

Le commerce électronique : le point de vue du droit japonais

著者	Baba Keita
journal or publication title	Kansai University Review of Law and Politics
volume	40
page range	1-12
year	2019-03
URL	http://hdl.handle.net/10112/16805

Le commerce électronique : le point de vue du droit japonais

Keita BABA*

I. L'identification des parties

- A. Le mécanisme et le cadre juridique de l'identification d'auteur
- B. L'usurpation d'identité

II. La formation du contrat

- A. L'abolition de la théorie de l'émission lors de l'acceptation
- B. Le moment où la déclaration de volonté est reçue

III. La validité du contrat

- A. Les remèdes aux mauvaises manipulations : le « double-clic »
- B. La fraude « *one click* »
- C. La loi n'a pas adopté le droit de rétractation, mais « le droit de retour »

1. Le thème « La nouvelle technologie et le contrat » soulèvent plusieurs problématiques. Dans cet article, je vais traiter surtout “des technologies de l'information et de la communication (TIC)” qui se sont développées sensiblement ces dernières années.

2. Depuis qu'une infrastructure informatique s'est mise en place et que, par la suite, l'utilisation de l'informatique s'est généralisée, de nombreux contrats sont contractés ou exécutés par la voie électronique, et ce dans tous les domaines. En droit japonais, ce type d'opération est appelée « *Denshi-sho-torihiki* (le commerce électronique)¹⁾ » ou « *Denshi-keiyaku* (le contrat électronique)²⁾ »³⁾.

3. L'utilisation du commerce électronique continue de s'amplifier.

Selon le rapport publié par le Ministère de l'Economie, du Commerce (*Trade*) et de l'Industrie (*METI*)⁴⁾, sur le marché intérieur du commerce électronique, le montant des

* Professeur à l'Université Kansai

**Cet article est une version remaniée d'un rapport donné au colloque « Le droit privé à l'épreuve des nouvelles technologies : regards croisés nippo-français » tenu le 22 septembre 2016 à l'Université Keio. L'auteur tient à remercier le professeur Jonas KNETSCH pour avoir corrigé ce texte.

1) Ce terme, utilisé très fréquemment, n'est pas officiellement défini. Il signifie, au sens étroit, l'opération contractée par voie électronique et, au sens large, le rapport d'affaires dans lequel une partie du processus contractuelle est numérique. Toyohiro NOMURA, *Hikakuhoenkenshu* n°61, 1999, p.3.

2) Ce terme est défini par la loi relative au contrat électronique de consommation (*Denkei-ho*). Mais elle limite sa portée aux relations BtoC.

3) Dans cet article, nous utiliserons le terme « commerce électronique », sans le distinguer rigoureusement du terme « contrat électronique ».

4) *METI*, Le rapport de l'année 2015 : L'étude du marché sur le commerce électronique 2015. <http://www.meti.go.jp/press/2016/06/20160614001/20160614001-2.pdf>

ventes en BtoC s'élève à 13,8 billions de yen (soit environ 120 milliards d'euros, +7,6% année après année), le montant des ventes en BtoB par voie d'Internet à 203 billions de yen (soit environ 1760 milliards d'euros, +3.5%), et celui des ventes en BtoB par un autre réseau de communication à 288 billions de yen (soit environ 2,500 milliards d'euros, +3.0%). Puis, le taux d'utilisation du commerce électronique dans tous les domaines du commerce atteint 4,75% pour les ventes en BtoC (+0,38%), 19,2% pour les ventes en BtoB par Internet (+0,7%) et 27,3% pour les ventes en BtoB par un autre réseau de communication (+0,8%) en 2015. Selon ce rapport, la part du commerce électronique va augmenter dans les relations bilatérales entre les 3 pays (le Japon, la Chine et les États-Unis).

Ainsi, le commerce électronique aura une importance et une incidence croissantes dans l'économie, présente ou future, au niveau national ou international.

4. Alors, comment le commerce électronique se distingue par rapport au commerce traditionnel ?

5. Tout d'abord, en effaçant les limitations liées au temps et au lieu, le commerce électronique lui-même contribue à abaisser le coût de la transaction, et, par conséquent, à augmenter les opportunités commerciales. Il nous paraît que c'est le principal élément promoteur de l'essor du commerce électronique.

6. Ensuite, le progrès ou le développement des pratiques commerciales innovantes, notamment la diversification des services de paiement⁵⁾ et des modes de livraison des biens⁶⁾, accélèrent cet essor.

