

*Le contrat, bouleversé ou non par l'électronique : un rapport critique.*

*Pierre-Yves Gautier, rapporteur français.*

1. Le droit des obligations, depuis les Romains, s'est toujours caractérisé par sa très grande stabilité, ce qui explique qu'il soit si difficile de le réformer, même si les désirs sont importants, tant au stade de l'Union européenne que dans les Etats-membres, tout spécialement la France, qui lui a consacré plusieurs projets successifs de grand talent.

La question ici posée est de savoir si le bouleversement majeur dans la vie économique et extrapatrimoniale des populations, à l'échelon mondial, que constitue l'échange électronique de données, a ou non une incidence sur le contrat de droit privé et l'encadrement juridique qui doit être le sien.

2. Il est impossible, sur un sujet comme celui-ci de ne pas consacrer au moins une partie entière, fût-elle ramassée, à la sociologie juridique. Carbonnier, disparu au moment où cette révolution technologique et sociologique s'implantait massivement dans les populations, a souligné à quel point elle est nécessaire pour aider à la prise de décision du législateur ou du juge, mais également pour guider la formation et le fonctionnement du contrat<sup>1</sup>.

On commencera donc par esquisser une sociologie de l'Internet (I), avant de rechercher si les contrats qui s'y concluent sont en passe ou non d'obéir à un droit propre (II).

*I : Esquisse d'une sociologie juridique de l'Internet.*

3. Une règle n'a de légitimité que par « *la réalité qui la secrète et la reçoit* »<sup>2</sup>.

Le seul droit empreint d'effectivité, c'est celui qui « *part d'un état de fait qu'il lui faut connaître pour le consolider, le transformer ou orienter son évolution vers le résultat qui paraît désirable* », en retenant une idée suffisamment pertinente pour légitimer les solutions finalement retenues<sup>3</sup>.

Pas de droit sans observation préalable, ni idée claire, avec un minimum de vues à terme.

4. Cela vaut d'abord pour l'observation des populations humaines : en l'espace de quelques années, elles ont massivement adopté la communication électronique, à la fois dans un cadre professionnel, pour leur travail et dans leur vie privée, loisirs, culture, échanges « de convivialité ». Toutes les plate-forme, les applications, logiciels, sur tous les supports, sont utilisés chaque jour à travers le monde. Quelle personne physique de tout âge ne consulte pas son courrier, tôt le matin, visite son premier site (d'actualité juridique ?), « *tweete* » pour donner ou connaître les nouvelles du jour, se rend sur Facebook, LinkedIn, You Tube, une agence de voyages ou de spectacles en ligne et tant d'autres utilités ?

Toutes classes sociales confondues, l'immatériel à portée de la main et de l'esprit, a révolutionné les modes de vie quotidienne, de l'âge de raison jusqu'aux agréments de la vieillesse.

Or on ne se connecte pas sans contracter : l'Internet regorge d'actes juridiques, à commencer par la fourniture d'accès pour la connexion, ou les accords avec les gestionnaires de plate-forme et d'applications - combien d'identifiants et de mots de passe possédons-nous ? Autant « d'ID », autant de contrats cadre ou individuels, à exécution successive, gratuits ou à titre onéreux.

---

<sup>1</sup> Sociologie juridique, 2è éd., Quadrige, PUF 2004, p. 257 s.

<sup>2</sup> F. Terré, Introduction générale au droit, 9è éd., Dalloz 2012, n° 37.

<sup>3</sup> H. Batiffol, Problèmes de base de philosophie du droit, LGDJ 1979, p. 101-102.

Vertige de la technique et de nos nouveaux modes de vie numériques, appliqués aux actes juridiques.

5. Les contrats sont le plus souvent conclus, grâce à des formulaires en ligne – c'est *l'apogée du contrat type*, ici dématérialisé – par de plus en plus d'Internautes, à partir de leur ordinateur, de leur tablette, de leur smartphone. Dans des conditions de plus en plus rapides – donc avec le risque de ne pas lire grand-chose des conditions juridiques (voir plus bas). Ils portent sur toutes sortes de produits et services, physiques ou dématérialisés. Prenez l'immense domaine des applications pour smartphones et tablettes : chaque téléchargement est un contrat, les gens ne s'en rendent pas compte, si avides de jouir du service. Gratuit, souvent, mais avec des contreparties indirectes, notamment la publicité imposée, le professionnel se rémunérant auprès des tiers, « acheteurs » de publicité, de mots-clés (« adwords »).

6. La loi et la jurisprudence ne sont pas non plus exemptes de ces bouleversements dans les comportements.

- *La loi* : dès les débuts de l'Internet, les normes n'ont pas tardé : dans le commerce électronique et la propriété intellectuelle, notamment. Il ne se passe pas une année sans que de nouvelles réglementations dématérialisent des rapports de droit privé qui appartenaient au monde physique depuis que les sociétés humaines sont organisées. Ce que la technologie permet, ce qu'elle facilite ou fait économiser, conduit à poser des normes ; mais souvent, *sans un minimum de recul, d'au moins quelques années d'observation*.

En effet, ce qu'il faut mesurer, c'est qu'alors que l'Internet grand public ne date que d'une quinzaine d'années, on s'empresse de réglementer sans avoir véritablement d'idée à moyen et long terme sur les effets pervers possibles à venir. De l'anti-Carbonnier.

