



HAL
open science

Le droit comme outil de développement du commerce électronique

Corinne Bouthier

► **To cite this version:**

Corinne Bouthier. Le droit comme outil de développement du commerce électronique. Droit. Université de Lyon, 2019. Français. NNT : 2019LYSES049 . tel-02878990

HAL Id: tel-02878990

<https://theses.hal.science/tel-02878990>

Submitted on 23 Jun 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



N° d'ordre NNT : 2019LYSES049

THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Opérée au sein de
L'UNIVERSITÉ JEAN MONNET
FACULTÉ DE DROIT
Centre de Recherches Critiques sur le Droit UMR CNRS 5137

École Doctorale de Droit « ED 492 »

Discipline : Droit Privé

Soutenue publiquement le 18 octobre 2019, par :

Corinne BOUTHIER

**LE DROIT COMME OUTIL DU DÉVELOPPEMENT
DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

Devant le jury composé de :

Monsieur Thibault **DOUVILLE**, Professeur des Universités, Agrégé de droit privé, Université du Mans (Rapporteur).

Madame Stéphane **GERRY-VERNIERES**, Professeur des Universités, Agrégée de droit privée et de sciences criminelles, Université Grenoble Alpes, (Rapporteur).

Monsieur **VERICEL** Marc, Professeur des Universités, Agrégé de droit privé, Université Jean Monnet Saint-Etienne, (Directeur de thèse).

Madame Agnès **RABAGNY-LAGOA**, Maître de Conférences HDR, droit privé et sciences criminelles, Université Jean Monnet Saint-Etienne.

REMERCIEMENTS

Je remercie mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Marc VÉRICEL, pour sa disponibilité sans faille.

Je remercie, tout particulièrement, Madame le Maître de Conférences Agnès RABAGNY-LAGOA, pour le temps qu'elle m'a accordé. Ses précieux conseils m'ont orienté à de nombreuses reprises.

Mes remerciements à Monsieur le Professeur Jonas KNETSCH pour son soutien.

Mes pensées vont à ma famille et à mes amis sans lesquels ce travail n'aurait pu être réalisé. Merci à mes enfants pour leurs encouragements, à mon mari pour son aide et sa grande patience.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	15
PREMIÈRE PARTIE : LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ASSURÉE PAR LE DROIT	37
TITRE 1 LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE CONJUGUÉE À L'INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR....	41
CHAPITRE 1 L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ D’ENTREPRENDRE ET DE LA LIBERTÉ D’EXERCICE.....	43
SECTION 1 – LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA LIBERTÉ D’ACCÈS ET D’EXERCICE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ..	46
SECTION 2 – UNE LIBERTÉ NON ABSOLUE	65
CHAPITRE 2 LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AVEC LE PUBLIC	85
SECTION 1 – LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ENCADRÉE DE LA COMMUNICATION COMMERCIALE OU DE LA PUBLICITÉ	87
SECTION 2 – LA COMMUNICATION CIBLÉE DANS LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	102
TITRE 2 LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE FRAGILISÉE PAR UNE CONCURRENCE FAUSSÉE	135
CHAPITRE 1 UNE CONCURRENCE FAUSSÉE PAR UNE FISCALITÉ INADAPTÉE.....	139
SECTION 1 – LES RÈGLES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ INDIRECTE.....	142
SECTION 2 – LES RÈGLES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ DIRECTE	151
CHAPITRE 2 L’INCIDENCE DE L’IRRUPTION DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES	169
SECTION 1 – LES RISQUES DE PRATIQUES ABUSIVES OU DÉLOYALES GÉNÉRÉS PAR LES PLATEFORMES	172
SECTION 2 – LA RECHERCHE D’UN JUSTE ÉQUILIBRE CONCURRENTIEL ENTRE LA PLATEFORME ET SON UTILISATEUR.....	182
DEUXIÈME PARTIE : LA CONFIANCE DANS LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ASSURÉE PAR LE DROIT.....	205
TITRE 1 LA TRANSACTION ÉLECTRONIQUE EN CONFIANCE	211
CHAPITRE 1 L’ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE.....	213
SECTION 1 – LES OBSTACLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE LEVÉS PAR LE PRINCIPE DE NEUTRALITÉ TECHNOLOGIQUE	215
SECTION 2 – LE CONTRAT CONCLU PAR VOIE ÉLECTRONIQUE ADAPTÉ AUX SPÉCIFICITÉS DU MONDE NUMÉRIQUE	228
CHAPITRE 2 LA SÉCURISATION DES MOYENS DE PAIEMENT DÉMATERIALISÉS.....	243
SECTION 1 – LA TECHNOLOGIE AU SERVICE DE LA DIVERSITÉ DES MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE.....	245
SECTION 2 : LE DROIT ET LA SÉCURISATION DU PAIEMENT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE.....	255
TITRE 2 UNE PROTECTION JURIDIQUE SPÉCIFIQUE DE CHACUN DES ACTEURS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	273
CHAPITRE 1 LA PROTECTION JURIDIQUE DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L’ENTREPRISE.....	275
SECTION 1 – LA RECONNAISSANCE D’UN FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE.....	276
SECTION 2 – LES MOYENS JURIDIQUES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L’ENTREPRISE	286
CHAPITRE 2 LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR PAR DES RÈGLES SPÉCIFIQUES	337
SECTION 1 – UNE INFORMATION À TOUTES LES ÉTAPES DU CONTRAT	339
SECTION 2 – UNE INFORMATION QUANT AUX DROITS SPÉCIFIQUES POUR UNE MAÎTRISE DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL.....	375
BIBLIOGRAPHIE.....	403
INDEX ALPHABÉTIQUE	453

LISTE DES ABRÉVIATIONS

ADLC.	Autorité de la concurrence
Aff.	Affaire
Afnic.	Association française pour le nommage Internet en coopération
Al.	Alinéa
ARPP.	Autorité de régulation professionnelle de la publicité
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BOCC.	Bulletin Officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BODACC.	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
BOI.	Bulletin officiel des impôts
Bull.civ.	Bulletin des arrêts civils de la Cour de Cassation
C.Civ.	Code civil
C.Com	Code de commerce
C.Consom.	Code de la consommation
C.P	Code pénal
CA.	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCE.	Communication Commerce Électronique
CE.	Conseil d'Etat
CE.	Communauté européenne
CEDH.	Cour européenne des droits de l'homme
CEE.	Communauté économique européenne
CGU.	Conditions générales d'utilisation

CGV.	Conditions générales de vente
Ch.	Chambre
Chap.	Chapitre
Civ.	Chambre civile
CJUE.	Cour de Justice de l'Union Européenne
CMF.	Code Monétaire et Financier
CNIL.	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNUDCI.	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Com.	Chambre commerciale
Comm.	Commentaire
Conc.	Concurrence
CDLC.	Conseil de la concurrence
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
CPI.	Code de la propriété intellectuelle
Crim.	Chambre criminelle
CSP.	Code de la santé publique
D.	Décret
Délib.	Délibération
DGCRF.	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dir.	Directive
DSP.	Directive services de paiement
EBA.	<i>European Banking Authority</i>
Ed.	Edition
EFL.	Edition Francis Lefebvre
Eurid.	European Registry of Internet Domain Name
Ex.	Exemple

FEVAD.	Fédération du e-commerce et de la vente à distance
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
INPI.	Institut national de la propriété intellectuelle
IS.	Impôt sur les sociétés
JCP.	Semaine juridique
JO.	Journal officiel de la République française – JORF
JOCE.	Journal officiel des Communautés européennes
LCEN.	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LEBF.	L'essentiel du Droit bancaire
LGDJ.	Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
OCDE.	Organisation de coopération et de développement économique
OMC.	Organisation mondiale du commerce
Ord. Réf.	Ordonnance de référé
p.	Page
PI.	Propriété intellectuelle
Puf.	Presses universitaires de France
Rec.	Recueil

RGPD.	Règlement Général sur la protection des données
RTD civ.	Revue trimestrielle du droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant
S.	Recueil Sirey
t.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TFUE.	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI.	Tribunal de grande instance
Trib.	Tribunal
TUE.	Traité de l'Union Européenne
TVA.	Taxe sur la Valeur Ajoutée
UE.	Union Européenne
UEM.	Union Economique et Monétaire
V.	Voir
www.	<i>World Wide Web</i>

« Le commerce guérit les préjugés destructeurs, et c'est presque une règle générale que partout où il y a des mœurs douces il y a du commerce ; et partout où il y a du commerce il y a des mœurs douces ».

Montesquieu, De l'esprit des lois, XX (1748)

INTRODUCTION

INTRODUCTION

1. – I – L'attrance de l'homme pour le commerce traverse l'Histoire. Le commerce est sans doute en partie le propre de l'homme. Aristote affirmait que « l'homme est un animal social » : il vit en groupe, parmi d'autres hommes qui, ensemble, forment une société. Entre eux des relations se tissent, des échanges se créent, dont le commerce est un aspect. S'intéresser au commerce, depuis le temps lointain du troc jusqu'à celui, actuel, de son développement électronique, c'est donc s'intéresser à l'Homme, à ses comportements, à son besoin d'échanger pour survivre, à son goût de l'argent comme source de pouvoir et à sa place dans la société de consommation contemporaine. Parce que le commerce est au cœur de la société, il provoque débats et controverses, il oriente des prises de position politiques et il appelle, selon l'époque, des règles pour l'organiser, le contraindre ou le laisser prospérer librement. La nouvelle société de l'information du XX^{ème} siècle a donné à son évolution naturelle une forme d'accélération particulière.

2. – Au siècle des Lumières, Voltaire soutient que le commerce contribue au bonheur des citoyens et il y voit une liberté qui leur est apportée, laquelle le nourrit en retour, le faisant se développer comme dans un cercle vertueux. Dès lors le négociant, et non plus l'aristocrate, incarne une puissance nouvelle.

3. – Montesquieu modère ces propos : le philosophe exprime l'idée qu'entre deux nations l'effet naturel du commerce est de porter à la paix, leurs besoins étant liés, l'intérêt de vendre à l'intérêt d'acheter. Pourtant, selon lui, si l'esprit de commerce unit les nations, il n'unit pas de même les particuliers, Montesquieu démontrant comment, entre individus, le commerce devient source de trafics et à quel point, dans un pays où tout s'achète, la dimension morale de l'humanité se perd.

4. – Le commerce¹ a, depuis longtemps et au fil de l'évolution de ses pratiques, suffisamment fait dissenter les philosophes, calculer les économistes et agir les gouvernements pour que nul ne puisse nier son importance au sein de la vie humaine. Son étude, qui ne peut être aujourd'hui limitée à ses aspects juridiques et économiques, doit aussi considérer ce lien particulier entre le vendeur et le consommateur, fondé sur le rapport entre

¹ SIMONNOT PHILIPPE, *Vingt et un siècles d'économie*, éd. Les Belles Lettres, nov. 2002, ISBN : 2251442081.

deux individus, l'un réputé plus fort et l'autre supposé plus faible, chacun porteur d'intérêts possiblement divergents².

5. – Le commerce, pratique ancestrale, a connu, ces dernières années, une fulgurante transformation de certains de ses procédés, débouchant sur son aboutissement le plus récent, le commerce électronique, objet de notre étude.

6. – Nul, en France, ne peut s'intéresser au e-commerce sans évoquer le rôle de l'Union européenne dans son développement, fondé sur sa volonté de l'utiliser comme moyen de croissance au sein du marché intérieur.

7. – A l'aube de la construction européenne, il avait paru nécessaire à ses fondateurs de faire vivre la notion d'Europe par la création d'un Marché commun, espace purement économique dans lequel serait dynamisée l'économie des Etats membres et facilité le rapprochement des peuples au travers des échanges commerciaux. Le Traité de Rome donnait naissance en 1957 à la Communauté Economique Européenne (C.E.E) avec pour ambition la création de ce marché, inscrit dans le Traité sur l'Union Européenne et défini à l'article 26 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne. La Communauté n'aura de cesse de rechercher, par le biais du marché « commun », puis « unique », enfin nommé « intérieur » par le traité de Lisbonne, un développement harmonieux de l'économie et sa croissance continue dans l'ensemble du territoire européen.

8. – Si le marché intérieur n'est pas une fin en soi, il est l'instrument permettant des relations apaisées entre les peuples européens et, pour le parfaire inlassablement, les Autorités européennes ont, notamment, établi et mis en place les « quatre libertés »³. De 1985 à 1992 plus de 300 directives ont contribué à éliminer les barrières entre les Etats. Pourtant, quelques décennies après la transformation de la Communauté Economique Européenne en Union Européenne (U.E), le constat fut établi que le marché intérieur n'était pas exploité pleinement et qu'il ne permettait pas d'obtenir le potentiel espéré de croissance et d'emplois : il semblait en panne. L'émergence du e-commerce est apparue aux autorités européennes comme l'opportunité de parvenir à leur objectif de croissance, en considérant par ailleurs que cette forme naissante représentait, pour des entreprises qui commerçaient

² BECUWE S., BLANCHETON B., « Les grandes phases de l'histoire du commerce international », Regards croisés sur l'économie, 2017/2, n°21, p.11 à 21.

Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2017-2-page-11.htm>

V. aussi BENOUN Marc, *Le commerce de détail en Suisse- Du colportage à l'e-commerce*, coll. Le savoir suisse, PPUR, 2015, 142 p., ISBN 978-2-88915-146-2.

³ Les libertés de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux figurant au sein du TFUE.

souvent peu en dehors de leurs frontières, l'occasion d'y parvenir. Le caractère transfrontière de la vente en ligne et la facilité d'accès, par un simple clic, des millions de consommateurs européens aux milliers de commerçants, ne pouvaient que conforter les partisans du marché intérieur dans leur idée du commerce en ligne comme source de croissance.

9. – Le Commissaire européen Frits Bolkestein, chargé du marché intérieur, se félicitait de l'approbation par le Parlement européen de la directive sur le commerce électronique⁴ qui allait permettre de promouvoir la compétitivité globale de l'Europe : « [...] Cette décision qui fait date stimulera l'expansion du commerce électronique en Europe, permettant ainsi aux citoyens et aux entreprises d'exploiter les avantages potentiels énormes en termes d'emplois, de choix de biens et services et d'accès aux marchés. Afin que les entreprises comme les consommateurs puissent profiter pleinement et le plus rapidement possible des effets de la directive, je veillerai tout particulièrement à ce que la directive soit transposée correctement et sans retard dans le droit des Etats membres⁵. » Le e-commerce, consubstantiel à internet, apparaissait aux yeux de certains comme l'équivalent moderne de la révolution industrielle - autant dire un enjeu fondamental pour l'avenir et un tournant à négocier habilement. A la demande du Président de la Commission Européenne, José Manuel Barroso, le rapport de Mario Monti⁶, du 9 mai 2010, proposait des solutions pour relancer un marché intérieur essoufflé et, parmi elles, certaines afférentes à l'encouragement des entreprises à vendre au-delà de l'Union Européenne, d'autres visant à stimuler les consommateurs à acheter en ligne. Plus récemment, la Commission⁷ a défini de nombreuses initiatives afin de réaliser le marché unique *numérique*. L'Union perçoit une forme de basculement du « monde ancien » vers la société de l'information comme un atout majeur au service du développement de l'économie européenne.

10. – Cette ambition, partagée par la France, de stimuler le commerce électronique en tant que vecteur de croissance ne pouvait s'appuyer que sur un cadre juridique qui lui soit

⁴⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

V. comm. IDOT Laurence., *Europe*, 1^{er} août 2000, n°8.

⁵ Commission européenne, com. de presse, Bruxelles, 4 mai 2000.

⁶ MONTI Mario, 2010, « Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européenne », consulté sur www.sgae.gouv.fr/files/live/sites/sgae/diles/contributed/SGAE/3%20Les%20autorités%20françaises%20et%20auto%20europe%20l'UE/documents/201005-Rapport-Monti.pdf

⁷ V. Commission européenne, la Stratégie pour un marché unique numérique, 2015, consulté sur : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/europe-2020-strategy>

La stratégie européenne pour la création d'un marché unique numérique repose sur trois piliers : -améliorer l'accès des consommateurs et des entreprises aux biens et services numériques, -créer de bonnes conditions de développement des réseaux et services numériques et enfin, -optimiser la croissance économie numérique.

favorable. Dès lors que la dématérialisation du commerce devenait un fait acquis, se posaient plusieurs questions. Comment appréhender juridiquement ce nouveau type de commerce qu'il convenait de rendre prospère ? Prenait-il corps dans une zone de « non droit » ? Fallait-t-il légiférer pour l'encadrer, à moins que le droit positif existant ne fût suffisant dans cette perspective ?

11. – Avec une vingtaine d'années de recul, le « bilan juridique » établit le constat d'un encadrement réel du commerce électronique par une mosaïque de textes nombreux, de sources différentes, européennes et nationales, visant plusieurs domaines du droit.

12. – Si la volonté sans faille d'encourager le e-commerce est avérée, notre sujet d'étude s'attachera à démontrer comment, pour sa part, le droit stimule le développement du commerce électronique. Face à un tissu de réglementations d'apparence disparate, nous avons recherché les fils conducteurs choisis par le législateur pour assurer l'essor du commerce par voie électronique.

13. – Cette recherche ne saurait être conduite sans apprécier, d'abord, le cheminement historique ayant abouti à l'avènement de ce mode de commerce nouveau, fruit le plus récent d'une longue évolution.

14. – **II** - Les formes inédites prises par le commerce dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle sont d'abord contemporaines de l'ère d'industrialisation. Plus tard, la société, comme pour oublier les drames liés à la Grande guerre, a soif de consommation et cet après-guerre des Années folles engendre une demande croissante, à laquelle répond une production de masse, nécessitant pour son écoulement une distribution à grande échelle : la dimension nouvelle du commerce est naturellement indissociable de l'essor industriel du XX^{ème} siècle. L'engouement constant pour la consommation va assoir, au début du troisième millénaire, le commerce électronique, lequel rend l'achat possible sur toute la planète à chaque heure du jour et de la nuit.

15. – A tout nouveau mode de commerce correspond un nouveau consommateur, à moins que - proposition symétrique - à chaque nouveau consommateur la distribution ne s'adapte. Quoi qu'il en soit, la seconde moitié du XX^{ème} siècle vit une ère nouvelle, celle de la société de consommation. La publicité y occupe désormais une position stratégique en matière commerciale, qu'elle conservera dans le nouveau monde du e-commerce.

