

Le consentement électronique en droit européen

UN NOMBRE CROISSANT D'OPÉRATIONS CONTRACTUELLES sont conclues par voie électronique, au travers d'un site web, par l'échange de courriers électroniques, etc. Les opérations sont soumises à des règles européennes ayant fait l'objet d'une transposition nationale. Lesdites règles sont étudiées ici, au regard de la jurisprudence communautaire. Deux questions non encore harmonisées sont aussi analysées : la détermination du lieu et du moment de conclusion du contrat et les règles applicables aux contrats conclus entre consommateurs par l'intermédiaire de professionnels via le net.

Introduction

1. — Avènement de la société de l'information et réaction législative. — La conclusion de toute convention suppose nécessairement un accord de volontés : chaque partie doit par conséquent donner son consentement. Des questions spécifiques se posent lorsque le rapport contractuel est noué par le biais des réseaux (l'internet et ses applications principales, le web et le courrier électronique). La conclusion des contrats par voie électronique présente, en effet, diverses caractéristiques — distance physique entre les parties, dématérialisation des échanges, possible élément d'extranéité, etc. — qui justifient qu'une analyse particulière soit réservée au consentement exprimé de cette manière.

Un cadre normatif s'est progressivement constitué : en droit européen, de nombreuses initiatives ont été prises depuis la fin des années 1990 et elles ont donné lieu à l'adoption de dispositions légales ou réglementaires dans les États membres. On songe spécialement à 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 distance¹ (ci-après, directive 97/7 sur les contrats à distance), à 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 »)² et à 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/CE³ (ci-après, directive 2002/65 sur les services financiers à distance). Par ailleurs, l'avènement d'une société de l'information ne s'est pas démenti et on observe un recours croissant aux technologies de l'information et de la communication dans de très nombreux secteurs et, en particulier, en matière contractuelle.

(1) J.O.C.E. L 144 du 4 juin 1997. On note qu'une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (COM (2008) 614 final) vise à remplacer cette directive (ainsi que trois autres directives).

(2) J.O.C.E. L 178 du 17 juillet 2000.

(3) J.O.C.E. L 271 du 9 octobre 2002.

Aussi nous paraît-il intéressant de faire le point⁴, quelques années après l'adoption des textes précités, sur le consentement exprimé par voie électronique, en droit européen. Dans cette perspective, nous dressons un panorama des dispositions normatives qui ont été prises pour garantir un consentement informé et réfléchi, à la lumière des rares décisions de la Cour de justice pertinentes en la matière (I). Des questions spécifiques en lien avec le consentement électronique seront également traitées (II) : l'une est récurrente et concerne la détermination du moment et du lieu de conclusion du contrat; l'autre résulte du développement croissant de certains services d'intermédiation contractuelle offerts à travers les réseaux (les sites de ventes aux enchères en ligne, par exemple).

Cadre normatif visant à garantir un consentement informé et réfléchi

2. — Techniques législatives visant à protéger l'une des parties, supposée en position de faiblesse. — La directive 97/7 sur les contrats à distance et la directive 2002/65 sur les services financiers s'appliquent aux relations contractuelles nouées entre un consommateur et un fournisseur⁵. C'est principalement la faiblesse supposée du premier, par rapport au second, qui a conduit le législateur européen à intervenir⁶. En l'occurrence, cette faiblesse est

(4) Cette contribution se veut nécessairement brève et n'a pas pour objectif de présenter une analyse exhaustive des questions posées. Aussi nous limitons-nous à tracer les traits saillants du cadre normatif en vigueur, tout en formulant quelques réflexions de *lege ferenda* sur les modifications envisageables.

(5) Article 2, 2^o et 3^o, de la directive 97/7; article 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.

(6) Sur la faiblesse d'une partie au rapport contractuel, voy. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux - Étude de conflits de loi*, Bruxelles, Bruylant, 1995; M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », J. Ghestin et M. Fontaine (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels - Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616 et s.; Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003;

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, etc.). 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 contractuel⁷. 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'aucun pouvoir de négociation (ou, en tout cas, celui-ci est très limité)⁸.