La réglementation de la dématérialisation s'associe à d'autres mouvements profonds de nos sociétés modernes, notamment le droit de la consommation, sur les contrats à distance, dont l'Union européenne a fait un de ses chevaux de bataille. On y reviendra.

On discerne aussi des craintes parfois irraisonnées : par exemple, s'agissant des données personnelles, il y a beaucoup à dire, alors que les textes nationaux et européens, les admonestations de la CNIL, se multiplient : les professionnels de l'Internet se moquent pour le plus clair de notre vie privée et ont une vision purement marchande de notre profil – les « cookies » le prouvent : si je veux voir tel film, recherche le plan pour me rendre dans tel bar avec ma fiancée, ils s'en emparent certes, mais pour que la semaine prochaine, leurs propres contractants me proposent des films ou des bars analogues, qui peuvent m'intéresser, pas pour savoir où je vais et le transmettre au ministère de l'intérieur ou à mes ennemis. C'est de la commercialisation de nos données (par voie de « licences d'utilisation »), qui suppose notre consentement – c'est stipulé dans les conditions générales. La seule question est alors de savoir si l'internaute a eu la possibilité d'en prendre sérieusement connaissance (V. plus bas).

- *La jurisprudence* : à ce jour, elle reste surtout cantonnée au domaine extracontractuel – droits de la presse, vie privée, propriété intellectuelle, etc. – et oscille entre le libéralisme en faveur des fournisseurs de moyens que sont les professionnels de l'Internet et quelques accents de sévérité, issus de notre tradition civiliste de protection des personnes vulnérables ; en matière contractuelle, on n'en est qu'aux balbutiements d'application nationales ou européenne des nouvelles réglementations, notamment consuméristes<sup>4</sup>. Mais on discerne bien

---

<sup>4</sup> V. V. Fauchoux, P. Deprez et J.M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, LexisNexis 2013, n°s 272 s.

l'hésitation entre transposer les syllogismes du monde physique, ou bien encore plus protéger la partie faible, du fait de la dématérialisation.

C'est le point commun de tous ces comportements et des raisonnements juridiques à effectuer : *l'analogie ou l'autonomie*. Ce sera un des fils conducteurs de ce rapport.

II : Un droit des obligations propre à l'Internet, ou par analogie du monde réel.

7. La question est celle-ci : les rapports contractuels électroniques sont-ils tels qu'un nouveau droit spécial, propre à l'immatériel contractuel, serait en train ou devrait à terme, se mettre en place ? Ou bien assiste-t-on à un raisonnement analogique, mêmes solutions, par identité de raisons, pour l'essentiel des mécanismes juridiques de surveillance du contrat ? C'est ici qu'on doit rappeler que *l'analogie est un procédé aussi bien légal que juridictionnel*<sup>5</sup>.

Pour le rechercher, on examinera la formation (A), l'exécution du contrat (B) et les rapports avec les tiers (C).

A/ : Formation du contrat.

8. Les dispositions se sont accumulées par strates dans le code civil depuis quelques années sur le sujet de l'acte juridique dématérialisé et les mécanismes obligatoires dans les contrats électroniques à distance : art. 1108-1 s. (consentement électronique), 1316-1 s. (écrit et preuve électroniques), 1369-1 s. c. civ. (« *contrats sous forme électronique* », avec notamment le processus graduel de formation)<sup>6</sup>.

Cette dispersion des textes sur un même sujet n'est pas très raisonnable ; la réforme à venir du droit des obligations, par loi ou ordonnance, se propose de refondre ces dispositions et de les rendre plus cohérentes, ce qui est souhaitable<sup>7</sup>.

Il faut y ajouter les dispositions très détaillées du droit spécial : art. L. 121-16 c. cons., imposant au professionnel qui vend ou propose des prestations de service sur l'Internet, toutes sortes d'informations précontractuelles (caractéristiques du bien ou du service, prix, garanties, livraison...), accordant au consommateur un droit de rétractation (14 jours), etc.

La loi Hamon du 17 mars 2014 n'est pas en reste et refond substantiellement cette partie du code de la consommation (spéc. art. L. 111-1 refondu, art. 121-19-1 et s.), en renforçant les obligations précontractuelles. Elle introduit ainsi l'exigence de la remise d'un « *support durable* », confirmant le contrat, avec les informations obligatoires (art. L. 121-19-2 nouveau). Mais alors, est-ce une réintroduction du papier ? Cela serait intéressant. Non : dans la longue liste de définitions données par le nouvel art. L. 121-16 (c'est une mode introduite par l'Union européenne, pas forcément pertinente), on comprend qu'il peut être dématérialisé, ce qui compte étant que le consommateur puisse le stocker sur son disque dur<sup>8</sup>.

Etant précisé que nombre de dispositions sont sanctionnées à peine de nullité du contrat (par ex. art. L. 121-19-3 sur la validation de la commande).

<sup>5</sup> Encore Carbonnier : Droit civil, T. 2, Quadrige, PUF 2004, § 159 ; ainsi que G. Cornu, Le règle de l'analogie *in* L'art du droit en quête de sagesse, PUF 1998, p. 331 s.