16. – Lorsqu’Aristide Boucicaut, déjà fondateur du Bon Marché, premier Grand Magasin ayant révolutionné la pratique commerciale historique, publie son catalogue en 1865, il n’a certes pas inventé la *vente par correspondance* - procédé créé quelques siècles auparavant par les premiers imprimeurs souhaitant vendre leurs livres - mais il lui a apporté une dimension incomparable. La même année, la société stéphanoise Manufrance d’Etienne Mimard édite son - bientôt fameux - catalogue d’armes, de cycles et de machines à coudre. Les campagnes françaises n’étant désormais plus isolées commercialement - grâce au chemin de fer et aux services postaux - les produits viennent à la rencontre de leurs habitants. En 1922, la Redoute lance son catalogue de laines, puis d’articles divers. Si la vente par correspondance n’avait d’abord porté que sur des vêtements de travail dans les campagnes, destinés à des consommateurs peu fortunés aux exigences restreintes, elle allait, au fil du siècle, séduire les citadins pressés et, globalement, tous les pans d’une société souhaitant consacrer moins de temps à ses courses à l’extérieur. Le commerce électronique répondrait plus tard à ce même besoin en se substituant à son tour à la vente par correspondance, ou vente à distance (VPC/VAD).

17. – Un nouveau tournant a été pris, en effet, à l’occasion du développement des technologies de l’information et de la communication⁸ (TIC). En 1975, l’arrivée du minitel raccourcit les délais et sonne l’amorce du déclin de la VPC, puis la révolution provoquée par l’internet permet l’essor de la société de l’information, dans laquelle circulent messages et informations par voie électronique. Le commerce a pris un autre virage et s’est découvert un nouveau visage, lui valant une nouvelle dénomination : le *commerce électronique*, *e-commerce* ou *vente à distance sur internet*. Le e-commerce est un enfant d’Internet. La grande « toile » développée par Paul Baran en 1964, a permis aux informations et aux données de circuler plus loin et plus vite. Ce « filet » de communication, appuyé sur la mise en place du protocole http (*hyper text transfer protocol*) et du langage HTML (*hyper text Markup Langage*), posait les bases techniques d’un mode de commerce nouveau. Grâce à ces deux innovations (http/html), il devenait possible de naviguer à travers les réseaux : le WWW (*World Wide Web*) était né⁹. L’Internet ne serait plus seulement utilisé pour des usages internes et la porte s’ouvrirait en grand pour développer, notamment, un type de commerce, sans frontière, utilisant la voie électronique.

⁸ BIAGINI Cédric, *L’emprise numérique-Commente internet et les nouvelles technologies ont colonisé nos vies*, éd. L’échappée, 2012, 448 p., ISBN-13 978-2915830675.

⁹ V. pour explications DORDOIGNE José, *Réseaux informatiques Notions fondamentales*, 7^e éd., éd. ENI, 2017, 702 p., ISBN-13 978-2409008955.

18. – Le e-commerce, qui abolit toute distance et toute frontière, consacre une évolution, jamais imaginée jusqu'alors - même dans les rêves les plus fous des entrepreneurs -, de mondialisation des échanges : le cyberconsommateur peut, partout sur la planète, acheter presque tout, tandis que la cyber-entreprise peut, partout sur la planète, vendre presque tout. Ainsi, le désir des entreprises de développer leur chiffre d'affaires rejoint celui des consommateurs d'être, chez eux, face à un choix immense d'articles.

19. – Si le commerce électronique, naturellement contemporain d'Internet, a connu un développement plutôt lent à l'origine, son essor est désormais patent, appuyé sur une communication au public elle-même fondée sur la rapidité, grâce aux nouvelles technologies, inlassablement évolutives - téléphone mobile, tablette, télévision et tous objets connectés. Dans le nouveau monde numérique, les algorithmes investissent maintenant la relation commerciale - et les robots s'y préparent -, ce qui ne manquera pas d'en changer la face.

20. – Aujourd'hui le commerce s'exerce selon le mode traditionnel, appelé commerce *physique*, et selon un mode nouveau, dénommé commerce *électronique ou e-commerce*. Le plus récent, après une vingtaine d'années d'existence, est désormais ancré dans les nouvelles habitudes des consommateurs et des commerçants - les entreprises investissant pour plus de visibilité sur le net, les consommateurs répondant à l'offre : sa réalité économique pèse d'un poids plus conséquent chaque année.

21. – Si les chiffres et autres données économiques - leur évolution en particulier - sont parfois critiqués du fait de l'imprécision concernant ce qu'ils regroupent, donc de ce qu'ils décrivent, une certitude s'impose : le e-commerce est entré dans les mœurs du XXIème siècle. La Commission des comptes commerciaux de la Nation, qui rend chaque année un rapport sur la situation du commerce, établit qu'en France, en 2016, le commerce de détail a progressé de 1,2% par rapport à 2015. Mais si le commerce de détail a pesé pour 497,8 milliards d'euros, la vente en ligne a prouvé son dynamisme : une brève étude des chiffres-clés de 2016 permet de constater l'ampleur du phénomène du e-commerce qui a généré pour sa part 72 Milliards d'euros de chiffre d'affaires en France, en évolution de +14,6 % par rapport à 2015. Par ailleurs le commerce électronique se révèle l'outil attendu permettant au cybercommerçant d'atteindre une clientèle hors de sa frontière nationale : 68 % des e-marchands français exportent, principalement vers l'Europe, la France se situant en troisième position du classement des pays européens, derrière le Royaume-Uni et

l'Allemagne (Chiffre d'affaires de vente entre professionnels et consommateurs). Les produits et services achetés en ligne sont les plus divers : culturels ou techniques, produits de beauté et de santé, habillement, biens en rapport avec le voyage et le tourisme et tous produits dématérialisés - musiques, films et vidéos...

22. – Si le développement du e-commerce est une réalité attestée par les chiffres, sa part encore modeste dans le marché de détail global laisse entrevoir aux entreprises des perspectives plus radieuses encore, d'autant que le taux d'équipement des ménages en ordinateurs, smartphones, télévisions connectées et autres tablettes rend le e-commerce à portée de main - et de clic - de quasiment tous les foyers, et que l'ambition politique de voir accéder à Internet la totalité du territoire national doit participer à cet essor. En 2016, la Fédération e-commerce et Vente à domicile - Fevad - comptait 204 000 sites actifs contre seulement 182 000 l'année précédente.

23. – **III** - Face à l'engouement concernant cette nouvelle méthode de commerce, il convient de s'interroger : qu'entend-on réellement par commerce électronique et quels en sont les acteurs ? Tracer les contours de la notion de e-commerce est impératif. Pour y parvenir il convient avant tout - première complexité - de tenter de définir quelles sortes de transactions peuvent être qualifiées de e-commerce, alors que des sources différentes ne s'accordent pas à ce sujet mais varient considérablement¹⁰.

24. – Dans un premier temps, selon une vision restrictive, le commerce électronique peut être défini comme une méthode d'activité commerciale utilisant la voie électronique afin de proposer et de passer une commande, le bien acquis pouvant être acheminé physiquement (notamment par voie postale) et son règlement reçu par courrier (chèque). Dans un second temps, la notion évolue¹¹ et s'élargit : en permettant la dématérialisation des biens ou des services, les nouvelles technologies donnent au commerce électronique une dimension plus extensive, recouvrant la conclusion et l'exécution du contrat par voie électronique. Dès lors, le bien ou le service sont transmis et payés par voie électronique. Un premier contour du commerce électronique apparaît : il recouvre soit la pratique de la promotion, puis de la commande, passées par voie électronique, d'un bien ou d'un service, livré physiquement, soit la pratique de la fourniture d'un bien, d'un service ou

¹⁰ V. pour une première approche RALLET Alain, « Commerce électronique ou électronisation du commerce ? », *Réseaux* 2001/2, n°106, p.17 à 72,

Disponible sur : <https://www.cairn.info/revues-reseaux1-2001-2-page-17.htm>

¹¹ COSTES Lionel *et al*, *Le Lamy droit du numérique*, Paris, Wolters Kluwer France SAS, coll. Guide, n° 2718, p. 646, 2018.

d'information dits immatériels, incorporels, et leur règlement par voie électronique¹². Pour certains auteurs « les définitions les plus larges englobent jusqu'aux activités liées à l'infrastructure de réseau, matérielle et logicielle, qui sous-tend le fonctionnement de l'internet : routeurs, serveurs, logiciels d'administration du réseau, plates-formes logicielles pour le commerce électronique... »¹³. Selon cette vision toute « l'industrie informatique et télécoms en fait de facto partie »¹⁴, comme « toutes les transactions électroniques y compris les transactions par carte de crédit »¹⁵. Pour l'OCDE, le commerce électronique est « la vente ou l'achat de biens ou de services, effectués par une entreprise, un particulier, une administration ou toute autre entité publique ou privée et réalisée au moyen d'un réseau électronique ». Ainsi toutes les transactions commerciales utilisant l'Internet ou d'autres réseaux informatiques fondés sur l'échange de données informatisées, sont considérées comme des transactions électroniques, à la différence des commandes déposées par téléphone, courrier ou télécopieur. Les deux textes fondateurs du cadre juridique européen du e-commerce, la directive sur le commerce électronique de 2000 et la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004, donnent une définition extrêmement large, que l'on pourrait qualifier de « fourre-tout » : selon le texte européen, il est un service de la société de l'information quand, selon le droit interne il est « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistants à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent¹⁶. »

25. – La deuxième complexité repose sur la nécessité de déterminer les variétés de supports sur lesquels le commerce peut être qualifié d'électronique. La constante évolution technologique soulève certaines interrogations, notamment du fait que le commerce électronique ne concerne pas uniquement l'utilisation d'Internet. En effet, certaines relations commerciales se sont développées entre les entreprises elles-mêmes, qui connaissent un réel succès depuis de nombreuses années, recourant à l'échange de documents informatisés - EDI - sur des réseaux spécifiques n'utilisant pas l'internet. Le commerce à distance s'effectue

¹² *Ibidem*.

¹³ RALLET Alain, « Commerce électronique ou électronisation du commerce ? », *op.cit.* p.17 à 72.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Loi n°2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14.

donc aussi bien par le biais d'Internet que par celui de réseaux spécifiques. Par ailleurs la transaction pourra s'effectuer depuis un terminal informatique, mais aussi à partir d'une tablette électronique ou d'un smartphone.

26. – Enfin, la troisième complexité rendant malaisé d'établir les contours du e-commerce découle de la variété des relations existant entre le vendeur et l'acheteur¹⁷. Si dans la transaction « traditionnelle » le vendeur est un commerçant défini par le Code de commerce et l'acheteur un consommateur protégé par le Code de la consommation, il peut en aller différemment en matière de commerce électronique. Ainsi, dans le cas de la transaction entre un professionnel et un consommateur, celle à laquelle nous limiterons délibérément notre recherche, on parle classiquement d'une relation B to C (*Business to Consumer*). Mais d'autres cas de figures se rencontrent¹⁸ : la relation entre professionnels¹⁹, appelée *B to B (Business to Business)*, celle entre consommateurs non professionnels, dénommée *C to C (Consumer to Consumer)* ou encore celle entre entreprises et Administration, qualifiée de *B to A (Business to Administration)*. Le *C to C*, en particulier, donne naissance à des transactions en dehors de tout champ professionnel : c'est la situation dans laquelle tel individu, qui souhaite revendre un cadeau reçu à Noël, utilise soit une plateforme - du type leboincoin.fr, site initialement dédié aux petites annonces, permettant à un particulier d'envoyer une offre et de rencontrer un autre particulier souhaitant passer commande - soit un site de ventes aux enchères - ebay.fr, par exemple - pour en obtenir un bon prix. Le même individu, désireux de se rendre à Paris en voiture, se connectera sur un site de covoiturage pour trouver le chauffeur non-professionnel qui le véhiculera à destination. La rencontre des offres et des acceptations de ces particuliers s'établit principalement sur des sites et des plateformes spécifiques. Mais alors que la relation entre particuliers *C to C* peut être définie comme une activité de e-commerce, selon les termes de la loi nationale, la protection du consommateur ne s'applique pas, en l'absence d'un vendeur professionnel - une autre interrogation se posant alors quant à savoir à partir de quel stade la relation change de nature et devient celle entre un professionnel et un consommateur, selon le volume d'activité ou les sommes perçues par le particulier « devenu » professionnel ?

¹⁷ V. pour ex. de la complexité de la détermination de la qualité du consommateur, et de la conception large de la notion de consommateur : civ, 1^{er} ch, 1^{er} oct. 2014, n°13-20.024, M.Y.c/Mme X, inédit, CCE, 1^{er} nov. 2014, n°1, comm. 85, note LOISEAU Grégoire,

¹⁸ Le commerce électronique, disponible sur : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/internet-monde/commerce-electronique.shtml>

¹⁹ Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, des technologies de l'information et des postes, 2001, *Le commerce électronique interentreprises*, Disponible sur : <https://ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/024000645/index.shtml>

27. – La terminologie française de commerce électronique, ou anglaise de e-commerce, semble ainsi parfois trompeuse ou ne décrivant qu'une réalité parcellaire, puisque sa notion ne recouvre pas seulement celle du commerce exercé par des professionnels, mais qu'elle en épouse des contours plus larges et, surtout, particulièrement évolutifs.

28. – **IV** – L'Internet a modifié en profondeur la société contemporaine et il n'a pas laissé indifférent le droit positif qui encadre une relation commerciale d'un nouveau type. Aux prémices du e-commerce, se posait la question de l'opportunité de le régler. Quelques années de recul démontrent la pertinence de la réponse apportée. Notre interrogation porte sur l'élaboration de ce droit, de son contenu. Le cadre juridique applicable au e-commerce laisse aujourd'hui apparaître une multitude d'outils et de règles de sources différentes : notre recherche porte sur l'examen de cet ensemble et vise à démontrer de quelle façon il assure le développement du commerce électronique. Les sources de ce droit, que d'aucuns nomment numérique, sont variées. Les sources formelles²⁰ créent un environnement hiérarchisé et contraignant, impactant diverses branches du droit (civil, de la consommation, etc.). Face à une matière complexe, si la jurisprudence assure une application de la loi elle apporte par ailleurs un éclairage sur certains textes. L'opinion des auteurs, certes non contraignante, est pourtant considérée comme une « métasource, une source qui régit toutes les autres, qui les surplombe [...] »²¹, qui interprète la règle, peut en modifier la portée, voire même provoquer la norme juridique. Les « petites sources²² » se développent dans cet univers et y trouvent leur juste place d'autant plus facilement qu'elles sont plus souples, plus adaptables, qu'une loi. Les avis, les recommandations, les lignes directrices, etc., « petites sources » étatiques, se multiplient ainsi dans des domaines spécialisés relatifs au commerce électronique. Quoique sans la moindre force contraignante, elles doivent être prises en compte dans l'élaboration du droit « numérique », au motif qu'elles éclairent des règles nouvelles - fréquemment complexes et régissant un domaine largement irrigué par la technologie - ou qu'elles impulsent certaines lois. Leurs deux caractères principaux, la réactivité et la technicité²³, font de ces « petites sources » un

²⁰ La loi, la jurisprudence et la doctrine étant les principales. Nous n'avons répertorié aucune coutume en matière de e-commerce. La « jeunesse » de ce droit en est certainement la cause.

²¹ GOLTZBERG Stefan, « Chapitre III- Les sources du droit », *Les sources du droit*, 2018, p.37-85.

²² GERRY-VERNIERES Stéphane, *Les « petites » sources du droit – A propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, éd. Economica, Recherches juridiques, 2012.

L'auteur définit les « petites sources » comme des instruments juridiques qui, sans être contraignants produisent des effets juridiques.

²³ *Ibidem*.

instrument pertinent en matière de e-commerce. Nous considérons par conséquent le droit assurant le développement du commerce électronique comme celui associant les sources formelles et les « petites sources » étatiques. Nous excluons, volontairement, les « petites sources » privées²⁴, que nous jugeons plus éloignées des sources formelles, tout en reconnaissant leur utilité au sein d'une économie numérique qui, par sa nouveauté, inspire parfois la défiance et nécessite, pour la corriger, la mise en application d'une éthique dans la relation commerciale.

29. – Ce que l'on pourrait décrire comme un empilement de normes juridiques est d'abord le résultat d'un long processus façonné par l'évolution du commerce. Quelles que soient les transformations historiquement subies par la pratique du commerce, le commerçant s'est d'abord contenté, et pendant longtemps, d'opérer sur son marché national. Dans cet espace, son activité a été réglementée par son propre droit national, qu'il s'agisse du droit civil - relatif aux contrats -, du droit commercial - relatif aux professionnels - et du droit de la consommation - protégeant le consommateur. Chaque nouveau bond technologique a toujours profité au commerce, dont l'évolution s'est ainsi construite successivement d'abord autour du catalogue, puis du téléphone, du minitel ensuite et de l'internet, enfin. Ces outils nouveaux ont, au fil du temps, permis de développer la vente à distance, cette relation commerciale particulière dans laquelle le consommateur et le vendeur ne se « confrontent » pas physiquement, la vente en ligne n'étant que l'ultime déclinaison de l'antique bon de commande retourné, accompagné d'un chèque, au professionnel. De fait, la vente à distance abolit l'obstacle au commerce que représente naturellement l'éloignement et, dans l'espace élargi de l'Union, le commerce à distance peut dès lors s'exercer, non sans se voir encadré par des règles nouvelles. La directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 relative à la protection du consommateur en matière de contrats négociés à distance, prévoit ainsi une information spécifique du consommateur. En France, l'Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001, qui transpose la directive du 20 mai 1997, définit le contrat à distance comme « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance » : à son balbutiement, le contrat électronique est assimilé à un contrat à distance, avant de devenir un contrat à part entière,

²⁴ Les chartes, les codes de bonne conduite, les bonnes pratiques professionnelles, etc. V. pour ex. La charte de la FEVAD, disponible sur le site <https://www.fevad.com>.

juridiquement reconnu, par la loi n°2000-230 au 13 mars 2000, laquelle a apporté l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit électronique, et par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

30. – Alors que le commerce sur les réseaux électroniques a pris corps au début des années 90, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects du commerce électronique dans le marché intérieur n'a vu le jour qu'en 1999, suggérant diverses mesures ayant pour ambition de sécuriser le e-commerce en le dotant d'un cadre juridique européen. Cette proposition affirmait l'importance « d'éviter la sur-réglementation, de se baser sur les libertés du marché intérieur, de tenir compte des réalités commerciales et d'assurer une protection efficace et effective des objectifs d'intérêts généraux ». Il convenait en ce sens d'établir un cadre léger, évolutif et flexible - donc adaptable aux technologies futures -, de préciser les règles de libre circulation, de ne traiter que ce qui était strictement nécessaire pour le marché intérieur, mais non de bouleverser le cadre juridique communautaire existant.

