

## RECOMMANDATION

### Commerce entre particuliers sur l'internet

Quelles obligations pour les vendeurs et  
les plates-formes de mise en relation ?

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	<b>5</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE – LE CADRE GÉNÉRAL DE LA VENTE PAR UN PARTICULIER SUR L’INTERNET</b>	<b>7</b>
<b>I. – LES PLATES-FORMES DE MISE EN RELATION : UNE RELATION TRIPARTITE AUX CONTOURS JURIDIQUES DIFFICILES</b>	<b>8</b>
<b>A. – La plate-forme, représentante du vendeur : le mandataire</b>	<b>8</b>
<b>B. – La plate-forme, simple intermédiaire technique : le courtier en ligne</b>	<b>9</b>
<b>II. – LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES PLATES-FORMES DE MISE EN RELATION</b>	<b>10</b>
<b>A. – La responsabilité du fait du contenu des annonces</b>	<b>10</b>
<b>B. – La responsabilité de la plate-forme du fait d’une inexécution du contrat conclu entre ses utilisateurs</b>	<b>13</b>
<b>C. – Conclusion</b>	<b>14</b>
<b>III. – LES PRINCIPAUX ACTEURS DE LA MISE EN RELATION</b>	<b>16</b>
<b>A. – Un exemple de mandataire : Priceminister</b>	<b>16</b>
1. – Le processus de transaction	16
2. – Le rôle de Priceminister	16
3. – Les utilisateurs de la plate-forme	17
<b>B. – Un exemple de courtier en ligne : eBay</b>	<b>17</b>
1. – Le processus de transaction	17
2. – Le rôle d’eBay	18
3. – Les utilisateurs de la plate-forme	18
<b>DEUXIEME PARTIE – LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA VENTE PAR UN PARTICULIER SUR L’INTERNET</b>	<b>20</b>
<b>I. – LES RÈGLES APPLICABLES À TOUT VENDEUR SUR L’INTERNET</b>	<b>21</b>
<b>A. – L’information précontractuelle des acheteurs</b>	<b>21</b>
1. – L’information sur l’identité du vendeur (nom, adresse, numéro de téléphone, adresse email)	21
a. – La pratique actuelle des plates-formes	22
b. – Les schémas contractuels de vente ( )	23
c. – Recommandations du Forum des droits sur l'internet en matière d’information précontractuelle sur l’identité du vendeur	23
2. – La vérification de l’identité des utilisateurs par la plate-forme	24
3. – L’information sur le prix de vente, les frais de logistique et d’emballage	25

4. – La promotion d’outils de paiement sécurisé	25
5. – L’information sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service	26
6. – Le cas particulier de l’affichage d’une image dans l’annonce	27
7. – L’information sur les conditions particulières de la vente	27
<b>B. – La passation du contrat</b>	<b>28</b>
1. – La condition de validité du contrat : le principe du double clic	28
2. – La question de « l’erreur sur le prix »	29
3. – Le refus de vente par le vendeur ou la rupture des discussions par l’acheteur	30
<b>C. – L’exécution du contrat</b>	<b>31</b>
1. – La responsabilité de plein droit du vendeur vis-à-vis de la bonne exécution du contrat	31
2. – La garantie des vices cachés	32
<b>II. – LES RÈGLES SPÉCIFIQUES APPLICABLES AU VENDEUR PROFESSIONNEL</b>	<b>34</b>
<b>A. – La notion de professionnel</b>	<b>34</b>
1. – Les critères posés par le droit positif	34
a. – Le droit commun	34
b. – Le droit de la consommation	35
2. – Les critères permettant de qualifier un particulier de vendeur professionnel	36
3. – Approche didactique de la notion de « professionnel de la vente à distance »	36
4. – Les recommandations du Forum des droits sur l'internet aux plates-formes de mise en relation	37
<b>B. – Les règles applicables au vendeur professionnel</b>	<b>38</b>
1.- L’information sur les modalités de paiement et de livraison et sur la date de livraison	38
2. – Le processus contractuel	39
a. – L’information sur les différentes étapes à suivre et les conditions générales de vente	39
b. – L’information sur les moyens de consulter les règles professionnelles	40
c. – La revente à perte	40
3. – Exécution du contrat	41
a. – L’information sur l’existence d’un droit de rétractation	41
b. – L’extension de l’application du droit de rétraction aux relations commerciales conclues entre deux particuliers	43
c. – La responsabilité du fait des produits défectueux	44
d. – L’obligation de délivrance conforme	45
<b>III. – LE RÉGIME FISCAL ET SOCIAL</b>	<b>46</b>
<b>A. – Le régime social applicable aux vendeurs</b>	<b>46</b>
1. – La définition du travailleur indépendant	46
2. – Les conséquences de l’assujettissement	47

<b>B. – Le régime fiscal applicable aux vendeurs</b>	<b>47</b>
1. – L’assujettissement à l’impôt sur le revenu	47
2. – L’assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée	47
<b>CONCLUSION</b>	<b>48</b>
<b>ANNEXE 1 – COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL</b>	<b>49</b>
<b>ANNEXE 2 – AUDITIONS RÉALISÉES PAR LE GROUPE DE TRAVAIL</b>	<b>50</b>
<b>ANNEXE 3 – SCHÉMAS SYNTHÉTIQUES DU PROCESSUS CONTRACTUEL</b>	<b>51</b>

## INTRODUCTION

La France dénombrait (1), en juin 2005, 24,7 millions d'internautes dont 11,5 millions de cyber-acheteurs. Parmi ceux-ci, certains pratiquent une nouvelle forme d'achat sur l'internet, ayant recours à des plates-formes permettant d'acquérir des biens, neufs ou d'occasion, auprès de particuliers voire d'entreprises. Cette nouvelle tendance a été mesurée dans l'étude Fevad/Mediametrie de juin 2005. Il s'avère que la fréquentation des plates-formes de mise en relation d'un acheteur avec un vendeur s'est accrue de 55% entre les mois d'avril 2004 et avril 2005. Aujourd'hui, 39,4% des cyber-acheteurs ont déjà eu recours à ce mécanisme d'achat, ce qui représente près de 5 millions de Français.

Ainsi, et grâce à l'internet, des particuliers ont dorénavant la possibilité de mettre en vente tous les produits d'occasion dont ils souhaitent se défaire, que ce soient des objets de collection, des livres, des meubles ou des biens plus importants comme des véhicules automobiles. Le particulier devient donc un véritable acteur du développement du commerce électronique.

Le succès de cette activité via internet n'a jamais été envisagé par le droit. En effet, le droit des contrats à distance a toujours été conçu comme protecteur du consommateur face à un professionnel. L'objectif était d'assurer une protection renforcée, justifiée par l'absence de rencontre physique avec le bien et d'évaluation de ce dernier et par le déséquilibre existant entre deux acteurs, l'un faible économiquement et mal informé (le consommateur), l'autre fort économiquement et averti (le professionnel) (2). Or, les relations commerciales entre particuliers remettent en cause ce schéma. Elles font intervenir deux acteurs économiquement faibles et souvent mal informés sur leurs droits et obligations, pouvant créer une certaine insécurité juridique.

Dès lors que ce nouveau canal de distribution transforme le particulier en acteur économique, il est apparu nécessaire de s'interroger sur les obligations respectives de l'acheteur, du vendeur ainsi que des plates-formes de mise en relation. Cet objectif est d'autant plus justifié que les plates-formes sont également utilisées par des professionnels, qui, eux, ont des obligations spécifiques.

Ces plates-formes sont donc au centre de ces nouvelles relations commerciales. Elles offrent un terrain à des vendeurs, particuliers et professionnels, afin d'exercer leur activité économique, que ce soit de manière ponctuelle ou récurrente. De par leur rôle d'intermédiaire technique et d'intermédiaire de vente, elles jouent un rôle pivot dans cette activité économique et apportent, à ce titre, leur tribu à la construction de la confiance sur le réseau.

L'objet de la présente étude réalisée par le Forum des droits sur l'internet à partir de mai 2004 à la suite, notamment, des conclusions de son premier rapport d'observation des pratiques de la cyber-consommation (3), est donc de clarifier le régime juridique applicable aux relations commerciales entre particuliers et le rôle de chacun des acteurs.

---

1 - Étude Fevad/Mediametrie, juin 2005.

2 - La finalité du droit de la consommation est aujourd'hui remise en cause, sous l'effet notamment du droit communautaire. En effet, les textes communautaires ont ajouté à l'objectif de protection, un autre but, « celui de faire du consommateur un véritable acteur du marché, utilisant les libertés prévues par les traités (...) le droit de la consommation bascule vers une application objective, sans considération du déséquilibre qui est présumé et vers une objectivisation des rapports entre professionnels et consommateurs », Rapport, Le droit de la consommation, son périmètre, sa finalité, son efficience, Institut national de la consommation, juin 2005.

3 - « Cyber-Consommation : les nouvelles tendances », Premier rapport du Forum des droits sur l'internet sur la cyberconsommation, 30 mars 2004.

<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=707>

## **Méthodologie suivie**

Le Forum des droits sur l'internet a composé, en juin 2004, un groupe de travail (composition en annexe) constitué de représentants des principales plates-formes de mise en relation, d'association de consommateurs, d'experts du droit de la consommation et du droit des nouvelles technologies ainsi que des administrations concernées.

Le groupe de travail a procédé, en complément de ses séances de travail collectif, à des auditions de personnalités désignées pour leurs connaissances et leurs expériences des relations commerciales entre particuliers (liste des auditions en annexe). Il a également entendu quelques utilisateurs ayant recours, de manière importante, à ces plates-formes.

La présente recommandation a été soumise pour validation aux membres du Forum des droits sur l'internet et a été adoptée par le Conseil d'orientation, par voie électronique, le 4 novembre 2005.

## **Plan du rapport**

Afin d'appréhender plus précisément le phénomène des relations commerciales entre particuliers, le rapport dresse un état des lieux des pratiques actuelles et précise le cadre de responsabilité applicable aux plates-formes de mise en relation (I). Ces éléments permettent de clarifier les obligations respectives de l'acheteur, du vendeur, qu'il soit professionnel ou non, ainsi que le rôle des plates-formes de mise en relation (II).

## PREMIÈRE PARTIE

—

# **LE CADRE GÉNÉRAL DE LA VENTE PAR UN PARTICULIER SUR L'INTERNET**

Dans un premier temps, quelques précisions doivent être apportées afin de décrire les pratiques actuelles, déterminer le rôle de chaque acteur dans les processus contractuels et délimiter le cadre juridique du régime de responsabilité applicable.

## I. – LES PLATES-FORMES DE MISE EN RELATION : UNE RELATION TRIPARTITE AUX CONTOURS JURIDIQUES DIFFICILES

Lorsqu'une relation commerciale est nouée par l'intermédiaire d'une plate-forme de mise en relation, trois acteurs sont présents :

- l'acheteur,
- le vendeur,
- la plate-forme de mise en relation.

Ces acteurs sont reliés par plusieurs relations contractuelles. Tout d'abord, l'acheteur et le vendeur concluent chacun un contrat de prestation de service avec la plate-forme dont l'objet est la fourniture d'un outil technique de mise en relation et d'aide à la conclusion d'une vente. Ensuite, l'acheteur et le vendeur concluent, de gré à gré, un contrat de vente du bien commercialisé par l'intermédiaire de la plate-forme.

Cette organisation contractuelle de forme triangulaire n'est pas figée. Elle varie selon le rôle reconnu à la plate-forme dans le contrat conclu entre le vendeur et l'internaute/acheteur. Il est apparu, en effet, dans la pratique, que le site pouvait soit être un intermédiaire technique dans la relation commerciale, soit avoir le statut de mandataire du vendeur.

### **A. – La plate-forme, représentante du vendeur : le mandataire**

Une première pratique consiste, pour la plate-forme, à être titulaire d'un mandat donné par le vendeur. Ce mandat consiste pour le site à intervenir aux côtés du vendeur dans la transaction finale qu'il conclura avec l'internaute.

Aux termes de l'article 1984 du Code civil, « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Dans le secteur examiné, le contrat de mandat est conclu lors de l'acceptation par l'utilisateur du contrat de prestation de service proposé par la plate-forme. L'utilisateur souhaitant vendre ses biens donnera alors mandat au site de procéder en son nom et pour son compte à la perception, auprès de l'acheteur, du montant la vente, voire au traitement des contentieux qui pourraient naître entre acheteur et vendeur à la suite de cette vente.

**Le recours au contrat de mandat n'est, actuellement, le fait que des plates-formes proposant, de manière exclusive, des ventes à prix fixe.** En effet, si des plates-formes de ventes sous forme d'enchères procédaient de la même manière, elles seraient susceptibles de relever du régime spécial institué par les articles L. 321-1 et suivants du Code de commerce applicables en matière de ventes aux enchères publiques électroniques. Le premier alinéa de l'article L. 321-3 du Code du commerce précise, en effet, que « *le fait de proposer, en agissant comme mandataire du propriétaire, un bien aux enchères publiques à distance par voie électronique pour l'adjuger au mieux-disant des enchérisseurs constitue une vente aux enchères publiques au sens du présent chapitre* ». Les sites qui relèveraient de cette définition pourraient alors être soumis à des obligations supplémentaires (agrément du Conseil des ventes volontaires, régime spécial de responsabilité, etc.) (4).

---

4 – Pour de plus amples développements sur ce point, voir « Le courtage en ligne de biens culturels », Recommandation du Forum des droits sur l'internet, 22 juillet 2004.  
<http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=756>

## **B. – La plate-forme, simple intermédiaire technique : le courtier en ligne**

Une seconde pratique consiste pour la plate-forme à agir comme un intermédiaire technique, simple outil de mise en relation entre un vendeur et un acheteur. La plate-forme est alors une partie tierce au contrat de vente conclu de gré à gré entre ses utilisateurs. Cette activité est classiquement dénommée « courtage en ligne ».

Le courtage en ligne constitue une activité n'ayant fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire de portée générale. Les définitions existantes font systématiquement référence, soit à un domaine défini n'intégrant pas le commerce en ligne (5), soit pour ce canal, à un domaine particulier d'application (6).

La doctrine française a néanmoins tenté de définir l'activité de courtage par rapport à d'autres concepts juridiques connus. Ainsi, MM. Jauffret et Mestre ont pu préciser que « *le courtage se distingue nettement de la commission en ce qu'il n'est pas une variété de mandat. Le courtier ne conclut pas le contrat pour le compte du commettant. Il se borne à rechercher, pour son client (dénommé donneur d'ordres), un cocontractant, à préparer la conclusion du contrat en s'efforçant de rapprocher les parties pour les amener à un accord, mais laisse ensuite les parties conclure le contrat elles-mêmes* » (7).

De même, Mme Dekeuwer-Defossez estime que « *le courtier est un commerçant indépendant qui met en relation deux personnes désireuses de contracter. Il n'est le mandataire ni de l'un ni de l'autre. Son activité n'est régie par aucun texte relatif au courtage en général* » (8).

En pratique, le courtage est donc « *un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant une rémunération, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention [activité de mise en relation], soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat* » (9).

Derrière cette définition générique se cachent de multiples formes. Ainsi, le courtage sur l'internet pourra être à prix fixe (principe de l'achat immédiat réalisé avec l'aide d'un tiers), sous forme d'enchère (où le prix est fixé à la suite d'un processus d'enchères) voire d'enchères inversées (dans le secteur des relations BtoB).

---

5 – Voir à ce titre, l'article L. 131-1 du Code du commerce qui dispose que « *il y a des courtiers de marchandises, des courtiers interprètes et conducteurs de navires, des courtiers de transport par terre et par eau* » ou les articles L. 530-1 du Code des assurances relatifs au courtage d'assurances.

6 – Voir à ce titre, l'article L. 321-3 du Code du commerce concernant le courtage en ligne, sous forme d'enchères, de biens culturels.

7 – Alfred JAUFFRET et Jacques MESTRE, *Manuel de droit commercial*, 23<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 1997, p. 53.

8 – Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Droit Commercial*, 7<sup>e</sup> édition, Domat, Montchrestien, 2001.

9 – Éric BARBRY et Sophie PRADERE, Le courtage aux enchères menacé, *Gaz. Pal.* 24 avril 2003, n° 114, p. 29.

## II. – LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES PLATES-FORMES DE MISE EN RELATION

Dans le cadre de leur activité de mise en relation d'un vendeur avec un acheteur, les plates-formes sont susceptibles d'encourir deux types de responsabilité : une responsabilité du site suite à la mise en ligne par le vendeur d'une annonce de nature illicite et une responsabilité du site en cas de difficultés rencontrées par le vendeur ou l'acheteur lors de l'exécution du contrat conclu entre eux.

A titre préalable, il faut préciser qu'il n'est pas possible d'opérer une transposition pure et simple du régime de responsabilité applicable aux journaux de petites annonces. En effet, à l'inverse de ce canal ayant recours au papier, les plates-formes de mise en relation fournissent aux utilisateurs non seulement de l'information mais aussi un service permettant la conclusion en ligne d'un contrat de vente. Ces sites jouent donc un rôle dans la relation contractuelle qui s'éloigne du strict rôle d'éditeur que peuvent avoir les journaux de petites annonces.