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 électronique⁹. L'intervention législative est dès lors justifiée par le déséquilibre possible entre les parties, lié à ce mode spécifique de contracter qui pourrait être imparfaitement maîtrisé par certains internautes¹⁰. On note que l'application des

H. Jacquemin, *Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel*, thèse, F.U.N.D.P., Namur, 2009, pp. 29 et s., n^o 21 et s. On peut également citer un arrêt de la Cour de justice, relatif à la directive sur les clauses abusives, aux termes duquel « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., arrêt C-168/05 du 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, point 25; voy. aussi C.J.C.E., arrêts C-240/98 à C-244-98, du 27 juin 2000, *Oceano Grupo*, point 25).

(7) 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 aurait pu le faire dans un magasin traditionnel, en essayant le vêtement en question (voy. à ce sujet le considérant n^o 14 de la directive 97/7).

(8) E. Montero et M. Demoulin, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », P. Wéry (sous la dir. de), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 66, n^o 8.

(9) Voy. la définition du service de la société de l'information à l'article 2, a, de la directive sur le commerce électronique, qui fait référence à l'article 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.

(10) E. Montero, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 217-218, n^o 165 et pp. 222 et s., n^o 169; Ch. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, « Aspects de la conclusion du

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 concernées¹¹.

Plusieurs techniques sont mobilisées pour protéger le consentement du cocontractant en position de faiblesse. Nous nous penchons sur l'octroi d'un droit de rétractation, le renforcement des obligations d'information et la multiplication des règles de forme. 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'engagent (sont par exemple visées les dispositions en matière de crédit à la consommation¹² ou de contrat de voyage¹³).

3. — Droit de rétractation. — Pour protéger le consentement du consommateur, un droit de rétractation lui est octroyé par les directives 97/7 (article 6) et 2002/65 (article 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 jours¹⁴.

Il est intéressant de noter qu'en Belgique, 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 (ci-après L.P.C.C.) 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} »¹⁵. 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). À ce jour, aucun arrêté royal n'a cependant été adopté.

Une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice par la cour d'appel de Gand, pour établir si cette interdiction 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 (article 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)¹⁶. 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).

À la lumière de cet arrêt, les vendeurs sont désormais clairement autorisés à demander au consommateur son numéro de carte de crédit (tout en différant l'encaissement du paiement à la fin du délai de renonciation). On peut toutefois se demander si l'objectif visé par le législateur en interdisant un paiement anticipé¹⁷ 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 communiquées¹⁸. 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.

On note par ailleurs qu'à la suite de cet arrêt, l'intérêt qu'il y avait à adopter des règles permettant de lever cette interdiction, comme le permet l'article 80, § 3, alinéa 3, de la L.P.C.C., est considérablement réduit¹⁹. S'il est légal de n'exiger que le numéro de la carte de crédit, les vendeurs ne seront guère enclins à mettre en place l'un des systèmes que le Roi aurait pu promouvoir. On songe en particulier au blocage transitoire des sommes versées²⁰. Pourtant, ce mécanisme présentait l'avantage de préserver à la fois les intérêts des vendeurs et des consommateurs : au lieu de communiquer son numéro de carte de crédit au vendeur par exemple, le consommateur l'aurait transmis à un tiers de confiance, qui aurait été autorisé à encaisser le paiement. Si le droit de renonciation est exercé, la somme est renvoyée au consommateur; dans le cas contraire, elle est créditée définitivement sur le compte du vendeur.

4. — Obligations d'information. — Compte tenu du mode particulier de conclusion du contrat — à distance, par voie électronique — la faiblesse dont souffre le consommateur réside notamment 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 de renonciation, 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 à également conduit le législateur européen à exiger du prestataire qu'il « 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

contrat par voie électronique », *Act. dr.*, 2002, pp. 174 et s., n° 10.