31. – Le texte fondateur du cadre juridique du commerce électronique est donc, sans contestation, la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique du marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »). Son premier article en précise clairement l'objectif : « contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les Etats membres ». Son ambition - parfaire le marché intérieur - passe par le développement du e-commerce, lequel repose sur deux piliers, comme les deux clefs majeures de compréhension : la libre circulation des marchandises et des services, d'une part, la protection du consommateur, d'autre part. Si la première s'articule sur des dispositions permettant aux cyber-entreprises de développer librement leur activité commerciale auprès des consommateurs des Etats membres, la seconde est assurée par d'autres dispositions garantissant leur mise en confiance dans ce nouveau mode de commerce.

32. – La directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, constitue le socle juridique permettant la pratique du commerce électronique en son sein. Elle rend possible ce

commerce dans cet espace sans frontière intérieure par le niveau élevé d'intégration juridique communautaire qu'elle ambitionne d'assurer, lequel réduit l'insécurité juridique - fâcheuse pour le commerçant comme pour le consommateur - que l'éventuelle divergence des législations nationales applicables à ces services de l'information aurait produite. La pratique du commerce électronique, jugée bénéfique à la Communauté (au nom de l'emploi), à l'entreprise (en terme de croissance, d'innovation et de compétitivité) et au consommateur, est facilitée par les dispositions de la directive 2000 établissant des axes précis et unifiés répondant à certaines questions soulevées au sein du marché intérieur et concernant, notamment, l'établissement des prestataires de services, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, l'établissement de codes de conduite, la mise en place de règlement extrajudiciaire des litiges. Si la directive 2000 opère donc a minima, selon ces axes, elle établit cependant un véritable *socle*, solide, quoiqu'elle laisse une grande liberté aux droits nationaux des Etats membres en vue d'atteindre son objectif. Ses deux fonctions - unifier certaines dispositions nationales et compléter le droit communautaire existant - rendent possible la pratique du e-commerce au sein de l'Union. Il convient d'observer que la directive sur le commerce électronique fait référence aux « services de l'information » - notion plus large que la seule « vente en ligne » -, lesquels renvoient le lecteur à la définition donnée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998.

33. – En droit interne, la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite loi LCEN, a transposé la directive 2000/31/CE, dite directive sur le commerce électronique. Si sa dénomination évoque clairement son ambition - la confiance -, elle a pour objet d'apporter les règles spécifiques à un commerce utilisant les nouvelles technologies. Elle donne une définition large du commerce électronique comme étant « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entre également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent²⁵. »

²⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14.

34. – Le commerce électronique se voit donc ainsi défini soit par rapport à la vente à distance soit par rapport aux services de la société de l'information, cette double filiation démontrant sa forme originale, celle d'un commerce plutôt traditionnel, mais exercé par voie électronique.

35. – Avec le commerce électronique, il n'est dès lors plus question d'un simple franchissement, mais d'une forme d'abolition des frontières, du temps et de l'espace, laquelle donne au e-commerce son caractère inédit, reposant sur un mode d'exercice nouveau utilisant la voie électronique. Ce commerce transfrontière, notamment entre Etats membres, a révélé « l'insuffisance » du droit national et donc démontré, de fait, le caractère indispensable d'un cadre réglementaire principalement européen.

36. – Evoquer les services de la société de l'information impose de les définir. Selon la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, il s'agit de « tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service. » Cette approche particulièrement large permet d'associer aux services de l'information de nombreuses activités : les services de vente de biens et de services au moyen de la voie électronique, définissant le e-commerce, en font partie intégrante.

37. – Le législateur, européen et national, a porté au *cyberconsommateur* le même intérêt qu'au consommateur « historique ». Si de nombreux textes consuméristes visent donc l'acheteur en général, d'autres s'attachent en particulier à son achat à distance et par voie électronique, la juxtaposition de ces différentes spécificités expliquant celle des réglementations en sa faveur: ainsi en est-il de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 relative à la protection du consommateur en matière de contrats négociés à distance - laquelle prévoit son information spécifique - et de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

38. – La loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite loi Hamon, transposant la directive 2011/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale,

libérale ou agricole. » Nous considérerons comme cyberconsommateur le consommateur qui se livre à un achat de biens ou de services principalement sur Internet : la loi Hamon a renforcé son information et sa protection.

39. – L'évolution la plus récente du e-commerce se fonde sur la possibilité technique d'une communication ciblée avec le consommateur, laquelle repose sur l'exploitation de ses données à caractère personnel - ce nouvel or noir de la société de l'information - en ouvrant des opportunités inédites quant à la connaissance de ses goûts, de ses habitudes, donc de l'offre susceptible de lui être proposée. Le recours à ces données, dont l'émergence n'est, en soi, pas nouvelle, impose cependant, par son caractère « intensif » depuis quelques années, un nouvel encadrement juridique. En France, alors que la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'information, aux fichiers et aux libertés s'était, primitivement, attachée au respect de la vie privée du consommateur, la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données à caractère personnel et l'ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018 ont transposé le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Au vu des textes devenus obsolètes, la nouvelle réglementation s'attache à moderniser les règles relatives au dit traitement.

40. – V - Le cadre juridique du commerce électronique peut dérouter, par sa densité le rendant parfois peu lisible, voire difficilement compréhensible - les 99 articles du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, d'une indéniable complexité, en sont une bonne illustration. Il est fondé sur une construction de nature hétérogène et de sources multiples, « riche sur certains points et parcellaire sur d'autres » : c'est le cas du droit consumériste, - pour son aspect foisonnant - et du droit fiscal - pour sa pauvreté législative. Peut-on extraire de cette hétérogénéité apparente des textes le (ou les) fil(s) directeur(s) qui signerai(en)t une stratégie mise en œuvre par le législateur pour développer le e-commerce ?

41. – L'objet de notre recherche est fondé sur cette interrogation : comment le droit assure-t-il le développement du commerce électronique ? Nous avons identifié deux axes selon lesquels le législateur a choisi de stimuler l'activité par voie électronique : *la liberté et la confiance*.

42. – - 1/ Un postulat fut d'abord posé par les rédacteurs des textes formant le socle juridique du e-commerce, affirmant que réglementer le e-commerce ne devait pas freiner l'envie d'y recourir. Les promoteurs des premiers textes sur le e-commerce redoutaient le risque d'enserrer la pratique du commerce en ligne dans un carcan étouffant, inapproprié à l'usage d'internet, lui-même appréhendé comme un territoire de liberté. Dès lors ils n'ont voulu poser que les règles strictement nécessaires. La directive sur le commerce électronique et la loi nationale de transposition, la loi LCEN, ont par conséquent reconnu la liberté d'accéder au commerce électronique et d'exercer sa pratique, sans contrainte ni autorisation.

La liberté de communication a donné les clefs de la maturité économique au commerce par voie électronique. La libre communication au public, par son recours à la « nouvelle technologie », est le moyen d'adresser des offres commerciales à tous les consommateurs, où qu'ils soient, profitant de l'ubiquité du e-commerce. Par ailleurs, les ressources d'un nouveau type, elles-aussi produites par la technologie nouvelle, que constituent les données à caractère personnel, ont élargi le champ d'action de la cyber-entreprise, laquelle dispose des moyens d'affiner ses sollicitations. Le législateur a donc privilégié la liberté, celle d'adresser des offres au public et celle d'affiner les propositions par une connaissance plus intime de la cible. Néanmoins, si la liberté est un fondement historique du développement du commerce, le législateur, en France et en Europe, sait qu'elle ne peut être absolue, sauf à s'exercer au détriment du consommateur, au risque qu'il s'extrait de toute relation commerciale. Les textes conjuguent par conséquent la liberté du cybercommerçant avec la sauvegarde des intérêts du cyberconsommateur, en réglementant la vente de certains produits jugés dangereux pour sa santé et en encadrant certaines pratiques de communication fondées sur l'utilisation, notamment, de ses données personnelles.

Le commerce en ligne vit une perpétuelle évolution, soumis aux ruptures incessantes que l'innovation technologique produit dans la société de l'information. En une vingtaine d'années, son visage, autant que son environnement, ont été bouleversés, ce qui semble devoir conduire à une nouvelle intervention du législateur puisque, aussitôt que l'encadrement juridique est incertain, la liberté se voit mise en danger. Une fiscalité partiellement inadaptée à la dématérialisation du commerce électronique et utilisée dans un but d'optimisation agressive, fait craindre le risque d'une atteinte à la liberté du commerce électronique, par la concurrence faussée qu'elle induit. L'importance prise par les plateformes numériques, nouveaux acteurs désormais incontournables dans la relation commerciale entre le cybercommerçant et le cyberconsommateur, interroge aussi quant à la

concurrence - cette sœur jumelle de la liberté d'entreprendre - entre les acteurs économiques, question dont le législateur ne s'est qu'incomplètement saisi à ce jour. Si le législateur a choisi la liberté comme fier étendard au service du développement du commerce par voie électronique, il lui revient d'imposer l'adaptation constante des textes juridiques à ses évolutions successives.

43. – -2/ Le choix de la liberté n'est que le premier pilier sur lequel le législateur a fondé le développement du commerce en ligne. Sa volonté de créer un environnement de confiance dans le commerce électronique en est l'autre élément déterminant. La confiance se révèle une des conditions structurantes de la relation entre les hommes, dans leur vie sociale depuis toujours, dans leur rapport au sein du marché, plus récemment. Mais dans l'univers virtuel de l'économie numérique, porteur de toutes les incertitudes liées à la nouveauté, le doute est plutôt la règle, et la crainte peut freiner l'engagement par voie électronique. Des règles juridiques s'imposent donc pour susciter la confiance. Face à la dématérialisation de la relation commerciale sur internet, chaque acteur manque de ses repères habituels. Il a par conséquent été nécessaire que le législateur « apprivoise », en quelque sorte, chaque acteur, afin qu'aucun ne redoute comme un risque son engagement dans la transaction par voie électronique mais qu'il soit au contraire convaincu de sa sécurité, sur la base de textes assurant sa confiance.

Les efforts des rédacteurs ont donc porté sur deux points : une sécurisation indispensable de la transaction électronique, ce que nous pourrions dénommer la *confiance partagée* des acteurs dans « le processus du commerce électronique », et une protection spécifique de chacun des acteurs, face à leurs craintes particulières, déterminant leur *confiance individuelle*.

La transaction et les moyens de paiements dématérialisés, par leur caractère inédit, sont supposés sources de risque, par le cybercommerçant comme par le cyberconsommateur. Le législateur leur a donc fourni un outil fiable - le contrat par voie électronique -, spécifique, de portée générale, inséré dans le code civil, s'appliquant à la totalité des activités du e-commerce et à tous ses acteurs. Poser des bases juridiques solides, donc rassurantes, pour une transaction d'un type nouveau appuyée sur les nouvelles technologies, fut la première pierre de l'édifice.

Cependant, donner confiance dans la transaction électronique ne suffit pas si le droit ne porte aucune attention aux attentes particulières de chacune des parties, s'il n'y répond pas par une

protection spécifique. L'entreprise qui entend adopter une stratégie commerciale de vente par voie électronique bâtit son nouveau patrimoine incorporel, lequel lui permet d'offrir en ligne, par l'innovation, de nouveaux produits, parfois dématérialisés. Pour prix de son encouragement à vendre sur internet, le législateur entend protéger les nouveaux actifs de l'entreprise. Dans le monde numérique, la création, intellectuelle en particulier, est la clé de la compétitivité de l'entreprise face à ses concurrents. En lui donnant les outils de protection de ses créations intellectuelles - son site, son nom de domaine, etc - le législateur encourage le professionnel du commerce électronique à développer son activité.

Quant au consommateur, généralement analysé par le droit comme le « maillon faible » de la relation commerciale - en particulier dans cette transaction en ligne caractérisée par l'éloignement des parties, la dématérialisation et la sollicitation intense -, le législateur a souhaité lui réattribuer tout son pouvoir de décision, qu'il aurait pu considérer comme affaibli dans cet univers virtuel, en lui apportant des informations nombreuses (et sans doute pléthoriques). Dès lors, informé et avisé, le consommateur doit être en mesure de prendre les meilleures décisions le concernant, qu'il s'agisse d'accepter ou non, dans les conditions proposées, l'offre du vendeur ou la collecte et le traitement de ses propres données. Sa confiance naît alors de ce sentiment de maîtrise de ses propres choix, du « pouvoir de décision » que les textes lui confèrent. C'est en privilégiant l'information renforcée du consommateur que le législateur a tenté de le rendre acteur de sa consommation et maître de ses données personnelles, dans une société de l'information qui en est toujours plus avide pour toujours plus de sollicitation ciblée.

44. – Nous avons élaboré notre raisonnement en partant de l'idée selon laquelle les textes juridiques tentent d'assurer le développement du commerce électronique, considéré comme une source potentielle de croissance économique en France et en Europe au XXIème siècle, dans une société en pleine mutation, la société de l'information. Ce postulat est fondé sur la lecture, principalement, des écrits préparatoires de la directive 2000/31/CE du parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 dite sur le commerce électronique et de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 dite loi LCEN. Après avoir établi la « consistance » du cadre juridique relatif au commerce électronique, nous avons recherché les principales directions choisies par le législateur pour encourager le commerce en ligne, en nous intéressant autant au point de vue des entreprises qu'à celui des consommateurs. Nous avons alors affirmé les deux principales fonctions attribuées au droit : il doit assurer la liberté du e-commerce et la confiance dans le e-commerce.

45. – Notre analyse a pour ambition d'éclairer sur la place prise par le droit existant au service du développement du commerce électronique.

46. – Il convient de préciser que l'étendue, désormais sans limite, du commerce électronique, pan complet de l'économie regroupant des activités très diverses, nous a imposé de limiter notre étude : nous avons choisi de la consacrer, exclusivement, à l'activité commerciale reliant sur internet un commerçant à un consommateur - B to C -, et au sein du territoire nationale et européen. Nous nommerons indifféremment le professionnel « commerçant », ou « cybercommerçant », ou « cyber-entreprise » et le consommateur « cyberconsommateur ». Notre recherche se borne au droit, tel que nous l'avons défini, comprenant les sources formelles et les « petites sources » étatiques encadrant *la vente en ligne de biens ou de services sur un site marchand* en général, et elle exclut, volontairement, la législation propre aux cas particuliers des ventes de biens ou de services spécifiques, qu'il s'agisse des services des télécommunications, des services bancaires et financiers, des ventes aux enchères ou des jeux en ligne, notamment.

47. – Les considérations qui précèdent amènent donc à une étude de la réglementation sur le e-commerce selon deux axes :

- Comment le droit assure la liberté du commerce électronique (1^{re} partie),
- Comment le droit assure la confiance dans le commerce électronique (2^e partie).

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT ASSURE LA LIBERTÉ DU COMMERCE ELECTRONIQUE

PREMIÈRE PARTIE :

LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

ASSURÉE PAR LE DROIT

48. – Le temps n'est pas si lointain, à l'échelle de l'histoire humaine, où les généraux romains lâchaient des pigeons messagers, teints aux couleurs de la victoire ou de la défaite, pour en informer leurs gouvernants : la communication entre les individus a toujours su recourir à des formes variées, selon les époques et l'imagination des hommes. Le XXI^{ème} siècle amorce un nouveau processus de communication, instantanée, et d'information, à chaque instant, rendues toutes deux possibles par les nouvelles technologies. Si le temps des oiseaux messagers est révolu, celui d'une simple connexion à l'Internet est venu, au service de la même ambition.

49. – Dans ce contexte de chamboulement et d'accélération des relations humaines, que certains auteurs nomment « la société de l'information²⁶», toute information devient accessible depuis tous les pays développés. La « révolution numérique », qui provoque des changements, toujours, des bouleversements, parfois, dans la façon de produire et de consommer, engendre une nouvelle économie fondée sur le réseau²⁷, dont les Etats-Unis ont été les précurseurs, avant que l'Europe ne les suive plus tardivement, tandis que la Chine l'expérimentait, à l'abri des regards, sur son immense marché fermé.

50. – Parce que l'information et la communication permettent de relier tous les agents économiques des pays industrialisés, il est naturel que cette relation d'un type inédit ait rendu possible le développement entre eux d'un nouveau commerce, fruit constant du lien entre les hommes, appelé commerce électronique²⁸, nourri de cet environnement dans lequel la vitesse de circulation de l'information est assurée par la technologie. L'information, en tout lieu et à tout instant, sous forme d'images, de sons et de textes, permet au consommateur qui le souhaite d'aboutir à la décision d'achat, tandis que les données qu'elle véhicule guident les entreprises dans leur stratégie commerciale.

²⁶ BALIM Serge Théophile, « Une ou des « sociétés de l'information » ? », *Hermès la Revue* 2004/3, n°40, p.205 à 209, Consulté sur

<https://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-2004-3-page-205.htm>

²⁷ CURIEN Nicolas, MUET Pierre-Alain, *La société de l'information*, Paris, La Documentation française, 2004, 310 p., ISBN : 2-11-005534-0, commentaire Elie Cohen et Michel Didier.

²⁸ *Ibidem*

51. – Les Etats ont vite compris l'enjeu majeur d'un tel commerce qui, dans une économie présentant des signes d'essoufflement, représentait l'espoir d'une croissance nouvelle. L'initiative privée devait être encouragée, surtout pas ralentie, encore moins freinée. Le commerce électronique est né dans des sociétés à prépondérance d'économie de marché qui s'appuient sur la liberté. « Et de fait, l'économie de marché repose sur ce principe fondamental que tout un chacun doit pouvoir acheter ou ne pas acheter, travailler ou ne pas travailler, choisir sa vie économique comme sa vie sociale²⁹ ». Pierre Dupont de Nemours déclarait « les fabriques et le commerce ne (peuvent) fleurir que par la liberté et par la concurrence »³⁰.

52. – Dans ce contexte d'économie de marché, s'est alors posée la question de l'encadrement juridique de ce nouveau commerce. Tandis que certains jugeaient qu'il ne nécessitait aucune intervention législative, sous peine d'entraver son développement, le législateur - européen et national - a, pour sa part, choisi d'intervenir pour l'encourager, conscient de son impact, estimé très favorable, dans la croissance économique des Etats et de l'Union européenne. La liberté n'est pas synonyme d'« absence de règle » et la liberté « garantie par le droit » impose qu'elle soit encadrée par le droit afin qu'il pare à l'absence d'autorégulation du marché.

