

Recommandation du 7 décembre 1999
de la Commission fédérale de la consommation
au Conseil fédéral
concernant le commerce électronique

Conformément aux articles 9 ch. 2 de la Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs et 1er du Règlement de la Commission fédérale de la consommation, du 1er février 1966, la Commission fédérale de la consommation adresse au Conseil fédéral la

RECOMMANDATION

suivante :

- 1) Le Conseil fédéral modifie les dispositions topiques de la partie générale du Code des obligations relatives à la conclusion des contrats (signature électronique, droit à l'information du consommateur, droit de rétractation et droit de retour) en se basant sur les projets en cours de directives de l'Union européenne (projets du 23 décembre 1998 et du 17 août 1999) – document COM 1998.586.final et document 98.0325-COD – ainsi que des lignes directrices résultant de la conférence ministérielle de l'OCDE à Ottawa des 7-9 octobre 1998 (document SG/EC (98) 14/final), adoptées par le Conseil OCDE en décembre 1999.
- 2) Le Conseil fédéral prend les mesures afin de renforcer la collaboration et la coopération internationale dans le domaine du commerce électronique. Il veille à ce que le droit suisse soit adapté aux tendances et aux solutions adoptées par l'Union européenne.
- 3) Le Conseil fédéral veille à la mise en œuvre, par les autorités compétentes, d'un programme de formation scolaire à l'intention des consommateurs enfants et jeunes; il met également en œuvre un programme d'information destiné aux consommateurs adultes.

MOTIFS

I Introduction

La Commission fédérale de la consommation constate que le commerce électronique connaît aujourd'hui un fort développement. Cet essor se manifeste tout particulièrement dans l'acquisition des biens de consommation et de services, tels que livres, disques, habits ou accessoires et programmes électroniques. Il faut également compter avec la vente et le leasing de véhicules, les services financiers, les annonces, la location, les voyages, ainsi que les services touristiques. Cette liste n'est pas exhaustive. La majorité des transactions s'opère sur un mode transnational.

Aujourd'hui, et selon les statistiques de l'OCDE d'octobre 1998, on constate du point de vue du consommateur, que le quart des sites électroniques du fournisseur demeure inconnu ou non identifiable. De plus, le 10% des transactions internationales n'est pas exécuté par le vendeur: en pareil cas, le consommateur s'est vu débiteur sa carte de crédit et n'a rien reçu en contrepartie.

Le consommateur éprouve aujourd'hui un sentiment d'insécurité et de méfiance. D'ailleurs, au niveau des transactions menées à terme, seule une sur trois aboutit.

Le droit suisse ne doit pas demeurer en reste. Dans le débat juridique international, se dégagent deux tendances, la première découlant de l'acquis communautaire de l'Union européenne et qui tend à un renforcement des droits du consommateur; la seconde menée par l'OCDE et ainsi que par les Etats-Unis d'Amérique, qui tend à une limitation des droits du consommateur. En particulier, il s'agirait de garantir l'application du droit du fournisseur.

La Commission fédérale de la consommation est plus sensible aux solutions et aux tendances de l'Union européenne (Directive en matière de vente à distance de 1997 et projets de directives dans le domaine des services financiers à distance, du 23 décembre 1998 et du 17 août 1999). Elle est d'avis qu'un renforcement des normes favorisera avant tout une meilleure sécurité du marché électronique. Une meilleure transparence des transactions ne peut qu'aboutir à un développement de cette nouvelle forme de marché. Il y va de l'intérêt du consommateur. Quant au fournisseur, son intérêt ne pourra qu'être renforcé par la confiance placée par le consommateur dans un commerce électronique protégé. Au demeurant, la Suisse, au milieu de l'Europe, ne peut sérieusement faire cavalier seul.

La Commission fédérale de la consommation est d'avis qu'il n'est pas nécessaire de créer une loi fédérale particulière sur le marché électronique. Elle préconise principalement un renforcement des dispositions du Code des obligations, subsidiairement de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale et du Code pénal. Elle salue le projet d'ordonnance sur l'infrastructure à clé publique suisse du 3 juin 1999 qui devrait entrer en vigueur le 1er janvier 2000.

II Notions de commerce électronique et de consommateur

S'agissant du commerce électronique, la Commission est d'avis qu'il faut s'inspirer des travaux en cours au sein de l'Union européenne.