Cet élargissement du marché et le développement des nouvelles pratiques commerciales inciteraient à étudier les mesures qui sont à prendre sur le plan juridique.

7. Et enfin, le commerce électronique est une modalité du contrat qui facilite des affaires transfrontières. Donc, les mesures à prendre pour résoudre les problèmes relatifs au commerce électronique peuvent s'inscrire facilement dans une démarche d'harmonisation des législations. Il n'est pas étonnant que les mesures prises au Japon aient été élaborées en consultant les législations de pays étrangers ainsi que les instruments internationaux. De ce fait, on peut remarquer une forte convergence entre nos deux droits positifs.

8. A quoi cela sert alors de comparer les deux ? Il nous paraît qu'il est toujours profitable de rechercher des phénomènes juridiques propres à chaque pays et d'en rechercher les causes d'un point de vue comparatiste. Il est spécialement le cas de commerce

5) Par exemple, les règlements par carte de crédit, le virement bancaire, ou le paiement à la livraison (*Daibiki*). En plus, les nouveaux modes de paiement comme la monnaie électronique, les services alternatifs de paiement (*Shuno-daiko* et le « *escrow payment* / dépôt fiduciaire »), et même la monnaie virtuelle se développent très rapidement.

C'est le cas des contrats BtoC. Par contre, pour les contrats en BtoB, un paiement comptant semble plus systématique.

6) Les services de livraison express adoptés par la plupart des professionnels facilitent le commerce pour les usagers.

électronique. Dans un domaine où les pratiques commerciales évoluent rapidement et de manière dynamiquement et où l'harmonisation du droit est fortement encouragée, nous sommes toujours obligés de nous intéresser au monde extérieur. Cela nous permettrait de connaître plus précisément notre système tel qu'il est.

9. Dans cet article, nous allons évoquer des sujets emblématiques du droit japonais. Pour ce faire, il convient de la diviser en trois parties : l'identification des parties (I), la formation du contrat (II), et la validité du contrat (III).

I. L'identification des parties

10. Par l'intermédiaire de la communication par voie électronique, on peut contracter sous l'anonymat ou en utilisant un pseudonyme : l'identification des parties peut être détachée du monde réel.

11. Dans le commerce électronique, il arrive parfois que les contrats soient effectivement conclus et exécutés sans que les parties soient identifiées. Tant que les affaires vont bien, il suffit que les prestations de chaque partie soient bien exécutées. Pourtant, une fois qu'on est face à un problème juridique lié au contrat, l'identification devient nécessaire.

12. Dans le monde numérique, les éléments identificatifs ne sont pas les mêmes que ceux dans le monde réel où les contrats sont en principe conclus entre présents. De plus, dans le monde numérique, ces éléments sont très faibles et limités. Or, pour poursuivre la responsabilité de l'auteur de manière effective, l'identification des parties dans le monde réel est indispensable.

13. Il convient de prendre des mesures pour parer à ce type de trouble (A). Mais, même si on les a prises, il arriverait qu'une personne usurpe l'identité (*spoofing*) et fraude le cocontractant en profitant de la difficulté d'identifier les parties dans l'espace numérique (B).

A. Le mécanisme et le cadre juridique de l'identification d'auteur

14. L'authentification est une formalité pour identifier la personne qui constitue l'une des parties du contrat électronique ou d'autres opérations numériques. Il existe différentes manières pour y parvenir.

15. 1°— Il est de plus en plus fréquent que l'authentification s'appuie sur la combinaison d'un identifiant et d'un mot de passe. Toutefois, cette méthode n'est pas suffisamment sécurisée. Ainsi, particulièrement dans les opérations bancaires BtoC, on procède, pour sécuriser la transmission des données les plus sensibles, à une identification en deux étapes en recourant, par exemple, à un mot de passe jetable (*one time password*, qui peut être réalisé soit par le jeton d'authentification [*token*], soit par l'intermédiaire d'une app de smartphone), ou à la biométrie⁷.

7) Au Japon, cette manière (l'identification par la veine des doigts) est déjà introduite au guichet automatique

16. 2°— Il y a des méthodes encore plus sécurisées : les systèmes de cryptographie asymétrique. On peut cryptographier les fichiers en combinant cette technologie et la fonction de hachage (*hash function*). Ce mécanisme est utilisé également dans la signature numérique.