53. – Le droit positif a fixé les bases juridiques du e-commerce en tenant compte autant de cette exigence de liberté, sans freiner ni son accès ni son exercice, que de l'intérêt du consommateur. L'enjeu n'est donc pas de *limiter* la liberté mais bien de l'*associer* à l'intérêt du consommateur. L'initiative privée d'entreprise est encouragée au même titre que l'acte d'achat. Le droit s'adresse aux deux parties en relation par voie électronique, l'entreprise et le consommateur, car ils sont les deux acteurs par lesquels passe le développement du e-commerce : sans une considération simultanée pour l'un et pour l'autre, aucune transaction n'est possible et, pour cette raison, il ne convient pas de lire les règles de droit relatives au e-commerce sous le prisme de l'intérêt de l'un *face* à l'autre mais bien sous celui de l'intérêt de l'un *et* de l'autre. C'est en prenant en compte ce double intérêt, garant de la liberté du commerce, que le droit encourage l'exercice du commerce électronique (Titre 1).

²⁹ DANIEL Jean Marc, « L'économie de marché : liberté et concurrence », *L'économie politique*, 2008/1, n°37, p.38 à 50 consulté sur :

<https://www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2008-1-page-38.htm>

³⁰ Citation reprise dans l'article de DANIEL Jean Marc, « L'économie de marché : liberté et concurrence », *op. cit.*

54. – S'il est vrai que la liberté est le fil conducteur du cadre juridique permettant le développement du e-commerce, elle est partout encadrée³¹, et c'est à cette condition qu'elle atteint son but. La concurrence est, avec la liberté, l'autre pilier de l'économie de marché. Franck Knight, économiste américain, définissait, notamment, la concurrence par l'égalité : égalité sur le marché entre producteurs et consommateurs, mais aussi égalité entre producteurs³². L'observation du marché démontre que, son autorégulation n'étant généralement pas naturelle, dès lors que cet encadrement fait défaut, la liberté du commerce électronique est fragilisée : le risque est grand d'un empêchement à l'accès ou à l'exercice du e-commerce par certains acteurs, du fait de l'existence d'une distorsion de concurrence. Sans égalité sur le marché entre ces acteurs, c'est-à-dire sans une juste concurrence, la liberté même du commerce électronique est fragilisée. Il revient donc au droit de corriger les situations de concurrence faussée afin de sauvegarder l'entière liberté du commerce électronique (Titre 2).

³¹ CATALA Pierre, « Avant-projet de loi sur la communication, l'écriture et les transactions électroniques », Conférence lors de la seconde Convention des juristes de la Méditerranée, oct. 2009, p 8, consulté sur : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/le_droit_du_commerce_electronique_-_pr_catala.pdf

³² DANIEL Jean Marc, « L'économie de marché : liberté et concurrence », *op. cit.*

TITRE 1

LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE CONJUGUÉE À L'INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR

55. – La liberté du commerce électronique au sein de l'Union européenne repose sur l'Acte unique de 1986 qui définit le marché intérieur comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités ».

56. – Désireux d'encourager le développement du e-commerce, le législateur entend assurer sa liberté dans le double intérêt de l'entreprise et du consommateur, l'une et l'autre devant en tirer profit. Pour y parvenir au sein du cyber espace, deux points d'appui ont été retenus, favorables à cet intérêt conjugué :

57. – La *liberté d'entreprendre* - toute personne privée peut s'installer et développer l'activité économique de son choix -, fondamentalement associée à la liberté d'exercice - l'entrepreneur peut exploiter comme il l'entend son activité - est celle que réclame toute activité commerciale : tandis que le commerçant bénéficie de clients supplémentaires dans un espace élargi, le client profite d'un vaste choix parmi les produits et services mis en concurrence. Garantir cette liberté d'entreprendre sans qu'elle ne soit jamais préjudiciable au consommateur est la mission que cherche à accomplir le droit dans l'intérêt du développement du commerce électronique (Chapitre 1).

58. – Le commerce électronique est fondé sur la circulation de l'information. Mais son essor est conditionné à la liberté de s'adresser directement et rapidement au consommateur par des moyens multiples. Assurer la liberté de communication au public impose donc d'autoriser l'entreprise à utiliser les moyens de communication par voie électronique, à son profit comme à celui du consommateur. Cette *liberté de communication au public*, spécifique de la société de l'information, encourage l'entreprise à diffuser son offre auprès des consommateurs potentiels, ce qui est favorable à son développement. Afin que le consommateur trouve pour sa part son intérêt à cette libre communication qui lui est utile, sans redouter un envahissement d'information par une diffusion que la technologie peut rendre infinie, le droit apporte l'encadrement nécessaire à l'équilibre entre liberté de prospection et vie privée (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L’AFFIRMATION DE LA LIBERTE

D’ENTREPRENDRE ET DE LA LIBERTE

D’EXERCICE

59. – Le droit français est très attaché au principe de la liberté du commerce et de l’industrie, proclamé par le décret d’Allarde les 2 et 17 mars 1791 et confirmé par la loi dite Le Chapelier de 1791 abrogeant les corporations. L’article 1 de la loi Royer du 27 décembre 1973³³ a reconnu ce principe comme fondement des activités commerciales et artisanales. La liberté d’entreprendre, nouvelle forme de la liberté du commerce et de l’industrie, trouve son fondement dans l’article 4 de la Déclaration des droits de l’Homme et des Citoyens, lequel dispose : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Cette liberté a aujourd’hui valeur constitutionnelle, car elle a été intégrée dans le bloc de constitutionnalité par le Conseil Constitutionnel³⁴. Devenue liberté fondamentale protégée par le droit, opposable au législateur et à l’administration, elle n’est cependant pas absolue : le législateur a le pouvoir de lui apporter, sous certaines conditions ³⁵, des limites ³⁶, permettant de sauvegarder, notamment, l’intérêt du consommateur.

60. – La liberté d’entreprendre recouvre deux aspects : la liberté d’accéder à une profession ou à une activité économique, mais aussi la liberté dans l’exercice de cette profession ou de cette activité³⁷. Le droit positif offre un maximum de liberté à l’initiative

³³ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d’orientation du commerce et de l’artisanat, dite loi Royer.

Art. 1 : « la liberté et la volonté d’entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s’exercent dans le cadre d’une concurrence claire et loyale.

Le commerce et l’artisanat ont pour fonction de satisfaire les besoins des consommateurs, tant en ce qui concerne les prix que la qualité des services et des produits offerts. Ils doivent participer au développement de l’emploi et contribuer à accroître la compétitivité de l’économie nationale, animer la vie urbaine et rurale et améliorer sa qualité.

« Les pouvoirs publics veillent à ce que l’essor du commerce et de l’artisanat permette l’expansion de toutes les formes d’entreprises, indépendantes, groupées ou intégrées, en évitant qu’une croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l’écrasement de la petite entreprise et le gaspillage des équipements commerciaux et ne soit préjudiciable à l’emploi. »

³⁴ Cons. Const., décision n°81-132 DC 16 janvier 1982, loi de nationalisation, *D.*1983, 169.

³⁵ Des limites peuvent être apportées dans le but de la protection de l’intérêt général ou de la conciliation avec d’autres libertés.

³⁶ Conformément à l’art. 34 de la constitution.

³⁷ Cons. Const., décision n°2012-285 QPC du 30 nov. 2012, M. Christian S., comm. Cons. Const., 30 nov. 2012.

personnelle. En matière de commerce électronique on comptait ainsi, fin 2016, plus de 200 000 sites actifs, soit 22 000 de plus que l'année précédente³⁸. Cette offre multiple ne nuit pas au consommateur mais lui profite, en lui procurant un choix plus ouvert. Les travaux parlementaires relatifs à la loi pour la confiance dans l'économie numérique font référence à la notion de liberté comme un des piliers de la croissance saine de l'économie numérique³⁹. Chacune des deux parties de la transaction par voie électronique trouve son intérêt à la liberté d'entreprendre par la présence sur le marché d'acteurs et de produits nombreux et cette diversité assurée par le droit est un levier de développement du commerce électronique.

61. – L'article 16 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur⁴⁰ prévoit cette liberté d'exercer l'activité numérique. Le principe d'absence d'exigence d'autorisation préalable à toute activité du commerce électronique, affirmé par la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 et repris par la loi LCNE du 21 juin 2004, contraint l'Etat à ne pas soumettre à autorisation préalable une quelconque activité du commerce électronique, laquelle s'exerce dès lors librement (Section 1).

62. – La conception même de ces libertés économiques conditionne nécessairement leur articulation avec d'autres libertés, ou d'autres intérêts. Si dans la plupart des hypothèses elles profitent tout à la fois aux entreprises et aux consommateurs, restent des situations dans lesquelles leurs intérêts peuvent diverger, celui des uns ne s'exerçant plus simultanément avec celui des autres, ce qui oblige le droit à introduire un équilibre, au nom du principe supérieur de l'intérêt général. Tempérer la liberté n'est pas la restreindre et conduit plutôt à la renforcer, sans la remettre en cause. En la matière, il s'agit simplement de souligner qu'elle doit être conjuguée avec l'intérêt du consommateur : s'il apparaît qu'elle pourrait lui faire courir un danger, le droit encadre la liberté - qui ne possède aucun caractère absolu - en instaurant certains garde-fous en sa faveur. Le commerce électronique ne déroge

³⁸ Source FEVAD, consulté sur :

https://www.fevad.com/wp-content/uploads/2017/06/Chiffres-Cles-2017_BasDef.pdf

³⁹ Commission des affaires économiques, HERISSON Pierre, SIDO Bruno, *Rapport sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique*, rapport 345 (2002-2003).

⁴⁰ La directive n°2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur et la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, dite loi LCEN, peuvent être considérées comme les textes fondateurs du cadre juridique du commerce électronique.

pas à ces règles et l'article 16 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, dite LCEN, exclut de cette liberté économique quelques domaines, tandis qu'est encadrée par ailleurs la vente en ligne de certains produits dangereux (Section 2).

SECTION 1 – LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA LIBERTÉ D’ACCÈS ET D’EXERCICE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

63. – Deux textes permettent d’assoir le libre accès et le libre exercice de l’activité du commerce électronique. Si l’article 16 de la loi dite LCEN, qui instaure le libre accès au commerce électronique et son libre exercice, conjugués à une définition large de ce mode de commerce, donne une portée étendue à ce principe (§1), l’article 17, qui soumet le cybercommerçant à la loi de l’Etat membre dans lequel il s’établit, laisse à l’entreprise toute liberté quant au choix du lieu de son installation pour bénéficier de la loi nationale qui lui est la plus favorable (§2).

§1 : UN PRINCIPE DE LIBRE ACCÈS ET D’EXERCICE D’UNE PORTÉE ÉTENDUE

64. – Le législateur de la directive dite sur le commerce électronique a délibérément choisi d’interdire aux Etats de soumettre l’accès ou l’exercice aux « services » de la société de l’information - le commerce électronique comptant parmi ces services - à une autorisation préalable. Il a voulu ouvrir de façon extrêmement large, sans discrimination quelconque, la notion de commerce électronique à laquelle la directive s’applique. La loi LCNE, quant à elle, a donné, dans son article 14, une définition du commerce électronique aussi large que celle des services de l’information. En se référant à un champ du commerce électronique plus vaste que celui de la simple et classique vente en ligne, cette loi a étendu le principe de non-autorisation préalable à toutes les activités que recouvre cette notion du service de l’information, le e-commerce n’en étant qu’une facette (A).

65. – Par ailleurs, pour rendre possible l’accès au marché en ligne au plus grand nombre de professionnels et satisfaire la volonté du consommateur de trouver sur ce marché le plus grand nombre de produits et de services, ce principe a été encore renforcé par « l’interdiction d’interdire » la vente par voie électronique au sein des réseaux de distribution (B).

A. UNE DÉFINITION EXTENSIVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

66. – Si le droit européen assimile le commerce électronique à un service de l'information, alors que la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁴¹ lui donne une définition autonome, ils assurent la liberté d'entreprendre au plus grand nombre d'activités du commerce électronique.

1. Le commerce électronique assimilé à un service de l'information par le droit européen.

67. – L'article 2 de la Directive sur le commerce électronique donne la définition des services de l'information en renvoyant à celle donnée par la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques⁴², laquelle a en quelque sorte préparé le terrain sur lequel allait agir la directive sur le commerce électronique.

68. – Les termes « services de la société de l'information » sont à comprendre comme « tous services prestés normalement contre rémunération, à distance par voie électronique, et à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Le service presté « contre rémunération » ne vise pas exclusivement le service contre paiement, il suffit qu'existe une contrepartie économique (la publicité par exemple). Le terme « à distance » recouvre un « service fourni sans que les parties soient simultanément présentes ». Par « voie électronique » il faut entendre « un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ». Et « à la demande individuelle » doit être entendu comme « un service fourni par transmission de données sur demande individuelle ».

69. – Ainsi, la terminologie désignant les services de la société de l'information vise délibérément un large éventail d'activités qui ont lieu par voie électronique⁴³. Il peut s'agir de vente de biens ou de services en ligne représentant une activité économique. Sont

⁴¹ Transposant la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000.

⁴² Modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE.

⁴³ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, cons.18.

aussi concernés des services non rémunérés par ceux qui les reçoivent - information en ligne ou communication commerciale -, d'autres qui permettent la recherche, l'accès et la récupération de données, qui transmettent l'information par un réseau de communication ou qui fournissent un accès ou un hébergement de l'information. Le considérant 18 de la directive précise que « les services de vidéos à la demande ou la fourniture de communications commerciales par courrier électronique constituent des services de l'information ». Les objets sur lesquels peuvent porter les services de l'information sont donc variés. Sont visés les sites de vente ou d'information, les services de conseils, les moteurs de recherche, les services de vidéo, de fourniture d'accès à Internet, d'hébergement de sites, les plateformes⁴⁴, etc. Les multiples activités liées aux nouvelles technologies ont pu, sur la base de ce principe, connaître un grand succès si l'on songe au commerce de biens incorporels, qu'il s'agisse de musiques, de films, de billets en tout genre ou de propositions pédagogiques diverses.

70. – Les auteurs de la directive 98/34/CE du 20 juillet 1998 justifient cette définition large du service de la société de l'information par leur insuffisante connaissance, à l'instant de sa rédaction, des formes et de la nature que pourraient prendre les services à venir. Tout en laissant la porte ouverte à de futures technologies de transmission de l'information, ces définitions⁴⁵ permettent d'analyser le commerce en ligne, par un site marchand, comme un service de l'information. Ce faisant, le droit assure une liberté d'entreprendre à de multiples activités regroupées sous le vocable de « commerce électronique ».

2. Une définition autonome du commerce électronique donnée par la loi LCEN

71. – Son article 14 dispose que « le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistants à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y

⁴⁴ STROWEL Alain, IDE Nicolas et VERHOESTRAETE Florence, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce Électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *Journal des Tribunaux*, 17 févr. 2001, n°6000, p.133

⁴⁵ Cependant, à trop vouloir viser large, cette définition pose actuellement quelques problèmes juridiques, notamment en ce qui concerne la définition de l'économie collaborative que nous aborderons ci-après en Titre 2.

compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ». Si la loi nationale reprend les définitions données par la directive, elle ne conçoit pas le commerce électronique comme recouvrant seulement des activités commerciales en ligne mais bien un panel de services utilisant la voie électronique, ce qui permet de qualifier, notamment et parmi d'autres, de commerce électronique les ventes qui, ces dernières années, se sont développées sur tablettes et téléphones mobiles, le droit encourageant ainsi à nouveau la liberté d'entreprendre.

72. – Cette loi ne pose aucune exigence quant au mode d'exploitation de l'entreprise. Le commerce électronique peut s'exercer en complément à une activité physique - c'est le cas des opérateurs *brick and mortar*⁴⁶ -, ou exclusivement en ligne - les acteurs sont alors dénommés *pure player*⁴⁷ -, voire suivant la méthode multiforme dite du *cross canal*⁴⁸. Au canal traditionnel, « historique », de la vente physique en magasin, est donc venu s'ajouter le canal *numérique* de distribution, lui-même suivi ultérieurement par le *m-commerce*⁴⁹ - par le biais d'applications sur téléphone mobile - dont la croissance est désormais plus importante que celle du e-commerce lui-même. Les acteurs du commerce électronique n'étant pas définis par la loi LCEN, ils peuvent ainsi développer leur activité en B to B - business to business, de professionnel à professionnel - ou en B to C - *business to consumer*, de professionnel à consommateur.

73. – Le législateur laisse l'entière liberté à l'entreprise de se positionner sur tel ou tel canal ou de les mixer subtilement en fonction de ses objectifs, de ses intérêts ou de ses moyens⁵⁰. Le dirigeant de l'entreprise garde toute liberté quant au choix du positionnement de sa distribution, l'éventail des possibilités offertes aux cyber-entreprises permettant le développement constant du e-commerce. Ainsi certaines ont choisi d'établir une interaction entre les divers canaux - boutiques physiques, e-commerce, m-commerce - et sont dénommées entreprises *cross canal* : ZARA ou les magasins alimentaires dits « *drive* » en sont des exemples-type qui permettent une commande et un paiement sur internet, mais un retrait de la marchandise, ou un échange, dans les magasins physiques. D'autres possèdent seulement un point de vente physique et sont connues sous le vocable d'entreprises *brick and mortar*. Enfin, les vendeurs exclusivement numériques, sans implantation physique, sont

⁴⁶ Vendeur en ligne possédant un ou plusieurs magasins physiques.

⁴⁷ Vendeur exclusivement sur internet.

⁴⁸ Vendeur utilisant une interaction entre les divers canaux de distribution.

⁴⁹ Commerce sur téléphone mobile par le biais d'applications.

⁵⁰ CUSTODIO Aurélie, *Lancement d'un projet e-commerce pour les TPE « Brick and Mortar »*, éd. Universitaires européennes, 2018, 52 p., ISBN 3330879106.

des *pure players*. Si l'entreprise décide, en toute liberté, de l'utilisation de telle ou telle méthode de distribution selon son profit supposé, il faut convenir que ce choix bénéficie aussi au consommateur, par la diversité des voies d'achat qui lui sont proposées, ouvrant pour lui le champ des entreprises vers lesquelles se tourner, selon son propre intérêt personnel.

74. – La loi LCEN, ce texte fondateur du cadre juridique du commerce électronique en France, assure ainsi la liberté d'accès et d'exercice du commerce électronique, dans ses nombreuses déclinaisons et au profit des activités les plus larges.

75. – En outre, l'auteur de la loi étend la liberté d'accéder et d'exercer le commerce électronique au sein même des réseaux de distribution, dans lesquels il aurait pu sembler, a priori, plus difficile de l'intégrer.