### **A. – La responsabilité du fait du contenu des annonces**

En matière de contenu diffusé sur l'internet, deux régimes de responsabilité distincts sont présents au sein du droit français : le régime de l'éditeur et celui de l'hébergeur. Alors que le premier est pleinement responsable de l'ensemble des contenus qu'il diffuse, le second bénéficie d'un régime aménagé en raison de son rôle de prestataire technique. Il convient donc de s'interroger sur la qualification à donner aux plates-formes de mise en relation.

Aux termes de l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 : « *Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que : a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ou b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible* » (10).

Ce texte a été transposé aux articles 6.2 et 6.3 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Le premier précise que « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». Une rédaction quasiment analogue est prévue à l'article 6.3 qui estime que « *Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible* ».

---

10 – Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

Au cours des débats parlementaires sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique (11), les parlementaires ont souhaité intégrer le courtage en ligne dans le domaine de l'hébergement : « *La définition des opérateurs visés par l'article ne fait pas de distinction : sont concernés tous les intermédiaires dont l'activité consiste à stocker durablement des données (stockage "permanent"), sans intervenir sur leur contenu (stockage "direct"), de façon à les rendre accessible au public au moyen d'un service de communication publique en ligne. Peu importe qu'il s'agisse d'informations fournies par des éditeurs de professionnels de sites, par des utilisateurs de places de marché ou de sites d'enchères en ligne, ou encore par des contributeurs à un forum. L'article n'entre pas dans ce détail des auteurs et de contenus, de même qu'il n'utilise pas, volontairement, le terme "d'hébergeur", aujourd'hui trop caractérisé.* »

Cette orientation a été suivie par la jurisprudence étrangère (12) qui a estimé que l'activité de courtage en ligne telle que pratiquée par les sociétés présentes sur le marché français relève de la qualification d'hébergeur et bénéficie du régime de responsabilité ainsi aménagé par la loi. La responsabilité de la société de courtage ne pourra, dès lors, être engagée que si celle-ci, ayant connaissance de l'activité illicite, laisse perdurer cette activité (13). Certaines décisions françaises (14) ont adopté ce point de vue précisant également que le régime de responsabilité aménagé n'a pas vocation à s'appliquer dès lors que le courtier est lui-même partie prenante à l'activité illicite (15), par exemple en créant des rubriques incitant à la vente d'objets interdits sur le territoire français. L'activité illicite pourra également consister en la mise en ligne, par le vendeur ou l'acheteur, de propos diffamatoires ou injurieux. Leur responsabilité pourra également être recherchée pour avoir laissé perdurer, en connaissance de cause, des contenus

- 
- 11 – Michèle TABAROT, député, Avis n° 608 présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi confiance dans l'économie numérique le 11 février 2003, JOAN.
- 12 – Dans un courrier de la Direction générale 'Marché Intérieur' de la Commission européenne adressé à l'Association européenne des fournisseurs de service Internet, Margot FROEHLINGER indiquait : « *je peux vous assurer que les dispositions de l'article 14 ne se limitent pas à un type spécifique d'hébergement. L'article 14 ne fait pas de distinctions sur les types d'information hébergées ainsi que sur l'activité elle-même* ». Les juges américains confirment également cette interprétation en faisant bénéficier la société eBay du régime dérogatoire prévu au sein du *Communications Decency Act (Superior court of the State of California for the county of Los Angeles, 28 avril 2003, R. Grace c/ T. Neely et Société eBay, Com. com. élec. Juin 2003, comm. n° 61, note Luc GRYNBAUM)*.
- 13 – À ce propos, voir la décision 2004-496 DC du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 qui a pu juger que « *Ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* ».
- 14 – TGI Paris, 11 février 2003, n° 0104305259, Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie c/ Timothy Koogole, D. 2003, inf. rap., p. 603, Legipresse, 2003, n°202, III, p. 93, note Jean-Philippe HUGOT. Le tribunal jugeait à propos du service de courtage en ligne proposé par Yahoo ! que cela constitue une activité d'hébergement dès lors qu'elle « *stocke, pour leur mise à disposition du public, les annonces rédigées par les vendeurs d'objets et justifie d'ailleurs, de ce qu'elle conserve et détient les données de nature à permettre l'identification de ces créateurs de contenu, conformément aux dispositions de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986* ». Voir également TGI Paris, 26 octobre 2004, SA Poiray France et Mme Nathalie C. c/ SARL CJSF, Ophélie, Ibazar et SA eBay France. Le tribunal a pu estimer à propos du site eBay que « *les offres de vente n'ont pas été apportées par la société eBay qui définit et fournit des pages préformatées permettant aux utilisateurs de déposer leurs offres de vente et d'enchérir (...) que le processus des enchères s'effectue grâce à la mise à disposition des utilisateurs d'un logiciel dans l'exécution duquel la société eBay n'a aucun autre rôle que celui d'exécutant technique (...) Dans ces conditions, faute pour la société eBay de participer autrement que par une activité de courtage à l'offre en vente et à la vente du modèle de bijou contrefaisant, le grief de contrefaçon formulé à son encontre n'est pas fondé* ».
- 15 – En cela, suivons l'interprétation donnée par TGI Paris, 11 février 2003, n° 0104305259, Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie c/ Timothy Koogole, préc.. Les juges ont considéré que Yahoo! était responsable, en sa qualité d'éditeur du service, « *des sélections d'annonces ou de catégories qu'elle offre plus particulièrement à l'attention des acheteurs sur la page d'accueil du site* ». Ainsi, « *Les dispositions de l'article 43-8 [de la loi de 1986] ne sont pas susceptibles d'être invoquées par le prévenu si sa responsabilité est recherchée au titre de l'activité d'éditeur de service de communication en ligne de la société YAHOO INC, ce qui est le cas, en l'espèce, la citation visant, notamment, le fait d'avoir "délibérément maintenu une rubrique préalablement fixée de vente aux enchères d'objets nazis", ce qui renvoie, sans aucun doute, à l'architecture du site, soit à un contenu créé par l'éditeur* ».

manifestement illicites dont la nature même, telle que décrite dans l'annonce est suffisante en soi pour établir le caractère illicite, sans nécessiter d'informations, d'hypothèses ou de vérifications supplémentaires.

La question de la responsabilité du fait du contenu des annonces rencontre une difficulté supplémentaire en matière de droit de la consommation. En effet, le Code de la consommation – et en particulier son article L. 121-18 – punit l'absence de diffusion de certaines informations au sein de l'offre. Une offre se définit comme « *une proposition qui comporte tous les éléments du contrat projeté. L'offre exprime déjà le consentement de son auteur : il faut donc qu'elle soit assez précise et complète pour pouvoir être acceptée telle quelle et que le contrat en découle* ». En matière de commerce électronique, **l'offre est constituée non seulement des éléments de l'annonce (photographie, descriptif), mais également des pages accessibles à partir de celle-ci** (conditions générales de vente, etc.).

L'absence, en phase pré-contractuelle, d'une des mentions imposées par le Code de la consommation, soit dans les annonces, soit dans les pages annexes, aurait pour effet de vicier l'offre dans son intégralité et donc de rendre illicite les contenus hébergés. Pour autant, la responsabilité du courtier ne pourrait être retenue dès lors que ces contenus ne peuvent être qualifiés de « manifestement illicites » (16) au regard des dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique telles qu'interprétées par le Conseil constitutionnel. En effet, selon une explication de la réserve d'interprétation livrée lors de la conférence de presse du Conseil constitutionnel, le caractère manifestement illicite d'un contenu doit rester limité aux messages incitant à la haine raciale et aux images pédo-pornographiques (17).

L'acquisition de la connaissance de l'existence de ces messages ne saurait se faire cependant au travers d'une surveillance générale de l'ensemble des annonces publiées, l'article 15 de la directive du 8 juin 2000 précisant que « *les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires (...) une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». Ce principe a été transposé à l'article 6.7 qui énonce que les hébergeurs « *ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'[ils] transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».

Une analyse analogue peut être réalisée en matière de régime de responsabilité applicable aux plates-formes agissant comme mandataire du vendeur. En effet, malgré l'existence du mandat, leur activité consiste, vis-à-vis du contenu des annonces, à « *stocker durablement des données (stockage "permanent"), sans intervenir sur leur contenu (stockage "direct"), de façon à les rendre accessible au public au moyen d'un service de communication publique en ligne* ». Dans ces conditions, ces sites ne pourraient voir leur responsabilité engagée du fait du contenu hébergé que dans les conditions énumérées aux articles 6.2 et 6.3 de la loi du 21 juin 2004.

**Cette application du régime de responsabilité de l'hébergeur à l'ensemble des plates-formes de mise en relation a déjà été appliquée par la jurisprudence (voir supra)**. Il convient cependant de préciser que l'article 6.2 alinéa 2 prévoit une

---

16 – Lionel THOUMYRE, « Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN », *RLDI*, mai 2005, p.58. Dans cet article, l'auteur précise que l'expression « *manifestement illicite* » viseraient « *principalement les contenus d'une gravité avérée et dont le caractère illicite ne semble pas discutable. Il s'agit, par exemple, des contenus à caractère pédopornographique, des écrits faisant l'apologie des crimes de guerre ou qui provoquent directement aux actes de terrorisme. En revanche, les cas de diffamation classique (..) ne semblent pas pouvoir relever* » de cette notion.

17 – Estelle DUMOUT, Jérôme THOREL, « LCEN : le Conseil constitutionnel censure l' "amendement Devedjian" », Paris, *ZDNet France*, 15 juin 2004.

dérogation « *lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle de la personne visée audit alinéa* ». Une divergence existe selon la doctrine sur l'interprétation de ces notions. Pour certains, « *si l'on reprend les travaux parlementaires, on se rend compte que cette disposition est censée écarter "du bénéfice aménagé de responsabilité des hébergeurs les prestataires exerçant des activités d'intermédiation". Ces prestataires seraient ceux qui ont un rôle actif d'animation commerciale du site tels que les sociétés de courtage en ligne* » (18). Pour d'autres et « *selon la Commission européenne, le terme "contrôle" fait référence au "contrôle des activités et non à celui des informations elles-mêmes"* » (19) justifiant l'application du régime de responsabilité aménagé aux plates-formes de mises en relation.

S'appuyant sur cette interprétation communautaire, et sur la jurisprudence, **le Forum des droits sur l'internet recommande de soumettre les plates-formes de mise en relation au régime de responsabilité de l'hébergeur prévu par les dispositions des articles 6.1 et suivants de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.**

**Dès lors, les éventuelles infractions par les vendeurs au non-respect des mentions légales, telles que celles mentionnées ci après, relèveraient de ce régime de responsabilité, nonobstant l'application du régime de responsabilité prévu par le droit de la consommation, qui reste applicable aux vendeurs.**

Enfin, il convient de rappeler qu'en leur qualité d'hébergeur, ces plates-formes sont tenues en application de l'article 6.I.7 de « *mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance* » certaines infractions énumérées au second alinéa de cet article (20). **Le Forum recommande que cet outil de notification puisse également permettre aux internautes d'exercer leur vigilance sur tout type d'articles pouvant être mis en vente illégalement et de les notifier à la plate forme pour retrait éventuel des annonces correspondantes.**

#### **B. – La responsabilité de la plate-forme du fait d'une inexécution du contrat conclu entre ses utilisateurs**

Un second cas d'engagement de la responsabilité de la plate-forme doit être envisagé : celui lié à une inexécution par l'un ou l'autre des utilisateurs du contrat conclu par son intermédiaire. Il s'agit, par exemple, du régime applicable en l'absence de paiement du bien par l'acheteur ou à défaut de livraison de celui-ci par le vendeur.

S'agissant de la responsabilité du **courtier en ligne**, dans la mesure où le contrat de vente du bien est conclu directement entre l'acheteur et le vendeur, « en dehors » de la plate-forme de courtage, il semble difficile d'invoquer la mise en cause de la responsabilité contractuelle de cette dernière dans la mesure où elle n'est pas partie à ce contrat et ne garantit pas, par ailleurs, la bonne fin de son exécution. Sa **responsabilité contractuelle** ne pourrait être recherchée que si le courtier en ligne n'exécutait pas, vis-à-vis de l'un de ses utilisateurs, l'une des obligations issues du contrat de fourniture de service conclu avec ceux-ci. A ce titre, il faut rappeler que la plate-forme est, en application de l'article 15 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, responsable de plein droit de la bonne exécution des obligations issues du contrat conclu avec ses utilisateurs, à savoir le contrat de fourniture du service (accès et utilisation de la plate forme). Par contre, la responsabilité de plein droit de la plate forme n'a pas

---

18 – Éric CAPRIOLI, « La confiance dans l'économie numérique », *LPA* 3 juin 2005, p.5.

19 – « Loi pour la confiance dans l'économie numérique, un nouveau cadre juridique pour l'internet », dossier du Forum des droits sur l'internet, 15 juin 2004.

<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=734>

20 – Il s'agit des infractions visées aux cinquième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et à l'article 227-23 du Code pénal.

vocation à s'étendre aux contrats de vente conclus directement entre les utilisateurs. Enfin, **sa responsabilité civile pourra être engagée, sous réserve d'apporter la preuve d'une faute commise par celle-ci**, dès lors qu'elle demeure tiers au contrat conclu entre ses utilisateurs.

S'agissant de la responsabilité du **mandataire** du fait d'une mauvaise exécution du contrat par le mandant ou par le cocontractant qu'il a présenté à son mandant, ce régime est visé par plusieurs dispositions du Code civil. Ainsi, l'article 1991 énonce que le mandataire « *est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution* », l'article 1992 poursuivant en indiquant que « *le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion* ». Cette responsabilité, précise le second alinéa de cet article, « *est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* ».

En pratique, le site mandataire ne répond pas d'une bonne ou mauvaise exécution du contrat par l'une ou l'autre des parties à celui-ci (21) dès lors que le contrat conclu entre le mandant et son cocontractant « *ne produit en principe aucun effet à l'égard du mandataire* » (22).

Néanmoins, sa responsabilité pourrait être recherchée dans deux situations. Il pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée vis-à-vis du mandant en cas d'inexécution des obligations, souvent inhérentes au contrat de mandat (manquement à son obligation de conseil et d'information, etc.). Sa responsabilité civile pourrait être invoquée, vis-à-vis du cocontractant du mandant, pour ses agissements fautifs. Il serait personnellement responsable envers les tiers des délits ou quasi-délits qu'il pourrait commettre à leur préjudice dans l'accomplissement de sa mission (23). Tel serait le cas, par exemple, de l'incrimination de recel de biens d'origine frauduleuse (24) qui, si elle n'implique pas nécessairement la détention matérielle des biens, nécessite que le mandataire ait eu connaissance de l'origine frauduleuse des biens dont il assurait la vente.

### **C. – Conclusion**

En conclusion, les plates-formes de courtage en ligne et les plates-formes mandataires obéissent à deux régimes distincts de responsabilité.

La plate-forme mandataire sera responsable, au nom et pour le compte du vendeur, de la bonne exécution des obligations mises à la charge de celui-ci dans le cadre du contrat de mandat (perception du paiement, exercice du droit de retour, etc.).

Elle sera en outre tenue, en application du contrat de mandat, à un devoir de conseil et d'information vis-à-vis de son mandant sur ces questions.

Vis-à-vis de l'acheteur, la plate-forme sera responsable civilement ou pénalement des fautes qu'elle pourrait commettre. De même, sa responsabilité pourra être retenue si, ayant eu connaissance d'un contenu manifestement illicite, elle n'a pas procédé à son retrait ou à sa suspension.

Concernant le courtier en ligne, sa responsabilité civile ou pénale pourrait être engagée, vis-à-vis de l'acheteur, si une faute est démontrée (cas de la vente d'un bien recelé en toute connaissance de cause, etc.). De même, sa responsabilité pourra être retenue si, ayant eu connaissance d'un contenu manifestement illicite, elle n'a pas procédé à son retrait ou à sa suspension.

---

21 – Civ.1, 14 novembre 1978, *Bull. civ. I*, n° 346 ; Civ.1, 4 mars 1986, *D.* 1986, IR.168.

22 – Alain BENABENT, *Droit Civil – les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 6<sup>e</sup> éd., *MontChrestien*, p.438.

23 – Civ.3, 6 janvier 1999, *Bill. civ. III*, n° 3 ; *D.* 2000, p. 426, note C. ASFAR.

24 – Crim., 30 novembre 1999, *Bull. crim.*, n° 282.

Vis-à-vis du vendeur, sa responsabilité contractuelle de plein droit pourrait être engagée en cas de mauvaise exécution du contrat de prestation de service portant sur la fourniture d'un outil de mise en relation de deux internautes.

Enfin, et comme tout professionnel, le courtier en ligne – qui est lié contractuellement aux utilisateurs de la plate-forme, est soumis à une obligation d'information à destination de l'acheteur et du vendeur. Sa responsabilité contractuelle peut donc être retenue à ce titre.