17. Dans la signature numérique, il n'est pas possible de constater si l'émetteur qui possède la clef privée est véritablement l'auteur du fichier. Il devient alors nécessaire d'authentifier sa personne par un certificat numérique délivré par l'autorité de certification. On explique que la combinaison du certificat numérique et la clef publique jouit d'une force probante similaire à celle d'un « certificat d'enregistrement des sceaux » (*Inkan-touroku-shomeisho*) avec le « sceau enregistré » (*Jitsuin*)^{8) 9)}.

18. La loi du 31 mai 2000 relative à la signature numérique et au service d'authentification (*Denshi-shomei-ho*) précise l'effet légal d'une telle signature numérique. L'art. 3 de la même loi dispose en effet que « l'enregistrement électromagnétique fait dans le but de présenter une information, sauf celui fait par les agents publics, est présumée d'être dotée d'authenticité, lorsque la signature numérique y est apposée ». Cette présomption légale a la même valeur que celle prévue pour l'acte sous signature privée lorsque celui-ci comporte la signature ou le sceau¹⁰⁾ de l'auteur (art. 228, al. 4 du Code de la procédure civile).

19. Ensuite, il existe un autre système qui vise les informations sur les sociétés ou les autres personnes morales : « l'authentification électronique sur la base du registre du commerce »¹¹⁾. Il permet d'authentifier l'identité de la personne qui possède la clef publique, la réalité de la personne morale, ou l'existence du pouvoir de représentation de l'auteur, etc., en se référant aux informations enregistrées dans le registre du commerce.

20. Enfin, il existe un troisième système qui permet à un notaire agréé d'authentifier un acte sous la forme électronique ou apposer une date (dite « l'authentification électronique notariale »). La signature numérique authentifiée par notaire est censée être authentique et l'enregistrement par notaire donne date certaine à un acte (art. 5, al. 2 de la loi d'application du Code civil).

B. L'usurpation d'identité

21. Si ces formalités ne sont pas prises, il reste la possibilité que des pratiques frauduleuses soient commises : une personne inconnue passe le contrat au lieu de l'auteur apparent

de la banque.

8) La combinaison de « *Jitsuin* » et de « *Inkan-touroku-shomeisho* » est un mode d'identification populaire au Japon. Elle est utilisée pour prouver qu'un acte a été fait par son auteur.

9) V. M. SOGABE / S. HAYASHI / M. KURITA, *Droit de l'information, Kōbun-dō*, 2016, p.351.

10) Au Japon, l'apposition du sceau de l'auteur vaut sa signature manuscrite.

11) Celle-ci est introduite en 2000 par l'adoption de la loi portant réforme de la loi du registre du commerce et autres. Depuis une réforme en 2004, les personnes physiques peuvent l'utiliser (avant cela, elle n'était ouverte qu'aux personnes morales).

(*Narisumashi*), une personne qui a passé le contrat dénie qu'il en est l'auteur (*Shirabakkure*), ou une personne disparaît sans remplir ses obligations (*Kumogakure*).

22. Nous allons nous concentrer sur le premier cas : l'usurpation d'identité. Dans le commerce électronique, l'usurpation d'identité est constituée par le fait de s'emparer d'un identifiant et d'un mot de passe et de réaliser des transactions au détriment d'autrui.

23. Dans le système juridique japonais, Il n'existe aucune réponse spécifique au *Narisumashi*. Il faut régler ce type de différends en exploitant les solutions qui existent déjà dans notre droit positif. En général, ces problèmes, donc ses solutions sont abordées sous deux angles : la force obligatoire du contrat et la responsabilité civile. Seul le premier aspect sera évoqué ici. Nous citons à ce titre deux exemples.

24. Le 1^{er} exemple : la question de la détermination des parties contractantes est présentée comme un des problèmes liés à l'effet extérieur de la déclaration de volonté. La commande par usurpation d'identité peut être passée par une personne inconnue pour frauder ou harceler l'auteur.

25. Selon les principes généraux du contrat, les effets d'une déclaration de volonté sont opposables à la personne qui en est l'auteur. Autrement dit, la personne qui déclare sa volonté devient la partie au contrat. Dès lors qu'une personne a usurpé l'identité d'autrui, l'effet de la déclaration de volonté ne se produit pas sur lui, sauf stipulation contraire. C'est le principe. Mais, certains auteurs remarquent la possibilité d'appliquer, par analogie, les dispositions relatives à une représentation apparente (théorie de l'apparence) prévue dans le Code civil (art. 109, 110 ou 112 du Code civil¹²⁾). Si ces dispositions peuvent être invoquées, la formation du contrat entre la victime de l'usurpation et le cocontractant pourrait être constatée.