B. L'APPLICATION DU PRINCIPE AU SEIN DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION

76. – Toute entreprise commerciale a la possibilité de mettre en place un réseau de distribution⁵¹. Cependant, ces réseaux peuvent être analysés comme une restriction de la concurrence puisqu'ils empêchent certains de pénétrer le marché, le fabricant pouvant sélectionner selon certains critères les distributeurs en charge de ses produits, ou n'accepter qu'un seul distributeur sur une zone géographique donnée. Or il convient de rappeler que la libre concurrence peut être considérée comme une expression de la liberté d'entreprendre, définie de façon plus large que dans son approche duale : c'est en assurant la libre concurrence que le droit assure la liberté du commerce, dans l'intérêt du commerçant comme dans celui du consommateur.

77. – Le règlement (UE) n°330-2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et, en droit interne, l'article L 420-1 du code de commerce permettent de concilier la liberté du commerce électronique avec l'existence d'un réseau de distribution,

⁵¹ VANDERCAMMEN Marc, JOSPIN-PERNET Nelly, *Introduction à la distribution*, éd. De Boeck, 2^e éd., 2013, 240 p., ISBN-13 978-2804181511.
V. aussi MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la distribution*, SIREY, coll. Université, 4^e éd., 2017, 398 p.

dans l'intérêt du développement du e-commerce, au profit des cyber-entreprises et des consommateurs.

1. La liberté du commerce électronique au sein de la distribution sélective

78. – Si le droit reconnaît la légalité des réseaux de distribution sélective sous certaines conditions, il interdit par ailleurs au fournisseur d'interdire de façon absolue la vente en ligne de ses produits par ses distributeurs.

- a. L'interdiction d'interdire de façon absolue la vente en ligne dans les réseaux sélectifs.

79. – Dans un réseau sélectif, le fournisseur vend ses produits à des distributeurs agréés, choisis suivant des critères spécifiques. Ce mode d'organisation de marché constitue une restriction verticale de concurrence visée par l'article 101 §1 TFUE et au sein du droit national par l'article L 420-1 code de commerce. Sous certaines conditions ces réseaux sont légaux (L 420-4 2° code de commerce), dès lors que les restrictions imposées aux distributeurs sont justifiées - si la nature du produit nécessite une compétence de distribution spécifique, une qualité d'infrastructures spéciale ou si la technicité du produit, ou son caractère luxueux, imposent un mode de réseau de distribution sélectif.

80. – Ces règles de droit, restrictives de concurrence, s'appliquent au e-commerce. Très tôt le Conseil puis l'Autorité de la concurrence⁵² n'ont cependant pas jugé acceptable que le fournisseur interdise totalement à son distributeur la vente en ligne de ses produits, ce qui constituerait une restriction supplémentaire au marché sélectif, au détriment du distributeur comme du consommateur. « Interdire l'interdiction » de la vente en ligne dans les réseaux sélectifs se fonde sur l'article L 420-1 du code de commerce.

81. – Au niveau européen, la Commission européenne analyse la vente sur internet comme une vente dite « passive »⁵³, ne pouvant être interdite, permettant au consommateur d'atteindre facilement le vendeur par le biais de la consultation du site marchand. Les nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales de la Commission européenne datant de 2010⁵⁴ spécifient que « tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour

⁵² ADLC, avis, n°12-A-20 du 18 sept 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, *RDC* 2013/1, p.139, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁵³ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, OJ C 291, 13 oct.2000.

⁵⁴ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, OJ C 130, 19 mai 2010.

la vente de ses produits » et que le fournisseur « peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin physique. Cette remarque pourrait s'appliquer à la distribution sélective ». Cependant, certains auteurs regrettent que ces principes de liberté du commerce électronique figurent seulement dans les lignes directrices, et non au sein même du règlement n° 330/2010 de la commission du 20 avril 2010⁵⁵ concernant l'application de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE.

82. – Au niveau national, la Cour de Cassation autant que l'Autorité de la concurrence font une stricte application du principe de la liberté du commerce électronique - ce qui leur est parfois reproché⁵⁶. Ainsi, l'Autorité de la concurrence reconnaît-elle l'acceptation *partielle et non totale* d'une restriction de concurrence, constituée par une interdiction de vente en ligne, suivant que les produits nécessitent, ou non, un conseil approprié. L'Autorité de la concurrence⁵⁷ considère que des produits HI-FI de haute technologie, qui réclament des conseils, des installations complexes, des modes de mise en service spécifiques pour assurer leur qualité et leur technicité, voient leur vente exclusive dans un magasin physique pourvu de la présence d'un conseiller professionnel justifiée. Néanmoins, la marque qui les commercialise ne peut interdire à ses distributeurs de mettre en vente en ligne ses autres produits, moins techniques, ne nécessitant pas, eux, les mêmes conditions de vente : dans ce sens l'interdiction totale de vente en ligne de produits HI-FI n'est pas acceptable, ce qui laisse ainsi toute possibilité aux distributeurs de vendre sur internet. Dans le même sens, la jurisprudence Bang & Olufsen⁵⁸ du 13 mars 2014 confirme la prohibition de l'interdiction *totale* de vendre sur internet, en distinguant les produits de la marque de haute technologie selon qu'ils nécessitent, ou non, une écoute ou des conseils avertis⁵⁹.

83. – Un autre exemple fondé sur la recherche des caractéristiques du produit qui, elles seules, permettraient d'interdire la vente en ligne, se retrouve sur le marché de la

⁵⁵ FERRIER Didier, VIERTIO KATJA, « Réforme des restrictions verticales : les enjeux de l'entrée en vigueur du nouveau règlement », Colloque Paris, 27 mai 2010, in *Concurrences*, n°3-2010.

⁵⁶ VOGEL et VOGEL, « Les restrictions verticales dans la vente en ligne », 20 oct. 2014, consulté sur <https://www.vogel-vogel.com>

⁵⁷ CDLC, décision n°06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma (Bose, Focal, Triangle) ; V. aussi ADLC, décision 12-D-23 du 12 déc. 2012 (Bang et Olufsen)..

⁵⁸ Paris, Pôle 5, 5^e -7^e ch., 13 mars 2014, n° 2013/00714, aff. Société BANG & OLUFSEN, *Contrats concurrence consommation, mai 2014*, n°5, comm. 18, note DECOCQ Georges.

⁵⁹ Les casques audio, les écouteurs et les autres accessoires ne nécessitent pas de conseils avisés particuliers.

cosmétique⁶⁰. L'entreprise Pierre Fabre avait choisi de mettre en place une distribution sélective de ses produits cosmétiques par des pharmaciens, au sein d'officines pharmaceutiques ou de parapharmacies et, dans les contrats qui la liaient à ses distributeurs, figurait une clause interdisant la vente en ligne⁶¹. Certaines parapharmacies d'Outre-Mer, revendeurs des produits Pierre Fabre et souhaitant utiliser le e-commerce comme mode de vente, décidèrent de saisir les juges. L'Autorité de la Concurrence considérait que ces accords portaient atteinte aux consommateurs comme aux distributeurs, exclus d'un canal de distribution en pleine expansion⁶² alors qu'il convenait de donner toute liberté aux distributeurs de vendre en ligne. Le groupe Pierre Fabre résistait, par de nombreux recours, à l'opinion générale des juridictions nationales et européennes ainsi qu'à celle de l'Autorité de la Concurrence⁶³ qui se prononçaient en faveur d'une ouverture totale de la vente en ligne. La Cour de Cassation⁶⁴, après avoir saisi la CJUE⁶⁵ d'une question préjudicielle, a mis fin sans ambiguïté au litige en interdisant à l'entreprise Pierre Fabre de réserver la vente de ses produits dermo-cosmétiques aux seuls magasins dotés de la présence d'un pharmacien : la nature même de ces produits ne nécessitant pas de conseils particuliers, ils pouvaient dès lors faire l'objet d'une vente en ligne.

84. – La discussion est ainsi close⁶⁶ : aucun produit ne supporte l'interdiction *totale* de la vente en ligne, laissant ainsi l'accessibilité au e-commerce à tout distributeur. La liberté du commerce en ligne prévaut sur l'intérêt de certains fournisseurs, et les consommateurs ne doivent pas être privés de la possibilité de l'achat en ligne d'une marque ou d'un produit, quelle qu'en soit la nature.

85. – La licéité de l'interdiction de vente en ligne n'est seulement reconnue que pour des motifs de sécurité ou de santé publique (interdiction de vendre des médicaments sur ordonnance, notamment) et en matière de création de nouvelle marque ou de nouveau

⁶⁰ VOGEL Louis, « La distribution par internet après l'arrêt Pierre FABRE », *Concurrences* n°1-2012, colloque réseau de distribution et droit de la concurrence, 2012.

V. aussi VOGEL et VOGEL, « Interdiction de vente sur internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre FABRE ? », 5 mai 2017, consulté sur :

<https://www.vogel-vogel.com/interdiction-de-vente-sur-internet-dans-le-cadre-dun-reseau-de-distribution-selective-une-nouvelle-evolution-depuis-larret-pierre-fabre/>

⁶¹ Les articles 1.1. et 1.2 des CGV imposaient la vente des produits Pierre FABRE par un pharmacien ; de facto, la vente sur internet devenait interdite.

⁶² CDLC, décision n°08-D-25, 29 octobre 2008, Aff. Pierre FABRE Dermo-cosmétique SAS.

⁶³ ADLC, avis n°12-A-20, 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

⁶⁴ Com., 24 septembre 2013, n° 12-14.344.

⁶⁵ CJUE, 13 octobre 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre dermo-cosmétiques SAS, *RTDL* 2011/76, n°2526, obs. L.COSTES et note J.L.FOURGOUX et L.DJAVADI ; *CCE*, janv. 2012, n°1, note CHAGNY Muriel ; *JCP*, 19 déc. 2001, n°51, note FERRIER Didier.

⁶⁶ V. Revue *Le Lamy Droit de l'Immatériel*, n°46, 1 er février 2009.

marché nécessitant des investissements importants⁶⁷, ce qui déroge peu aux règles communes du commerce traditionnel.

86. – Les lignes directrices qui ont complété le règlement d'exemption du 20 avril 2010⁶⁸ affirment que : « en principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits⁶⁹ », et que « dans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients [...]»⁷⁰. Elles reconnaissent cependant au fournisseur la possibilité d'imposer des exigences de qualité au site marchand⁷¹. La justification de cette restriction mise en avant par le fabricant provient de la nécessité de préserver l'image de sa marque, et cette possibilité de soumettre les ventes en ligne de ses produits par ses distributeurs à certaines exigences ne semble en rien freiner l'accès au e-commerce si elles sont prises dans l'intérêt du consommateur.

b. Un possible encadrement de la vente en ligne

87. – Si l'interdiction d'interdire est retenue, certaines exigences du fournisseur quant à l'encadrement de la vente en ligne de ses produits par son distributeur restent parfaitement légales. C'est ainsi que :

Le fournisseur peut imposer la détention d'un ou plusieurs points de vente physiques au distributeur agréé. La licéité de cette exigence est appréciée au cas par cas par le juge, selon les caractéristiques des produits vendus.

88. – Cette exigence de points commerciaux physiques a été retenue par une décision de l'Autorité de la Concurrence⁷² en 2006, suivie par celle de la Cour d'Appel de Paris du 16 octobre 2007⁷³, laquelle a reconnu que le refus d'agrément du distributeur

⁶⁷ GRANBOULAN Diane, *Les restrictions aux ventes sur internet en distribution sélective : pour ou contre*, Mémoire de Master II Professionnel - Droit européen des affaires, Université Panthéon –Assas Paris II, 30 août 2016.

⁶⁸ Règlement européen n°330/2010/UE du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

⁶⁹ Comm. UE, Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, 19 mai 2010, pt.52.

⁷⁰ *Eod. Loc.* pt. 56.

⁷¹ *Eod. Loc.* pt. 52.

⁷² CDLC., décision n°06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, *RDLI* 2006/20, n°624.

⁷³ Paris, 1^{re} ch., 16 octobre 2007, *RDLI* 2007/32, n°1089 ; *Contrats concurrence consommation*, oct. 2016, n°10, comm. 297, note MALAURIE-VIGNAL Marie.

Bijourama.com par le fournisseur Festina, au motif que le premier ne disposait pas de magasin physique, était justifié.

89. – Cette exigence vise, essentiellement, les produits de luxe en ce qu'ils nécessitent des normes de qualité particulières, mais les tribunaux ouvrent le débat pour chaque catégorie de produits⁷⁴. Selon la qualité des produits (parfum, produit de haute technologie, etc...), le fournisseur peut donc exiger, ou non, l'existence d'un point de vente physique. L'Autorité de la Concurrence⁷⁵ en 2012, a rappelé que cette exigence doit être justifiée, proportionnée et ne doit pas être un moyen d'exclure la vente en ligne. En effet, autoriser le fabricant à conditionner la vente électronique à la présence d'une boutique physique ne doit pas avoir pour but de freiner le commerce électronique mais seulement d'accompagner la clientèle, de mettre à sa disposition un lieu où assurer des conseils ou un service après-vente de qualité, dans l'intérêt du consommateur. Cette position s'explique par la volonté de donner au consommateur, dans certains cas, l'opportunité de voir le produit, et/ou de le tester.

90. – L'Autorité de la concurrence recommande de ne pas empêcher de façon systématique et injustifiée le déploiement des opérateurs, dits pure-players⁷⁶, ne disposant pas de la moindre localisation physique. Les refus d'agrément des pure-players sont généralement justifiés par les fournisseurs au motif de l'éventuel parasitisme dont eux-mêmes seraient victimes de la part de ces pure-players, lesquels profiteraient de l'investissement physique et financier des distributeurs dans leur point d'ancrage sans avoir, pour leur part, participé à la moindre mise de fonds.

91. – Cette restriction⁷⁷ peut être également renforcée par une exigence supplémentaire relative à la durée de l'exploitation du point de vente physique. Le fabricant de certains produits peut ainsi exiger une exploitation « depuis un certain temps » (par exemple : au moins un an) afin que le distributeur acquière une expérience de la vente des produits de la marque. Il est établi que la présence sur le point de vente d'un conseil professionnel spécialisé constitue une exigence légitime. Les fabricants souhaitent ainsi à la fois donner la possibilité au client de demander conseil auprès de vendeurs spécifiquement

⁷⁴ Comm. UE n°92/33 du 16 déc. 1991 relative à la procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33-242- Yves Saint Laurent Parfums) et Comm. UE IP/01/173 du 17 mai 2001.

⁷⁵ ADLC., avis n°12-A-20 du 18 septembre 2012, relatif au fonctionnement du commerce électronique, *RDC* 2013/1, p.139, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁷⁶ Vendeurs exclusivement en ligne ne disposant pas de points de vente physique.

⁷⁷ Exigence de points physiques de vente.

formés et de tester les produits. La licéité de cette exigence a été reconnue par la Commission Européenne dans l'affaire B&W Loudspeakers⁷⁸, fabricant d'enceintes audio, produits à forte technologie.

92. – L'accessibilité maximale au commerce électronique n'est pas remise en cause par ces exigences particulières, prises le plus souvent dans l'intérêt du consommateur.

Le fournisseur peut imposer à ses distributeurs certaines caractéristiques techniques et standards de qualité.

93. – Cette faculté est, elle aussi, conditionnée à la nécessité et à la proportionnalité des exigences aux spécificités du produit : elles peuvent avoir trait à la composition du site - qu'il s'agisse de son image, de son graphisme, de la présentation des fiches produits et des pages multimarques - mais elles peuvent aussi porter sur la simplicité du moteur de recherche, sur la présence d'une hotline encadrant un délai de réponse aux demandes des clients, sur l'interdiction de la livraison et de l'installation du produit par un tiers... Les fabricants exigent fréquemment de leurs distributeurs qu'ils leur soumettent toute forme de publicité numérique envisagée, qu'il s'agisse de la publicité du site lui-même, mais aussi de celle apparaissant sur ce site, ou sur un site tiers, ou à l'occasion, par exemple, de campagnes d'e-mailing.

94. – Le Conseil de la Concurrence dans une décision du 8 mars 2007⁷⁹ relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle a détaillé les exigences possibles. Il en ressort que le site marchand doit avant tout respecter l'*image* de la marque et que l'interdiction faite aux revendeurs d'utiliser le nom de la marque en tant que mot clé en vue du référencement est considérée comme disproportionnée.

95. – L'Autorité de la Concurrence, dans un avis du 18 septembre 2012, a rappelé que « la faculté pour le fabricant d'organiser une distribution sélective de ses produits et de choisir des critères d'agrément conditionnant la vente en ligne au respect des critères prédéfinis n'est ni générale ni absolue, et peut être remise en cause si la restriction à la

⁷⁸ Comm. UE IP/02/916 du 24 juin 2002.

⁷⁹ CDLC, décision n°07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, *RLDI* 2007/33, n°1126 ; *CCE*, mai 2007, n°5, note CHAGNY Muriel.

distribution qui en découle porte atteinte à la concurrence sur le marché, sauf à ce qu'elle apparaisse admissible au bénéfice d'une exemption par catégorie ou individuelle »⁸⁰.

96. – Ainsi, il revient aux tribunaux et à l'Autorité de la concurrence d'évaluer la légitimité des éventuelles restrictions à la distribution, lesquelles ne doivent en aucun cas empêcher l'accès et l'exercice du commerce électronique.

c. La vente sur plateforme : une épine dans la liberté du commerce électronique ?

97. – La liberté du commerce électronique nécessite que les distributeurs puissent avoir accès à ces modes de vente en ligne nouveaux, en plein essor, que représentent plateformes et places de marché. Une place de marché peut être considérée comme un point de vente numérique, comme une plateforme⁸¹ regroupant plusieurs vendeurs et assimilée à un simple intermédiaire ne prenant pas part au contrat de vente ou d'entreprise. Elle ressemble fort, sur la toile, à la galerie marchande physique du centre-ville et tient sa dénomination de l'analogie avec les pratiques historiques du commerce. Son utilité, désormais capitale, la rend incontournable dans les stratégies de vente. Si, par le passé, la prospérité de certaines villes était fondée sur la qualité de leurs foires ou de leurs marchés, la notoriété, aujourd'hui, d'une place de marché numérique dynamise réellement les ventes en ligne d'un cybercommerçant, quoique l'irruption de ce nouvel intervenant dans la relation commerciale ne soit pas sans conséquence, comme nous l'analyserons ultérieurement.

98. – Dans ce nouveau cadre, le fournisseur peut-il interdire à son distributeur la vente en ligne des produits qu'il lui fournit ?