<sup>6</sup> V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ 2013, n<sup>o</sup>s 480 et 539. Les premières dispositions « historiques », ont été rédigées par un groupe d'universitaires, sous la direction de Pierre Catala, auquel il serait impossible de ne pas rendre ici hommage, dans le cadre de l'association Henri Capitant.

<sup>7</sup> Projet de la Chancellerie : sous-section IV de la section I.

<sup>8</sup> Ce qui va pourtant de soi : tout courrier électronique, avec ou sans fichier attaché, émanant d'un professionnel ou d'un particulier, a vocation à être stocké dans le logiciel de courrier du destinataire, ou sur sa page personnelle Web, ou désormais sur son « nuage ». Faut-il vraiment des lois pour retranscrire des choses aussi évidentes et inhérentes au fonctionnement même de l'Internet ?

L'Union européenne prend régulièrement des directives sur le sujet et cela ne risque pas de changer avant longtemps, sachant qu'à terme, il y aura probablement des règlements et donc plus de nécessité de transposition dans les droits des Etats-membres.

9. Qu'en est-il de la pratique contractuelle, sur le terrain ? De ce point de vue, les comportements sont *les mêmes*, voire encore plus accentués que dans le monde physique : indifférence du client aux conditions générales accessibles par un clic qu'on ne fait pas nécessairement, ou bien qui ont l'air imposées, mais dont il suffit de se dispenser, en se rendant avec « l'ascenseur » tout au bas de la page et en cliquant en une seconde « *J'ai lu et accepté, blabla* »<sup>9</sup>.

Quand donc le « législateur » fera-t-il de la sociologie juridique, avant de poser des normes qui n'intéressent pratiquement personne, tout spécialement ceux qu'il entend protéger ?

Il semble donc qu'il y ait un rejet social des conditions générales, analogue à celui qu'on trouve sur les supports papier.

De ce point de vue, la loi « Hamon » préc. n'en a visiblement pas tiré les leçons, qui continue à imposer des mentions inutiles. Il ne suffit pas de prescrire l'insertion de mentions « *lisibles et compréhensibles* » « *clairement et lisiblement* », « *claire et lisible* », etc. (V. toutes ces formules dans le seul art. L. 121-19-3, réd. loi préc. 17 mars 2014), pour que le consommateur destinataire soit *de fait éclairé*.

Toute la « paperasserie » exigée par la loi pour les supports physiques est ainsi passée dans l'immatériel, sans recul sociologique. Le formalisme dans ce qu'il peut avoir parfois d'irréaliste. Une protection pleine de bonne volonté, mais qui peut déboucher sur l'ineffectivité.

10. Elle revient aussi à infantiliser pour une bonne part les usagers. Encore une fenêtre sociologique (et consumériste) : *infantiliser pour protéger*<sup>10</sup>.

Certes, on peut au contraire considérer d'une part, qu'il est préférable de ne pas laisser les professionnels de l'Internet s'en tenir à leur propre « auto-régulation », qui se résume à leur bon vouloir ; d'autre part, qu'il n'est pas si inutile que cela de les obliger à attirer par tous moyens l'attention du consommateur sur ce qui l'engage exactement, plutôt qu'il le découvre plus tard, au moment où un problème surgira.

Toutefois, on ne peut s'empêcher de constater une sorte de fuite en avant, pas forcément effective. Il faut encore se poser cette question : les consommateurs *font confiance* à ces professionnels et il n'apparaît pas avec évidence que la plupart en abusent, faut-il alors introduire des sortes de *présomptions légales de méfiance* ? Ce que constituent toutes ces règles contraignantes, accumulées régulièrement.

11. Cela va au demeurant jusqu'à toucher les spécialistes du droit : même s'il ne s'agissait pas d'un contrat électronique, on peut mentionner un arrêt récent, rendu par la Cour de cassation, qui relève l'inopposabilité de conditions générales au client juriste d'un des plus grands éditeurs de droit français<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> V. L'équivalence entre supports électronique et papier, au regard du contrat, Mélanges Linant de Bellefonds, LexisNexis 2007, spéc. p. 197 à 203.

<sup>10</sup> V. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Les obligations préc., n°s 424 : « *tutelle généralisée* » ; comp. Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, Droit des obligations, 12<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2012, n°s 214-215.

<sup>11</sup> Civ. 1<sup>è</sup>, 11 mars 2014, RTD civ. 2014, n° 2, avec les obs. : résiliation d'un abonnement à une revue du groupe, les conditions générales propres à un autre abonnement, même si elles sont identiques, sont inopposables au client.

En vérité, le droit commun devrait suffire et le raisonnement analogique s'imposer : inopposabilité de la condition générale non suffisamment portée à la connaissance de l'utilisateur<sup>12</sup>.

Et si elle apparaît illicite : ce sera l'application des clauses abusives (art. L. 132-1 c. consom.) ou du droit commun, ordre public (art. 6 c. civ.)<sup>13</sup>. Ou de la réglementation sur les données personnelles<sup>14</sup>. Il n'y a ainsi pas nécessairement de spécificité de la dématérialisation.