26. Le 2^e exemple concerne la validité d'un paiement réalisé à l'insu de la victime de l'usurpation d'identité. Lorsque l'usurpant a piraté l'identifiant et le mot de passe de l'auteur pour retirer de l'argent ou effectuer un virement bancaire, est-ce que la banque peut invoquer la validité du retrait ou du virement ainsi effectués ?

27. Selon les dispositions du Code civil japonais, lorsque le non-titulaire apparaissait

12) Le Code civil japonais distingue trois cas de figure.

— La représentation apparente fondée sur la notification du transfert du pouvoir de représentation :
art. 109 Celui qui a fait savoir à un tiers qu'il a conféré à une personne le pouvoir de le représenter est responsable des actes intervenus entre cette personne et le tiers. Toutefois, il en est autrement, si le tiers a su, ou c'est par sa faute que le tiers a ignoré, qu'elle n'avait pas le pouvoir.

— la représentation apparente en cas de dépassement des pouvoirs de représentation :
art. 110 Dans le cas où le représentant a fait un acte excédant ses pouvoirs, si les tiers ont eu de justes raisons de croire qu'il agissait dans les limites de ses pouvoirs, les dispositions de l'article précédent reçoivent application par analogie.

— la représentation apparente par le fait après l'expiration des pouvoirs de représentation :
art. 112 L'expiration des pouvoirs du représentant n'est pas opposable aux tiers de bonne foi. Toutefois, il en est autrement, si c'est par leur faute que les tiers ont ignoré ce fait.

* Ces articles sont modifiés par la loi portant réforme du droit des obligations, adoptée le 26 mai 2017.

comme le créancier (l'existence d'une apparence), et, le débiteur ou *solvens* pouvait croire, sans faute, qu'il était le créancier (la bonne foi et sans faute du débiteur), le paiement est considéré comme être valide (art. 478¹³⁾).

28. La jurisprudence a décidé que, dans le cas d'un retrait d'argent par l'intermédiaire d'un guichet automatique bancaire (GAB), que la banque doit concevoir et gérer le système de telle manière que la possibilité de retraits frauduleux ou d'autres opérations par des non-titulaires est exclue dans la mesure du possible. A défaut, elle (la banque - le débiteur) ne peut être considérée comme étant de bonne foi et sans faute au sens de l'art. 478 du Code civil¹⁴⁾.

29. En outre, en cas de retrait par un distributeur automatique des billets (DAB), les juges ont décidé que si la carte et le code secret authentiques ont été utilisés lors du retrait, la clause qui exclut la responsabilité de la banque reste valide, « sous réserve d'une situation particulière, telle que le mauvais traitement du code secret par la banque »¹⁵⁾. Quant aux banques électroniques, il n'y a pas encore de jurisprudence, mais, les cours d'appel ou les tribunaux de grande instance suivent les arrêts susvisés.

30. En se tournant vers la législation et les pratiques bancaires, elles adoptent des mesures plus protectrices des déposants bancaires que la jurisprudence. La loi pour protéger les déposants bancaires, entrée en vigueur le 10 août 2005, a introduit une nouvelle mesure qui permet d'indemniser les déposants des dommages subis, dans les conditions plus favorables aux déposants que l'art. 478 du Code civil. Il est vrai que cette loi ne vise que le retrait frauduleux au moyen d'une carte contrefaite ou volée, mais la *Zenginkyō*, l'association professionnelle de la banque, est allée plus loin. En 2007, elle a admis l'indemnisation même l'absence de faute de la banque et, en même temps, elle a élargi cette mesure aux banques électroniques en incitant les banques-membres d'insérer des clauses en ce sens dans les conditions générales.

II. La formation du contrat

31. Le commerce électronique présente également des particularités juridiques dans la phase de formation du contrat. A quel moment le contrat est conclu ou formé dans le commerce électronique ?

32. On va imaginer le cas de shopping en ligne BtoC. En matière de shopping en ligne, le moment de la formation du contrat est souvent stipulé par les conditions générales. Par

13) Le paiement au quasi-possesseur de la créance:

art. 478 Le paiement fait au quasi-possesseur de la créance est valable dans le cas seulement où il a été fait de bonne foi et sans faute.

* Cet article est modifié par la loi portant réforme du droit des obligations.

14) Cour suprême, 8 avril 2003, *Minshū* 57.4.337.