### **III. – LES PRINCIPAUX ACTEURS DE LA MISE EN RELATION**

#### **A. – Un exemple de mandataire : Priceminister**

La société Priceminister a été fondée par 5 Français en août 2000. Le site, ouvert en janvier 2001, connaît depuis une forte croissance en termes de volume et de nombre de transactions. A la fin du mois d'août 2004, le site comptait plus de 2 millions de membres et 7 millions de produits en vente à chaque instant.

Les produits mis en vente par les internautes sont variés : produits culturels, high tech, électroménager, voitures. Un service « voyage en ligne » est disponible mais est géré en partenariat avec une agence de voyages. Le site s'adresse essentiellement à des internautes situés en Europe francophone.

Deux particularités doivent être relevées en matière de fonctionnement de la plateforme :

- une base de données « produits » intégrant différentes informations (prix, description, image, etc.) permet de pré-remplir les offres émises par les vendeurs, ces derniers conservant la faculté d'ajouter des commentaires complémentaires.
- un système d'intermédiation de paiement est intégré : l'acheteur verse l'argent à Priceminister, qui contractuellement a reçu mandat de la part du vendeur pour percevoir cette somme. Celui-ci ensuite le reverse au vendeur dès qu'il reçoit la confirmation de la réception du bien. Pour mener à bien ce mécanisme, il existe un compte de séquestre différent de celui de l'entreprise.

#### **1. – Le processus de transaction**

L'acheteur sélectionne un produit et paye sa commande directement sur la plate-forme de paiement sécurisé de PriceMinister. Le vendeur dispose alors d'un délai de 3 jours ouvrables pour confirmer la vente (cas du vendeur en vacances, PC en panne, vente de l'objet par un autre canal). Si le vendeur ne confirme pas, la vente est annulée et l'acheteur n'est pas débité. A l'inverse, si le vendeur confirme l'envoi, il doit adresser le bien sous 48 heures, tandis que l'acheteur est débité du montant.

Ensuite, à réception du bien, l'acheteur doit confirmer celle-ci afin de déclencher le paiement au vendeur. En tout état de cause, une confirmation tacite est appliquée à l'expiration d'un délai de 30 jours.

L'acheteur a la possibilité de payer par carte bancaire ou par chèque. Pour le paiement, par chèque, il doit néanmoins passer par l'intermédiaire d'un « porte-monnaie » électronique associé à son compte utilisateur.

#### **2. – Le rôle de Priceminister**

Tout vendeur utilisant le service donne mandat à PriceMinister d'organiser la mise en ligne des annonces et la collecte du paiement, et accepte son arbitrage en cas de litige. A ce titre, Priceminister assure plusieurs rôles. Il reçoit le paiement, au nom et pour le compte du vendeur, et, à ce titre, est tiers de confiance dans la transaction. Par ailleurs, il gère un premier niveau de service client. En effet, en cas d'insatisfaction, l'acheteur doit s'adresser directement à Priceminister qui peut, dans certaines situations, procéder au remboursement de la transaction (rétractation, article non reçu ou non conforme).

Le fait que PriceMinister combine les rôles d'intermédiaire de paiement et de tiers de confiance semble constituer un facteur de prévention important. En effet, les acheteurs sont protégés contre les éventuelles escroqueries puisque les vendeurs sont payés après confirmation par l'acheteur (au plus tard, un mois après la date de commande) tandis que les vendeurs sont garantis contre les faux acheteurs et les risques d'impayés, ceux-ci étant pris en charge intégralement par PriceMinister.

### **3. – Les utilisateurs de la plate-forme**

Lors de la création du site, la majorité des vendeurs étaient des professionnels qui avaient été sollicités préalablement à l'ouverture du service pour se voir proposer la mise en vente de leurs produits via la plate-forme. Avec l'arrivée massive d'utilisateurs particuliers, la part des professionnels atteint dorénavant 25 à 35% en valeur. Les utilisateurs de la plate-forme ont donc le profil suivant :

- les professionnels faisant du déstockage massif sur de gros volumes ;
- les particuliers faisant des ventes portant sur des biens en très faible quantité.

Les acheteurs peuvent accéder à diverses informations concernant un offreur déterminé. Elles concernent notamment son pseudonyme, le nombre de ventes déjà réalisées, la notation moyenne attribuée par ses précédents cocontractants, sa date d'inscription.

Afin de compléter les informations mises en ligne par le vendeur dans son annonce, Priceminister propose à ses utilisateurs un outil de dialogue. Un internaute peut ainsi poser une question à l'offreur. Celle-ci, ainsi que la réponse apportée, seront accessibles à tous les utilisateurs. Un filtrage a néanmoins été mis en place afin, par exemple, de ne pas permettre de négociation directe sur les prix, de ne pas fournir des coordonnées téléphoniques ou une adresse de courriel.

Lors de leur inscription, les professionnels – qui se déclarent comme tels – doivent répondre à des questions complémentaires destinées, en particulier, à leur proposer des outils spécifiques (possibilité d'automatiser l'ajout de nouveaux produits dans sa « boutique », etc.). D'ailleurs, si un vendeur connaît un volume d'activité important, Priceminister prendra contact avec celui-ci afin de lui proposer lesdits outils.

## **B. – Un exemple de courtier en ligne : eBay**

eBay a été créé en 1995 par un Américain d'origine française. Ce service compte 157 millions d'utilisateurs inscrits, est disponible sur 33 sites à travers le monde où sont accessibles, à chaque instant, 50 millions d'objets mis en vente. eBay enregistre quotidiennement 5 millions de nouveaux objets (chiffres avril 2005).

### **1. – Le processus de transaction**

Pour publier une annonce sur eBay, un vendeur est appelé à remplir un formulaire de mise en vente au sein duquel il donnera une description complète de son bien. Il indique une durée de l'annonce et choisit le mode de fixation du prix de vente (vente à prix fixe ou sous forme d'enchères). La plate-forme ne pratique aucune intervention ou contrôle éditorial de l'annonce mise en ligne.

Pour certaines catégories de biens (CD, DVD), une base de données intégrant différentes informations sur ces produits (les cas échéant : artiste, auteur, description, etc.) permet de pré-remplir les offres émises par les vendeurs, ces derniers conservant la faculté de modifier ou d'ajouter des commentaires complémentaires. Ces annonces « pré-remplies » apparaissent à partir de la simple indication du code barre de l'objet. Pour les produits culturels et technologiques, les vendeurs peuvent indiquer des attributs complémentaires destinés à préciser l'état du bien. Ces outils permettent ainsi d'avoir

une standardisation dans la présentation de l'offre et une amélioration de la pertinence des résultats proposés par le moteur de recherche.

En outre, un champ du formulaire permet aux vendeurs d'indiquer leur politique de retour (existence d'un droit de rétractation, etc.) et leurs conditions générales de vente.

Enfin, eBay a récemment mis en place une nouvelle fonctionnalité permettant aux vendeurs inscrits à titre professionnel de créer, depuis la section du site Mon eBay, une rubrique d'information pouvant être automatiquement insérée dans leurs annonces. Ce modèle leur permet d'indiquer les informations requises par la loi, relatives à leur identité et à leurs conditions de vente.

Ces informations sont complétées, pendant la durée de la transaction, par les questions posées aux vendeurs par les internautes. Celles-ci, ainsi que les réponses apportées, peuvent être accessibles en marge de l'annonce, si le vendeur le décide.

En tout état de cause, les vendeurs ont un double intérêt à diffuser un grand nombre d'informations sur la vente. En effet, pour un même produit, une comparaison entre différents vendeurs est toujours possible ; un consommateur préférant naturellement conclure avec un vendeur diffusant le maximum d'information. Par ailleurs, dès lors que la mise en vente est facturée par des frais d'insertion, un vendeur prendra un soin important à la rédaction de son offre.

Enfin, un dernier élément permet à un utilisateur de pouvoir identifier le meilleur cocontractant. Le site a, en effet, développé un mécanisme d'évaluation réciproque des parties à l'issue de la transaction. Le vendeur attribuera une évaluation accompagnée d'un commentaire sur la transaction à l'acquéreur et réciproquement (-1 : non satisfait, 0 : neutre ; 1 : parfait). L'historique des évaluations des utilisateurs est ensuite accessible à tous les internautes.

## **2. – Le rôle d'eBay**

L'intégralité de la mise en relation du vendeur et de l'acheteur s'opère par l'intermédiaire de la plate forme technique eBay. Le contrat de vente est ensuite conclu de gré à gré entre acheteur et vendeur, y compris pour les modalités relatives au transport et au paiement.

eBay propose, sous certaines conditions, une procédure d'indemnisation de l'acheteur dans un délai de 90 jours suivant la fin de la transaction. Cette indemnisation est plafonnée à un montant de 230 euros (avec des frais de dossier de 28 €). Au-delà de ce montant, eBay recommande le recours aux services d'un tiers de confiance (service fourni par la société TripleDeal).

## **3. – Les utilisateurs de la plate-forme**

Lors de l'inscription, eBay propose deux formulaires distincts à ses utilisateurs. Le premier s'adresse aux particuliers tandis que le second est destiné aux professionnels qui doivent communiquer des informations complémentaires (numéro de TVA intracommunautaire, etc.). Une vérification des vendeurs peut ensuite être opérée. Ceux-ci devront communiquer, soit un numéro de carte bancaire, soit une adresse postale à laquelle sera adressé un code d'activation de leur compte.

Il convient de noter qu'eBay a récemment mis en place une nouvelle fonctionnalité permettant l'identification des vendeurs professionnels. Ainsi, toute personne s'inscrivant à titre professionnel sur le site sera automatiquement identifiée comme tel dans ses annonces.

Le site a, par ailleurs, mis en ligne des pages « entreprendre sur eBay » rappelant aux professionnels leurs principales obligations légales et détaillant les outils marketing proposés. Complétant ce dispositif d'information, eBay adresse aux vendeurs ayant une activité importante des avertissements dans la plupart des messages envoyés à l'issue de chaque transaction. Cette alerte est destinée à attirer l'attention des vendeurs sur le fait qu'il pourrait être qualifié juridiquement de professionnel de la vente à distance et ainsi être soumis à des obligations, notamment fiscales et sociales, complémentaires.

Enfin, chaque utilisateur bénéficie d'outils supplémentaires :

- des « pages perso » : il s'agit d'un espace vierge où l'utilisateur peut s'identifier et indiquer ses conditions générales de vente.
- des « boutiques » : il s'agit d'un espace plus complet, payant (5 à 50 € par mois) s'adressant à des vendeurs importants. Cet outil n'est pas réservé aux professionnels, les particuliers pouvant aussi en bénéficier.

## DEUXIEME PARTIE

—

# **LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA VENTE PAR UN PARTICULIER SUR L'INTERNET**

Toute vente, réalisée à distance depuis la France, est soumise à un régime juridique fixé par plusieurs textes : les dispositions générales du Code civil sur le droit des contrats, celles du Code de la consommation en matière de vente à distance, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique applicable aux contrats conclus par voie électronique, les arrêtés de 1987 sur les prix.

Certaines règles viennent en outre régir spécifiquement les contrats conclus entre un vendeur professionnel et un acheteur non professionnel. Prévues par le Code de la consommation, elles visent à rééquilibrer la relation contractuelle qui se noue entre un vendeur, informé et spécialiste de sa matière, et un consommateur, partie faible au contrat.

Dans le cadre de la présente analyse, une distinction doit donc être réalisée, en matière de commerce électronique, entre les règles applicables à tout vendeur et les dispositions encadrant spécifiquement les contrats conclus par un professionnel de la vente à distance.

## I. – LES RÈGLES APPLICABLES À TOUT VENDEUR SUR L'INTERNET

Trois étapes successives doivent être distinguées : la période pré-contractuelle au cours de laquelle le vendeur est soumis à certains devoirs notamment d'information, la période contractuelle qui a été formalisée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique et, enfin, la période postérieure à la formation du contrat qui soumet les vendeurs à certaines obligations vis-à-vis des acheteurs.

### **A. – L'information précontractuelle des acheteurs**

Les textes actuellement applicables à tout vendeur lui imposent une obligation d'information. Celle-ci peut être sanctionnée soit, au niveau pénal, lorsqu'une infraction est prévue par le Code de la consommation ou le Code pénal soit, d'un point de vue civil, par l'allocation de dommages et intérêts ou par le prononcé de la nullité du contrat.

#### **1. – L'information sur l'identité du vendeur (nom, adresse, numéro de téléphone, adresse email)**

L'obligation d'information sur l'identité du vendeur est fixée par deux textes. L'article L. 121-18 du Code de la consommation énonce que « *l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes : 1° Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre* ».

Ce principe a été complété par l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui prévoit, sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, que « *toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 [de la LCEN] est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :*

- 1° *S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale ;*
- 2° *L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone ;*
- 3° *Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social ;*
- 4° *Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts, son numéro individuel d'identification ;*
- 5° *Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ;*
- 6° *Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite* ».

Alors que l'article L. 121-18 du Code de la consommation ne régit que les offres émanant d'un vendeur professionnel à destination de consommateurs, les dispositions de l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, visant « *tout vendeur pratiquant une activité de commerce électronique* », incluent les vendeurs exerçant cette activité à titre non professionnel.

Cette obligation d'information remplit plusieurs objectifs. Tout d'abord, elle permet au consommateur de connaître précisément l'identité du vendeur, et notamment sa nature juridique (entreprise, particulier).

En outre, l'indication du domicile du vendeur est importante dans le cadre des relations commerciales entre deux particuliers non professionnels. En effet, la loi applicable au contrat sera alors celle du pays du vendeur et non pas de l'acheteur (25).

Enfin, la mention du numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers est destinée à offrir au consommateur un moyen de vérifier si son futur cocontractant professionnel ne fait pas l'objet d'une procédure collective (redressement, liquidation judiciaire) (26).

En tout état de cause, **le droit impose que ces informations soient accessibles aux acheteurs préalablement à la conclusion du contrat**, c'est-à-dire dans la phase précontractuelle.

#### a. – La pratique actuelle des plates-formes

Les principales plates-formes françaises interdisent contractuellement à tout vendeur, particulier ou professionnel, de s'identifier directement auprès de l'acheteur dans les annonces publiées sur le site. Celles-ci se présentent donc de façon anonymisée. Une telle stipulation du contrat est destinée à assurer la pérennité du modèle économique de l'intermédiation reposant principalement, non pas sur la perception de frais de mise en ligne (comme dans le cas de la publication de petites annonces), mais sur un pourcentage du montant de la transaction réalisée grâce à la mise à disposition de la plate-forme et du service.

Cependant, le vendeur demeure identifiable, plus ou moins facilement, par l'acheteur car :

- Certains sites offrent, sous conditions, des espaces dédiés (rubrique « informations » pouvant être automatiquement insérée dans les annonces des vendeurs inscrits à titre professionnel, pages personnelles, boutiques virtuelles) où une identification complète du vendeur peut avoir lieu ;
- Le vendeur est tenu de s'identifier auprès des plates-formes qui détiennent certains éléments soit au titre de leur activité d'hébergeur, soit en raison du contrat existant entre la plate-forme et ses utilisateurs ;
- Dans le cadre du processus contractuel, l'acheteur peut, selon la pratique des plates-formes, une fois le contrat conclu, soit obtenir automatiquement l'identité du vendeur, soit s'adresser à la plate-forme qui alors s'engage à lui communiquer une telle information sur simple demande.

En tout état de cause et eu égard aux dispositions légales sus-rappelées, la plate-forme qui interdit à un vendeur professionnel de s'identifier avant la conclusion définitive du contrat est susceptible de voir sa responsabilité engagée. En effet, les juges pourraient retenir, au titre de la complicité, sa responsabilité pénale vis-à-vis de l'obligation posée par le Code de la consommation et sanctionnant le défaut d'information en la matière.

Afin de déterminer si une communication des coordonnées du vendeur a lieu en phase pré-contractuelle, une analyse du mode de conclusion du contrat par l'intermédiaire des principales plates-formes actuellement disponibles en France doit être réalisée.

---

25 – La loi du pays de l'acheteur sera applicable aux contrats conclus entre un vendeur professionnel et un consommateur, quelque soit la localisation géographique du vendeur.

26 – Plusieurs sites consultables gratuitement permettent de rechercher certaines informations légales sur les sociétés.

### b. – Les schémas contractuels de vente (27)

La première difficulté en termes de modélisation du schéma contractuel conclu par l'intermédiaire des plates-formes tient à la diversité des pratiques des plates-formes et de leurs utilisateurs.

Concernant les plates-formes de courtage en ligne et notamment dans le schéma établi par eBay, un courriel automatique est adressé à l'acheteur lorsque le vendeur accepte l'offre (cas des ventes sous forme d'enchères) ou lorsque l'acheteur accepte l'offre initiale (cas des ventes à prix fixe). Ce courriel contient les coordonnées du vendeur avec lequel l'utilisateur va ou accepte de contracter.