12. Une autre question surgit, au sujet de l'effectivité : on peut avoir les conditions générales les plus accessibles, avec toutes les mentions requises par les codes ; cependant, si lorsque le problème surgit, le consommateur exige l'exécution par le professionnel de ses obligations, ou invoque leur inexécution pour refuser de payer, demander le remboursement, le remplacement, etc., il y a un obstacle pratique dont un nombre infini de victimes se plaignent : l'extrême difficulté d'obtenir satisfaction soit amiablement soit par voie judiciaire : la *dématérialisation de la personne du cocontractant lui-même* entraîne l'impossibilité d'envoyer la lettre recommandée classique (sur l'Internet, l'équivalence se met en place, mais il n'est pas assuré qu'on parvienne à la même efficacité), ou l'huissier de justice, ou la citation devant une juridiction nationale. Ce sont des difficultés d'exécution aussi importantes – parfois plus – que les questions de formation du contrat. D'un point de vue pratique et sociologique : absence de réponses aux courriers électroniques, impression de s'adresser à des « fantômes virtuels », de se heurter à des murs, avec le sentiment de découragement corrélatif, ce volet doit aussi être pris en compte. Combien renoncent à agir ! C'est la *résistance de fait*, l'inertie aisée, du fait de la dématérialisation, dans l'inexécution même du contrat, escomptant la lassitude du cocontractant. Certains commerçants en ligne peu honnêtes peuvent s'y livrer.

13. La considération d'ineffectivité possible est la même au sujet du fameux « *double clic* », qui s'est généralisé après avoir été introduit dans le code civil (art. 1369-5) : j'accepte l'offre du professionnel, puis je confirme ma commande ; les gens le font machinalement, mais franchement, est-ce qu'en quelques secondes, il y a un moment de raison pour réfléchir et se rétracter le cas échéant ? C'est un peu dérisoire, car on se précipite sur l'étape suivante, pour en finir et passer à autre chose. Sociologie, encore et toujours.

Rappelons qu'au contraire, l'effectivité, c'est « *le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* »<sup>15</sup>.

Certes, on peut aussi relever que dans certains cas, le consommateur peut, pour une raison quelconque, finalement décider de renoncer, même en quelques secondes ou minutes, à son achat. Mais est-ce l'hypothèse la plus courante ? Pour départager les opinions, seules des études sociologiques menées par des spécialistes, permettront d'y voir plus clair sur ce point important.

Avec cette question : *le formalisme est-il un moyen de lutte préventive, efficace, contre les abus possibles des professionnels de l'Internet ?*

<sup>12</sup> Rappr. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz 2013, n° 202 ; J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, 4<sup>e</sup> éd., T. 1, avec G. Loiseau et Y-M. Serinet, LGDJ 2013, n° 923, texte et réf.

<sup>13</sup> Une action portant sur les conditions générales vient à cet égard d'être portée (mars 2014) devant le juge français par l'association de consommateurs UFC Que choisir contre trois géants de l'Internet : Google, Facebook, Twitter.

<sup>14</sup> Qui ne doit cependant pas être trop compliquée, autrement elle est inutilisable, pour les mêmes raisons. Ni appliquée trop strictement, mais intelligemment.

<sup>15</sup> Vocabulaire juridique Capitain-Cornu, 10<sup>e</sup> éd. PUF Quadrige 2014, V° Effectivité.

14. La signature électronique, maintenant : autant l'écrit contractuel électronique s'est généralisé, autant on ne peut pas réellement poser que la signature, particulière à l'Internet, l'est véritablement : entre contractants, le fait de remplir le contrat et de payer par un mode certifié, qui n'est autre que le bon vieux système des cartes de paiement, paraît suffire. L'identifiant et le mot de passe semblent assurer l'authentification. Peu utilisent les signatures électroniques véritables, c'est-à-dire une convention spécifique d'identification et/ou l'intervention d'un tiers certificateur.

Au fond, en matière de biens et services, ce qui intéresse avant tout le commerçant, *c'est l'exécution du contrat, le paiement.*

Quant aux contrats entre professionnels, *outré que le papier conserve à ce jour son empire*, pour les versions définitives, il y aura eu en amont suffisamment de courriers électroniques, pour que l'authentification de l'identité du contractant puisse se produire « en fait », en toute sécurité contractuelle. La « ponctuation du contrat », les « MOU », *mémorandum of understanding*, toute une série d'actes préparatoires, sont encore très utilisés et au fond, peu importe qu'ils soient dématérialisés ou non, le reste n'est qu'une question d'archivage <sup>16</sup>.

15. Du point de vue de l'échange des consentements, un phénomène exorbitant du droit commun est en train de se développer : *le contrat forcé*, indifférent au consentement d'une partie, pour des raisons supposées d'ordre public.

C'est particulièrement le cas en propriété intellectuelle ; ainsi, la toute récente directive UE du 26 févr. 2014 sur l'encadrement des sociétés de gestion collective de droit d'auteur prévoit qu'une société (en France : civile) ne peut refuser d'accepter l'adhésion d'un auteur qui veut en devenir membre : les titulaires de droit adhèrent selon leur choix, à la société qu'ils désignent et celle-ci ne peut s'y opposer qu'en faisant valoir des « *raisons objectivement justifiées* » (art. 5 et 6).