(11) Cependant, dans cette dernière hypothèse, il est généralement permis aux parties qui ne sont pas considérées comme étant des consommateurs d'y déroger conventionnellement (voy. l'article 10, § 1^{er} et 2 ou l'article 11, § 1^{er} 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 agissent 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. Dans cette hypothèse, on peut craindre que le cocontractant de la partie faible préfère ne pas s'y conformer. Il lui suffirait d'introduire une clause dans le contrat, stipulant que les parties renoncent à l'application de la mesure de protection. Des nombreuses cocontractants en position de faiblesse pourraient ainsi consentir au contrat — et à ladite clause — sans avoir conscience qu'ils perdent, *ipso facto*, toute protection. Le rééquilibrage souhaité par le législateur deviendrait alors impossible.

(12) 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.C.E.* 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.U.E.* L 133 du 22 mai 2008.

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

(14) Article 6, § 2, de la directive 97/7 sur les contrats à distance et article 7, § 4, de la directive 2002/65 sur les contrats à distance portant sur des services financiers.

(15) Sur cette interdiction et les mécanismes susceptibles d'être mis en place pour la lever, voy. H. Jacquemin, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance? », *D.A. O.R.*, 2002/64, pp. 350-364; Ch. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur la signature électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Liège, formation permanente C.U.P., 2003, pp. 127 et s.; H. Jacquemin et E. Montero, « L'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance », *Aspects juridiques du paiement électronique*, vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 143-169; E. Terryn, *Bedenktijden in het consumentenrecht - Het herroepingsrecht als instrument van consumentenbescherming*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, pp. 351 et s., n° 597 et s.

(16) C.J.C.E., arrêt C-205/07 du 16 décembre 2008, *Lo-dewijk Gysbrechts*, sur cet arrêt, en particulier à la lumière de la jurisprudence de la C.J.C.E. relative à l'article 29 du Traité CE, voy. A. Defossez, « La compatibilité de l'article 80 de la loi sur les pratiques du commerce avec l'article 29 du Traité CE », note sous C.J.C.E., 16 décembre 2008, *R.D.C.*, 2009, pp. 389-395.

(17) Comme le relève fort justement la Cour pour justifier la conformité de l'interdiction au droit européen, même si celle-ci « augmente l'incertitude des fournisseurs quant au versement du prix de la marchandise livrée, cette interdiction apparaît nécessaire pour assurer le niveau de protection envisagé par la disposition en cause au principal. En effet, le consommateur ayant

payé une avance au fournisseur sera moins disposé à exercer son droit de rétractation, et ce même si les produits livrés ne répondent pas entièrement à ses attentes » (point 56).

(18) 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.

(19) On note que, dans le système mis en place par le législateur belge, l'équilibre entre les intérêts des consommateurs et des vendeurs n'est garanti que si les règles permettant de lever l'interdiction sont adoptées, *quod non*.

(20) On note que le prestataire offrant ce type de service est visé par la loi du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de service de confiance (*M.B.*, 17 juillet 2007). Le Roi avait toutefois jusqu'au 1^{er} décembre 2007 pour déterminer, notamment, les obligations spécifiques de ce prestataire (article 16 de la loi). Et il n'est malheureusement pas intervenu...

(21) Articles 4 et 5 de la directive 97/7; articles 3 et 4 de la directive 2002/65; articles 5, 10 et 11 de la directive sur le commerce électronique.

des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande » (article 11, § 2, de la directive sur le commerce électronique).

Il est intéressant de noter que, dans un arrêt du 16 octobre 2008, la Cour de justice a répondu à une question préjudicielle relative à l'interprétation de l'article 5, § 1^{er}, c, de la directive sur le commerce électronique²². 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 »²³. 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 réfléchi²⁴. 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 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.

5. — 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 in-

formatives, 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 » (article 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 États membres étaient tenus de lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique²⁸ et que, dans cette perspective, la théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée (même si, s'agissant de sa mise en œuvre, des divergences doivent être constatées).