Si le vendeur professionnel n'a pas au préalable respecté son obligation d'information en incluant toutes les mentions requises dans son annonce ou dans les autres espaces du site à sa disposition, deux situations devront donc être distinguées :

- Si le vendeur annonce à l'acheteur, dans le courriel de confirmation, une condition supplémentaire à la conclusion du contrat (modalité de livraison, etc.), l'obligation d'information sera considérée comme respectée. En effet, le courriel délivrant également les éléments d'identification imposés par la loi, la fixation d'une nouvelle condition au contrat a pour effet de reporter sa conclusion à l'acceptation de ce nouvel élément par l'acheteur. Les informations exigées seront donc communiquées préalablement à la conclusion du contrat.
- Si, à l'inverse, le vendeur n'apporte aucune condition supplémentaire au contrat, le contrat sera considéré comme conclu dès le choix de l'acheteur par le vendeur. La communication des éléments d'identification dans le courriel de confirmation, adressé postérieurement à la conclusion du contrat, est donc tardive.

Concernant les plates-formes mandataires du vendeur, les obligations imposées en matière d'identification seront soit à la charge du vendeur, soit à la charge de la plate-forme si le mandat porte sur l'intégralité de la vente.

### c. – Recommandations du Forum des droits sur l'internet en matière d'information précontractuelle sur l'identité du vendeur

Tout d'abord, et conformément aux dispositions en vigueur, **le Forum des droits sur l'internet rappelle que tout vendeur est tenu de s'identifier clairement et précisément.** Une telle information ne peut que faciliter le développement de la confiance des utilisateurs dans le commerce électronique.

Le Forum recommande aux **plates-formes de prévoir dans le contrat qui les lie à leurs utilisateurs, une clause précisant que leurs utilisateurs s'engagent à ce que le contrat qui sera conclu entre eux par l'intermédiaire de la plate-forme le sera sous condition suspensive de révélation, par le vendeur, de ses coordonnées.** L'absence d'indication des coordonnées du vendeur dans l'annonce pourra être jugée compatible avec les dispositions du Code de la consommation dès lors que la communication interviendra en phase pré-contractuelle. Enfin, en l'absence de communication de ces éléments par le vendeur, le contrat de vente ne pourra connaître d'exécution.

Si le vendeur a donné mandat à une plate-forme pour procéder à l'intégralité de la vente, il ne sera pas directement soumis à l'obligation d'identification. Il reviendra à la plate-forme de s'identifier elle-même auprès des acheteurs.

## 2. – La vérification de l'identité des utilisateurs par la plate-forme

Lors de l'inscription sur la plate-forme, les utilisateurs ne font pas l'objet systématiquement d'une vérification de leur identité. En effet, les formulaires proposés par les plates-formes demeurent déclaratifs et sont susceptibles d'être remplis de manière incomplète ou erronée par lesdits utilisateurs.

Or, il apparaît que les consommateurs attendent souvent de la plate-forme un certain contrôle des informations saisies par l'internaute afin de vérifier la validité et l'intégrité de ces informations, voire l'honnêteté de l'utilisateur.

Le droit français n'impose pas, à ce jour, aux sites d'identifier leurs utilisateurs (28). En outre, si cette obligation leur était imposée, elle serait très difficile à réaliser compte tenu des informations en leur possession. Le processus d'inscription repose sur une communication volontaire d'informations par les internautes qui ne peuvent pas toutes faire l'objet d'une validation par l'intermédiaire de l'interrogation de bases de données existantes, pour des raisons tenant à l'application des principes issus de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés.

Pour remédier à cette carence, l'ensemble des plates-formes met en avant un mécanisme de notation consistant pour un acheteur à attribuer une évaluation et/ou un commentaire à son vendeur. Certaines plates-formes permettent également au vendeur d'évaluer l'acheteur. Mis en ligne, ces éléments permettent ainsi à un internaute de connaître les précédents avis des utilisateurs sur ce vendeur ou acheteur. Ce sont donc les internautes eux-mêmes qui construisent la confiance que l'on peut accorder à tel ou tel utilisateur compte tenu de l'historique de ses activités sur le site.

En outre, certaines plates-formes procèdent également à des vérifications, lors de l'inscription, afin d'éliminer certains vendeurs qui pourraient être jugés fantaisistes (cf. supra les descriptifs des plates-formes eBay et Priceminister).

En conséquence **des conseils de prudence doivent être prodigués aux internautes. En l'absence de toute** vérification de l'identité réelle des utilisateurs des plates-formes, ils doivent **agir avec prudence dans le choix de leur futur cocontractant.**

Enfin, **Le Forum recommande aux plates-formes mandataires pour l'ensemble de la vente, sous réserve des contraintes juridiques et techniques, de procéder à l'identification de l'offreur, ou de détenir des éléments le permettant, sous peine de voir leur propre responsabilité être engagée (29).**

---

28 – En leur qualité d'hébergeurs au sens de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, les plates-formes sont tenues de détenir et conserver « les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ». A ce titre, il est intéressant de relever que le Tribunal de grande instance de Paris a retenu la responsabilité civile d'un hébergeur qui avait détenu et conservé des données d'identification farfelues (TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., Section 1, 16 février 2005, Dargaud Lombard, Lucky Comics c/ Tiscali Media). A contrario, la même juridiction a pu estimer précédemment qu'un hébergeur n'était pas tenu à une telle vérification (TGI Paris, réf., 2 février 2004, Metrobus c/ Ouvaton). A noter qu'à l'occasion des débats parlementaires relatifs à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, les parlementaires ont refusé d'imposer une obligation de vérification des données aux hébergeurs : « La réserve est d'ordre juridique et tient à la compatibilité d'une telle obligation au regard des dispositions de la directive communautaire du 8 juin 2000. Celle-ci ne prévoit en effet aucune obligation de ce type à la charge des intermédiaires techniques de la société de l'information. Elle n'ouvre, par ailleurs, pas expressément aux Etats membres la faculté d'exiger la vérification de contenus ». in Alex TURK, Sénateur, Avis n° 351 présenté au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, pour la confiance dans l'économie numérique, 11 juin 2003, JO Sénat.

29 – Civ.1, 17 novembre 1993, Bull. civ. I, n° 329.

### **3. – L'information sur le prix de vente, les frais de logistique et d'emballage**

Plusieurs dispositions législatives et réglementaires imposent au vendeur d'informer lisiblement l'acheteur du prix total de vente intégrant ainsi une information sur les frais de livraison, de logistique et d'emballage ou le montant des taxes et éventuels droits afférents à la vente.

Ces obligations sont fixées par les articles L. 113-3 et L. 121-18 du Code de la consommation, l'article 1591 du Code civil, l'article 19 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ou les arrêtés de 1987 – complétés par une circulaire de 1988 sur le prix.

Si le vendeur affiche naturellement le prix de vente du bien, dans certaines hypothèses, le montant des frais de livraison n'est pas indiqué. En effet, le vendeur peut, dans certaines situations, difficilement en déterminer le montant exact dès lors que ceux-ci dépendent du lieu de résidence de l'acheteur (France, Europe, étranger, etc.) qui n'est pas encore connu lors de la mise en vente de l'objet, du mode d'expédition du produit (retrait physique, lettre simple, envoi suivi, recommandé avec ou sans valeur déclarée, messagerie express) et de l'accord du vendeur et de l'acheteur sur ces éléments.

Dès lors que ces informations constituent une des caractéristiques essentielles du contrat formant le consentement de l'acheteur (30), le contrat ne pourra être formé que postérieurement à la transmission de l'information et à son acceptation par l'acquéreur. Celui-ci détiendra, alors, la possibilité de ne pas poursuivre la négociation.

En conséquence, **le Forum conseille à tout vendeur de préciser clairement, dans le cadre de son annonce, si le prix de vente s'entend tous frais compris ou si les coûts d'expédition, d'emballage et les taxes et droits afférents ne sont pas inclus.**

Les **plates-formes agissant comme mandataires du vendeur sont tenues, si celles-ci définissent ces frais, de procéder à une information du consommateur sur le montant des frais de livraison avant la conclusion définitive du contrat** (31).

Il faut noter que **les plates-formes de courtage ne sont, quant à elles, soumises à aucune obligation d'information en la matière.**

### **4. – La promotion d'outils de paiement sécurisé**

Outre les éléments d'information rappelés précédemment, une promotion des outils de paiement sécurisé doit être menée. En effet, même si aucune obligation légale n'est imposée en la matière, la prudence incite à se tourner vers ceux-ci dès lors qu'un certain nombre d'escroqueries provient de l'utilisation d'outils de paiement ne permettant pas aisément un traçage du flux financier.

30 – A noter que dans la théorie générale du contrat, l'absence d'indication du prix n'est pas systématiquement perçue comme étant à l'origine d'un vice du consentement, dès lors que celui-ci est déterminé ou déterminable. Or, en la matière, la détermination du prix total dépendra à la fois d'éléments connus du seul vendeur (modes d'expédition, coût d'emballage) et du seul acheteur (lieu de résidence, etc.). Dans ces conditions, l'acheteur n'est donc pas en mesure en l'absence d'éléments complémentaires de pouvoir déterminer exactement les frais complémentaires qui seront facturés par le vendeur.

31 – Dans la majorité des cas, cette obligation est remplie par la plate-forme mandataire. En effet, celle-ci calcule automatiquement des frais de livraison en fonction de la nature du produit (livre de poche, CD, DVD), le mode d'expédition choisi par l'acheteur (courrier simple, recommandé, etc.) et le lieu d'expédition du produit (France, étranger).

Deux modes sont principalement visés : le paiement en liquide ou celui utilisant des solutions de transfert de fonds.

Concernant le paiement en liquide, l'article R.3 du Code des postes et communications électroniques sanctionne deux pratiques. Tout d'abord, l'insertion de billets de banque français ou étrangers ou d'autres valeurs au porteur dans les envois ordinaires ou simplement recommandés est une contravention de 5ème classe (1 500 euros). Néanmoins, la peine ne sera pas encourue lorsque « *l'insertion de tels billets et valeurs dans les lettres recommandées n'excède pas le montant maximum de l'indemnité accordée, en cas de perte, en fonction du taux de garantie choisi par l'expéditeur au moment de l'envoi* ». Ensuite, l'insertion de pièces de monnaie françaises ou étrangères ayant cours légal dans tout envoi autre qu'une lettre ou boîte avec valeur déclarée est également une contravention de 5ème classe. Dans tous les cas, un acheteur procédant au paiement de sa commande par ce moyen ne pourrait que difficilement apporter la preuve de la bonne exécution de son obligation.

L'utilisation de solutions de transfert de fonds peut également s'avérer délicate dès lors que certains pays n'opèrent pas de contrôle d'identité lors du retrait des sommes envoyées par l'internaute. A ce titre, il faut relever la démarche réalisée par l'un des acteurs de ce secteur, Western Union, qui a pris position en la matière : « *nous vous recommandons de ne pas utiliser un service de virement d'argent pour régler vos achats effectués en ligne. Les services de virement d'argent sont un moyen rapide, facile et pratique pour envoyer des fonds à des gens de connaissance. Ces services ne sont pas adaptés comme moyen de paiement à des inconnus* ».

En conséquence, il convient **de recommander aux utilisateurs, ou aux plates-formes lorsqu'elles agissent en qualité de mandataire du vendeur d'avoir, recours à des outils de paiement permettant une traçabilité des sommes** comme par exemple le paiement par carte bancaire, le virement postal ou bancaire, le chèque postal ou bancaire (sous réserve du délai imparti à la banque pour examiner la solvabilité du compte du débiteur).

Pour les montants de forte valeur, les plates-formes de courtage devrait **inviter les utilisateurs à avoir recours à des solutions plus sûres, par exemple de séquestre financier** (32). Elles pourraient notamment, dans leurs messages d'information, promouvoir tel ou tel acteur identifié auprès d'elles comme fiable.

Néanmoins, le Forum n'a pas souhaité faire de ce mécanisme de paiement une de ses recommandations majeures dès lors que se sont développées sur l'internet des fraudes consistant en la création de faux sites de « tiers de confiance ». En outre, l'activité de séquestre financier étant peu rentable, il n'existe que de très rares structures proposant de telles solutions. En conséquence, les consommateurs qui souhaiteraient recourir à ces solutions sont invités à consulter les pages d'aide de la plate-forme qui peuvent, soit avoir intégré un tel mécanisme, soit avoir conclu des partenariats avec un acteur sûr et déterminé.

## **5. - L'information sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service**

L'article L. 111-1 du Code de la consommation impose à tout professionnel d'informer le consommateur sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service mis en vente. Un tel principe s'applique également dans les relations entre deux particuliers dès lors

---

32 - Il s'agit d'un tiers entre les mains duquel l'argent est versé et qui procédera au paiement du vendeur dès qu'il aura reçu confirmation de la bonne livraison de la commande. Si le terme « tiers de confiance » (*escrow* en anglais) est couramment utilisé pour désigner ces activités, les solutions proposées relèvent du séquestre financier dès lors que la prestation porte exclusivement sur la partie financière de la transaction et en aucun cas sur son aspect matériel (conservation du bien afin de procéder à sa livraison).

qu'en l'absence de telles informations, l'acheteur pourrait invoquer le dol en matière de vice du consentement et, le cas échéant, le vendeur pourrait également s'exposer à des sanctions pénales sur le fondement de la publicité mensongère visée à l'article L. 121-1 du Code de la consommation.

En pratique, les principales plates-formes proposent au vendeur des outils lui permettant d'afficher des éléments complémentaires dans le descriptif des produits qu'il met en vente (33).

Néanmoins, si les plates-formes ont souhaité intervenir à ce stade du processus contractuel afin d'améliorer l'information de ses utilisateurs, **il n'en demeure pas moins que cette obligation essentielle pèse sur le vendeur, professionnel ou non, ou son mandataire (34) et que ceux-ci sont seuls responsables de la bonne description des biens ou produits mis en vente.** Les courtiers en ligne ne sont soumis à aucune obligation en la matière.

Les vendeurs pourraient également réaliser une information plus complète de leur offre en **utilisant des liens hypertextes** vers le site, par exemple, des fabricants ou des éditeurs des objets mis en vente. **Les plates-formes sont donc invitées à ne pas interdire contractuellement la réalisation de liens hypertextes depuis une annonce vers de telles informations complémentaires.**

## 6. – Le cas particulier de l'affichage d'une image dans l'annonce

La majorité des vendeurs affiche, en marge de leur annonce, une photographie de l'objet mis en vente comme, par exemple, la jaquette d'un CD ou d'un DVD, la couverture d'un livre voire l'image d'un tableau. La mise en ligne de ces images est destinée à assurer l'exécution de leur obligation d'information.

Cependant, cette obligation doit être conciliée avec les règles applicables en matière de droit d'auteur qui interdisent toute reproduction ou représentation d'une œuvre sans autorisation de l'auteur ou de ses ayants droit comme, par exemple, les illustrations graphiques. En conséquence, il semble exister une opposition de deux droits légitimes : ceux de l'auteur et de ses ayants droits et ceux du consommateur. Il importe donc que les utilisateurs puissent trouver un mode en permettant la conciliation en ayant recours, notamment, aux liens hypertextes. **Les vendeurs pourraient ainsi renvoyer vers le site internet de l'éditeur où serait présenté, de manière plus complète et illustrée, l'ouvrage, le CD ou le DVD qu'il désire mettre en vente.**

## 7. – L'information sur les conditions particulières de la vente

L'article L. 113-3 du Code de la consommation impose au vendeur d'informer le consommateur sur les conditions particulières, s'il y en a, applicables à la vente. Ce principe fait miroir à celui existant pour les professionnels à l'article 1369-4 du Code civil, introduit par la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

En pratique, chaque vendeur peut librement indiquer dans ses offres les conditions particulières applicables à la vente, certains sites leur offrant même des espaces dédiés à cette fin. En dehors de toute mention, la vente obéira aux principes minimums posés par le droit français, relativement protecteurs de l'acheteur.

---

33 – Grâce à des bases de données « produits », le vendeur peut rapidement afficher une annonce pré-remplie en saisissant uniquement le code barre situé au verso du bien mis en vente. Le vendeur conserve la possibilité de modifier les éléments proposés par la base de données.

34 – En ce qui concerne le mandataire, celui-ci ne pourra être tenu responsable de la diffusion d'informations erronées ou parcellaires que s'il est démontré qu'il en avait connaissance. En conséquence, si l'offreur remplit incorrectement son annonce, cela ne pourra être opposé à la plate-forme mandataire et ne pourra l'être qu'après de l'offreur.

## **B. – La passation du contrat**

### **1. – La condition de validité du contrat : le principe du double clic**

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a créé au sein du Code civil un article 1369-5 instituant un formalisme *ad validatem* dans la conclusion du contrat électronique dans le but de protéger l'acheteur contre une prise de commande trop rapide. Le texte prévoit que « *pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir 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* ».

**Le Code civil institue, à la charge du vendeur ou de son mandataire, un formalisme de nature technique (principe du double clic)** qui demeure étroitement lié à la conception et à la navigation dans le site de vente en ligne. Une exception est prévue à l'article 1369-6 du même code pour les contrats conclus par échange de courriers électroniques.