De même, cette directive impose pratiquement aux sociétés d'accorder une « *licence* » d'utilisation des œuvres musicales à l'exploitant-distributeur qui le souhaite, après l'avoir « *négociée de bonne foi* » ; si l'organisme titulaire des droits refuse, il devra s'expliquer, en lui notifiant une « *déclaration motivée expliquant les raisons pour lesquelles il n'entend pas octroyer de licence pour un service en particulier* » (art. 16).

On notera sur ces deux points le forçage du consentement d'une partie, l'inversion de la charge de la preuve (c'est à celui qui refuse de prouver qu'il est en droit de le faire) et *l'obligation corrélative de motivation.*

On trouve encore la même obligation de conclure, cette fois pour le contrat spécial de mandat, lorsqu'un organisme d'auteurs d'un autre Etat-membre le demande à son homologue local, afin d'être représenté sur le territoire de celui-ci, pour négocier les contrats de licence avec les tiers (art. 30) <sup>17</sup>.

16. Ce n'est pas tout, il y a encore d'autres cas de forçage du consentement : par exemple, une loi française du 1<sup>er</sup> mars 2012, sur le statut des « *livres indisponibles* » (qui concerne directement nombre de professeurs de droit, de docteurs, d'avocats), oblige les éditeurs dont les ouvrages, publiés auparavant, ne sont plus disponibles en librairie et alors pourtant qu'ils se sont fait céder les droits de propriété intellectuelle par leurs auteurs par contrat, à accepter qu'une société désignée par l'autorité étatique devienne une sorte de tuteur ou curateur au livre, afin que l'ouvrage redevienne disponible. C'est elle qui prendra les décisions importantes, le but étant que les ouvrages soient désormais en ligne sur l'Internet, au profit de tous (art. L. 134-1 s., CPI). Les cas d'opposition à la mise en ligne sont limités. C'est une

<sup>16</sup> Mais l'archivage constitue un point essentiel : *pour la preuve*, en cas de conflits postérieurs ; qu'on pense aux procédures de « *discovery* » anglo-saxonnes, qui sont à nos portes.

<sup>17</sup> Sur tous ces points : P.Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9<sup>e</sup> éd., PUF 2015, n<sup>o</sup>s 556 s., 735.

obsession (dangereuse) de toutes les sources normatives et juridictionnelles européennes et françaises : mettre un maximum de contenus culturels en ligne, au profit des consommateurs, soit gratuitement, soit pour des montants qui conduiront par essence à des « remontées des recettes » individuellement faibles pour chaque auteur ou éditeur.

Voilà ainsi une nouvelle variété de contrat forcé, en même temps que *d'expropriation de jouissance* de son propre bien, au détriment de l'éditeur <sup>18</sup>.

17. Si l'on passe enfin à l'objet et la cause du contrat synallagmatique, l'Internet conduit également à des interventions brutales de l'autorité normative dans un champ pourtant traditionnellement libre, celui de la *fixation du prix*.

Par exemple, en droit d'auteur, la directive préc. du 26 févr. 2014 énonce dans un art. 16-2°, redoutable pour les titulaires de droit et qu'il sera très délicat de transposer, au sujet des contrats de jouissance des œuvres avec des exploitants en ligne : « *les titulaires de droits perçoivent une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs droits. Les tarifs appliqués pour les droits exclusifs et les droits à rémunération sont raisonnables, au regard entre autres, de la valeur économique de l'utilisation des droits négociés, compte tenu de la nature et de l'ampleur de l'utilisation des œuvres et autres objets, ainsi qu'au regard de la valeur économique du service fourni...* » <sup>19</sup>

Voilà un charabia qui fera les délices des juridictions, CJUE en tête, saisies par des entreprises désireuses de faire baisser les prix. Alors que le droit de la concurrence (abus de position dominante, art. 102 TFUE) suffisait amplement pour éviter les abus.

#### B/ : Exécution du contrat.

18. Retour à la sociologie et la pratique contractuelle : on peut noter le succès considérable - trop sans doute, alors qu'on n'en mesure pas encore les effets secondaires - de la dématérialisation d'une partie du *régime des obligations* : factures, paiements, quittances en ligne. Les professionnels obligent *en fait* leurs cocontractants, consommateurs ou pas, à s'y plier. Avec des effets pervers relatifs à l'archivage, mais aussi tout bonnement au temps passé devant son ordinateur, avec une inégalité humaine pour ceux qui en sont familiers et les autres <sup>20</sup>.

19. Lorsque les biens ou services sont dématérialisés, les parties utiliseront les moyens électroniques les plus adaptés à leur convention : par exemple, le « *streaming* », qui consiste à recevoir des flux d'informations, sans conservation durable sur le disque dur de l'ordinateur ou de la tablette. Il est très utilisé pour les programmes d'information, les contenus culturels, etc.

Ou encore, le « *cloud computing* », forme moderne de dépôt dématérialisé, qui consiste à aller déposer sur le « nuage » souvent mis gratuitement – retour à l'origine romaine de ce contrat de bienfaisance - à sa disposition par un professionnel de l'Internet, toutes sortes de données

---

<sup>18</sup> P.Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique préc., n° 582 ; On peut aller consulter le moteur de recherche du site « *Relire.bnf.fr* » par titre, auteur ou éditeur, c'est édifiant. Le Conseil constitutionnel, statuant en QPC, n'y a pourtant rien trouvé d'exorbitant : Cons. Const. 28 févr. 2014, invoquant l'intérêt général et l'absence de dommage causé aux titulaires de droit, mais n'examinant pas les conséquences pratiques, sur le terrain et la perte de valeur économique. Il rejette également un grief sur l'absence de clarté de la loi, pourtant manifeste, qui y comprend quelque chose, hormis le service rendu au consommateur ?