15) Cour suprême, 19 juillet avril 1993, *Hanji* 1525.61.

exemple, les conditions générales d'Amazon.jp¹⁶⁾ prévoient que le clic de l'acheteur vaut l'offre d'achat des produits ; l'expédition des produits par Amazon.jp vaut l'acceptation, donc le contrat est censé être conclu à ce moment. Un message de confirmation automatiquement expédié après avoir passé la commande ne vaut pas l'acceptation, puisque ce message ne fait que confirmer l'intention de la personne qui commande en renvoyant les informations sur la commande, mais ne suffit pas pour former le contrat¹⁷⁾.

A. L'abolition de la théorie de l'émission lors de l'acceptation¹⁸⁾

33. Depuis sa rédaction, le Code civil japonais adopte comme principe la théorie de la réception dans le contrat conclu entre les parties à distance (art. 97, al. 1) : le consentement ne produit son effet qu'après sa réception. Toutefois, en ce qui concerne l'acceptation de l'offre, il y a une règle particulière. Dans ce cas, le Code civil adopte la théorie de l'émission compte tenu de l'exigence de rapidité du commerce (art. 526)¹⁹⁾.

34. Cette règle a été partiellement modifiée par la loi du 29 juin 2001 relative au contrat électronique de consommation (*Denkei-ho*). La « notification électronique d'acceptation²⁰⁾ » définie par cette loi déroge à la théorie de l'émission et la théorie de la réception s'y applique (art. 4 de la même loi). Les motifs sont les suivants : en premier lieu, il n'est pas nécessaire d'adopter la théorie de l'émission pour accélérer le commerce, puisque les informations se communiquent immédiatement par voie électronique ; en deuxième lieu, si l'on adopte la théorie de l'émission, il se peut que le consommateur subisse un préjudice en l'absence de réception de l'acceptation du professionnel (car le consommateur, qui croit que son offre a été refusée, pourrait former un autre contrat avec une autre personne).

35. La loi portant réforme de droit des obligations, adoptée en 2017, supprime cette exception et généralise la théorie de la réception²¹⁾.

B. Le moment où la déclaration de volonté est reçue

36. A quel moment l'offre ou l'acceptation est-elle reçue par le contractant dans le commerce électronique ? Aucune disposition dans le Code civil ne répondait à cette

16) https://www.amazon.co.jp/gp/help/customer/display.html/ref=footer_cou?ie=UTF8&nodeId=643006

Les conditions générales d'Amazon.fr et d'Amazon.jp sont similaires, mais pas identiques.

17) TGI Tokyo, 2 septembre 2005, *Hanji* 1922.105.

18) V. aussi, Naoki KANAYAMA / Tsukasa ASO / Kazuma YAMASHIRO, « Contrat et immatériel au Japon », in Travaux de l'Association Henri Capitant, L'immatériel, Bruylant, 2015, 494 et 495.

19) Il est dit que cette règle est inspirée du droit anglais. Cette disposition a été critiquée par la doctrine depuis longtemps.

20) Elle signifie la notification de l'acceptation par voie électromagnétique, y compris par téléphone, télécopie, et télex (art. 2, al. 4).

21) Il est prévu de supprimer l'art. 526 du Code civil et l'art. 4 de la loi relative au contrat électronique de consommation (*Denkei-ho*).

question²²⁾. La Cour suprême estime que la déclaration de volonté est reçue au moment où elle peut être connue par le cocontractant, autrement dit au moment où elle est entrée dans la sphère du cocontractant²³⁾. Si l'on fixe le moment de la formation du contrat dans le commerce électronique, il convient d'y appliquer cette solution.

37. Selon les lignes directrices rédigées par le *METI* (« *Junsoku* »²⁴⁾), le message est censé être reçu soit, quand on se communique par email, au moment où il a été enregistré en état lisible dans la messagerie que le destinataire a préalablement désignée ou qu'elle utilise habituellement²⁵⁾, soit, quand la transaction est réalisée entièrement sur le site internet, au moment où la déclaration de volonté est présentée sur l'écran du pollicitant²⁶⁾.