Dans le cas d'une vente conclue par l'intermédiaire d'une plate-forme, le vendeur n'a aucune maîtrise de l'architecture technique du site utilisé. Afin de concilier la règle sus-rappelée avec le désir d'une construction collective de la confiance dans le secteur du commerce électronique, il paraît opportun de faire participer le courtier en ligne au respect du formalisme imposé par le Code civil.

En conséquence, **le Forum invite les plates-formes qui ne seraient pas en conformité, à proposer à leurs utilisateurs un outil technique permettant de respecter les formalités imposées par l'article 1369-5 du Code civil.**

L'acheteur pourra ainsi se voir proposer le récapitulatif de sa commande avec la possibilité de le modifier, et ceci préalablement, à la conclusion définitive du contrat. Ce récapitulatif est d'autant plus utile que les différents éléments constitutifs de l'offre peuvent être indiqués dans plusieurs pages (annonce elle-même mais également les pages « boutiques », les « pages personnelles », etc.).

En conséquence, **le Forum des droits sur l'internet recommande aux plates-formes d'afficher le récapitulatif de la commande de manière à rassembler visuellement les principaux éléments constitutifs de l'offre.**

A noter que dans le modèle de vente sous forme d'enchères, le régime juridique applicable est susceptible de varier en fonction de la rédaction de l'offre par le vendeur. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, soit le contrat sera considéré comme conclu sur la plate-forme lors de l'acceptation de l'offre par le vendeur, soit le contrat sera conclu postérieurement au recours à la plate-forme par l'intermédiaire d'un échange de courriels. Selon les situations, la vente pourra donc relever de l'article 1369-5 ou 1369-6 du Code civil.

En outre et contrairement à un contrat de vente classique où l'acheteur sélectionne l'offre faite par le vendeur, en matière de vente sous forme d'enchères, il peut revenir au vendeur, pour former le contrat, de choisir l'offre faite par l'acheteur. Le double-clic s'appliquerait alors vis-à-vis du choix opéré par le vendeur et non pas lors de la saisie de son offre par l'acheteur. Néanmoins, compte tenu des modalités plurielles de formation du contrat lors du recours à ces plates-formes et afin de préserver l'esprit du législateur qui souhaitait protéger l'acheteur de toute commande involontaire, le principe du double clic devrait, également, être mis en oeuvre par ces plates-formes lors de l'indication d'une somme ou de la validation d'une commande par l'acheteur.

Dans ces conditions, **le Forum des droits sur l'internet recommande que les plates-formes de courtage sous forme d'enchères mettent en œuvre – quelque soit le type d'offre – un système de double clic lors de l'indication par l'acheteur de son offre d'achat.**

## 2. – La question de « l'erreur sur le prix »

Cette problématique juridique, qui a fait l'objet de plusieurs cas concrets (35), peut être rencontrée dans le cadre des relations commerciales entre particuliers. En effet, le vendeur – ou l'acheteur dans un système d'enchères – peuvent être amenés à commettre des erreurs en matière de fixation du prix de vente, erreurs qui pourraient ensuite leur être opposées.

L'erreur sur le prix commise par le vendeur consistera à proposer à la vente un produit à un prix dérisoire suite, par exemple, à une erreur de saisie. En principe, le droit français n'admet pas comme vice du consentement l'erreur sur le prix, pouvant entraîner une nullité du contrat. Néanmoins, la jurisprudence a pu aménager cette solution en permettant à un vendeur de revendiquer l'erreur sur le prix, et d'obtenir l'annulation de la vente, lorsqu'il apparaît que l'acheteur avait conscience qu'une erreur avait été commise. Cela vise en particulier les prix « manifestement » dérisoires. Dans le secteur des ventes entre particuliers, ce point est délicat et il est à nouveau nécessaire de distinguer selon que les ventes se font à prix fixe ou aux enchères.

Dans le cas d'une vente à prix fixe, le vendeur pourra revendiquer l'erreur de saisie commise dès lors qu'il démontre que l'acheteur avait conscience de « la coquille » - ce qui, en pratique, vise les erreurs importantes ou grossières (vente d'un appareil numérique à 2 euros au lieu de 200 euros).

A l'inverse, dans le cas d'une vente sous forme d'enchères, il sera difficile au vendeur de rapporter cette preuve. En effet, selon une pratique relativement courante (et parfois recommandée par les plates-formes elles-mêmes) les produits sont mis à prix à un montant relativement faible (1 euro par exemple) afin de créer un mécanisme d'entraînement qui permet au vendeur de recueillir un maximum d'enchères. Ainsi, un vendeur commercialisant, par exemple, un appareil photographique numérique avec une mise à prix initiale de 1 euro (au lieu de 100 euros) pourrait difficilement opposer à son acheteur ladite erreur dès lors que pour ce dernier, un prix de départ fixé de manière aussi basse peut correspondre à une pratique habituelle des utilisateurs du site.

Il convient donc de **recommander aux vendeurs la plus grande vigilance en matière de mise en vente de leurs produits dès lors, qu'en cas d'erreur, il leur serait difficile d'empêcher les acheteurs de s'en prévaloir.**

Un acheteur est également susceptible de commettre une erreur sur le prix. Cette hypothèse particulière provient de la spécificité des ventes sous forme d'enchères. En effet, dans ce mécanisme, le particulier est appelé à faire une offre d'achat matérialisée sous la forme d'un montant en euro saisi dans un formulaire de « proposition ». L'erreur de saisie commise peut avoir comme conséquence de faire une enchère très importante voire d'acheter un produit d'occasion à un montant supérieur à son prix de vente neuf. Il convient cependant de préciser que ce type d'erreur de la part de l'acheteur devrait être extrêmement rare dès lors qu'un système de confirmation du montant saisi (principe du double clic) est mis en place par la plate-forme.

35 – TGI Strasbourg, 24 juillet 2002, D. 2003, p.2434, obs. Cedric MANARA ; L'erreur sur le prix d'affichage dans le milieu du commerce électronique, 25 mars 2003.  
<http://www.foruminternet.org/actualites/lire.phtml?id=526>

Selon un raisonnement analogue et indépendamment des possibilités offertes par certaines plates-formes (36) afin de pouvoir invoquer l'erreur commise, l'acheteur devra prouver que le vendeur savait manifestement que le prix proposé n'était pas le bon. Or, cette preuve sera d'autant plus difficile à rapporter que l'acheteur doit « double-cliquer » avant que son offre définitive soit enregistrée par la plate-forme.

### **3. – Le refus de vente par le vendeur ou la rupture des discussions par l'acheteur**

Le refus de vente (37) – et son pendant civiliste, la rupture abusive des pourparlers – sont deux mécanismes qui sont **destinés à sanctionner des comportements frauduleux ou abusifs en amont de la conclusion du contrat.**

Compte tenu de cette précision, la question du refus de vente ne peut être envisagée, en matière de ventes au travers des plates-formes, que dans le cas de la vente sous forme d'enchères. En effet, dans le mécanisme de vente à prix fixe et sauf exceptions, le vendeur et l'acheteur se retrouvent contractuellement liés dès la validation définitive du contrat. Aucune des deux parties ne peut donc – sauf décision conjointe – refuser d'exécuter les obligations mises à leur charge (livraison du bien, paiement du prix).

Dans les systèmes d'enchères, deux cas relativement proches dans les faits, mais aux qualifications juridiques différentes, doivent être envisagés : le **refus de vente par le vendeur** et la **rupture abusive des pourparlers par l'acheteur.**

Le **refus de vente par un vendeur** demeure une situation très rare et provient souvent d'une faculté laissée par la plate-forme à son utilisateur : celle de choisir l'acheteur avec lequel il souhaite contracter.

Dans certaines situations, le vendeur pourra être tenté de choisir un acheteur qui fait l'objet d'une bonne notation, avec lequel il a déjà entretenu de précédentes relations contractuelles plutôt que de choisir le meilleur enchérisseur. Ce choix du « second » offreur pourrait être perçu par le vainqueur de l'enchère comme un refus de vente. Néanmoins, l'article L. 122-1 du Code de la consommation admet une exception : lorsque le refus est justifié par un motif légitime.

Il en serait ainsi si le vendeur n'avait plus en sa possession le bien mis en vente (destruction du bien, vente antérieure par l'intermédiaire d'une autre plate-forme) ou si d'autres éléments objectifs pourraient être invoqués : le meilleur enchérisseur n'a pas ou très peu d'évaluations, et/ou a fait l'objet d'une mauvaise notation par ses précédents cocontractants, il demeure dans un lieu rendant difficile la livraison du bien (par exemple, un acheteur basé à l'étranger et qui remporte la vente portant sur une voiture). A l'inverse, un refus qui proviendrait par exemple d'une discrimination fondée sur la nationalité, la race ou la religion (ces éléments peuvent en effet apparaître dans le pseudonyme de l'utilisateur) ne saurait être invoqué.

Concernant la rupture par l'acheteur, le droit permet à un **vendeur d'engager des poursuites à l'encontre d'un acheteur qui aurait réalisé une rupture abusive des pourparlers**, c'est à dire qui se serait engagé à acheter le bien mais qui déciderait au dernier moment de ne pas finaliser le contrat. Une telle situation se rencontre notamment lorsque l'acheteur, après réflexion, décide de ne pas finaliser le contrat avec

---

36 – A noter par exemple que eBay a mis en place le système double clic permettant à l'enchérisseur/acheteur de confirmer le montant saisi. eBay permet également aux enchérisseurs/acheteurs ayant commis une erreur de saisie de procéder à une « rétractation d'enchères ».

37 – Le refus de vente est visé par l'article L. 122-1 du Code de la consommation : « *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit* ».

le vendeur alors même qu'il a remporté l'enchère. Cela peut s'expliquer par le fait que l'achat en ligne demeure un achat d'impulsion et qu'en l'absence de paiement immédiat, certains acheteurs peuvent s'estimer non engagés dans un processus contractuel (38).

Cette théorie, qui s'est principalement développée dans le monde des affaires, vise à indemniser la partie qui a été dans l'obligation – lors de la période pré-contractuelle – de procéder à certaines dépenses. La rupture abusive lui causant un préjudice, le droit l'autorise à en obtenir un dédommagement.

Dans les ventes entre particuliers, le préjudice subi par le vendeur peut avoir plusieurs sources. Cela peut correspondre au temps passé à tenter sans succès de finaliser le contrat ou, plus simplement, aux frais de mise en vente du produit qui ne lui seront pas remboursés par la plate-forme.

**Dans ces conditions, les utilisateurs des plates-formes de courtage sont invités à ne point rompre, sans motif légitime, la discussion devant aboutir à la conclusion du contrat, sous peine de s'exposer à des sanctions, civiles ou pénales.**

### **C. – L'exécution du contrat**

#### **1. – La responsabilité de plein droit du vendeur vis-à-vis de la bonne exécution du contrat**

Introduit par l'article 15 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, le régime de responsabilité de plein droit du cyber-vendeur régit les contrats conclus par un particulier, y compris lorsque le vendeur est un non professionnel. En effet, l'article 15-I fait référence, quant à lui, à toute personne physique ou morale exerçant une activité de commerce électronique – définition qui n'a pas souhaité intégrer les seules personnes exerçant cette activité à titre professionnel (39).

Il en résulte que **tout vendeur ou mandataire assurant le service après-vente est responsable de plein droit de la bonne exécution du contrat conclu à distance**. Ce principe signifie qu'il devra s'assurer de la livraison du bien commandé, sans dommage ni absence de conformité aux caractéristiques précisées dans l'offre. Conformément à l'article 15-I, un vendeur ne pourra s'exonérer de sa responsabilité que dans trois situations : en cas de faute commise par l'acheteur – qu'il devra alors être en mesure de prouver, en cas de force majeure ou de faits irrésistibles et imprévisibles d'un tiers au contrat.

En matière de vente à distance, l'un des éléments sur lequel le vendeur a peu de maîtrise est l'expédition du bien qui fait intervenir un acteur supplémentaire.

**En conséquence, le Forum des droits sur l'internet recommande aux particuliers qui vendent par l'intermédiaire d'une plate-forme de soigner l'expédition de leurs objets et de recourir, pour les biens d'une valeur importante, à des produits postaux permettant un suivi de l'envoi.**

38 – « Les paiements sur l'internet », Deuxième rapport du Forum des droits sur l'internet sur la cyber-consommation, 19 mai 2005

<http://www.foruminternet.org/publications/lire.phtml?id=906>

39 – À l'occasion des débats parlementaires autour de la définition du commerce électronique, la Commission européenne est venue indiquer que la définition du commerce électronique prévue au sein de la directive du 8 juin 2000 ne pouvait exclure les activités non rémunérées de la société de l'information. Ainsi, la loi, qui transpose cette directive, ne distingue pas entre activité professionnelle et activité non professionnelle.

Cette recommandation fait écho au nouveau régime de responsabilité du transporteur postal, inséré par la loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales (40), aux articles L. 7 et suivants du Code des postes et communications électroniques prévoyant que « *la responsabilité des prestataires de services postaux au sens de l'article L. 1 est engagée dans les conditions prévues par les articles 1134 et suivants et 1382 et suivants du code civil à raison des pertes et avaries survenues lors de la prestation* ». Ce régime s'il offre au vendeur la possibilité de se retourner contre le transporteur postal en cas de mauvaise exécution de son obligation (41), ne lui permet pas de s'exonérer de sa propre responsabilité vis-à-vis de l'acheteur.

Ce régime de responsabilité de plein droit du cyber-vendeur demeure exceptionnel en droit français. Il n'existait auparavant que dans le cadre des contrats conclus par des consommateurs avec des agences de voyages et pour l'acquisition de voyage à forfait.

Compte tenu du caractère novateur de la mesure et de ses conséquences importantes pour un vendeur (42) et afin d'avoir une construction collective de la confiance, **le Forum invite les plates-formes**, dans le cadre des messages d'information adressés aux vendeurs, **à sensibiliser ceux-ci à ce régime spécifique de responsabilité et aux solutions qui leur sont proposées permettant de diminuer le risque encouru** (produits postaux, système d'assurance ou d'indemnisation proposé par la plate-forme).

Enfin et en raison de leur rôle particulier comme mandataire, **le Forum invite les plates-formes qui procèdent à une gestion intégrée des modalités d'envoi postal** (modèle Priceminister) à **imposer un mode d'envoi non ordinaire** (lettre suivie, messagerie rapide, recommandé, etc.) **lorsque le montant de la commande passée par l'utilisateur dépasse un certain montant** (qu'il reviendra à la plate-forme de déterminer en fonction notamment du panier moyen).

## 2. – La garantie des vices cachés

Aux termes de l'article 1641 du Code civil, « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ».

Cette obligation de garantie s'impose à tout vendeur, professionnel ou non. Elle offre la possibilité à l'acheteur, soit de rendre la chose et de se faire restituer le prix, soit de la garder et de se faire rendre une partie du prix dont le montant doit, aux termes de l'article 1644 du Code civil être « *arbitrée par experts* ». Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur. A l'inverse, si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente.

Depuis l'ordonnance du 17 février 2005, il est à noter que cette action doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans, délai qui court à compter de la découverte du vice et non pas à compter de la vente.

40 – Loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales, *JORF* 21 mai 2005, p. 8825, texte n° 1

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=ECOX0300058L>

41 – Néanmoins, le vendeur devra se ménager des modes de preuve suffisants de la non exécution de ladite obligation d'où la nécessité de recourir à des outils permettant la traçabilité de la transaction.

42 – À défaut d'élément lui permettant de s'exonérer de sa responsabilité, le vendeur sera tenu soit de rembourser son client, soit de procéder à l'expédition d'un nouvel exemplaire du bien initialement commandé.

Compte tenu de ces éléments, **le Forum des droits sur l'internet rappelle à tous les vendeurs qu'ils demeurent soumis à la garantie légale sur les vices cachés, quand bien même le produit vendu serait un bien d'occasion.**

Enfin, les plates-formes sont invitées à diffuser, dans leur page d'aide, une information en la matière.

## II. – LES RÈGLES SPÉCIFIQUES APPLICABLES AU VENDEUR PROFESSIONNEL

Depuis le lancement des plates-formes de mise en relation sur le marché français, des professionnels ont souhaité recourir à ces outils afin de développer leur activité commerciale sur l'internet. En tant que vendeur, ils sont soumis à des obligations supplémentaires tirées, notamment, du droit de la vente à distance. A défaut de respecter ces règles, ils peuvent être considérés comme développant des activités paracommerciales « *qui consistent à se livrer à une activité commerciale sans supporter les charges correspondantes [et qui] sont une atteinte aux règles d'une saine concurrence* ».

Ce phénomène existe sur l'internet. Un précédent rapport du Forum des droits sur l'internet dénombrait en France plusieurs milliers de particuliers devenus, grâce à ces outils, des professionnels de la vente à distance. Il n'est pas nouveau. Par une circulaire du 12 août 1987 (43) relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales, plusieurs ministres indiquaient qu'il ne pouvait être admis « *qu'avec une concurrence devenue plus intense certaines entreprises rencontrent des difficultés, non pas parce qu'elles sont insuffisamment efficaces, mais parce qu'elles perdent des clients au profit de concurrents dont la seule performance consiste à ne pas supporter les mêmes charges* ».