Il est toutefois intéressant de souligner que, dans les exemples précités, le législateur européen prend soin de désigner les formalités à accomplir au moyen de termes neutres (obligation d'accuser 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, nous demeurons 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'écrit²⁹.

que, le contrat se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. À ce stade, il faut toutefois constater des divergences au sein des États membres, dès lors que la notion d'offre, telle que consacrée en droit belge par exemple, est qualifiée d'invitation à offrir (*invitatio ad offerendum*) en droit allemand, par exemple. S'agissant de contrats entre absents, diverses théories ont également été proposées par la doctrine pour déterminer le moment et le lieu de conclusion du contrat (en Belgique, par exemple, la théorie de la réception a les faveurs de la Cour de cassation). Cette épineuse question n'est toutefois pas réglée de cette manière dans d'autres États membres. Du reste, il est permis de s'interroger sur l'adéquation des solutions proposées aux caractéristiques du commerce électronique³¹. En l'absence d'accord au sein des États membres, le législateur européen a malheureusement manqué l'occasion de clarifier cet élément³².

7. — Protection du consentement dans les contrats conclus entre consommateurs. — Des sites web spécialement conçus pour mettre des consommateurs en relations contractuelles 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-peer*³³. 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 renonciation, obligations d'information, formalisme contractuel, etc.) ou la directive sur le commerce électronique (informations sur les parties, correction des erreurs, accusé de réception, etc.)^{34 34bis}.

2

Examen de deux hypothèses particulières dans lesquelles le législateur européen n'est pas intervenu

6. — Détermination du moment et du lieu de conclusion du contrat. — Lorsque le contrat est conclu à distance, par voie électronique, la détermination du lieu et du moment de la conclusion du contrat constitue assurément une question complexe³⁰. D'un point de vue dynami-

(22) C.J.C.E., arrêt C-298/07 du 16 octobre 2008, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, R.D.T.I.*, 2009/34, p. 59, note D. W. Kabre, *Comm. com. électr.*, mars 2009, n° 26, p. 36, note Ph. Stoffel-Munck.

(23) Nous soulignons.

(24) Voy. le point 23.

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

(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. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voy. D.W. Kabre, « Portée et sanction de l'obligation des prestataires de services Internet de rendre accessibles les coordonnées de communication », note sous C.J.C.E., 16 octobre 2008, *R.D.T.I.*, 2009, pp. 65-71.

(27) Article 5, § 1^{er}, de la directive 2002/65 sur les services financiers à distance. 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 » (article 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 » (article 5 de la directive 97/7).

(28) Voy. l'article 9 de la directive sur le commerce électronique.

(29) Sur ce point, voy. M. Demoulin, « La notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit? », *R.E.D.C.*, 2000, pp. 361 et s.; H. Jacquemin, *Le formalisme de protection de la partie faible au rapport contractuel, op. cit.*, pp. 315-317, n° 300.

(30) Sur cette question, voy. notamment E. Montero, *Les contrats de l'informatique et de l'internet, op. cit.*, pp. 231 et s., n°s 175 et s.; M. Van Huffel, « Le droit communautaire », B. De Nayer et J. Laffineur (éds), *Le consentement électronique*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 2000, pp. 31 et s.

(31) Voy. M. Demoulin et E. Montero, « La conclusion des contrats par voie électronique », M. Fontaine (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 781-787, n°s 102-108.

(32) Il convient de noter que conformément à l'article 11, § 1^{er}, a, de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (COM (1998) 586 final), « le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service, et a confirmé la réception de l'accusé de réception ». Faute de consensus au sein des États sur cette épineuse question, l'article 11 de la directive sur le commerce électronique, en vigueur aujourd'hui, s'est transformé en une simple obligation d'accuser réception de la commande.

(33) Concrètement, certains 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 d'intérêt 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 États-Unis et au Royaume-Uni (Prosper, Zopa); un site néerlandais propose également de tels services (Boober).

(34) Voy. Ch. Riefa, « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne : point de vue

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 fourni³⁵.