99. – En 2014, l'Autorité de la Concurrence, dans une affaire SAMSUNG⁸² - société qui interdisait la vente de ses produits par ses distributeurs sur des plateformes numériques - a formulé que les plateformes pouvaient avoir « *la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs des produits* » et qu'ainsi, rien ne justifiait une telle interdiction. S'appuyant sur la position de l'Autorité de la Concurrence, la Cour d'appel de Paris dans une affaire CAUDALIE considérait qu'une clause d'interdiction constituait une restriction

⁸⁰ ADLC, avis n°12-A-20 du 18 sept. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

⁸¹ C. Consom., art. L 111-7 C modifié par la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁸² ADLC., décision n° 14-D-07 du 23 juillet 2014 relative à des pratiques de mise en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs.

de la concurrence⁸³. Sur renvoi après cassation⁸⁴, la Cour d'appel de Paris⁸⁵, en s'inscrivant dans la continuité de la jurisprudence de la CJUE reconnaît la légalité d'interdire la vente sur plateformes de produits luxueux, dès lors que cette interdiction est proportionnée et nécessaire à la protection de l'image de la marque⁸⁶. Dans le même sens l'Autorité de la Concurrence est venue préciser que l'arrêt COTY de la CJUE ne devait pas être limité aux produits de luxe, l'interdiction pouvant être justifiée, au cas par cas, par l'impératif de sécurité qu'impose la vente au consommateur de produits, dangereux ou non, mais dont il convient de s'assurer de la provenance ainsi que de l'absence de contrefaçons ou de malfaçons⁸⁷.

100. – Ce revirement jurisprudentiel récent conduit à reconnaître désormais au fournisseur le droit de refuser à ses distributeurs de vendre sur une plateforme, au motif que ces ventes causeraient alors un trouble manifestement illicite au réseau de distribution sélective licite. Si le fournisseur ne peut donc pas interdire totalement la vente en ligne de ses produits, il peut toutefois la limiter aux sites de ses distributeurs agréés. Cette jurisprudence Caudalie remet en question une partie de la liberté de vendre en ligne de certains produits dans la distribution sélective, contraire à l'idée générale de l'ouverture du commerce électronique au plus grand nombre.

101. – En résumé, le droit appliqué strictement par la jurisprudence interdit à un fournisseur de restreindre de façon totale la vente en ligne de ses produits par ses distributeurs. Seuls certains produits très spécifiques peuvent faire l'objet d'une telle restriction afin de conserver l'image, de luxe ou de haute technicité, de la marque. Et même si le droit reconnaît au fournisseur la possibilité d'encadrer la vente en ligne par certaines exigences, la liberté du commerce électronique est bien assurée au sein des réseaux sélectifs, le consommateur y trouvant également son intérêt entier.

102. – L'organisateur d'un réseau peut enfin choisir de mettre en place un réseau de distribution exclusive, dans lequel un unique distributeur agréé sera chargé de vendre les

⁸³ Paris, pôle 1, 3^{ème} ch., 2 février 2016, n°2014/060579.

V. comm. MARTIN Anne-Cécile, « Distribution sélective et vente en ligne : confirmation et précision de la possibilité d'interdire le recours à des plateformes tierces », *L'ESSENTIEL du Droit de la distribution et de la concurrence*, oct.2018, n°9, p.18.

⁸⁴ Com., 13 septembre 2017, n° 16-15067, aff. Caudalie.

L'arrêt de la Cour d'appel du 23 juillet 2014 a été cassé pour motif d'absence de justification de sa décision.

⁸⁵ Paris, 1-8^e ch, 13 juill. 2018, n°17/20757, Sté Caudalie, *L'ESSENTIEL Droit de la distribution et de la concurrence*, n°9, 1^{er} oct.2018.

⁸⁶ V. CJUE, 6 déc.2017, aff.C-230/16, Coty Germany, *RLC* 2018/69 n°3340.

⁸⁷ ADLC, décision n°18-D-23 du 24 oct.2018 relative à des pratiques mises en œuvres dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture.

produits du fournisseur sur une zone géographique déterminée. Cette notion d'exclusivité sur un territoire déterminé pourrait empêcher le développement du commerce électronique, dont la nature ubiquitaire s'accommode peu de toute idée de territorialité et d'exclusivité.

2. La liberté du commerce électronique ouverte à la distribution exclusive

103. – La distribution exclusive se définit comme un accord licite par lequel le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé⁸⁸.

104. – Ce type de distribution, en matière de commerce électronique, soulève quelques interrogations. Peut-il y avoir place pour une liberté d'accès et d'exercice à un commerce électronique, nécessairement ubiquitaire, au sein d'un réseau de droit commun prévoyant une exclusivité territoriale ? Un fournisseur peut-il *lui-même* vendre ses produits par le biais d'un site marchand propre à sa marque sans violer l'exclusivité territoriale consentie à son distributeur puisque, de toute évidence, le fournisseur peut être amené à vendre par internet dans le secteur d'exclusivité de son distributeur ?

105. – La Cour de Cassation, dans un arrêt du 14 mars 2006⁸⁹, a affirmé que la création d'un site internet n'était pas assimilable à l'implantation *physique* d'un point de vente sur le secteur protégé, ce qui restreint par conséquent l'exclusivité territoriale à la concurrence physique sur le territoire. Ainsi s'est élaborée une jurisprudence libéralisant la vente en ligne en autorisant l'ouverture d'un site marchand par le fournisseur au détriment de l'exclusivité du réseau, sans atteindre le principe de la liberté du commerce électronique.

106. – En conclusion, la jurisprudence concilie de manière assez équilibrée les réseaux de distribution et la liberté du commerce électronique, dans l'intérêt des cyber-commerçants comme dans celui des consommateurs.

107. – En plus d'assurer la liberté d'accéder et d'exercer le commerce électronique, l'article 17 de la loi LCEN, transposant la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, donne la liberté aux entreprises de choisir le lieu de leur

⁸⁸ Selon la Commission cet accord bénéficie de l'exemption prévue par le Règlement pour autant que le seuil de part de marché soit respecté (c'est-à-dire que la part de marché détenue par le fournisseur et celle détenue par le distributeur ne dépasse pas 30 % du marché en cause).

⁸⁹ Com, 14 mars 2006, n°03-14.316.

établissement en instaurant la règle de la loi de l'Etat membre d'établissement, autrement dit la règle du pays d'origine.

§2 : LA LIBERTÉ DU CHOIX DU PAYS D'ÉTABLISSEMENT : L'ENTREPRISE SOUMISE À LA RÈGLE DE LA LOI DU PAYS D'ORIGINE

108. – Il convient de relever d'abord l'interdiction, faite à chaque Etat membre par la directive dite du commerce électronique, de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre Etat membre. La liberté d'établissement et la libre circulation des services représentent d'abord un principe fondateur de la construction européenne, consacré par le TFUE⁹⁰. La Cour de Justice des Communautés Européennes⁹¹ les a elle-même reconnues bien avant l'avènement de la directive⁹² dite du commerce électronique. Ces deux libertés ne sont donc pas issues de la directive mais elles s'appliquent naturellement au e-commerce. La loi de modernisation de l'économie du 4 Août 2008⁹³, et la loi de développement et de modernisation des services touristiques du 22 juillet 2009⁹⁴ ont, pour leur part, transposé ce principe de libre établissement au sein de l'Union.

109. – La loi LCEN du 21 juin 2004 conditionne la loi applicable à l'activité de commerce électronique au lieu d'*établissement* de la cyber-entreprise⁹⁵. Elle désigne l'établissement comme une *installation stable* et durable pour un exercice effectif de l'activité, sans tenir compte du lieu officiel de l'implantation du siège social de l'entreprise. Le droit donne ainsi une définition de l'établissement stable correspondant à la localisation de l'entreprise virtuelle, afin de déterminer la loi lui étant applicable, ce qui autorise l'application d'un droit unique, quand bien même son activité s'exercerait dans plusieurs Etats membres.

⁹⁰ TFUE, art. 49 et s.

⁹¹ CJCE, 21 juin 1974, aff. 2-74, Reyners c/Etat Belge.

⁹² Parce que tous les ressortissants européens peuvent installer durablement une activité économique dans tout Etat membre - puisque la circulation, d'abord, et l'implantation, ensuite, des individus sont possibles - un acteur économique européen peut parfaitement créer une entreprise fondée sur l'économie *numérique* sur la totalité du sol de l'Union Européenne. La liberté de la circulation des services lui confère ce même droit : on entend par *liberté de prestation de services* le droit, pour un ressortissant européen, de proposer, contre rémunération, tous les services dans tous les Etats membres, le prestataire pouvant exercer son activité dans l'Etat d'accueil aux mêmes conditions que celles imposées à ses propres opérateurs économiques. Le principe est régi par la directive dite « services » du 12 décembre 2006 (Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur dite directives services) levant tout obstacle au commerce des services au sein de l'union européenne par une simplification, notamment, des procédures administratives.

⁹³ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

⁹⁴ Loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 de développement et de modernisation des services touristiques.

⁹⁵ Loi LCEN, art. 14.

110. – Si la corrélation entre la liberté d'établissement de l'entreprise - assurée par le TFUE - et la détermination de la loi qui lui est applicable - assurée par la loi LCEN - lui offre l'opportunité de se livrer au « law shopping » dans le sens qu'elle estime lui être le plus favorable (A), ce principe souffre d'exceptions pour s'articuler avec les droits protecteurs de l'intérêt des consommateurs (B).

A. LA LIBERTÉ DE LA « LAW SHOPPING »

111. – En soumettant l'activité électronique à la loi de l'Etat d'établissement, l'article 17 de la loi LCEN accorde à l'entreprise l'indiscutable liberté de choisir le régime légal qu'elle considère le plus favorable pour elle.

112. – Il convient dès lors d'établir ce lieu d'établissement de l'entreprise. Ancrer la cyber-entreprise, entreprise perçue comme « sans frontière », dans un Etat soumis à un droit, lui est indispensable pour lui apporter la sécurité juridique.

113. – Mais, parce que le commerce électronique s'exerce selon des modalités spécifiques et plurielles, il est parfois complexe de déterminer le lieu d'établissement de l'entreprise, selon que le commerçant est un *pure player*⁹⁶ - sans point de vente physique mais disposant malgré tout d'un local avec des équipements informatiques, voire d'un dépôt pour son stock - ou un *brick and mortar*⁹⁷ - choisissant une diversification de ses canaux de vente en exploitant alors aussi une ou des boutiques physiques. Dans tous les cas son activité est, à un moment ou à un autre, « matérialisable », cette matérialité permettant de l'établir physiquement dans une zone géographique. L'activité de vente en ligne, quoiqu'elle-même dématérialisée, nécessite évidemment la présence de nombreux éléments, qu'il s'agisse d'un bureau abritant des outils informatiques, d'un éventuel dépôt où stocker les marchandises, d'un site marchand représentant la vitrine du commerçant ou encore d'un siège social, qu'il soit personnel, avec son propre matériel, ou installé chez un autre professionnel.

114. – La loi LCEN a répondu aux doutes quant à la détermination du lieu de l'établissement du prestataire de services de l'information tout en respectant la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne⁹⁸ selon laquelle « le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une

⁹⁶ Activité réalisée exclusivement sur internet.

⁹⁷ Entreprise ayant une activité sur internet mais également possédant des points de vente durs et physiques.

⁹⁸ CJCE, 25 juillet 1991, affaire C-221/89, *The Queen c/Secretary of State for Transport, ex parte Factorame Ltd* et autres.

durée indéterminée ». L'article 14 de la loi LCEN dispose que « une personne est établie en France [...] lorsqu'elle y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, [...] le lieu d'implantation de son siège social ».

115. – Le lieu d'établissement d'une cyber-entreprise fournissant des services au moyen d'un site internet n'est pas toujours celui dans lequel se situe l'installation technologique servant de support au site (le serveur notamment), ni le lieu où son site est accessible, mais bien celui dans lequel l'entreprise exerce son activité économique⁹⁹. Dans le cas où elle a plusieurs établissements, est qualifié de lieu d'établissement celui dans lequel elle a le centre de ses intérêts.

116. – L'exclusion de la notion de siège social par la loi LCEN nous semble judicieuse, nombre d'entreprises n'ayant aucune activité économique au lieu de leur siège social. Même si les articles 1835 du code civil et L 210-2 du code de commerce définissent comme siège social un lieu déterminé par les statuts de la société qui, néanmoins « doit présenter le centre réel de direction de l'entreprise et ne doit pas avoir été choisi par les fondateurs de façon purement fictive »¹⁰⁰ et si l'article 210-3 du code de commerce et l'article 1837 du code civil font référence au lieu du siège social comme critère de rattachement à la *lex societatis* nationale, la jurisprudence¹⁰¹ semble retenir la qualification de siège social comme tout lieu dans lequel des opérations commerciales et financières sont engagées sur le territoire national, et ce malgré un siège social officiel basé dans un autre Etat¹⁰². Ainsi, la difficulté d'articuler la loi LCEN avec le code de commerce semble réglée par l'adoption du siège social réel¹⁰³, défini comme le lieu du centre de la vie juridique de la société, au détriment du siège social statutaire¹⁰⁴, simple adresse à laquelle ne s'exerce aucune activité.

117. – La complexité naît de la nature dématérialisée des opérations de vente en ligne, souvent qualifiées de « virtuelles ». L'ubiquité¹⁰⁵ du cybercommerçant, c'est-à-dire

⁹⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, cons.19.

¹⁰⁰ MANDIL Alexandre, « Les enjeux liés à la détermination de la *Lex Societatis* », 29 mars 2012, consulté sur : <https://glorieusefrance.fr/les-enjeux-lies-a-la-determination-de-la-lex-societatis-en-droit-du-commerce-international/>

¹⁰¹ Com, 6 janvier 1993, *bull. Joly Sociétés*, 1998, note R. ROUTIER.

¹⁰² YOUBO Lou Bouinan Sonia, 17 sept.2015, *La lex societatis en droit international des affaires*, Thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, consulté sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01253783>.

¹⁰³ Siège social abritant le centre de direction, de décision.

¹⁰⁴ Siège social inscrit dans le contrat établi entre associés appelé statut.

L'article L 123-11 et l'article R 123-53 du code de commerce rendent obligatoire la mention indiquant l'adresse exacte du siège social.

¹⁰⁵ LAUBOUE Adongor Sylvain, 13 févr.2015, *Le cybercommerçant*, Thèse, droit, Université de Bordeaux, consulté sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01252153>.

la faculté qu'il a de se rendre en quelque sorte présent partout à la fois, au même instant, par l'accès instantané à son site de vente en ligne, rend délicate sa localisation et, par conséquent, interroge quant à l'application de la règle du pays d'origine. Le principe de contrôle *à la source de l'activité* donne pouvoir à l'Etat membre du lieu d'établissement de veiller à l'application de ces dispositions. L'entreprise est soumise au régime juridique de l'Etat membre dans lequel le prestataire est établi et elle doit en respecter toutes les règles.

118. – En cela le droit assure par conséquent l'entière liberté à l'entreprise de choisir le lieu où elle souhaite s'établir par l'évaluation des régimes juridiques respectifs des Etats, qu'elle peut comparer à sa guise. Dès lors, la libre circulation des services peut engendrer la mise en compétition des lois des différents pays - plaisamment appelée « law shopping » ou « forum shopping »¹⁰⁶ : les Etats aux législations les plus concurrentielles se retrouvent, de fait, les plus attirants.

119. – Certains auteurs estiment que « le principe du contrôle du pays d'origine semble être un atout capital pour les prestataires des services de la société de l'information »¹⁰⁷. Néanmoins, cette liberté de choix de l'Etat d'établissement par l'entreprise doit s'articuler avec le droit protecteur du consommateur.

B. UNE APPLICATION TEMPÉRÉE

120. – Cette règle de l'application de la loi du pays d'origine ne semble cependant pas de portée absolue. L'article 17 de la loi LCNE en restreint l'application, notamment dans l'intérêt du consommateur qui ne peut être privé d'une certaine protection. Sans chercher à dresser une liste exhaustive des domaines exclus de ce principe, il convient de relever qu'en font partie les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs : la règle issue de la Convention de Rome édicte le principe suivant lequel le droit applicable à un contrat conclu par un consommateur ne peut faire obstacle à sa protection, ce qui conduit à ce que soit retenu le droit de l'Etat du *domicile du consommateur* et non celui de l'Etat d'établissement du commerçant électronique. De la même façon, en matière de propriété intellectuelle, si le droit applicable est fréquemment celui *de l'Etat dans*

¹⁰⁶ DUFOUR Olivia, « Gare au law shopping », *Petites affiches*, 19/11/2003, n°231, p 3.

¹⁰⁷ STROWEL Alain, IDE Nicolas, VERHOESTRAETE Florence, « La directive du 8 juin 2000 sur le Commerce Electronique : un cadre juridique pour l'internet », *op.cit.*

lequel l'infraction a été commise, il est parfois difficile de déterminer le lieu d'une infraction sur Internet.

121. – La règle du pays d'origine en matière d'application de sa loi est donc largement tempérée dans certaines situations : la liberté du choix de l'Etat d'établissement est bien réelle mais l'application de cette loi de l'Etat choisi est plus nuancée, ce qui peut être considéré comme n'assurant pas complètement la sécurité juridique de l'entreprise.

122. – Assurer le libre accès au commerce électronique engendre une concurrence favorable à l'innovation, dans l'intérêt de l'entreprise comme dans celui du consommateur. Cette liberté d'accès et d'exercice ne contribue à son développement qu'à l'unique condition qu'elle soit *toujours* conjuguée à l'intérêt du consommateur et *jamais* à son détriment, ce qui nous conduit à évoquer la liberté non absolue du commerce électronique : la liberté, ce fil conducteur agissant comme un guide, est partout encadrée, sans que sa substance ne soit jamais remise en cause.

SECTION 2 – UNE LIBERTÉ NON ABSOLUE

123. – La conception des libertés économiques peut diverger d'un Etat à un autre, fluctuer d'une période à une autre. Le Conseil constitutionnel rappelle que la liberté d'entreprendre n'est « ni générale, ni absolue »¹⁰⁸ et « qu'elle s'exerce dans le cadre de la réglementation instituée par la loi »¹⁰⁹, mais il affirme aussi qu'elle ne doit pas être atteinte de façon excessive et disproportionnée¹¹⁰. Sa limitation est forcément issue de la loi.