Par commerce électronique, il faut entendre:

« toute transaction et communication commerciales impliquant la distribution, la promotion, le marketing, la vente ou la distribution d'informations (de valeur économique), de marchandises ou de services transmis, acheminés et reçus en partie à tout le moins par internet, par fil, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques. ».

S'agissant du consommateur, la Commission est d'avis qu'il faut entendre ce terme dans une acception large. La personne à protéger est tout individu qui se trouve dans une position de faiblesse. La sphère de protection englobe non seulement le dernier utilisateur de la chaîne, mais tout participant au marché dans une situation de dépendance.

Ce consommateur mérite avant tout une protection particulière dans le cadre des transactions privées qu'il effectue. La Commission s'en tient fondamentalement aux définitions du consommateur dans les législations suisse, de l'Union européenne et de l'OCDE. Avant tout, il s'agit d'une personne physique, qui agit pour ses besoins privés (à des fins personnelles ou pour sa famille).

Toutefois de nombreuses PME recourent au commerce électronique pour acquérir des biens. Il peut s'agir d'une "Einmann-Gesellschaft" à travers laquelle agit une personne physique pour ses besoins privés. On peut même envisager le cas où l'entreprise comme le

consommateur, dans le cadre de leur activité professionnelle, passent une commande insolite.

Dès lors, la Commission propose de définir le consommateur comme étant:

« toute personne, physique ou morale, qui, en tant que consommateur final, utilise le commerce électronique à des fins privées et non pour ses besoins courants commerciaux ou professionnels. ».

III Principes de la loyauté et de la transparence

Le principe de la loyauté n'est pas nouveau en droit suisse. Il est exprimé notamment à l'article 2 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986. Selon cette disposition, est déloyal, tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient d'une toute autre manière aux règles de la bonne foi, et qui influe sur les rapports de marché entre utilisateurs ou entre fournisseurs et acheteurs.

Ce principe peut être repris, mutatis mutandis, en matière de commerce électronique. Il faut cependant préciser que la loyauté commerciale doit porter déjà sur les informations pré-contractuelles. Le fournisseur doit être tenu à l'obligation positive d'information dès les premières discussions avec son futur co-contractant.

Dans ce contexte, le principe de la loyauté comprend également celui de la transparence. La Commission est d'avis que l'on doit exiger du fournisseur, déjà au stade de la publicité, une information claire, précise, et non équivoque.

Pour reprendre les recommandations formulées au stade de projet par l'OCDE, le fournisseur doit respecter les intérêts du consommateur, notamment en s'abstenant de toute exploitation exagérée des facilités conférées par le commerce électronique. En particulier, il doit pouvoir être clairement identifié et présenter une information accessible à son futur contractant.

IV Renseignements sur le fournisseur

La Commission est d'avis que le consommateur doit être en possession de tous les renseignements relatifs à l'identité complète et à la localisation géographique du détaillant. A tout le moins, le consommateur doit connaître l'adresse principale de la société, le pays où elle est enregistrée, son numéro de téléphone, de télécopie, son adresse postale, ou son adresse e-mail, ou encore tout autre moyen d'identification. Il devrait pouvoir aussi vérifier si le vendeur est au bénéfice d'un certificat électronique. En ce sens, une adresse qui se limiterait à l'indication d'une case postale n'est pas suffisante.

V Renseignements sur les biens de consommation, les services et les prix

Sur ce point, la Commission s'est inspirée de la directive de l'Union européenne de 1997 sur le contrat à distance ainsi que des projets de directives sur le commerce électronique. Elle est d'avis que le consommateur, avant toute conclusion du contrat, doit bénéficier au moins des informations suivantes:

- a) caractéristiques essentielles et détaillées des biens de consommation et des services,
- b) prix global des biens de consommation et des services avec indication - à défaut estimation - des taxes afférentes à la livraison du produit (prix forfaitaire, frais de création, fichier client, frais de livraison, frais d'importation, taxes douanières d'importation et d'exportation, frais de facturation, autres taxes usuelles et frais supplémentaires ou forfaitaires, etc),
- c) modalités de paiement, lieu de livraison et d'exécution,
- d) existence, le cas échéant, d'un droit de rétractation,
- e) durée de validité de l'offre ou du prix,
- f) le cas échéant, existence et durée d'une garantie.

Ces conditions sont essentielles. Elles découlent du principe de loyauté et de la transparence, tel qu'évoqué sous le chiffre III. Elles permettent ainsi au consommateur de mieux cerner le bien qu'il se propose d'acheter et le prix réel à payer.