III. La validité du contrat

A. Les remèdes aux mauvaises manipulations : le « double-clic »

38. Les consommateurs qui ne maîtrisent pas le fonctionnement d'un ordinateur risquent de donner leur consentement malgré eux à cause d'une mauvaise manipulation. Pour prévenir une telle situation, dites de « double-clic », la législation et des lignes directrices ont été rédigées, comme dans d'autres pays. Cette question est traitée comme un problème des vices du consentement, l'erreur du droit civil (art. 95²⁷⁾). Mais, en ce qui concerne le commerce électronique, il y a une disposition spéciale. L'art. 3 de la loi relative au contrat électronique de consommation (*Denkei-ho*) prévoit que le contrat électronique en BtoC déroge à l'application de l'art. 95 du Code civil, lorsque le pollicitant a commis une erreur sur la substance du contrat, et, que le consommateur n'avait pas l'intention de déclarer sa volonté telle quelle ou qu'il avait l'intention de déclarer une autre volonté lors de

22) Dans la loi portant réforme du droit des obligations non plus, on ne peut trouver des dispositions pertinentes.

23) Cour suprême, 20 avril 1961, *Minshū* 15.4.7674; Cour suprême, 17 décembre 1968, *Minshū* 22.13.2998.

24) *METI*, Les lignes directrices interprétatives (*Junsoku*) relatives au commerce électronique et au marché des biens d'information.
http://www.meti.go.jp/english/press/2015/pdf/0427_01a.pdf (version anglaise)

25) D'après ce critère, la déclaration de volonté est censée n'avoir pas été reçue si le mail n'est pas enregistré sur le serveur à cause d'une panne. Elle est censée être reçue au moment où elle a été enregistrée sur le serveur, même si la notification n'a pas été adressée à l'adresse habituellement utilisée mais pas désignée en ce cas (v. aussi, art. 10, al.2 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux). On peut se demander si le message est censé avoir été reçu lorsque les lettres ne sont pas lisibles à cause d'un mauvais décodage. Cela arrive souvent pour les messages en langue japonaise. « *Junsoku* » affirme que celui qui est tenu d'enlever ce trouble doit supporter le risque de non arrivée du message.

26) Il suffit qu'il soit enregistré en état lisible. Peu importe si le pollicitant a confirmé le message ou pas.

27) L'erreur: art. 95 La déclaration de volonté est nulle, lorsqu'il y a erreur sur les éléments essentiels de l'acte juridique.

Toutefois, le déclarant ne peut lui-même se prévaloir de cette nullité, lorsqu'il y a eu faute grave de sa part.

* Cet article est modifié par la loi portant réforme du droit des obligations.

l'émission du message²⁸⁾. Toutefois, cette règle n'est pas appliquée lorsque le professionnel-cocontractant a pris des mesures pour s'assurer de la volonté réelle du consommateur ou que le consommateur a déclaré qu'il n'en a pas besoin. Par conséquent, le consommateur qui a commis une erreur par une mauvaise manipulation peut agir en nullité du contrat pour erreur, même s'il a commis une faute grave, dans la mesure où le professionnel n'a pas pris des mesures exposées ci-dessus²⁹⁾.

39. Dans la pratique, on rencontre souvent des litiges qui ont pour cause l'erreur d'indication du prix par le vendeur professionnel. Cette erreur est commise lors de la mise en place des données sur le prix ou à cause d'un code-barres mal imprimé. L'art. 3 de la loi relative au contrat électronique de consommation (*Denkei-ho*) ne peut pas être appliqué au cas où le professionnel a commis une erreur. Quand il a commis une erreur de manipulation, et si l'on veut y remédier, il y aurait la possibilité de ne pas admettre la formation du contrat, ni sa force obligatoire. Lorsque le contrat est formé, il reste la possibilité d'appliquer l'art. 95 du Code civil : la nullité pour erreur.

40. Dans le cas du TGI Tokyo, 2 septembre 2005, un professionnel a indiqué sur un site de commerce électronique, par erreur, qu'il vendait un ordinateur au prix de 2 787 yen au lieu du 115 000 yen. Dès ce moment, il y a eu lieu un afflux des commandes et finalement, 20 000 personnes ont commandé 100 000 ordinateurs. Dans cet exemple, on peut observer une des spécificités du shopping en ligne : le risque d'emballement. Mais si l'on aborde cette problématique sous un autre angle, elle peut être résolue par le perfectionnement du système de commande ou par l'insertion d'une clause qui retarde le moment de la formation du contrat³⁰⁾. De fait, cette clause est désormais insérée dans les conditions générales du shopping en ligne comme celles d'Amazon.jp³¹⁾ ou de Rakuten.co.jp³²⁾.