C

Conclusion

8. — Un cadre normatif en évolution constante. — S'il faut saluer les nombreuses interventions du législateur européen visant à protéger le consentement de l'une des parties en position d'infériorité, lorsque le contrat est conclu par voie électronique, des questions restent en suspens. Il est à craindre que le consensus relatif à la détermination du moment et du lieu de conclusion soit extrêmement difficile à obtenir. S'agissant par contre des relations entre les consommateurs nouées à travers les réseaux par l'intermédiation d'un tiers, les États devraient pouvoir s'accorder sur une solution équilibrée et de nature à être intégrée sans grande difficulté dans leurs droits nationaux.

Hervé JACQUEMIN³⁶

d'outre-Manche », *R.E.D.C.*, 2005/4, pp. 333 et s.; « Forum des droits sur l'internet », « Recommandation : commerce entre particuliers sur l'internet - Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation? », 8 novembre 2005, pp. 21 et s. (<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf>); F. Mas, « L'esquisse d'un régime spécifique du courtage aux enchères par voie électronique », *Revue Lamy - Droit de l'immobilier*, 2006/12, n° 367, janvier 2006, p. 72; T. De Coster, « Le cas d'eBay », *Les pratiques du commerce électronique*, Cahier du C.R.I.D. n° 30, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 135.

(34bis) Dans certaines hypothèses, les règles présentées par ces directives pourraient néanmoins s'appliquer dans les relations contractuelles nouées entre l'intermédiaire et les consommateurs.

(35) Il pourrait se justifier de lui imposer diverses obligations d'information envers le consommateur (acheteur), sur des éléments de droit ou des éléments de fait (d'autant qu'il touche une rémunération pour le service fourni). On pourrait aussi exiger que le site soit conçu de telle manière que le consommateur-vendeur fournisse les éléments essentiels au consentement de son cocontractant. Parallèlement, il faudrait également informer ce consommateur-vendeur, en particulier sur les risques encourus en procédant à ce type de transaction. S'agissant des sites proposant des crédits *peer-to-peer*, ils devraient spécialement établir des garde-fous visant à prévenir tout risque de surendettement dans le chef des consommateurs; selon nous, il doit en effet leur incomber des obligations similaires à celles des entreprises de crédit, telles que régies par les directives en matière de crédit à la consommation (*supra*, note 12), dans la mesure où, comme elles, une rémunération leur est octroyée pour le service.

(36) L'auteur est chercheur au Centre de recherche informatique et droit (C.R.I.D. - F.U.N.D.P.).

Aides d'État (1^{er} janvier - 31 décembre 2008)

L'ACTIVITÉ dans le domaine du contrôle des aides d'État a été particulièrement soutenue en 2008, qu'il s'agisse de la Cour¹, du Tribunal de première instance² ou de la Commission³. Comme dans les chroniques précédentes, nous examinerons successivement les contours de la notion d'aide (1), les dérogations au principe de l'incompatibilité des aides avec le marché commun (2) et les règles de procédure (3).

1

La notion d'aide d'État

1. — Il résulte d'une jurisprudence constante que la notion d'aide d'État, telle que définie à l'article 87, § 1^{er}, du Traité CE, présente un caractère juridique et doit être interprétée sur la base d'éléments objectifs. La Cour a ainsi annulé un arrêt du Tribunal qui avait jugé que, dans le cadre de son contrôle d'une décision de la Commission de ne pas ouvrir une procédure formelle d'examen, il devait, eu égard au large pouvoir d'appréciation dont jouit la Commission en la matière, se limiter à un contrôle marginal; elle a estimé que le Tribunal avait commis une erreur de droit en n'exerçant pas un contrôle entier à l'égard des appréciations portées par la Commission sur la question de savoir si la mesure qui lui était soumise relevait du champ d'application de l'article 87, § 1^{er}, CE⁴.

Nous nous intéresserons à l'origine étatique de la mesure (A), à l'existence d'un avantage (B), au caractère sélectif de cet avantage (C) et à l'affectation de la concurrence et des échanges entre États membres (D).