Dans ce contexte, la Commission invite le Conseil fédéral à poser des règles de droit précises s'agissant des sanctions en matière d'informations insuffisantes ou volontairement incomplètes. Dans le domaine de la concurrence déloyale, la loi ne règle pas la question, et la doctrine suisse hésite entre la nullité du contrat ou son maintien avec dédommagement du lésé.

VI Les conditions contractuelles

Deux tendances se dégagent aujourd'hui concernant la question du droit applicable. D'une part, celle de l'OMC et de l'OCDE, d'autre part, celle de l'Union européenne. En particulier, lors des discussions ayant eu lieu au sein de l'OCDE, le droit applicable au lieu du fournisseur a été préféré, alors que l'Union européenne prévoit des dispositions plus favorables pour le consommateur, à savoir l'application du droit de son domicile. La législation suisse s'aligne déjà sur le droit européen au travers des solutions données aujourd'hui par la Loi fédérale sur le droit international privé (art. 112 et suivants et notamment art. 114 et 120 LDIP, la Convention de Bruxelles et celle de Lugano).

A l'heure actuelle, les solutions dégagées par la jurisprudence ne sont pas toujours claires et il appartiendra au législateur de préciser la question du droit applicable. Il faut cependant rappeler qu'en matière de commerce électronique, l'abus, par le fournisseur, cause un dommage patrimonial à l'acheteur qui s'est ainsi appauvri. Il s'agit d'un acte illicite qui permet au consommateur d'invoquer son propre droit national, en cas de transaction internationale, conformément à l'article 133, alinéa 2 in fine de la Loi fédérale sur le droit international privé.

Au surplus, la Commission est d'avis que les conditions générales du contrat doivent être rédigées dans un langage clair, simple, lisible et accessibles au consommateur.

Les conditions contractuelles doivent contenir toutes les indications sur le prix, telles que figurant sur le chiffre V ci-dessus, ainsi qu'un droit de rétractation d'au moins 7 jours ouvrables dès la livraison du produit ou dès la confirmation de la conclusion du contrat de services. Ce droit de rétraction ne doit comporter aucune pénalité. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur sont ceux découlant directement du renvoi des marchan-

disés ou du refus, par le consommateur, du service, pour autant que la rétractation ne soit pas la conséquence d'une mauvaise information du vendeur.

Le consommateur peut en effet exercer son droit de rétractation dès qu'il est en possession du produit. En ce qui concerne la vente de services, le délai court dès la confirmation électronique du contrat.

VII Engagement contractuel du consommateur

La Commission est d'avis que les modalités de formation d'un contrat par voie électronique doivent être expliquées de manière claire et non équivoque par le fournisseur au consommateur, et préalablement à la conclusion du contrat.

En particulier, les informations doivent porter sur les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat ainsi que le moyen de corriger une erreur de manipulation.

Dans ce contexte, le contrat est conclu lorsque le destinataire a reçu, par voie électronique, de la part du fournisseur, l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire.

La Commission insiste pour une protection accrue du consommateur au moment où il s'engage. Pour ces raisons, il ne saurait être possible pour lui de renoncer à de tels droits. Il y va de la sécurité du commerce électronique.

D'autre part, il devient urgent de régler les questions de forme et de signature digitale du contrat (art. 12 et ss CO). Le projet d'ordonnance sur la signature digitale n'est pas suffisant. La validité de certains contrats de consommation est en effet subordonnée au respect de certaines formes particulières (voir par ex. contrats de voyages à forfait et contrats de crédit à la consommation).

VIII Protection des données

La Commission insiste également sur la protection du consommateur dans ce domaine. Les études menées par l'OCDE ont démontré que l'absence de protection des données est l'une des causes de réticence éprouvée par le consommateur en matière de commerce électronique. Sur ce point, la Commission fédérale de la consommation constate que la Loi fédérale sur la protection des données fournit déjà une base de protection solide.

Il appartient au fournisseur de garantir la protection des données en indiquant au consommateur quelles mesures concrètes il a prises pour lui garantir une confidentialité absolue des informations privées transmises. En particulier, l'acquisition des données du consommateur au fournisseur doit être limitée aux renseignements pouvant être raisonnablement considérés comme nécessaires à la transaction. Le consommateur doit avoir le droit de refuser toute communication ultérieure de la part de la société ou des sociétés associées et doit être informé sur la manière d'exercer ce droit.