B. La fraude « one click »

41. La fraude « one click » est sans doute celle qui est effectivement la plus pratiquée au Japon. C'est une manœuvre par laquelle le professionnel incite l'utilisateur potentiel à

28) En fait, la doctrine observe que cette disposition ne fait que reprendre l'un des cas d'application de l'art. 95 du Code civil. En ce sens, Yutaka YAMAMOTO, « Le contrat électronique et la théorie du contrat », *Hogakuyoshitsu*, n°341, 2009, p.103; Hiroki MORITA, « La déclaration de volonté inattendue des consommateurs dans le contrat électronique de consommation », in *Les media et les systèmes*, vol.4, p.59.

29) Cette solution, dit-on, provient du droit américain ou canadien. Au cours de la rédaction législative, une autre solution avait été proposée : octroyer au consommateur une sorte de droit de rétractation (droit de rétractation « éphémère »). Mais finalement, cette proposition n'a pas été adoptée. V. MORITA, *op. cit.*, p.34 et s.

30) De toute façon, le juge du TGI Tokyo a refusé la formation du contrat pour le motif que l'indication du prix sur le site internet ne doit pas être considérée comme une offre mais seulement comme une invitation à entrer en pourparlers.

31) V. le site cité à la note 16.

32) <http://event.rakuten.co.jp/guide/howtobuy/delivery/>

former le contrat en utilisant des pièges³³⁾. Par exemple, dès que le consommateur clique sur un lien, la mention qui annonce la formation du contrat se présente sur l'écran. En un instant, le paiement d'une somme déraisonnable est demandé. Une personne qui clique est encline à croire que le contrat est bien formé puisqu'il est vrai qu'elle a fait un geste - le clic. Cette fraude se multiplie notamment sur les sites pornographiques ou de rencontres.

42. Il n'y a aucune disposition spéciale pour lutter contre cette fraude. Pour aider les personnes qui sont victimes d'une telle fraude, il faut, ici encore, recourir aux solutions du droit existants. En tant que sanctions civiles, elles ont la possibilité d'être libérées du contrat concernant en invoquant les arguments suivants :

— l'argument que le contrat n'a jamais été formé par le « *one click* »³⁴⁾. C'est le cas où aucune annonce qui indique que le clic vaut l'offre n'a été présentée sur l'écran.

— la nullité du contrat pour erreur (art. 95 du Code civil). Pour que l'erreur puisse être constatée, l'errans ne doit pas commettre de faute grave (le même article). Toutefois, il n'est pas nécessaire de protéger le professionnel s'il a connu l'erreur du cocontractant. Ainsi, il nous paraît que cette condition ne serait pas indispensable dans ce cas-là³⁵⁾. D'ailleurs, les dispositions de la loi relative au contrat électronique de consommation (*Denkei-ho*, art. 2 et 3) peuvent être appliquées quand ces conditions sont réunies.

— l'annulation du contrat pour dol (art. 96 du Code civil³⁶⁾).

— la nullité des clauses qui dérogent aux dispositions de la loi relative aux contrats de consommation (*Shokei-ho*). Les clauses qui imposent de payer une somme excessivement forte, que ce soit les dommages-intérêts ou les commissions, peuvent être annulées sur la base de l'art. 9, al.2 ou l'art. 10 de *Shokei-ho*.

— la nullité du contrat pour infraction à l'ordre public (art. 90 du Code civil). Cette disposition ne pourrait être appliquée que si les conditions du contrat sont manifestement injustes.

C. La loi n'a pas adopté le droit de rétractation, mais « le droit de retour »

43. En droit japonais, le consommateur peut exercer le droit de rétractation dans certaines situations et sous certaines conditions. Ce droit est prévu par les lois sur la

33) Cette manœuvre est mise en cause dans la situation complètement différente du « double-clic ».

34) TGI Tokyo, 30 janvier 2006, *Hanji* 1939.52. Il a constaté que le contrat n'a pas formé.

35) La loi portant réforme du droit des obligations modifie l'art. 95 et admet l'annulation du contrat pour erreur, quand bien même l'*errans* a commis une faute grave, « si le contractant a connu que l'auteur ait commis une erreur ou ne l'a pas connu de sa faute grave » (nouvel art. 95, al. 3, 1°)

36) Le dol ou les menaces : art. 96 1. La déclaration de volonté, déterminée par le dol ou les menaces, est annulable.

2. Lorsque c'est un tiers qui a commis le dol, la déclaration de volonté adressée à une personne n'est annulable que si cette personne a eu connaissance dudit fait.