<sup>19</sup> P.Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique préc., n° 633.

<sup>20</sup> Même l'Internaute qui s'en sert couramment sait le temps parfois supérieur à celui du monde physique que cela prend, surtout si l'on additionne toutes les actions quotidiennes auxquelles on se livre devant son écran. Toujours la sociologie ignorée.

qu'on ne veut ou ne peut pas garder chez soi, i.e. sur son ordinateur ou sa tablette, ou son smartphone<sup>21</sup>. Par exemple : fichiers de textes, musiques, films, séries, photos, etc.

C'est encore un exemple très remarquable de la pérennité du droit continental : un vieux contrat de 2.000 ans d'âge, susceptible de s'appliquer aux formes de vie les plus modernes des sociétés humaines, aux frontières de ce qui n'est plus de la science-fiction<sup>22</sup>.

20. Puisqu'avec le dépôt, on est déjà passé dans les contrats spéciaux, notons que l'Internet est friand de *contrats innommés*, i.e. non réglementés par la loi ; étant observé que grâce à lui, ceux-ci peuvent à terme *devenir nommés*.

Prenons le simple exemple de la « *licence* » de propriété intellectuelle, spécialement en droit d'auteur ; il s'agit d'un contrat usuel, de longue date, notamment dans l'audiovisuel, variété de louage de meuble incorporel, aux termes duquel un titulaire de droits met à la disposition d'un cocontractant une œuvre (film, série, musique, pièce de théâtre), afin que celui-ci en jouisse contre un prix, pendant une durée déterminée<sup>23</sup>.

Eh bien grâce à l'Internet et la directive préc. du 26 févr. 2014, la licence est devenue un contrat nommé du droit normatif européen et bientôt français, lorsque la transposition interviendra : les art. 23 et s. réglementent en effet le contrat de « *licence musicale, multi-territoriale* » au profit notamment des plate-forme Internet souhaitant utiliser des œuvres du monde entier (du type Deezer, en France). Il le fait cependant de façon extrêmement dure pour les titulaires de droit : contrat forcé le cas échéant et « *prix raisonnable* » pour la contrepartie de cet usage des répertoires planétaires (V. plus haut).

Voilà un contrat nommé qui n'a plus grand-chose à voir avec la liberté contractuelle ni l'esprit des contrats spéciaux. Pour répondre à une des interrogations du riche et stimulant questionnaire du professeur Lehmann, oui, ces licences là sont particulièrement « *injustes* » et à sens unique, le contraire de l'équilibre contractuel, pourtant objectif commun du droit contemporain des obligations, continental ou pas.

21. D'autres contrats, nommés reçoivent grâce à l'Internet, une sorte de deuxième régime, approprié aux modes d'exploitation et au contexte de la dématérialisation : ainsi, le gouvernement français prépare un projet d'ordonnance pour ajouter au contrat d'édition - doublement nommé : dans le CPI et parce que c'est une vente du code civil - un volet de droits et d'obligations, portant sur l'exploitation spécifique, la rémunération, les comptes, etc., relevant de « *l'édition numérique* »<sup>24</sup>.

22. Un autre aspect des contrats immatériels et de leur valeur économique propre est que les professionnels de l'Internet, profitant de relations durables avec la clientèle, constituent de véritables *fonds de commerce dématérialisés*, dotés d'une valeur aussi importante, sinon plus, que dans le monde physique. Qu'on pense aux Facebook, LinkedIn, Skype, You Tube, Instagram et autres Tweeter, mais il y en a des milliers d'autres.

Peu importe que les contrats avec les Internautees soient en apparence gratuits : il existe bien une *clientèle, évaluable en argent et monnayable, en tant que telle*, de toutes sortes de façons :

<sup>21</sup> V. Du contrat de dépôt dématérialisé : l'exemple du *cloud computing*, in La communication numérique, Ed. Panthéon-Assas 2012, p. 157 s.□; Ph. Rémy, RDC 2014, p. 146 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, Contrats spéciaux, 7è éd., LGDJ 2014, n° 861.

<sup>22</sup> Il suffit alors de quelques adaptations, soit dans la loi, soit tout simplement par l'interprétation judiciaire. Ainsi, sur la question de la « restitution » de la chose (V. la contrib. préc.)

<sup>23</sup> V. not. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 601 ; P.Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique préc., n° 560 ; N. Blanc, Les contrats du droit d'auteur à l'épreuve de la distinction des contrats nommés et innommés, Dalloz 2010, n°s 304 s.

<sup>24</sup> Bon courage, car la « poule aux œufs d'or » économique, source de profits substantiels, est encore bien loin.

ainsi, à l'occasion de cessions individuelles de clientèle, d'acquisitions de contrôle, d'introduction en bourse de l'entreprise, de crédits, de sûretés contractuelles, etc.

