TERRY, E., « Le droit européen de la consommation. Développements récents », *J.T.D.E.*, 2007, pp. 257 et s.
- TERRY, E. (sous la dir. de), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé – Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008.