S'agissant des entreprises commerciales, qui, en Suisse, seraient porteuses d'une certification, il importe que l'autorité qui délivre ce label de qualité s'assure que la société a désigné en son sein, une personne responsable de la protection des données à laquelle le consommateur peut se plaindre. Enfin et surtout, le consommateur doit avoir le droit de revoir et de corriger toutes les données le concernant.

IX Procédure

Le consommateur doit se voir garantir une procédure judiciaire peu coûteuse, simple et rapide. S'agissant des règles de for, l'on peut se référer à la loi fédérale sur les fors qui entrera en vigueur en Suisse en principe durant le premier semestre 2000. Pour les litiges nationaux, le for peut être celui du domicile du consommateur. Pour les litiges internationaux, le for est celui de l'article 114 de la Loi fédérale sur le droit international privé ou résultant de la Convention de Lugano. Conformément à l'article 120, chiffre 1er, lettre b, de ladite loi, le for devrait être celui du domicile du consommateur pour autant que le contrat porte sur un bien de consommation courant destiné à un usage personnel ou à un usage professionnel et économique inhabituel. S'agissant du fardeau de la preuve, la protection devrait être renforcée. En harmonie avec les tendances du droit de l'Union économique européenne, il importe de mettre à la charge du fournisseur la preuve d'une information pré-contractuelle conforme au chiffre V ci-dessus ainsi que de la livraison d'un produit conforme au chiffre VI ci-dessus.

Il faut d'autre part rappeler le développement futur et incontournable du "*procès électronique*", qui permettra ainsi au plaideur de liquider, par le biais d'Internet, des litiges par la voie de l'arbitrage en lieu et place des autorités judiciaires traditionnelles.

La Commission fédérale attire l'attention du Conseil fédéral sur cette question. Il y aura vraisemblablement lieu d'adapter les règles de procédure civile existantes.

X Sanctions pénales

La Commission constate que le Code pénal a été modifié au 1er janvier 1995 pour permettre une meilleure punissabilité de l'usage abusif d'un système informatique. On peut penser notamment à l'article 143 bis CP (accès indu à un système informatique), à l'article 144 bis CP (détérioration de données informatiques), à l'article 147 CP (utilisation frauduleuse d'un ordinateur) comme à l'article 148 CP (abus d'une carte-chèque ou d'une carte de crédit).

Ces incriminations pénales devraient être renforcées par d'autres dispositions permettant, aux côtés de celles réprimant l'information trompeuse dans la LCD, la sanction des informations insuffisantes, la sanction des marchandises non commandées, la sanction de la publicité intempestive, enfin, la sanction de la transmission de données confidentielles sans l'accord du consommateur.

Dans ce contexte, la Commission salue le projet d'incrimination de la personne morale dans la partie générale du Code pénal suisse. Toutefois, la Commission se pose la question de l'efficacité des sanctions proposées par le législateur. En l'état actuel du projet, il s'agirait de punir la personne morale d'une simple amende. L'amende est en effet souvent budgétisée par l'entreprise malveillante. C'est finalement le consommateur qui en paie le prix. Un régime de sanctions classiques ne paraît guère approprié. La Commission recommande l'adoption, dans la partie générale du Code pénal suisse, de sanctions accessoires à l'encontre de la personne morale, telle que la publication sur internet du jugement, l'information du consommateur sur un site "hot-line" des entreprises qui ont fait l'objet de condamnations. Sur ce point, le législateur devrait s'inspirer des solutions existantes proposées par le Code français de la consommation.

Forte de ces conclusions, la Commission fédérale de la consommation recommande au Conseil fédéral :

1) de modifier les dispositions topiques de la partie générale du Code des obligations relatives à la conclusion des contrats (signature électronique, droit à l'infor-

mation du consommateur, droit de rétractation et droit de retour) en se basant sur les projets en cours de directives de l'Union européenne (projets du 23 décembre 1998 et du 17 août 1999) – document COM 1998.586.final et document 98.0325-COD – ainsi que des déclarations résultant de la conférence ministérielle de l'OCDE à Ottawa des 7-9 octobre 1998 (document SG/EC (98) 14/final).

2) de prendre les mesures afin de renforcer la collaboration et la coopération internationale dans le domaine du commerce électronique. Il veille à ce que le droit suisse soit adapté aux tendances et aux solutions adoptées par l'Union européenne.

3) de veiller à la mise en œuvre, par les autorités compétentes, d'un programme de formation scolaire à l'intention des consommateurs enfants et jeunes; il met également en œuvre un programme d'information destiné aux consommateurs adultes.