C'est ici l'occasion de se rappeler la belle définition de Ripert, tellement précurseur en matière de capitalisme moderne : la clientèle est un *espoir de contrats renouvelés*<sup>25</sup>.

23. Une autre originalité des contrats en ligne : alors que dans le monde physique, pour leur *modification* en cours d'exécution, il faut un nouveau consentement des cocontractants, par voie *d'avenant*, dans la plupart des plate-forme offrant des services sur l'Internet, notamment tout ce qui est réseaux sociaux (ex. : Facebook), ce consentement est donné *par avance et une fois pour toutes* par le client, au moment où il conclut le contrat initial<sup>26</sup>. La clause est généralement inscrite dans les conditions générales, auxquelles on revient. Est-ce nul ? En effet, les modifications par voie d'avenants sont par essence effectuées au moment où l'une des parties entend le réclamer à l'autre<sup>27</sup>. Sous réserve de l'acceptation des conditions générales (V. plus haut), on peut admettre que le consentement, tant qu'il est éclairé, soit donné par avance, au moins pour ce qui ne relève pas des obligations caractéristiques des parties. Restant à savoir si c'est aussi possible pour les contrats de consommation, ce qui est moins sûr.

24. Un dernier point, pour faire retour à la théorie générale des obligations : est-ce que les règles *d'interprétation* des contrats devraient être différentes dans le monde immatériel ? A priori non, la transposition scientifique doit là encore se faire : les art. 1156 s. datant du « code napoléon » sont encore bons pour le service. Et dans le code de la consommation, art. L. 133-2 sur l'interprétation en faveur du consommateur.

Relevons simplement que le contexte de la dématérialisation devrait peut-être conduire à *renforcer* l'interprétation en faveur de la partie faible, à partir du moment où le contrat-type d'adhésion est, ainsi qu'on l'a vu, le modèle prédominant qui y prospère.

#### C/ : Rapports avec les tiers.

25. En droit commun, la situation est relativement simple : on y trouve l'effet relatif du contrat, le reste relevant des rapports extracontractuels avec les tiers ; avec l'exception de l'opposabilité de l'acte dans certains cas, à leur détriment ou à leur bénéfice.

Sur l'Internet, la situation des tiers par rapport à certaines catégories de cocontractants est beaucoup plus périlleuse, pour une double raison technologique et juridique. Elle s'illustre par exemple en droit de la presse, pour toutes les atteintes à la personne et en propriété intellectuelle, pour toutes les contrefaçons. L'hypothèse est celle de l'Internaute qui a conclu un accord avec un hébergeur – nous le faisons pratiquement tous, par exemple sur les plate-forme de convivialité, les applications de smartphones, les blogs, etc. Il suffit de s'inscrire et obtenir ID et mot de passe – mais qui abrite sur sa page personnelle des données illicites, au détriment d'autrui.

- Il y a un piège technologique d'abord, car dans ce monde immatériel, il est ardu, voire impossible, de retrouver les auteurs des fautes, de les attirer devant des tribunaux du monde réel, puis de faire exécuter les jugements de condamnation. Tous les avocats et huissiers qui travaillent dans ce domaine vous le diront. C'est à désespérer.

<sup>25</sup> V. not. Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ 1946, n° 78 ; rapp. M. Pédamon et H. Kenfack, Droit commercial, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz 2011, n°s 288 s. (fonds de commerce et clientèle en ligne).

<sup>26</sup> De nombreuses plate-forme modifient régulièrement les conditions de leur usage, à l'occasion de leurs propres mises à jour et évolution de leur stratégie.

<sup>27</sup> V. S. Pellet, L'avenant au contrat, IRJS éditions 2010, n°s 306 s.

- Il y a un piège juridique ensuite, car jouant les apprenti-sorciers - ce ne serait ni la première, ni la dernière fois - les pouvoirs publics français et surtout européens, croyant contribuer à développer le commerce électronique, ont établi un régime de *quasi-irresponsabilité légale, civile ou pénale*, au profit des professionnels de l'Internet qui pourraient à la fois permettre d'identifier les auteurs des fautes et engager le cas échéant leur propre responsabilité, pour négligence ou responsabilité fait d'autrui. C'est principalement la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique et la loi « LCEN » du 21 juin 2004 sur la confiance numérique.

La Cour de justice de l'Union européenne n'est pas en reste, qui rend régulièrement des arrêts pratiquement inutilisables par les précautions, nuances, réserves, renvois aux précédents qu'elle formule, étant cependant remarqué que le seul point clair dans sa jurisprudence est son libéralisme traditionnel en faveur du commerce et de l'industrie, fussent-ils illicites, ce qui est encouragé par ces textes défavorables aux victimes, par leur régime même <sup>28</sup>.

Au mieux, l'hébergeur avertira son cocontractant, mais avec une procédure contradictoire ; et sauf accord particulier, attendra de recevoir une injonction juridictionnelle (elle-même, semée d'embûches).

C'est très décourageant et conduit souvent à l'impunité de certains. Or, l'impunité mène à la récidive, tous les criminologues le savent.

26. Enfin, pour revenir une dernière fois à la théorie générale des obligations, il ne faut pas oublier les *groupes de contrats*, aussi très riches dans l'immatériel, où les « tiers » n'en sont pas vraiment.