Il faut noter que le développement de telles activités n'est, en général, pas l'expression d'une volonté d'échapper à un régime juridique. La circulaire du 12 août 1987 rappelait, d'ailleurs, que : « *le développement des pratiques paracommerciales est un mouvement spontané qui témoigne souvent moins d'un désir de fraude que d'initiatives naturelles de personnes ou d'organismes voulant développer leur activité sans prendre connaissance des règles qui leur sont applicables* ».

Après avoir défini la notion de vendeur « *professionnel* », le rapport s'attachera à rappeler les principales règles spécifiques qui lui sont applicables en matière de vente à distance.

### **A. – La notion de professionnel**

Le concept de « professionnel de la vente à distance », notion charnière en matière d'application du droit de la vente à distance, n'a jamais fait l'objet d'une définition par le Code de la consommation. Afin d'apprécier le statut d'un particulier opérant des ventes par l'intermédiaire de ces plates-formes, il est nécessaire dans un premier temps d'élaborer une définition du « professionnel » avant, dans un second temps, de l'appliquer à certaines situations actuellement rencontrées sur l'internet.

#### **1. – Les critères posés par le droit positif**

Plusieurs textes font référence à la notion de « professionnel » sans jamais la définir. La jurisprudence, quant à elle, est venue apporter des précisions permettant de fixer quelques critères.

##### a. – Le droit commun

Le droit commun fait référence à une notion centrale, le commerçant, et plus rarement à celle de professionnel. L'article L. 121-1 du Code de commerce précise que « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Selon l'article L. 110-1 du même code, sont notamment des actes de

---

43 – Circulaire du 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales, *JORF* 25 août 1987, p. 9704.

commerce, « 1<sup>o</sup> tout achat de biens meubles pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillés et mis en œuvre ». Un double critère est donc appliqué : celui de la réalisation de certaines activités (actes de commerce, etc.) et celui de l'exercice de cette activité à titre habituel.

La jurisprudence a pu estimer que l'activité commerçante s'entend d'une « *occupation sérieuse de nature à produire des bénéfices et à subvenir aux besoins de l'existence* » (44). Les juges ont donc apporté une précision complémentaire à savoir la nécessité, pour le commerçant, d'avoir une activité susceptible de lui procurer des revenus suffisants pour vivre.

Ces critères (activité, habitude, rémunération) sont repris par d'autres textes, par exemple, en matière de droit du sport (45), en matière de protection sociale (46) ou en matière fiscale (47).

### b. – Le droit de la consommation

Le droit de la consommation et le droit commun n'ont pas le même champ d'application. En effet, si un commerçant peut être un professionnel au sens du droit de la consommation, tout commerçant ne l'est pas systématiquement (cas des non-professionnels) et tout professionnel n'est pas obligatoirement un commerçant, au sens du Code de commerce (cas des travailleurs indépendants, artisans, etc.).

Le droit de la consommation fait référence, selon les articles, à trois notions distinctes : le consommateur, le professionnel et le non-professionnel. Cette dernière catégorie vise les personnes physiques ou morales auxquelles le droit souhaite offrir une protection équivalente aux consommateurs (48). Aucune de ces notions n'est définie par le Code de la consommation (49) ; en particulier, celle du vendeur professionnel n'est pas explicitée.

En droit communautaire, les directives adoptées en matière de protection du consommateur définissent le professionnel au travers de deux critères : une habitude d'exercice de l'activité et la volonté d'en tirer des profits. La jurisprudence française a confirmé (50) ces premières pistes et a pu étendre le champ d'application du droit de la consommation en ayant recours à un nouveau critère : celui de l'exercice d'une activité sous une forme organisée.

---

44 – CA Paris, 30 avril 1906, DP 1907, 5, p. 9.

45 – Les textes font une distinction entre les sportifs amateurs et professionnels : le critère utilisé est celui de la régularité et de la fourniture d'un revenu permettant de vivre.

46 – Les juges ont pu estimer, qu'en matière d'indemnisation d'un demandeur d'emploi par les ASSEDIC, qu'il n'y avait pas d'activité professionnelle en l'absence de rémunération (cas de l'exercice par le demandeur d'emploi d'une activité bénévole à temps plein).

47 – Le droit fiscal a institué deux statuts de loueur meublé, l'un professionnel, l'autre non professionnel. La différence tient au montant des revenus retirés de cette activité (supérieur ou inférieur à 23 000 €).

48 – Pour une application : Civ. 1<sup>e</sup>, 15 mars 2005, Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne, n° 02-13.285 : « *la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* ».

49 – À ce sujet, voir Rép. Min. Weber n° 54215, JOANQ 19 avril 2005, p. 4085 : « *Aucune définition du consommateur n'a été insérée au sein du code de la consommation en raison de la nature de la codification qui en est à l'origine. En effet le code de la consommation, adopté en 1993, réunit des textes dont les objectifs sont très différents et dont les champs d'application diffèrent sensiblement. (...) L'absence d'une définition du consommateur, conforme à la tradition juridique française, ne constitue pas une véritable difficulté mais plutôt un élément de souplesse car elle permet à la jurisprudence d'appliquer avec discernement les règles du droit de la consommation au contexte de chaque espèce* ».

50 – Cas d'un crédit à la consommation demandé par une association de guitare. Le juge refuse la qualification de crédit à la consommation car l'objet même de l'activité de l'association est de dispenser des cours et est rémunératrice : c'est un exercice professionnel (« *Une association qui a pour objet l'apprentissage de la guitare et dont les statuts prévoient la rémunération de cet enseignement exerce une activité professionnelle au sens de l'article L. 311-3.3° du Code de la consommation* ») : Civ. 1<sup>e</sup>, 23 mars 1999, n° 97-11.392.

## 2. – Les critères permettant de qualifier un particulier de vendeur professionnel

Plusieurs critères (51) permettent de qualifier de professionnel de la vente à distance un particulier qui vendrait des biens sur l'internet. Le changement de statut du particulier ne sera pas lié à l'application d'un seul de ces indices mais au constat que l'internaute en remplit plusieurs. C'est donc un faisceau d'indices qui déterminera le statut exact du vendeur.

**Le Forum des droits sur l'internet a pu établir la liste de critères suivante :**

- la **régularité de l'activité** : les juges rechercheront si le vendeur procède à son activité de manière fréquente et régulière et non pas de manière occasionnelle. La doctrine administrative a ainsi pu estimer que « *le particulier qui se livre à titre habituel à des actes de vente sur un site marchand est un commerçant de fait au sens de l'article L. 121-1 du Code du commerce* » (52). La circulaire du 12 août 1987 avait adopté le même critère en estimant qu'en « *aucun cas, la vente d'objets mobiliers personnels par un particulier [qui ne souhaite pas devenir un professionnel], qu'elle soit réalisée dans des lieux publics ou privés, ne doit présenter un caractère habituel* ».
- le **caractère lucratif de l'activité** : les juges tenteront de déterminer si le vendeur souhaite tirer des revenus de son activité. L'absence de revenus suffisants pour vivre n'est pas pour autant un élément suffisant pour prouver le caractère non lucratif de l'activité.
- **l'intention d'avoir une activité professionnelle** : ce critère permet de déterminer la volonté réelle du vendeur. Pour démontrer cette intention, il est possible de recourir à plusieurs indices de commercialité :
  - o la réalisation d'actes de commerce au sens de l'article L. 110-1 du Code de commerce. Ainsi, un particulier réalisant à titre habituel des actes d'achats pour revendre pourra être considéré comme un professionnel ;
  - o l'existence d'un système organisé de vente à distance : il s'agira par exemple de la réalisation par le vendeur d'une page personnelle présentant les objets mis en vente, de l'ouverture d'une boutique virtuelle, de la rédaction de conditions générales de vente, de la réalisation de publicités, de l'utilisation d'outils professionnels d'expédition des produits voire de l'aménagement de locaux destinés spécifiquement à cette activité marchande.

Cette liste ne fait intervenir aucun seuil de valeur à partir duquel le vendeur serait considéré comme un professionnel. En effet, les principes jurisprudentiels et issus des textes communautaires s'opposent à l'intégration d'un tel critère qui pourrait, en outre, être perçu comme arbitraire, voire artificiel.

## 3. – Approche didactique de la notion de « professionnel de la vente à distance »

Quelques exemples permettant de mieux comprendre le contour exact de la notion vendeur professionnel de la vente à distance peuvent être pris.

---

51 – Philippe Le TOURNEAU, « Les critères de la qualité de professionnel », *LPA* n° 181, 12 septembre 2005, p. 4.

52 – Rép. Min. Le Fur n° 53223, *JOANQ* 1<sup>er</sup> mars 2005, p. 2248.

#### Exemple 1 : Un internaute mettant en vente sa collection

A l'occasion de cette activité, l'internaute devra procéder à de multiples actes de vente (une offre par timbre mis en vente par exemple). Cet internaute ne sera pas, néanmoins, un professionnel de la vente à distance dès lors qu'il apparaît que ces ventes ne constituent pas des actes de commerce puisque les achats initiaux n'ont pas été réalisés dans une finalité de revente.

#### Exemple 2 : Un internaute vend sa propre production ou fabrication

La vente par un particulier de sa propre production ou fabrication peut être regardée comme une activité à caractère civil ou à caractère commercial dès lors qu'il a acquis des biens pour les transformer et pour les revendre. Par ailleurs, dès lors qu'il réalise cette activité de manière habituelle et récurrente ou s'il fait appel à un système organisé de vente à distance, il devra alors être regardé comme un professionnel.

#### Exemple 3 : Un internaute revendant sur l'internet ses propres biens

De la même manière qu'un collectionneur ne procède pas à des actes d'achat pour revendre, le fait pour un internaute de procéder à la revente des biens qu'il a acquis ou qu'on lui a offert ne saurait le faire regarder comme un professionnel.

#### Exemple 4 : Un internaute revendant sur l'internet des biens achetés à cette fin

A l'inverse de l'exemple précédent, l'internaute pourrait, dans cette situation, acquérir la qualification de vendeur professionnel dès lors qu'il choisit délibérément de procéder à des acquisitions de biens en vue de procéder à leur revente. Une telle qualification est d'autant plus probable que le vendeur recherche, par une telle activité, à en tirer des profits.

#### Exemple 5 : un internaute jouant le rôle d'intermédiaire dans la vente d'objets

Certaines plates-formes proposent à leurs utilisateurs de jouer le rôle d'intermédiaire entre l'acheteur et le véritable propriétaire du bien. Ils deviennent en quelque sorte un courtier supplémentaire qui s'ajoute à la chaîne d'acteurs présents dans la relation contractuelle. Dès lors qu'une telle activité nécessite pour l'intermédiaire de mettre en œuvre un système organisé afin d'assurer parfaitement ce rôle, il pourra relever du statut de professionnel, notamment s'il y a une régularité dans l'exercice de cette activité, voire si celle-ci est rémunérée.

### **4. – Les recommandations du Forum des droits sur l'internet aux plates-formes de mise en relation**

La notion de « vendeur professionnel » constitue une définition charnière qui déterminera le régime juridique applicable à la relation contractuelle qu'il va nouer avec un acheteur. Compte tenu de l'intérêt que son identification peut représenter pour les consommateurs, **le Forum des droits sur l'internet invite les professionnels à s'identifier comme tels dans leurs annonces** – même si aucune obligation légale n'existe en la matière.

Par ailleurs, dans l'optique d'une meilleure information du consommateur, le **Forum des droits sur l'internet recommande aux plates-formes de mise en relation de permettre aux « vendeurs professionnels » de s'identifier comme tels auprès d'elles**. Cette identification devrait ensuite être complétée par l'adoption d'une **signalétique appropriée apparaissant en marge des offres diffusées par tout vendeur** sur le site et **permettant aux acheteurs d'identifier rapidement et simplement le statut de leur cocontractant**, et en conséquence, le régime juridique applicable à la transaction commerciale.

Aucune obligation de surveillance et de recherche des utilisateurs « *professionnels* » ne peut, pour autant, être imposée aux plates-formes. En effet, celle-ci s'avère difficilement praticable et surtout partielle. Ainsi, un vendeur écoulant en petite quantité sa marchandise sur de très nombreux sites pourrait échapper à ces contrôles. De même, ne serait pas détecté un vendeur professionnel, ayant un magasin physique mais avec une activité dématérialisée relativement faible.

Il convient plutôt de soutenir les pratiques de certaines plates-formes qui encouragent les vendeurs professionnels à s'autodéclarer en leur faisant bénéficier d'offres ou de services particuliers (récupération de la TVA sur les commissions perçues, outils évolués de mise en ligne, etc.)

## **B. – Les règles applicables au vendeur professionnel**

Dès lors qu'un particulier est qualifié de professionnel de la vente à distance, il est soumis à certaines obligations spécifiques, complémentaires des règles générales et principalement issues du Code de la consommation (53).

### **1.- L'information sur les modalités de paiement et de livraison et sur la date de livraison**

Aux termes de l'article L. 121-18 du Code de la consommation, tout vendeur professionnel est tenu d'indiquer « *les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution* » et, conformément à l'article L. 114-1 du même code, d'« *indiquer la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation* ». **Le vendeur sont donc responsables de la bonne exécution de ces obligations.**

En pratique, sur les plates-formes de courtage en ligne, les vendeurs ont la liberté d'indiquer, ou non, les modalités de paiement et de livraison. Sur les plates-formes agissant comme mandataires du vendeur, l'offreur initial doit obligatoirement choisir les modalités de livraison applicables (normal, recommandé, messagerie), le site proposant lui-même un nombre prédéterminé de mode de paiement (carte bancaire, chèque, etc.)

Au regard notamment des auditions menées, l'information de l'acheteur sur les modalités de paiement et de livraison constitue un des éléments essentiels pouvant déterminer un consommateur à entrer dans une phase contractuelle avec un vendeur. En effet, et en particulier en ce qui concerne les modes de livraison, cette information peut avoir une incidence sur le prix dont devrait s'acquitter l'acheteur et surtout sur la possibilité pour

---

53 – Jérôme PASSA, « Commerce électronique et protection du consommateur », *D.* 2002, p. 555. A noter également que lorsque les ventes d'un professionnel ont lieu par l'intermédiaire de plates-formes de ventes sous forme d'enchères, elles sont soumises aux dispositions du Code de la consommation malgré l'exclusion prévue par l'article L. 121-17 du Code de la consommation pour « les ventes aux enchères ». En effet, les ventes ayant lieu par l'intermédiaire de ces sites ne sauraient être qualifiées de « *ventes aux enchères publiques* », conformément à la définition donnée par le Code de commerce mais de « *ventes sous forme d'enchère* ». En conséquence, les dispositions des articles L. 121-18 et suivants sont pleinement applicables aux vendeurs utilisant ces sites. Pour de plus amples informations, voir à ce sujet les développements consacrés dans une précédente recommandation du Forum des droits sur l'internet : Forum des droits sur l'internet, « Le courtage en ligne des biens culturels », 22 juillet 2004.

celui-ci de prendre possession du bien commandé (un vendeur pouvant ainsi imposer pour un bien encombrant un retrait sur place).

Dans ces conditions et même si ces obligations sont à la charge du vendeur, **le Forum des droits sur l'internet recommande aux plates-formes d'inviter leurs utilisateurs – en particulier professionnels – à indiquer, lors de la saisie de l'offre, les modalités de paiement et de livraison.** En tout état de cause, seul le vendeur sera responsable de la non exécution de cette obligation. Il pourrait notamment s'exposer à une demande d'annulation du contrat de la part du consommateur pour dol.

De même, et en application de l'article L. 114-1 du Code de la consommation, le vendeur professionnel est tenu d'indiquer au consommateur une **date de livraison**. En pratique, certaines plates-formes imposent à leurs vendeurs l'envoi de la commande dans un délai déterminé (48 heures par exemple pour Priceminister).

Le respect de cette obligation demeure délicat pour le vendeur dès lors que la date de livraison peut dépendre à la fois du mode de paiement choisi (envoi à réception du chèque), mais également, d'un tiers (le transporteur) sur lequel le vendeur n'a pas forcément de maîtrise. Ces difficultés ont ainsi incité les cyber-marchands traditionnels à modifier les informations communiquées au consommateur, privilégiant l'indication d'une date d'expédition plutôt que de livraison.

Pour autant, cette information demeure primordiale pour les consommateurs. Dans le commerce électronique opéré sur les sites internet, c'est même souvent l'élément déterminant du choix du vendeur (54), l'internaute procédant en général à une comparaison des vendeurs sur ce point.

En conséquence, **le Forum des droits sur l'internet invite les vendeurs à informer leurs acheteurs, a minima, sur une date d'expédition voire sur une date de livraison approximative compte tenu des délais annoncés par le transporteur.**

## 2. – Le processus contractuel

### a. – L'information sur les différentes étapes à suivre et les conditions générales de vente

Aux termes de l'article 1369-4 du Code civil, « *quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services [doit préciser] les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique* ».