(1) Quinze arrêts, dont sept arrêts sur pourvoi, cinq questions préjudicielles et trois arrêts en manquement, pour non-exécution d'une décision de la Commission ordonnant la restitution d'une aide d'État incompatible : arrêts du 14 février 2008, aff. C-419/06, *Commission c. Grèce*, 19 juin 2008, aff. C-39/06, *Commission c. Allemagne*, 13 novembre 2008, aff. C-214/07, *Commission c. France*.

(2) Seize arrêts et une ordonnance; auxquels s'ajoutent deux ordonnances du président du Tribunal rejetant une demande de sursis à exécution d'une décision de la Commission : ordonnances du 14 mars 2008, T-440/07 R, *Huta Buczek c. Commission* et du 23 décembre 2008, T-468/08 R, *AES-Tisza c. Commission*.

(3) Le nombre de notifications d'aides d'État, en diminution, s'est élevé à 660 en 2008. La Commission a adopté 616 décisions finales. Ces décisions sont des décisions positives dans environ 96% des cas. Comme les années précédentes, notre chronique porte sur les décisions de la Commission rendues publiques en 2008 au *Journal officiel*, même si nombre de ces décisions ont été rendues antérieurement. La plupart d'entre elles ne font cependant qu'appliquer des principes maintenant bien connus. Vu les apports importants résultant cette année de la jurisprudence, nous n'avons donc pas analysé systématiquement ces décisions, mais uniquement repris certains éléments qui nous paraissent particulièrement intéressants. La liste des décisions figure en annexe de la présente chronique.

(4) C.J.C.E., 22 décembre 2008, aff. 487/06P, *British Aggregates Association*.

A. — Une mesure d'origine étatique

1. — Avantage financé au moyen de ressources d'État

2. — Saisi d'un recours à l'encontre d'une décision de la Commission qui avait qualifié d'aide un mécanisme mis en place par les autorités néerlandaises, fixant des normes d'émission pour certains polluants atmosphériques et autorisant les entreprises qui y étaient soumises à négocier entre elles les droits d'émission issus indirectement de ces normes, dans la limite d'un plafond applicable à chacune d'entre elles, le Tribunal a jugé que la mesure en cause attribuait à ses bénéficiaires un avantage financé au moyen de ressources d'État. Il relève que en instaurant un régime prévoyant la possibilité de négocier les droits d'émission, les Pays-Bas ont conféré à ces derniers la nature d'actifs incorporels que les entreprises concernées peuvent vendre librement, même s'ils sont liés à un plafond maximal applicable à l'entreprise considérée. Or, ces actifs ont été mis gratuitement à la disposition des entreprises concernées, alors qu'ils auraient pu être vendus ou mis aux enchères, de sorte que les Pays-Bas ont ainsi renoncé à des ressources d'État⁵.

2. — Mesure imputable à l'État

3. — Dans une affaire où il était invoqué que la RTP avait bénéficié, de la part de Portugal Telecom, d'une bienveillance, face au retard de paiement de sa redevance, dont n'auraient pas bénéficié les opérateurs privés, le Tribunal⁶ est arrivé à la conclusion que la Commission, après avoir relevé que, tout au moins avant le milieu de 1997, le Portugal était en mesure de contrôler Portugal Telecom, a cependant pu considérer que rien n'indiquait que les pouvoirs publics portugais avaient été impliqués dans l'adoption des facilités de paiement de la redevance sur la base des éléments suivants. Portugal Telecom, société anonyme de droit privé, n'était pas intégrée aux services de l'administration. En réponse à une question de la Commission, les autorités portugaises ont ex-

(5) T.P.I., 10 avril 2008, aff. T-233/04, *Pays-Bas c. Commission*. Comme nous le verrons plus loin, le Tribunal s'est aussi penché sur le caractère sélectif de l'avantage en question.

(6) T.P.I., 26 juin 2008, aff. T-442/03, *SIC c. Commission*.