Et pour n'être pas entièrement négatifs sur le droit normatif du commerce électronique, on peut citer une disposition très stimulante de la loi Hamon préc. du 17 mars 2014, qui introduit dans le c. consom. une garantie du cocontractant, lorsqu'il délègue une partie de ses prestations à des tiers ; c'est l'art. L. 121-19-4 nouveau : il est « *responsable de plein droit de la bonne exécution des obligations résultant du contrat à distance, que ces obligations soient exécutées par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services* ».

On peut par exemple citer : l'Apple store pour les applications iPhone et iPad, Amazon, lorsque le bien est vendu par un tiers, etc. Bref, tous les contrats où la plate-forme *apparaît comme un vendeur, mais où elle n'est en fait pratiquement qu'un intermédiaire*, commissionnaire, agissant en son nom et pour le compte d'autrui <sup>29</sup>.

On a reconnu une variante possible de... la commission du croire <sup>30</sup>.

\* \* \*

27. La conclusion de ce rapport est la suivante, sous forme de la vérification d'une contradiction : la dématérialisation et l'usage de l'Internet se caractérisent par une immense *liberté*, essentiellement des usagers, ainsi que de certains – pas tous – des professionnels de l'Internet. Mais dans le même trait, par des *contraintes considérables* - contrats forcés, contenus imposés par l'autorité normative, expropriations de propriétaires de biens intellectuels, non protection des victimes d'atteintes illicites - pesant sur d'autres catégories de citoyens, non moins importants.

<sup>28</sup> Sur tous ces points, V. P.Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique préc., n°s 766-767, texte et réf. ; et la chron. au D. 2011. 2054, au sujet des arrêts « e Bay » et « Google » : le professionnel de l'Internet ne peut être tenu pour responsable que s'il est prouvé qu'il a joué un rôle actif, afin de faciliter le comportement illicite de la personne à l'origine des contenus fautifs et dommageables.

<sup>29</sup> C'est au demeurant la qualification même qu'a retenue Apple, dans ses conditions générales.

<sup>30</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 538.

Ce qui n'est pas logique. On peut évoquer Jean Domat, le meilleur ami de Pascal : il n'y a pas de droit qui vaille sans une *rationalité* pour le porter, dans son essence et sa technique <sup>31</sup>. Dans son « *Traité des Loix* » - où Portalis a au demeurant beaucoup puisé pour le fameux Discours préliminaire – il souligne que le droit n'est commandé que par « *la lumière du bon sens, l'étude et l'expérience* » <sup>32</sup>.

A ce jour, on aperçoit surtout de la précipitation pour régler (loi) ou trancher des différends (jurisprudence) et une rationalité apparente, mais *à court terme*, dans de nombreux cas et qui peuvent déboucher, on l'a vu, sur des injustices.

On peut ainsi discerner à moyen terme, des bouleversements dans la *cohérence* du droit : des obligations contractuelles, de la responsabilité civile.

Tels sont, du point de vue du droit, les effets éventuellement pervers de l'Internet.

28. Ce qui frappe en effet constamment, c'est qu'on veut souvent faire *trop tôt* du droit savant et/ou marchand, au sujet de l'Internet, alors que nous ne maîtrisons encore que très imparfaitement les modes de réflexion qui lui conviennent. Ce n'est pas pour autant qu'il faille rester inactif, au contraire, la préparation d'une norme ne se fait pas en un instant <sup>33</sup>.

Pourquoi tant de précipitation généralisée, à la fois de ceux qui s'en servent et de ceux qui sont censés l'encadrer ? Alors qu'on ne sait pas encore réellement si le modèle de l'encadrement juridique du monde physique doit être transposé à l'univers immatériel, ou s'il convient de raisonner autrement et de quelle façon ; étant remarqué que les deux ordres de raisonnement pourraient alors s'influencer réciproquement.

29. On débouche enfin sur de pures questions de philosophie du droit : l'Internet *est-il un ordre juridique en soi* ? On peut à cet égard relire le livre mythique de Santi Romano, qui prend une actualité que le grand juriste italien n'aurait pu imaginer (c'est le signe des ouvrages bien faits) : il n'y a pas un, mais des ordres juridiques organisés, qui s'imbriquent ; parmi eux, on trouve des « *communautés volontaires, non étatiques* », que l'ordre qui leur est supérieur peut tenir pour partiellement autonomes, tout en restant soumises à son pouvoir, en dernier ressort <sup>34</sup>.

Peut-être est-ce le cas de l'Internet, jouissant d'une très grande liberté et de contraintes étatiques ou du droit international.

Mais que chacun avance d'un pas mesuré, le seul digne des juristes. Et encourageons à plus de sociologie juridique préalable, c'est aussi simple que cela et en même temps, beaucoup.

<sup>31</sup> V. Jean Domat : l'un de ces messieurs de Port-Royal, RTD civ. 1992, p. 529-530.

<sup>32</sup> De la nature et de l'esprit des lois, XII, XXII.

<sup>33</sup> Et on ne parle pas ici de l'influence des groupes de pression, des consultations, etc. mais de la pure observation sociologique.

<sup>34</sup> L'ordre juridique, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz 1975, reprint 2002, p. 96 s., 101 s., 145.