124. – En matière de commerce électronique la loi LCEN encadre la liberté d'entreprendre, en dessine les contours, autant par l'exclusion expresse de certains domaines d'activité (§1) que par la justification de restrictions dans l'intérêt des mineurs, de la santé publique ou des consommateurs (§2). L'exclusion de certains domaines du champ du e-commerce s'impose à tous les commerçants établis ou non sur le territoire national et la législation française spécifique à certains produits doit être respectée par tous.

§1 : L'EXCLUSION SPÉCIFIQUE DE CERTAINES ACTIVITÉS

125. – L'article 1er de la directive 2000, repris par l'article 16 de la loi LCEN, exclut expressément trois types d'activités auxquelles ne sera pas appliqué le principe de non autorisation au préalable :

- Les activités de jeux d'argent, y compris les paris et les loteries, avec des enjeux en valeurs monétaires,
- les activités exercées par les notaires ou autres officiers publics,
- et les activités de représentation et d'assistance en justice¹¹¹.

126. – Ces exclusions, qui se justifient par une absence de garantie de libre prestation des services dans ces trois domaines, au regard du traité et du droit communautaire, relèvent d'une volonté de protéger le consommateur.

¹⁰⁸ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », 15 déc.2017, *Revue de droit du travail*, Dalloz, 2007, p.19-25, hal-01665273.

¹⁰⁹ Cons. Const., décision n°85-202 DC, 16 janvier 1991, rec.14.

¹¹⁰ Cons. Const., décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, rec.49.

V. comm. de la décision dans Les cahiers du Conseil Constitutionnel, n°12.

¹¹¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, art. 1 er.

127. – En matière de jeu de hasard en ligne, les Etats membres peuvent restreindre ou limiter l'offre dans l'intérêt général¹¹². Certaines, fréquemment proposées sur le net¹¹³ et d'abord considérées comme illégales, ont été légalisées sous condition d'agrément. La loi du 12 mai 2010¹¹⁴ reconnaît ainsi une interdiction générale des jeux de hasard pour les mineurs, mais elle autorise expressément les paris sportifs, hippiques et le poker en ligne. Cette exception légale au principe d'interdiction des jeux d'argent¹¹⁵ est strictement encadrée par la loi : avant de proposer de telles activités en ligne, l'organisateur doit posséder une autorisation accordée par l'Autorité de Régulation des jeux en ligne (ARJEL) et mettre en place un dispositif spécifique concernant l'addiction au jeu¹¹⁶. Quant aux activités de loterie ou de casino en ligne, elles restent toujours interdites.

128. – Cet exemple des jeux de hasard en ligne, d'abord totalement interdits, puis acceptés pour certains d'entre eux (tout en étant soumis à autorisation préalable), nous semble éclairant pour marquer le caractère évolutif de la notion de liberté d'entreprendre en matière de commerce électronique : le législateur recherche un *équilibre* entre la protection du professionnel et celle du consommateur, entre les intérêts de l'un et de l'autre. Ainsi les jeux du hasard, supposés dangereux pour un public fragile¹¹⁷, sont-ils purement et simplement interdits, sauf s'ils sont soumis à une autorisation préalable, laquelle semble témoigner d'un risque minoré par des dispositions adaptées : le consommateur est alors considéré comme protégé, au moins dans une certaine mesure, tandis que, parallèlement, l'activité commerciale reste encouragée, dans certaines limites, le tout apportant un équilibre supposé satisfaisant. Il est permis de s'interroger sur cet équilibre en considérant le développement conséquent des jeux en ligne¹¹⁸, néfastes aux mineurs : quoique certains sites mettent en place des limites de temps de connexion ou de fréquences des visites, et bien que l'article 5 alinéa 2 de la loi du 12 mai 2010 impose aux organisateurs de jeux d'argent et de hasard de faire obstacle à la participation de mineurs à leur activité, nous pouvons nous poser la question de l'efficacité de la règle de droit sur internet. La protection du mineur sur

¹¹² V. par ex. CJUE, 8 juill. 2010, C-447/08 et 448/08, Sjöberg et Gerdin, *Dalloz actualité*, 31 août 2010, obs. C. Demunck.

¹¹³ Ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, 12 mai 2010, « *Ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, rapport d'évaluation du gouvernement - Loi n°2010-476 du 12 mai 2010, nov. 2011* », disponible sur le site www.ladocumentationfrancaise.fr

¹¹⁴ Loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régularisation du secteur des jeux d'argent et du hasard en ligne.

¹¹⁵ ARJEL, 4 nov. 2015, Rapport d'activité pour 2014-2015, consulté sur <http://www.arjel.fr/IMG/pdf/rapport-activite-2014.pdf>

¹¹⁶ MAURIN Louis, « Internet : les jeux d'argent autorisés », *Alternatives économiques*, n°291-05/2010.

¹¹⁷ V. POIROT-MAZERES Isabelle, « Les mineurs et l'addiction aux jeux d'argent et de hasard », *Droit Santé et Société*, 2016/1, n°1, p.3 à 11, disponible sur https://www.cairn.info/revue-droit-sante-et-societe-2016-1-page63.htm?try_download=1

¹¹⁸ V. ARJEL, Rapport d'activités 2013, consulté sur <http://www.arjel.fr/IMG/pdf/rapport-activite-2013.pdf>

internet relève du défi, les moyens techniques n'étant pas d'un grand secours quand une simple déclaration de majorité est réclamée, d'une efficacité douteuse...

129. – La liberté d'entreprendre fait également l'objet d'un encadrement en matière de vente de produits estimés dangereux pour la santé du consommateur. La protection de la santé étant un impératif d'utilité publique, le droit essaie de concilier cet intérêt du consommateur avec la liberté d'entreprendre. Face au constat de l'extrême facilité, à toute heure du jour et de la nuit, de l'acquisition en ligne de produits considérés comme dangereux, dont l'usage excessif deviendrait néfaste pour le consommateur, le droit choisit soit d'interdire purement et simplement la vente en ligne de ces substances, soit de l'encadrer précisément. Même s'il est difficile d'appréhender toujours pleinement les raisonnements conduisant à ces interdictions partielles ou totales, nul ne peut nier la volonté du droit de conjuguer liberté et intérêt du consommateur.

§2 : CONCILIATION DE LA VENTE DE CERTAINS PRODUITS DANGEREUX AVEC LA SANTÉ DU CONSOMMATEUR

130. – Afin d'éviter que certains produits réputés dangereux pour la santé publique n'inondent le marché, au détriment de l'intérêt du consommateur, leur vente en ligne ne peut être débridée, ni partiellement, ni totalement, même au nom de la liberté du commerce électronique. La vente en ligne de certains produits nécessite une protection comparable à celle que réclame leur vente traditionnelle, à laquelle s'ajoutent, parfois, des règles liées à la dangerosité potentielle du commerce numérique.

131. – Confronté à l'évidence d'une montée du tabagisme, de l'alcoolisme et du risque de mésusage des médicaments, le législateur est contraint d'intervenir tandis que, face à son engagement en faveur de la santé publique, des groupes de pression et des industriels puissants ne ménagent pas leurs efforts pour que deviennent libres certains marchés réglementés, dans l'intérêt de leurs entreprises. Au nom de la prévention en matière de santé publique, les ventes en ligne de tabac, d'alcool et de médicaments font l'objet d'une législation spécifique, dans l'intérêt du consommateur - et parfois de l'Etat... La vente, ou la restriction de la vente, sur internet de ces trois produits emblématiques montre comment le droit concilie liberté d'entreprendre et intérêt du consommateur. L'article 18 de la loi LCEN autorise les restrictions, au cas par cas, du libre exercice du commerce électronique lorsqu'il est porté atteinte ou qu'il risque d'être porté atteinte à la protection des mineurs, de la santé publique ou des consommateurs. La réglementation de chacune de ces substances

dangereuses pour la santé du consommateur est régie par des textes spécifiques de droit national, relatifs au produit, ce qu'autorise en effet l'article 36 du Traité de Rome qui donne toute liberté aux Etats membres du choix du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes.

132. – Si le commerce physique du tabac est autorisé, quoique circonscrit à des lieux spécifiques, sa vente en ligne est interdite sans exception, tout comme son achat (A). La vente de l'alcool sur internet est autorisée, au prix d'un encadrement certain, dont on peut discuter de la pertinence pratique (B). Quant à la vente de médicaments en ligne, elle n'est autorisée que pour certains d'entre eux (C).

A. L'INTERDICTION DE LA VENTE ET DE L'ACHAT EN LIGNE DES PRODUITS DU TABAC

133. – L'intervention la plus radicale du législateur est celle relative aux produits du tabac, puisque sont interdits aussi bien leur vente en ligne que leur acquisition en ligne. La liberté d'entreprendre le commerce électronique dans ce domaine est anéantie.

1. Bref historique

134. – Depuis Jean Nicot, qui avait fait parvenir en France quelques plants de tabac dans l'espoir de soigner différents maux, la perception de cette plante a évolué. De la loi Veil¹¹⁹ à la loi Evin¹²⁰, l'Etat a choisi de mener campagne contre l'excès de consommation de tabac, l'herbe à Nicot étant reconnue responsable de nombreux cancers et autres pathologies, cardiovasculaires notamment : les statistiques rendent compte de 6 millions de décès dus au tabagisme dans le monde, dont 73 000 en France chaque année. Selon l'OMS, l'urgence s'impose d'inverser la progression des chiffres, ce que les Etats devraient prendre en compte, mais les intérêts clairement divergents des puissantes sociétés manufacturières du tabac se heurtent à la protection de la santé publique, que le code de la santé publique, dans sa partie « lutte contre le tabagisme », défend pourtant contre la pression constante des intérêts commerciaux des sociétés de tabac.

¹¹⁹ Loi n°76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme, dite loi Veil.

¹²⁰ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi Evin.

135. – Pour atteindre l'objectif de diminution de la consommation de tabac, première cause de mortalité française, véritable drogue¹²¹, et compte tenu de la volonté du Ministre des affaires Sociales de faire baisser le nombre de fumeurs de 10 % sur 5 ans, un rapport public annuel 2016¹²² de la Cour des Comptes recommande l'augmentation du prix du tabac dans ce but de santé publique. L'entrée en service du paquet neutre, d'abord préconisée par cette même Cour avant sa mise en œuvre en mai 2016, concourt au même objectif de réduction de la consommation, lequel ne saurait s'accommoder d'une vente libre.

136. – Si l'on excepte la période révolutionnaire, pendant laquelle sa vente fut libre, le commerce du tabac a toujours fait l'objet d'un monopole de l'Etat, au prix d'un encadrement précis, lui-même justifié par une explication tant fiscale que de santé publique : le commerçant, dénommé débitant de tabac, exerce sa profession comme préposé de l'administration des douanes et droits indirects¹²³, ce qui assure le contrôle de la fiscalité perçue sur le produit ; par ailleurs, au nom de la préservation de la santé publique, le nombre de points de vente est restreint, afin de ne pas inciter à la consommation. Les règles d'exploitation d'un débit de tabac figurent dans un décret du 28 juin 2010¹²⁴ et l'organisation de la vente du tabac est régie par le Code général des impôts. Même si le commerçant est libre d'organiser son fonds de commerce, il n'en reste pas moins dépendant de l'Administration pour toutes les autorisations nécessaires au cours de son activité professionnelle (ouverture, vente à des revendeurs...).

137. – La faculté pour la France d'élaborer une réglementation particulière en matière de vente de tabac a été reconnue par la Commission des Communautés Européennes : les Etats membres ont la faculté de réglementer la vente au détail des tabacs manufacturés nationaux et importés, cette réglementation devant être basée sur des critères objectifs et non discriminatoires.

138. – Ainsi, compte tenu de la dangerosité et de la spécificité de la distribution des produits du tabac, exclusivement prévue par le contrat de gérance conclu entre le débitant et l'administration, le législateur a interdit, d'une part, la vente en ligne du tabac et, d'autre

¹²¹ GODEAU Eric, « Comment le tabac est devenue une drogue ? La société française et le tabac de 1950 à nos jours », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 2009/2, n°102, p.105-115, disponible sur cairn.info.

¹²² Cour des Comptes, févr. 2016, *Rapport public annuel 2016 : tome II : la lutte contre le tabagisme : une politique à consolider*, consulté sur www.ccomptes.fr/@Courdescomptes

¹²³ CGI, art. 568.

¹²⁴ Décret n°2010-720 du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés.

part, son achat en ligne, ce qui conduit, évènement rarissime, le consommateur à commettre lui-même une infraction s'il acquiert ainsi ces produits du tabac.

2. Le droit interdit la vente et l'achat en ligne des produits du tabac.

139. – La Directive européenne du 3 avril 2014¹²⁵ prévoit que les États membres peuvent interdire la vente en ligne de produits du tabac : ils restent souverains quant à leur position sur l'autorisation ou non de leur vente en ligne. Les détaillants qui procèdent à la vente à distance transfrontalière de produits du tabac ne peuvent fournir ces produits aux consommateurs dans les États membres où cette forme de vente a été interdite.

140. – L'article 568 ter du Code Général des Impôts, qui prohibe la vente en ligne du tabac, a connu quelques évolutions sensibles : une loi du 30 décembre 2009¹²⁶ a interdit la commercialisation à distance de produits du tabac manufacturé en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer, puis une loi de finance rectificative du 29 décembre 2014¹²⁷ est venue renforcer la protection du consommateur en étendant cette interdiction à l'achat de tabac sur internet¹²⁸. Le législateur français a ainsi clairement pris la position de supprimer la liberté du commerce électronique - pour ces produits - afin de tenir compte des intérêts du consommateur, et plus particulièrement de sa santé.

141. – A l'appui de cette interdiction l'Etat a pourvu son administration des douanes des moyens de faire appliquer ces textes pour vérifier les colis provenant d'un autre Etat, colis postaux ou acheminés par les entreprises de fret express. Le tabac retrouvé dans ces colis est présumé avoir fait l'objet d'une opération interdite de vente sur internet, sauf preuve contraire. Selon le Monde¹²⁹, les douanes ont vu leurs saisies croître considérablement : en 2007 ont été saisies 8 tonnes de cigarettes contre 21 en 2008. L'administration des douanes, dans son rapport 2014, déclare avoir saisi 422,7 tonnes de cigarettes dont 4,2 % (soit plus de 17 tonnes) concernant le trafic via internet. Ces chiffres peuvent être interprétés de plusieurs façons : soit le service des douanes est de plus en plus efficace, soit la « contrebande de

¹²⁵ Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes.

¹²⁶ Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificatives pour 2009.

¹²⁷ Loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificatives pour 2014.

¹²⁸ CGI. Art. 568 ter, modifié par la loi du 29 décembre 2014 : « *La vente à distance de produits du tabac manufacturé, y compris lorsque l'acquéreur est situé à l'étranger, est interdite en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer. L'acquisition, l'introduction en provenance d'un autre Etat membre de l'Union Européenne ou l'importation en provenance de pays tiers de produits du tabac manufacturé dans le cadre d'une vente à distance sont également interdites en France métropolitaine et dans les départements d'outre-mer* ».

¹²⁹ « La vente en ligne : le gouvernement a mal interprété la directive européenne », consulté sur lemonde.fr du 14 oct.2009.

tabac » est de plus en plus répandue, éventuellement facilitée par la vente par voie électronique.

142. – Malgré les sanctions¹³⁰ mises en place en cas de violation de l'article 568 ter du Code général des impôts, le commerce illégal de produits du tabac sur internet perdure : si les sites français de vente sont fermés dès la connaissance de leur existence, les consommateurs achètent ces produits illégaux sur des sites étrangers, évidemment dépourvus de toute habilitation légale à vendre sur le territoire national... En 2004, le site e-tabac.com avait été fermé par les services douaniers pour vente illicite de tabac. La veille internet, la cyber-douane créée en 2009, démantèle fréquemment des ventes sur la toile : en octobre 2015 du tabac était expédié illégalement, via un site belge, à des particuliers français¹³¹ et Pascal Montredon, le président de la confédération des buuralistes, indiquait, dans un courriel à l'AFP, qu'il s'agissait - « enfin » - de la première mise en application de l'interdiction d'acheter du tabac en ligne « alors que le commerce illégal de tabac ne fait que se développer sur les sites de vente en ligne et les réseaux sociaux, comme peuvent le constater quotidiennement les douaniers dans les centres de tri postaux ».

143. – Si l'administration des douanes joue un rôle considérable par ses veilles des sites illégaux, qu'elle fait fermer en urgence, le constat s'impose néanmoins de l'augmentation de la vente illégale de tabac sur le net du fait de l'insuffisance des moyens qui lui sont attribués, et qu'il est peu probable de voir augmenter par temps de politique budgétaire serrée. Par ailleurs il faut regretter que deux amendements à la loi « pour une République numérique » aient été rejetés par le Sénat lors des débats du 30 avril 2016 proposant, face à la montée de l'achat illégal du tabac en ligne, la prise de deux mesures sans doute utiles : le rapport d'information sur le rôle des douanes en matière de commerce en ligne présenté le 23 octobre 2013, établi au nom de la Commission des finances¹³², préconisait d'une part que le Fournisseur d'accès à internet (FAI) indique au consommateur que l'achat de tabac sur le net est illégal et, d'autre part, que les banques s'engagent à refuser les paiements sur des sites de e-commerce proposant du tabac en infraction avec la loi. Les difficultés techniques de mise en place de tels systèmes ont justifié ces rejets.

¹³⁰ Les acheteurs contrevenants s'exposent comme les vendeurs à des amendes administratives, une peine d'un an de prison voire cinq ans en cas de bande organisée, outre les confiscations des produits saisis.

¹³¹ www.lemondedutabac.com

¹³² DE MONTGOLFIER Albéric et DALLIER Philippe, *Les douanes face au commerce en ligne : une fraude fiscale importante et ignorée*, Rapport d'information au nom de la Commission des finances, n°93 (2013-2014) du 23 octobre 2013, consulté sur http://www.senat.fr/rap/r-13-093_mono.html

144. – En conclusion, le droit interdit le commerce électronique de tout produit du tabac, aussi bien sa *vente* - qu'elle soit le fait d'un débitant, d'un tiers non agréé ou de *pure players* - que son *achat*. La liberté du commerce électronique est sur ce point bannie, dans l'intérêt du consommateur.

3. Le cas spécifique de la cigarette électronique et des e-liquides

145. – Une interrogation a porté sur le fait de savoir si une cigarette électronique, et le e-liquide servant à son fonctionnement, pouvaient être répertoriés parmi les produits du tabac, donc assimilés à ces produits dangereux interdits à la vente et à l'acquisition en ligne.