**Cette obligation est à la charge du vendeur professionnel ou de son mandataire.** Seulement, celle-ci – comme pour le principe du double clic précédemment abordé – est étroitement liée à l'architecture du site auquel le vendeur a recours pour procéder à sa vente. Dans ces conditions les plates-formes sont les acteurs qui ont la meilleure connaissance de l'outil technique permettant de décrire aux utilisateurs les différentes étapes du processus contractuel. En conséquence, et afin de participer à la construction de la confiance sur le réseau, **le Forum invite les plates-formes non mandataires à assister le vendeur dans la bonne exécution de l'obligation posée par l'article 1369-4 du Code civil sur les plates-formes.**

---

54 – TGI Lyon, jugement correctionnel, 3 février 2005, Procureur de la République et Association des nouveaux consommateurs du Rhône c/ Thomas C. Les magistrats indiquaient dans ce jugement que : « *le délai de livraison annoncé et vérifié par la consultation des pages internet du site de cette société est donné pour "extrêmement rapide, entre deux et dix jours" et avait bien pour objet de stimuler la décision d'achat à ce site de commerce électronique le délai apparaissant d'ailleurs un des éléments principaux et mis en avant pour recourir plus particulièrement à la vente en ligne* ».  
<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=878>

D'ores et déjà, les courtiers en ligne sous formes d'enchères sont également tenus à une obligation similaire d'information en application de l'article 67 du décret n°2001-650 du 19 juillet 2001 pris en application des articles L. 321-1 à L. 321-38 du code de commerce et relatif aux ventes volontaires de meubles aux enchères publiques qui précise qu'« *en cas de courtage aux enchères réalisé à distance par voie électronique, le courtier assure l'information en ligne du public sur la nature exacte des opérations de courtage, sur les obligations respectives des vendeurs et des acheteurs et sur les conditions de conclusion des ventes. Cette information reproduit, de manière apparente, les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 321-3 du code de commerce* ».

En conséquence, **le Forum des droits sur l'internet recommande aux plateformes, mandataires ou non, de procéder à la création d'une rubrique « aide » expliquant à leurs utilisateurs les modalités de fonctionnement du site et en particulier le schéma contractuel dans lequel ceux-ci vont s'engager.**

b. – L'information sur les moyens de consulter les règles professionnelles

Aux termes de l'article 1369-4 du Code civil, « *quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services [doit préciser] les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre* ».

Cette obligation, instituée par les dispositions de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, vise les vendeurs professionnels qui appartiendraient à un ou plusieurs organisations professionnelles les soumettant ainsi à des règles déontologiques plus strictes et plus protectrices du consommateur en matière de vente à distance. Elle a donc vocation à s'appliquer aux vendeurs professionnels, membres de telles structures, ce qui n'est pas le cas de la majorité de ceux ayant recours aux plateformes.

Néanmoins et dans un souci de permettre l'extension de l'usage de ces plateformes à tous les acteurs du commerce électronique, **il apparaît opportun que les plateformes n'interdisent pas (55) au vendeur professionnel de réaliser une telle mention dans son offre ou dans sa page de présentation avec notamment l'insertion d'un lien hypertexte pointant vers lesdites règles.**

c. – La revente à perte

Conformément à l'article L. 442-2 du Code de commerce, « *le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75000 euros d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif* ». En pratique, le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

En pratique, cette disposition peut viser les vendeurs professionnels qui procèderaient à la revente d'un produit à un prix inférieur à son prix d'achat effectif, que le produit soit neuf ou d'occasion.

---

55 – Les conditions générales d'utilisation de certaines plateformes interdisent en effet aux vendeurs de réaliser des liens hypertextes externes dans leurs offres.

Tel est en particulier le cas pour les vendeurs utilisant les plates-formes de vente sous forme d'enchère et dont le prix final payé par l'internaute est inférieur à ce prix d'achat effectif.

En la matière, **il convient de recommander aux magistrats de considérer le montant de mise en vente d'un produit sur ces plates-formes particulières comme ne constituant pas l'annonce de la revente à perte d'un produit**, infraction prohibée par les dispositions sus rappelées.

En effet, comme nous avons eu l'occasion de le rappeler précédemment, la mise en vente d'un produit à un faible montant est une technique inhérente au mécanisme de l'enchère destinée à accroître le nombre d'enchères.

En tout état de cause, et afin de diminuer tout risque juridique, **il convient de recommander aux vendeurs professionnels utilisant ces plates-formes d'indiquer un prix de réserve – lorsqu'une telle faculté est permise – correspondant, au minimum, au prix d'achat effectif du bien.**

Enfin, les plates-formes, mandataires ou non, sont invitées à sensibiliser, dans leur page d'aide, leurs vendeurs professionnels sur cette règle particulière.

### 3. – Exécution du contrat

#### a. – L'information sur l'existence d'un droit de rétractation

Le droit de rétractation, disposition centrale en matière de protection du consommateur dans le secteur de la vente à distance, n'est juridiquement applicable qu'aux relations commerciales conclues à distance entre un professionnel et un consommateur.

Aux termes de l'article L. 121-20 du Code de la consommation, « *le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour* ». Ce délai court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services. Lorsque qu'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et, au plus tard, dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur.

Afin de rendre effective cette disposition, les articles L. 121-18 et L. 121-19 imposent aux vendeurs professionnels d'informer le consommateur de l'existence d'un droit de rétractation et de lui indiquer les modalités d'exercice de ce droit.

A ce stade, trois précisions importantes doivent être apportées. Tout d'abord et conformément à la loi, le consommateur ne peut invoquer un droit de rétractation que lorsqu'il est en présence d'un vendeur professionnel au sens du droit de la consommation. Si le vendeur est un particulier « non professionnel », ce droit n'existe pas.

Ensuite, dans certaines situations, le consommateur ne bénéficie pas du droit de rétractation. Cela vise en particulier :

- les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs
- les contrats de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier ;

- les contrats de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;
- les contrats de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur ;
- les contrats de fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines.

Si l'on rapporte ces règles à la pratique des utilisateurs des plates-formes, on constate qu'un secteur important des relations commerciales visées par la présente recommandation en est ainsi exclu : celui des ventes de certains produits culturels (CD, DVD, VHS) qui ont été descellés (cas des biens d'occasion).

Enfin, tout vendeur, professionnel ou non, peut aller au-delà des textes et octroyer contractuellement au consommateur un régime de protection supplémentaire comme par exemple, reconnaître un droit de rétractation à l'acheteur alors même que le Code de la consommation ne lui accorderait pas cette faculté.

En la matière, les pratiques des utilisateurs et des plates-formes varient. Certains vendeurs indiquent clairement dans leurs offres une politique de retour. Des plates-formes peuvent également inciter leurs utilisateurs à faire de même.

En l'état actuel, il apparaît que certaines difficultés ont vu le jour :

- des consommateurs peuvent demander à bénéficier d'un droit de rétractation lors d'un achat auprès d'un vendeur non professionnel alors que le Code de la consommation ne leur ouvre pas une telle faculté ;
- des vendeurs professionnels peuvent refuser l'application de ce principe par méconnaissance – volontaire ou non – des règles applicables.

Deux réponses pouvaient être apportées à ces constats : l'une reposant sur le vendeur, l'autre sur la plate-forme.

La première consisterait à recommander aux vendeurs d'indiquer l'existence éventuelle et les modalités d'un droit de rétractation dans leur annonce. Il s'agirait d'une application littérale du droit puisque le Code de la consommation fait peser sur eux le respect de cette obligation. Néanmoins, cela pourrait s'avérer insuffisant dès lors que les « nouveaux professionnels » pourraient ignorer les règles applicables voire, dans certains cas, refuser volontairement au consommateur un tel droit. Or, cette information – en matière de vente à distance, est essentielle pour le consommateur.

La seconde, s'appuie sur les plates-formes de mise en relations qui détiennent la maîtrise technique de la présentation de l'offre. Il s'agit de leur recommander, afin de les faire participer à la construction de la confiance sur le réseau, de **procéder à un affichage « en dur » soit sous la forme d'un message explicite, soit sous la forme d'un logotype d'une information de base sur le droit de rétractation ou encore un lien hypertexte dans la page de l'annonce.** Cette information préciserait ainsi les conditions permettant à un consommateur d'invoquer un droit de rétractation et les limites apportées par la loi.

Nonobstant cette information, il n'est pas actuellement possible de demander aux plates-formes d'afficher un message personnalisé en fonction du vendeur et des produits mis en vente, celles-ci n'opérant pas de vérification ou d'analyse systématique des annonces publiées par leurs vendeurs (et ainsi ne peuvent déterminer si les biens mis en vente bénéficient ou non d'un droit de rétractation).

En tout état de cause, **seul le vendeur ou son mandataire (si un mandat a été donné en matière de droit de retour) sont responsables de l'absence des**

**mentions imposées par le Code de la consommation en matière de droit de rétractation, et a fortiori du refus d'exercice opposé par un professionnel à un consommateur.** Les courtiers en ligne sont, en outre, invités à informer leurs utilisateurs sur cette règle centrale du droit de la vente à distance.

b. – L'extension de l'application du droit de rétractation aux relations commerciales conclues entre deux particuliers

A ce jour, la majorité des contrats formés par l'intermédiaire d'une plate-forme de mise en relation demeure encore le fait de deux consommateurs. Le droit de rétractation, disposition centrale du régime protecteur prévu en matière de vente à distance, quant à lui, ne s'applique pas puisque le vendeur n'est pas un professionnel (56). Cette application stricte de la loi a pu être contestée. En effet, même si les relations commerciales font intervenir deux acteurs de même force économique, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit toujours d'un contrat conclu à distance. Au cours des réflexions du groupe de travail, plusieurs arguments à la fois favorables et défavorables à ce choix ont pu être émis.

### **Les arguments favorables à une évolution du droit**

Deux principaux arguments ont pu être développés en faveur d'une extension aux vendeurs particuliers du régime protecteur applicable aux ventes à distance réalisées par un professionnel.

Le droit de la vente à distance tend à renforcer la protection du consommateur à l'occasion d'une activité commerciale au cours de laquelle, comme le précise l'article L. 121-16 du Code de la consommation, a lieu une vente conclue sans « *la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance* ».

En matière de ventes conclues sur l'internet, le contrat est toujours conclu « *sans la présence physique simultanée des parties* » en utilisant « *exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance* ». C'est ce qui avait notamment incité le Conseil d'Etat, dans son rapport 'Internet et les réseaux numériques', à afficher comme objectif prioritaire, celui « *d'assurer aux consommateurs une protection d'un degré comparable, lors de transactions dématérialisées, à celle dont ils jouissent à l'occasion de ventes à distance classiques* » (57). Il a été en cela largement suivi par la doctrine ainsi que la jurisprudence. Mais si l'on s'en tient à cette volonté d'appliquer à toutes les ventes à distance le même régime juridique, les relations commerciales entre deux particuliers auraient naturellement vocation à relever de ce régime spécifique.

D'une part, il s'agit de faire bénéficier le commerce en ligne sous toutes ses formes, des mêmes garanties que la vente à distance classique. D'autre part, il s'agit de protéger le consommateur par rapport à un vendeur non professionnel qui, contrairement à un vendeur professionnel, ne connaît pas forcément toutes les caractéristiques essentielles de son bien et peut en faire une description partielle. Reconnaître alors à l'acheteur un droit de rétractation permettrait ainsi d'atténuer l'impact d'une mauvaise information de la part du vendeur.

---

56 – Il faut relever qu'avant la réforme d'août 2001, une ambiguïté demeurait laissant penser que le régime de la vente à distance était susceptible de s'appliquer également aux relations commerciales entre particuliers. Voir à ce sujet : Jean BEAUCHARD, Droit de la distribution et de la consommation, *PUF*, Thémis, 1996, p. 372. Cette interrogation est aujourd'hui levée avec la nouvelle formulation de l'article L. 121-16 du Code de la consommation.

57 – Conseil d'Etat, « Internet et les réseaux numériques », *La Doc. fr.*, 1998, p. 55.

## Les arguments défavorables à une évolution du droit

A ces quelques thèses en faveur d'une extension du régime protecteur de la vente à distance, s'opposent d'autres arguments défavorables à toute modification du champ d'application du Code de la consommation.

Tout d'abord, le droit de la consommation cherche par nature à rééquilibrer une relation commerciale associant un acteur économiquement fort et informé (le vendeur professionnel) et un être faible, facilement influençable (le consommateur). Or, dans les relations commerciales entre deux particuliers, aucun déséquilibre ne peut être constaté, les deux parties étant de nature et de poids économique équivalents, ayant les mêmes connaissances et compétences.

Ensuite, l'application des dispositions relative au droit de rétractation pourrait avoir des conséquences dommageables pour le vendeur. Si ce droit est utile à l'acheteur qui n'a pas la possibilité de voir le bien préalablement à la conclusion du contrat, il constitue pour le vendeur une contrainte en terme de logistique (assurer le retour du bien, le remettre en vente) avec un impact financier non négligeable (remboursement des sommes versées par l'acheteur, montant qui peut ne plus être en sa possession, obligation de s'acquitter de nouveaux frais pour la remise en vente de l'objet). En pratique, l'application de ce droit aux relations commerciales entre deux particuliers pourrait porter préjudice à la vente (découragement du vendeur, refus « de bonne foi » du vendeur de faire application de cette règle en raison des contraintes, etc.)

En outre, les auditions ont également montré qu'il n'apparaît pas de demande clairement identifiée de la part des acheteurs en faveur d'une extension du champ d'application du droit de rétractation. Cela s'explique principalement par le fait que le montant des transactions demeure relativement faible (quelques dizaines d'euros en moyenne). En outre, dès lors qu'un consommateur est déçu par le bien reçu, il le remet généralement assez vite en vente, pouvant – dans certains cas – en tirer un revenu supérieur au montant dépensé pour son acquisition.

S'appuyant sur ces éléments, le Forum des droits sur l'internet n'a pas souhaité proposer une modification des dispositions du Code de la consommation en faveur de la prise en compte, dans le champ du régime applicable au droit de rétractation, des relations commerciales entre particuliers.

**Le Forum estime que le régime juridique existant encadrant les relations commerciales entre particuliers est suffisamment protecteur des parties ; il doit cependant être connu et mis en œuvre par les parties.**

### c. – La responsabilité du fait des produits défectueux

Conformément aux dispositions de l'article 1386-7 du Code civil et à l'article L. 221-1 du Code de la consommation (58), le vendeur professionnel peut être responsable de plein droit du défaut de sécurité d'un produit dès lors que le producteur de ce produit demeure inconnu.

Il est donc rappelé aux vendeurs professionnels qu'ils peuvent être soumis à un tel régime de responsabilité en cas de défectuosité du produit vendu.

---

58 - « Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

#### d. – L'obligation de délivrance conforme

Aux termes d'une ordonnance du 17 février 2005, un régime de garantie légale de conformité du bien livré s'applique à tout vendeur professionnel – pour les contrats conclus postérieurement au 19 février 2005. Ainsi, le nouvel article L. 211-4 du Code de la consommation prévoit que « *le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance* ». Il répond également des défauts de conformité « *résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité* ».

Afin de donner une portée plus forte à ce principe, l'article L. 211-5 du Code de la consommation définit ce qu'il faut entendre par conformité au contrat. Le bien devrait soit « *être propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant : correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle [ou] présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publiques faites par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage* », soit « *présenter les caractéristiques définies d'un commun accord par les parties ou être propre à tout usage spécial recherché par l'acheteur, porté à la connaissance du vendeur et que ce dernier a accepté* ».

En application de l'article L. 211-7, les défauts de conformité « *qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien* » sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire. Cet élément permet donc à l'acheteur d'agir sur ce terrain même postérieurement à la réception du bien dès lors qu'un défaut apparaît dans un délai de 6 mois. Il devra néanmoins faire valoir son action dans un délai de deux ans à compter de la réception du bien.

Cependant, l'acheteur ne peut invoquer un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté. Les articles L. 211-9 et L. 211-10 ajoutent des précisions. En effet, en cas de défaut de conformité, l'acheteur peut choisir entre la réparation et le remplacement du bien. Le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut.

Par ailleurs, si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rembourser une partie du prix. La même faculté lui est ouverte si la solution demandée, proposée ou convenue ne peut être mise en oeuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche.

L'annulation de la vente ne pourra, en tout état de cause, jamais être prononcée si le défaut de conformité est mineur. A noter, que le remplacement et la réparation du bien doivent avoir lieu sans aucun frais pour l'acheteur.

Ces règles s'appliquent à tout bien commercialisé par des professionnels, qu'ils soient neufs ou d'occasion.