3. L'annulation de la déclaration de volonté pour cause de dol n'est pas opposable aux tiers de bonne foi.

* Cet article est modifié par la loi portant réforme du droit des obligations.

consommation³⁷⁾, notamment dans la loi relative aux pratiques commerciales précises (*Tokusho-ho*). L'une de ses caractéristiques par rapport au droit de la consommation en France ou en Europe, c'est que le droit de rétractation n'est pas admis pour la vente à distance³⁸⁾. Cela explique parce que, dans la vente à distance, les consommateurs ont du temps pour réfléchir s'ils achètent ou pas, à l'inverse de la vente à domicile ou les autres pratiques.

44. Mais cette explication a été partiellement remise en cause par une réforme en 2008 qui a introduit le droit de retour³⁹⁾ dans ce domaine, au lieu du droit de rétractation. Désormais, les consommateurs peuvent retourner les produits qu'ils ont commandés, dans les 8 jours à compter de la réception après la résolution du contrat (art. 15-3, al. 1 de la même loi). Ce droit, qui permet de retourner le produit dans un délai sans motivation, remplit les mêmes fonctions que le droit de rétractation. Mais ses caractéristiques sont différentes sur certains points.

45. Par exemple, la dérogation y est admise. Si le vendeur professionnel indique expressément, sur la publicité de la vente à distance, l'existence d'une stipulation qui exclut le droit de retour, cette stipulation prévaut (art.15-3, al.1, de la même loi). Ce faisant, le professionnel peut exclure le droit de retour légal du consommateur. Par ailleurs, ce droit n'est pas non plus prévu pour le contrat de fourniture des services, puisque le contrat peut être résilié.

46. Il convient à présent de se concentrer sur les modes de publication d'une telle stipulation. Elle doit être indiquée de telle manière que les clients peuvent facilement la reconnaître (art. 9, 3^o du décret d'application de la loi *Tokusho-ho*). Dans le domaine du commerce électronique, elle doit être présentée lors de la confirmation définitive de l'offre sur l'écran (art. 16-2 du même décret). La sanction n'est pas prévue expressément, mais les lignes directrices « *Junsoku* » affirment que la stipulation est invalidée en cas de violation de cette règle.

47. Cette position du droit japonais, c'est-à-dire l'absence de droit de rétractation dans la vente à distance, n'est pas seulement critiquable sous l'angle de la protection des consommateurs. Mais elle est également, me paraît-il, obsolète et inadaptée au marché actuel qui est hautement numérisé. Il n'y a pas de raison pour distinguer ou privilégier les ventes à distance dans lesquelles les pratiques frauduleuses se développent comme dans d'autres contrats de consommation.

37) Au Japon, les lois protectrices du consommateur ne sont pas encore codifiées.

38) Par contre, le droit de rétractation est admis pour la vente à domicile (art. 9. Dans les 8 jours du jour de la réception du document), le démarchage téléphonique (art. 24. Dans les 8 jours), la vente multiniveau (art.40. Dans les 20 jours du jour de la réception du document ou produit) ou les autres pratiques.

39) On l'appelle le droit de retour « légal ». Le droit de retour « commercial » est déjà largement répandu dans la pratique des ventes à distance.

*
* *

48. Face au développement rapide des transactions électroniques, un auteur a prévu, dans un article publié il y a quinze ans⁴⁰⁾, le déclin de la puissance de l'État, la prospérité des contrats, et la nécessité de reconstruire le rôle de l'État dans un proche avenir⁴¹⁾. Actuellement, est-ce que nous vivons dans le monde qu'il a anticipé ?

49. Certes, on pourrait remarquer un début de phénomène de contractualisation, surtout dans l'accroissement d'importance des conditions générales ou dans la diversification des modes de paiement. Mais, il ne nous semble pas que cela ait pour conséquence de changer fondamentalement le cadre juridique existant. Ce qu'il nous faut aborder en premier, c'est une meilleure adaptation du droit existant aux nouvelles technologies et cela suffira.

40) Takashi UCHIDA, « Les affaires dans l'ère numérique et la législation civile », *Hōkyō* vol.118, n°4, 2001, p.33 et s. L'auteur est civiliste avec des idées plus ou moins contractualistes.

41) Il nous paraît que sa parole prédit l'avènement de l'ubérisation. Au Japon, le mot « ubérisation » n'est pas encore ni diffusé ni utilisé. Au Japon, *Uber* a commencé son activité professionnelle depuis en août 2014, mais, il a cessé toutes ses activités. Le « *Rideshare* » même n'est pas réalisé. Par contre, *Airbnb* a de bons résultats.

http://www.kankokeizai.com/tokusyukiji/interview/15_10_17.html