Compte tenu de ces règles nouvelles, **le Forum invite les plates-formes à informer, dans leurs pages d'aide, leurs vendeurs professionnels sur le régime applicable au titre de la garantie de la conformité des biens livrés.**

### **III. – LE RÉGIME FISCAL ET SOCIAL**

#### **A. – Le régime social applicable aux vendeurs**

Lorsqu'un particulier exerce une activité économique même à titre accessoire, non salarié et non agricole, il relève du régime social des travailleurs indépendants. Ce régime implique un contact avec trois interlocuteurs : l'Organic pour son régime de retraite, la CANAM pour son régime d'assurance maladie et l'URSSAF pour la cotisation à la CAF, CSG et CRDS.

##### **1. – La définition du travailleur indépendant**

Le travailleur indépendant se définit par opposition à la notion de travailleur salarié. Est travailleur indépendant, la personne physique qui exerce une activité professionnelle, même à titre accessoire, sans lien de subordination, sans intégration dans un service organisé et qui supporte un risque économique.

La notion d'activité professionnelle n'est pas définie clairement. C'est à la fois la jurisprudence et l'interprétation au cas par cas par l'URSSAF qui fixent cette définition.

Ainsi, n'est pas constitutive d'une activité professionnelle, une activité liée à la gestion du propre patrimoine de la personne (gestion d'un portefeuille d'action, vente de sa propre collection avec une plus-value, etc.). D'autres exemples peuvent être cités. Pour les chambres d'hôtes, l'administration fiscale a adopté un critère simple à savoir un montant au dessus duquel l'exploitant est considéré comme un professionnel. A l'inverse, la jurisprudence sociale est frileuse et a plutôt choisi un faisceau de critères (maîtrise de l'accueil des hôtes, partage de la maison familiale, partage des repas à la table du maître de maison).

En matière d'activités exercées sur l'internet, l'URSSAF a été amenée à prendre position sur le cas d'internautes possédant des sites internet et affichant des bannières publicitaires.

Une double réponse a été apportée :

- si le créateur du site est mineur, il n'exerce pas forcément une activité professionnelle même si les revenus sont importants ;
- à l'inverse si l'exploitant du site, majeur, met à jour fréquemment son site dans l'intention d'en tirer des revenus complémentaires, il devient travailleur indépendant.

En pratique, l'assujettissement au régime des travailleurs indépendants est dicté par les éléments suivants :

- l'activité doit être exercée de manière régulière ;
- elle doit être exercée à des fins lucratives (volonté de réaliser certaines opérations afin d'en tirer des revenus).

Par ailleurs, un autre critère peut également être utilisé : l'assujettissement fiscal. En effet, l'assiette sociale étant calquée sur l'assiette fiscale, un particulier déclarant des revenus en bénéfices industriels et commerciaux (BIC) sera considéré comme ayant des revenus professionnels et donc devant s'inscrire au régime des travailleurs indépendants.

Afin d'unifier le régime applicable aux vendeurs professionnels, **le Forum des droits sur l'internet propose à l'URSSAF, à l'Organic et la CANAM d'adopter une définition commune de la notion de travailleur indépendant – en matière de ventes par un particulier sur l'internet – qui s'inspirerait de celle établie pour la notion de « professionnel de la vente à distance »** dans la présente recommandation.

## **2. – Les conséquences de l'assujettissement**

Un particulier devra s'acquitter de plusieurs types de cotisations : à l'URSSAF, à la CANAM et à l'Organic. Contrairement à l'URSSAF, l'Organic et la CANAM ne prévoient pas de mécanisme de dispense.

En pratique, l'URSSAF peut admettre que lorsque le particulier ne génère pas de revenus importants, seule une déclaration de ses revenus au titre des BIC est nécessaire. Mais, cette position n'est pas systématiquement suivie par les autres organismes dès lors que ces derniers n'ont pas inséré de mécanisme de dispense.

### **B. – Le régime fiscal applicable aux vendeurs**

Dès lors qu'il exerce une activité professionnelle, un vendeur est tenu de déclarer les sommes perçues auprès de l'administration fiscale.

#### **1. – L'assujettissement à l'impôt sur le revenu**

Les bénéfices réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale sont considérés comme bénéfices industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu. Selon la doctrine administrative, « *l'exercice d'une profession industrielle et commerciale s'entend de l'accomplissement habituel, par des personnes agissant pour leur propre compte et poursuivant un but lucratif, d'opérations de caractère industriel ou commercial* ».

Le droit fiscal a donc recours à plusieurs critères : l'habitude d'exercice de l'activité, le caractère lucratif de l'activité et l'exercice d'opérations commerciales.

Afin d'adopter un champ d'application commun aux dispositions visant la notion de professionnel, **le Forum des droits sur l'internet invite l'administration fiscale à retenir, comme critères d'assujettissement, ceux préalablement établis pour la définition du « vendeur professionnel »**.

De même, les bénéfices réalisés par des personnes morales seront, quant à eux, imposés dans la catégorie de l'impôt sur les sociétés.

#### **2. – L'assujettissement à la taxe sur la valeur ajoutée**

Par ailleurs, un professionnel n'est pas redevable de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) dès lors que le montant annuel des sommes perçues au titre de son activité n'excède pas certains plafonds fixés en application de l'article 293 B du code général des impôts.

En franchise de TVA, le vendeur qui émet une facture doit préciser explicitement que « la TVA n'est pas applicable conformément à l'article 293 B du CGI ».

## CONCLUSION

Comme indiqué précédemment, le commerce entre particuliers constitue une nouvelle forme d'achat. Selon l'étude FEVAD – Mediametrie/Netrating de juin 2005, 39,4% des internautes déclaraient avoir utilisé des sites permettant une mise en relation directe des acheteurs avec des vendeurs pour l'achat ou la vente de produits neufs ou d'occasion. Les principaux produits échangés sur ces plates-formes demeuraient les produits culturels (18,1%), les produits techniques (13,9%), l'habillement et les jouets (8,3% chacun) et les produits liés à l'univers de la maison (6,1%).

Nonobstant le fait que les plates-formes de mise en relation soient ou non mandataires du vendeur, elles jouent un rôle central dans la conclusion d'une transaction entre deux de leurs utilisateurs. En offrant un lieu d'échange et de rencontre, elles permettent à une relation économique de se nouer entre un vendeur, professionnel ou non, et un acheteur.

Ainsi, et au-delà des obligations juridiques particulières que l'on peut leur reconnaître, elles constituent indéniablement des intermédiaires commerciaux. A ce titre, les plates-formes se doivent de participer à la construction de la confiance sur le réseau au travers notamment du développement d'une information pédagogique sur leur site.

En effet, si le cadre juridique existant pour les relations commerciales entre particuliers est protecteur, il demeure peu connu des utilisateurs. Ainsi, et malgré les pages d'information élaborées par certaines plates-formes, il apparaît que les consommateurs français – contrairement aux consommateurs allemands comme l'ont montré les auditions – se renseignent rarement en amont d'une transaction mais uniquement lorsqu'un différend ou un problème naît.

Il est donc nécessaire d'avoir une démarche pédagogique à destination des acheteurs et vendeurs, utilisateurs des plates-formes de mises en relation.

**Le Forum des droits sur l'internet invite les plates-formes à mettre en place une page destinée à informer leurs utilisateurs des règles principales applicables dans le secteur des ventes entre particuliers ou entre un professionnel et un consommateur.**

A cette page devraient être associés des liens hypertextes pointant vers des sites d'information (le site de la DGCCRF ou le site d'information du Forum des droits sur l'internet : DroitDuNet.fr) permettant ainsi à l'utilisateur d'obtenir de plus amples renseignements. En tout état de cause, la plate-forme ne serait pas tenue de procéder à une diffusion exhaustive de toutes les règles applicables.

**Cette page d'information devrait être facilement accessible et compréhensible** afin de permettre à un non juriste de saisir rapidement les principes de base encadrant la transaction commerciale ainsi conclue.

Des actions d'information et de sensibilisation similaires pourraient également être menées notamment dans le cadre des **opérations menées par les pouvoirs publics**.

## **ANNEXE 1 – COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL**

**Jean-Luc DANIEL**, Bureau Droit de la consommation, Direction générale à la concurrence, à la consommation et à la répression des fraudes (DGCCRF) ;

**Bénédicte DELEPORTE**, Directrice juridique, eBay France ;

**Véronique DONNADIEU**, Juriste, Association CLCV ;

**Patricia FOUCHER**, Juriste, Institut national de la Consommation ;

**Jérôme HUET**, Professeur de Droit à l'Université de Paris II ;

**Pierre KOSCIUSKO-MORIZET**, Président directeur général et **Pierre KRINGS**, Directeur général, Priceminister ;

**Bertrand PINEAU**, Responsable des nouvelles technologies et du système d'information, Fédération de la vente à distance (FEVAD).

La coordination des travaux était assurée par **Benoît TABAKA**, chargé de mission au Forum, rapporteur du groupe.

## **ANNEXE 2 – AUDITIONS RÉALISÉES PAR LE GROUPE DE TRAVAIL**

Le groupe de travail a procédé aux auditions de :

**Anne AURIANT**, internaute ;

**Grégory BOUTTE**, Directeur général, eBay France ;

**Aymeric CHOTARD**, Président directeur général, 2XMoinsCher ;

**Carola CISTERNAS**, internaute ;

**Philippe COMMEROT**, internaute ;

**Bénédicte DELEPORTE**, Directrice juridique, eBay France ;

**Véronique DONNADIEU**, Juriste, Association CLCV ;

**Jérôme FRITEAU**, Sous-direction juridique et réglementaire, ACOSS ;

**Pierre KOSCIUSKO-MORIZET**, Président directeur général, Priceminister ;

**Martine MERIGEAU**, Directrice, Centre européen des consommateurs de Kehl ;

**Jean-Pierre PIZZIO**, Professeur à l'Université de Bourgogne ;

**Christine RIEFA**, *Lecturer in Law*, Université de Brunel (Royaume-Uni) ;

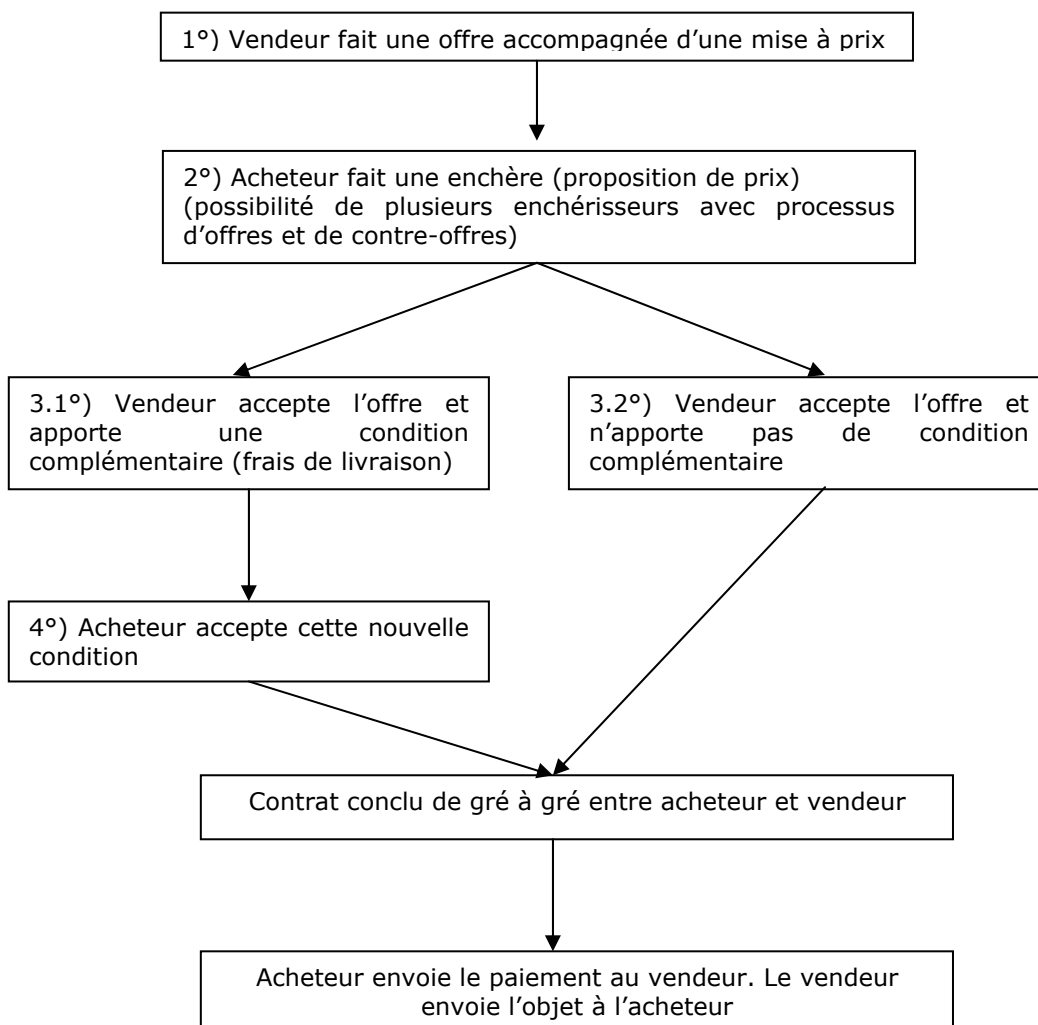
**Stéphane SCHMIDT**, Juriste, Centre européen des consommateurs de Kehl ;

**Philippe STOFFEL-MUNCK**, Professeur à la Faculté de droit de Paris Saint-Maur.

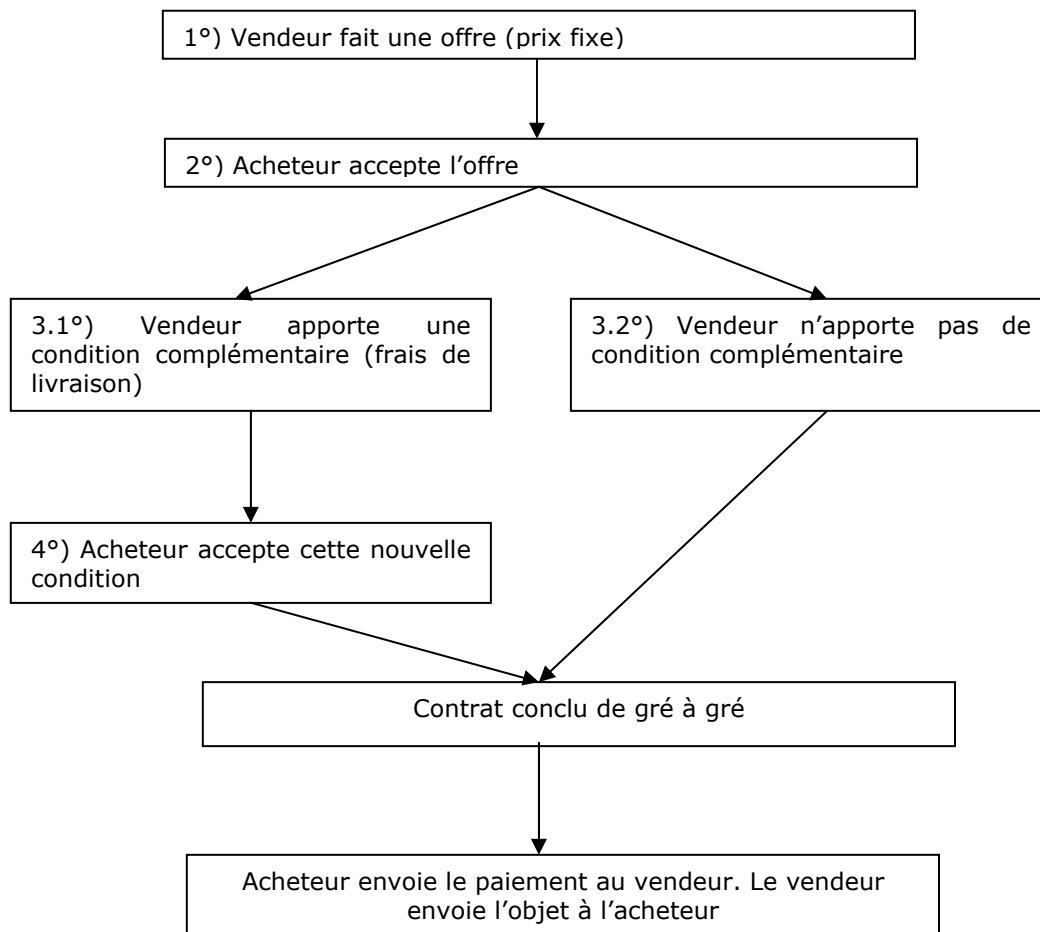
Enfin, le groupe de travail tient à remercier **Cédric MANARA**, Professeur à l'Edhec Business School de Nice pour les précieuses réponses apportées à ses interrogations.

## ANNEXE 3 – SCHÉMAS SYNTHÉTIQUES DU PROCESSUS CONTRACTUEL

Situation 1 : mécanisme de courtage en ligne sous forme d'enchères (modèle eBay)



Situation 2 : mécanisme de courtage en ligne à prix fixe (modèle eBay)



Situation 3 : mécanisme de vente à prix fixe faisant intervenir un mandataire (modèle Priceminister)