146. – La position de l'Etat français sur ce sujet a d'abord été floue. Certains pays européens - l'Autriche notamment - ont assimilé ces produits à des médicaments, la Belgique à du tabac, tandis que d'autres, notamment la France, ne se prononçaient pas. L'OMS, dans un communiqué du 9 juillet 2013, considère que tant que les cigarettes électroniques n'auront pas été considérées comme efficaces, sans danger et d'une qualité acceptable par un organisme national, il est conseillé aux consommateurs de ne pas les utiliser.

147. – La Cour de cassation a clarifié en 2014 la situation en affirmant nettement que les produits de vapotage ne sont pas des produits du tabac. Un arrêt de sa chambre criminelle¹³³ a différencié la cigarette traditionnelle de l'e-cigarette par le fait que, l'une émet de la fumée et l'autre de la vapeur. La consommation de la cigarette électronique ne peut donc, selon la Cour, être interdite dans les lieux publics, à la différence de la cigarette de tabac traditionnel.

148. – Différentes définitions relatives au tabac et produits du tabac ont été données par la Directive du 3 avril 2014¹³⁴ relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001¹³⁵. Le considérant 48 de ladite directive indique qu'est laissée aux États membres la liberté de fixer la limite d'âge pour la consommation des cigarettes électroniques. La présentation de ces produits et la publicité faite à leur sujet ne devraient

¹³³ Crim, 26 nov. 2014, n° 14-81.888, *Gaz. Pal.*, janv. 2014, n°16, p.6, note PRIEUR Stéphane ; *Gaz. Pal.*, 24 fév.2015, n°55, p.39, note DETRAZ Stéphane.

¹³⁴ Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes.

¹³⁵ Directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente de produits du tabac.

pas promouvoir la consommation de tabac ni prêter à confusion avec des produits du tabac. Les États membres sont libres de légiférer en la matière dans les limites de leur propre juridiction et sont encouragés à le faire. Il est clairement affirmé que la cigarette électronique n'est pas un produit du tabac, la directive la définissant comme « un produit, ou composant de ce produit, utilisable avec un embout buccal pour la consommation de vapeur contenant de la nicotine ».

149. – L'ordonnance du 19 mai 2016¹³⁶ a transposé dans le droit national la Directive européenne et a permis de clarifier partiellement le sujet en incorporant dans le code de la santé publique un nouveau chapitre intitulé « produits du vapotage ». La nouvelle ordonnance semble prendre position en faveur de la santé du consommateur, tant que l'absence de danger des produits de vapotage n'est pas clairement démontrée : elle interdit de faire de la publicité ou de la propagande pour les produits de vapotage - comme pour les produits du tabac -, elle interdit également le vapotage dans les lieux scolaires, dans les moyens de transports collectifs fermés, et sur les lieux de travail fermés. Cette nouvelle législation conditionne la vente des produits de vapotage à 18 ans, avec obligation pour le vendeur de demander au consommateur la preuve de sa majorité. Or la vente en ligne étant autorisée en la matière, la preuve de la majorité ne se matérialise le plus souvent que par une déclaration assurée d'un simple clic, dans la mesure où aucun autre moyen technique ne sait rendre, à ce jour, vérifiable cette déclaration de majorité, ce qui ne garantit en rien la protection du mineur sans la moindre vérification d'un quelconque document d'état civil.

150. – Cette réglementation n'assure pas pleinement la protection de la santé du consommateur, dans la mesure où la vente des produits du vapotage est librement autorisée sur internet - alors qu'elle est interdite aux mineurs - dans des conditions invérifiables : ses auteurs n'ont, selon nous, pas pris une position limpide sur la dangerosité du produit, ce qui autorise à s'interroger sur la question de l'efficacité de ce droit qui hésite à en tempérer la vente et devrait imposer de clarifier définitivement la nature juridique de l'e cigarette, ce que n'a pas permis le texte de 2016.

151. – L'alcoolisme reste, au XXI^{ème} siècle, un autre fléau de l'époque, notamment chez les plus jeunes¹³⁷. Aussi, au nom de la prévention de la santé publique, le droit doit-il

¹³⁶ Ordonnance n°2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes.

¹³⁷ BERLIVET Luc, « Les démographes et l'alcoolisme. Du fléau social au risque de santé », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2007/3, n°95, p.93-113, disponible sur cairn.info.

assurer une stabilité, voire une baisse, de cette consommation inquiétante d'alcool, dans l'intérêt de celui qui serait son consommateur, à défaut d'interdire sa vente en ligne.

B. L'ENCADREMENT DE LA VENTE EN LIGNE DES VINS ET DES BOISSONS ALCOOLISÉES

152. – Parallèlement à la lutte contre le tabagisme, des campagnes anti-alcoolisme sont régulièrement mises en place par des politiques nationales ou européennes et la restriction de la vente d'alcool vise strictement le même objectif : protéger la santé du consommateur, dans son intérêt. Si la protection de la santé nécessite de réguler la consommation d'alcool¹³⁸, le droit choisit d'encadrer sa vente sur internet, mais non pas de l'interdire.

153. – En France la vente d'alcool est règlementée suivant le titrage d'alcool des boissons. Les vins et les boissons alcoolisées suivent des règles de commercialisation et de publicité contraignantes. La vente à emporter est soumise à diverses autorisations : le vendeur doit être titulaire d'une petite licence ou d'une licence à emporter permettant de vendre tout type de vins et d'alcools¹³⁹ et il lui faut déclarer son activité auprès des services des douanes dont il dépend. Il est enfin interdit de transporter de l'alcool sans un laissez-passer officiel.

154. – La réglementation européenne est régie par la directive du 16 décembre 2008¹⁴⁰ relative au régime général d'accise. Au niveau national, la loi BACHELOT du 21 juillet 2009¹⁴¹ est venue clarifier et préciser certains points. Concernant la question de la licéité d'un site marchand de boissons alcoolisées, au vu, notamment, de l'interdiction de vendre de l'alcool au moyen de distributeurs automatiques, cette loi a prévu expressément le cas de la vente en ligne, permettant que puisse être vendu de l'alcool par le biais d'un site

¹³⁸ La moitié des vins produits viennent du marché intérieur de l'Europe, ce qui représente un quart de la production mondiale. Cette activité agricole et commerciale est un enjeu européen, mais l'Union Européenne est le lieu où l'on boit le plus. L'alcool représente 9 milliards d'euros dans la balance commerciale de l'UE. Ces chiffres expliquent l'ambiguïté des politiques qui doivent nécessairement considérer d'un côté l'enjeu majeur de la protection de la santé publique mais de l'autre l'enjeu financier en matière de perception des impôts liés à l'alcool, l'enjeu économique pour tous les acteurs de la filière, voire les enjeux électoraux dans les régions productrices.

¹³⁹ CSP, art. L 3321-1.

¹⁴⁰ Directive n° 2008/118/CE du Conseil du 16 décembre 2008 relative au régime général d'accise.

¹⁴¹ Loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite loi Bachelot.

à condition de détenir une licence de vente à emporter. La loi assimile clairement la vente à distance à une vente à emporter¹⁴² .

155. – La délivrance de cette licence est conditionnée au suivi par le vendeur d'une formation relative à la prévention et la lutte contre l'alcoolisme, à la protection des mineurs, à la répression de l'ivresse publique, à la législation des stupéfiants, à l'issue de laquelle lui sera donné un permis d'exploitation valable 10 ans. Cette sensibilisation du commerçant à l'alcoolisme et au décryptage, même sommaire, des comportements alcooliques, ne manque probablement pas de sens pour un débitant de boissons « traditionnel », installé dans un établissement physique, mais quel intérêt peut-on espérer en attendre dans le cadre de la vente en ligne ? En quoi, sur internet, le commerçant peut-il être du moindre secours pour aider le consommateur alcoolisé et comment pourrait-il, sans la voir de ses yeux, s'interdire de vendre de l'alcool à une personne déjà alcoolisée ?

156. – Il est imposé au site marchand vendant de l'alcool de contenir certaines mentions spécifiques afin d'attirer l'attention du consommateur sur ses dangers. Elles sont certainement lues avec avidité par les clients pressés d'acquérir le produit... Par ailleurs, la vente d'alcool étant interdite aux mineurs¹⁴³ (- de 18 ans), cette règle s'applique naturellement sur internet, mais dans des conditions d'efficacité bien plus douteuses que lors d'un réel passage en caisse. En effet, au nom de cette protection des mineurs sur le net, la loi prévoit un système de contrôle, laissé à la discrétion du vendeur : le site doit prévoir une déclaration de majorité de chaque client, soit qu'il renseigne sa date de naissance au moment de l'achat soit qu'il déclare sur l'honneur avoir plus de 18 ans, le site devant impérativement indiquer que toute vente est interdite aux mineurs. Ce procédé de déclaration nous laisse aussi perplexe que précédemment et nous avons du mal à considérer en quoi il protège les mineurs.

157. – La liberté du commerçant en ligne est enfin encadrée par son obligation de respecter toutes les législations fiscales et de santé publique afférentes à l'alcool, mises en place par les Etats dans lesquels ses produits peuvent être achetés et livrés - les Etats Unis interdisant, par exemple, la vente d'alcool à toute personne n'ayant pas 21 ans.

158. – En résumé, nous pouvons nous poser la question de l'efficacité, que nous jugeons douteuse, de cet encadrement de la liberté de la vente d'alcool en ligne au nom de

¹⁴² Loi Bachelot, art 94.

¹⁴³ CSP, art. L 3342-1.

la protection de la santé publique. Suggérer que l'efficacité douteuse de cet encadrement a l'avantage d'assurer, par des voies détournées, la liberté du commerce des acteurs économiques du marché de l'alcool, sur la base de motifs moins juridiques ou de santé publique que politiques ou électoraux, serait-il faire preuve d'un cynisme exagéré ?...

C. L'ENCADREMENT DE LA VENTE EN LIGNE DES MÉDICAMENTS

159. – Parce que le médicament n'est pas reconnu comme un produit de consommation ordinaire, mais comme un outil au service de la santé publique, le droit apporte à sa vente, au moins depuis la déclaration royale du 25 avril 1777 une attention constante¹⁴⁴.

160. – La nature particulière du médicament a toujours conduit le législateur à considérer que la liberté de son commerce devait être conjuguée à l'intérêt de son consommateur, cette double exigence étant réglée par la mise en place d'un monopole de délivrance, seul jugé à même d'assurer l'objectif supérieur de santé publique. Il convient de s'interroger sur le fait de savoir dans quelles conditions le droit assure, quand elle est possible, une vente en ligne du médicament, favorable à la liberté du commerce électronique et à l'intérêt du cyber consommateur. Concernant le commerce en ligne du médicament, le droit, au nom du même objectif de santé publique, ne remet pas en cause le monopole de délivrance du médicament par le pharmacien à son consommateur, mais encadre sa vente dans des conditions restrictives.

161. – Le droit, qui restreint la vente en ligne du médicament, assure-t-il une protection efficace de la santé du consommateur, dans son intérêt ?

162. – Afin de prendre conscience de la spécificité du médicament par rapport à d'autres produits de grande consommation, il convient de se rapporter à la définition qu'en donne l'article L 5111-1 du code de la santé publique : « toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic

¹⁴⁴ DOSSUET Jean Claude, *Histoire des Médicaments de l'origine à nos jours*, Payot, Paris, 1985, p.184 et s., ISBN 2-228-13720-0.
V. aussi PERINO Luc, *Une brève histoire du médicament*, J.C. Béhar éditions, 2009, 144 p., ISBN-13 978-2915543292.

médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique ».

163. – En raison de cette spécificité, et des risques liés aux dangers d'une mauvaise utilisation par son consommateur, sa délivrance est réservée par l'Etat au pharmacien¹⁴⁵, inscrit à l'ordre professionnel dont il dépend¹⁴⁶ et qui, à titre libéral, ne peut délivrer les médicaments qu'au sein d'une officine unique, l'article L 5125-1 du Code de la Santé Publique désignant une officine comme un établissement affecté notamment à la dispensation au détail des médicaments, produits et objets mentionnés à l'article L 4211-1 du CSP.

164. – Le code de la santé publique n'évoque jamais la vente, mais la dispensation du médicament : le législateur n'a pas voulu réduire l'exercice de la pharmacie à celui d'un commerce ordinaire, il a pris en considération la particularité de cette profession - dédiée à un produit particulier - qui ne se borne pas à celle d'un commerçant, l'article R 4235-48 du CSP indiquant qu'il a notamment un devoir de conseil approprié et qu'il participe au soutien apporté au patient. Il peut, il doit, dans l'intérêt de la santé du patient, refuser de dispenser un médicament¹⁴⁷. Même ceux des médicaments nouvellement dits en « accès direct¹⁴⁸ » dans l'officine doivent se situer à proximité immédiate des postes de dispensation des autres médicaments, de façon à permettre au professionnel un contrôle effectif et un conseil approprié. Le dossier pharmaceutique, enfin, créé pour chaque patient qui l'accepte, permet une traçabilité des médicaments délivrés au sein de l'ensemble des officines, au profit de leurs malades. Le produit lui-même - sa fabrication, comme sa distribution aux professionnels par des distributeurs, pharmaciens eux-mêmes - suit un cheminement scrupuleusement contrôlé, du fabricant jusqu'à l'officine, par des processus d'encodage informatique assurant la traçabilité complète.

165. – Dans ces conditions, que le droit exige au nom de la sécurité d'utilisation du médicament, sa vente en ligne garantirait-elle une sécurité équivalente au consommateur et la liberté restreinte du commerçant serait-elle conjuguée à l'intérêt du consommateur ?

166. – Le droit cherche à concilier la liberté de commerce en ligne avec la préservation de la santé du consommateur en restreignant la vente en ligne à certains

¹⁴⁵ CSP, art. 4211-1 et L 5311-1.

¹⁴⁶ CSP, art. L 4221-1.

¹⁴⁷ CSP, art. R 4235-61.

¹⁴⁸ Décret n°2008-641 du 30 juin 2008 relatif aux médicaments disponibles en accès direct dans les officines de pharmacie.

médicaments seulement - les moins dangereux, ne nécessitant pas de prescription - et en ne l'autorisant que par le seul biais d'une officine physique, non virtuelle, interdisant la vente à tout va.

1. L'historique de la réglementation de la vente en ligne du médicament

167. – La législation française a longtemps interdit la vente de médicaments sur internet dans un but protecteur du consommateur¹⁴⁹. La Directive du 8 juin 2011¹⁵⁰, modifiant la Directive 2001/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, introduit dans le droit communautaire l'autorisation de la vente en ligne des médicaments non soumis à prescription, en laissant aux Etats membres la liberté d'organiser leur système de santé, selon le principe de subsidiarité. Ce texte fait suite à la jurisprudence européenne DocMorris¹⁵¹ qui établit que les Etats membres ne peuvent interdire la vente en ligne de médicaments non prescrits.

168. – Dans la législation française, plusieurs textes et plusieurs étapes ont été nécessaires pour autoriser *la vente en ligne de médicaments non prescrits* : l'ordonnance du 19 décembre 2012¹⁵² et son décret d'application¹⁵³ sont venus modifier les articles L 5125-33 et suivants et R 5125-70 et suivants du Code de la santé publique en donnant la possibilité aux pharmaciens de vendre en ligne les médicaments sans prescription médicale en « accès direct »¹⁵⁴, et eux seuls. Le Conseil d'Etat suspend ce principe le 14 février 2013¹⁵⁵ et ouvre la voie de la vente en ligne de tous les médicaments non prescrits. Par ailleurs, un arrêté ministériel du 28 juin 2016¹⁵⁶, remplaçant celui du 20 juin 2013 déclaré nul pour motifs techniques par le Conseil d'Etat en date du 16 mars 2015¹⁵⁷, énonce les bonnes pratiques à respecter pour la vente en ligne des médicaments.

¹⁴⁹ ROUSSET Guillaume, « Vente sur internet de médicaments : des questions et beaucoup de craintes », *Petites affiches*, 16 juillet 2013, n°141, p.6.

¹⁵⁰ Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE.

¹⁵¹ CJUE, 11 déc. 2003, aff.C-322/01, *CCE*, 2004, comm.61, note DECOCQ G.

¹⁵² Ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments.

¹⁵³ Décret n° 2012-1562 du 31 décembre 2012 relatif au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet.

¹⁵⁴ L'accès direct peut être défini comme la possibilité offerte au consommateur de saisir physiquement un certain nombre de médicaments, précisément déterminés, jusque-là inaccessibles car « protégés » par le « comptoir » du pharmacien.

¹⁵⁵ C.E. ord.réf., décision n°365459 du 14 fév.2013.

V. comm. DOUVILLE Thibault, *JCP E*, 28 fév.2013, n°9.

¹⁵⁶ Arrêté ministériel du 28 nov. 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières à l'article L5121-5 du code de la santé public. V. pour application pratique le site de l'ordre national des pharmaciens.

¹⁵⁷ CE, décision n° 370072 du 16 mars 2015.

169. – La querelle de la hiérarchie des normes est pour l'heure apaisée par une loi du 24 février 2014¹⁵⁸ qui autorise la vente en ligne des médicaments sans prescription médicale conformément à la directive retranscrite, les médicaments nécessitant une ordonnance restant délivrés exclusivement au sein des officines.

170. – Le droit ne permet de vendre en ligne qu'un nombre restreint de médicaments, parfaitement définis. Il impose, par ailleurs, à cette vente des modalités rigoureuses, dont on peut considérer qu'elles réduisent la liberté du commerce du professionnel.

2. Une vente en ligne par un site sous contraintes rigoureuses

171. – La protection maximale des consommateurs passe, dans leur intérêt, par la création d'un site marchand de vente en ligne de médicaments non prescrits tenu de respecter certaines obligations, afin que ce consommateur consomme sans mésusage, ni trop, ni mal.

172. – Un site de vente en ligne doit être attaché à une officine « physique », garante de la santé du consommateur : du fait du caractère du produit, potentiellement dangereux pour le consommateur, des mesures de sécurité doivent être respectées par le site marchand¹⁵⁹, qui ne peut être ouvert que par un pharmacien, qui doit être le site de l'officine physique elle-même, ce qui interdit ainsi l'activité à tout pure player, cette obligation respectant le monopole de la dispensation du médicament dans l'intérêt du consommateur. Le Tribunal de Grande Instance de Paris¹⁶⁰ a condamné le site « 1001pharmacies.com », exploité par une société Enova sans titulaire de diplôme de docteur en pharmacie, à cesser toute vente de médicaments sur son site. Dans ce sens encore, une plateforme jouant le rôle d'intermédiaire entre le pharmacien et son client, est déclarée illicite au motif de l'interdiction de sous-traiter la vente en ligne de médicaments¹⁶¹.

173. – Avant toute ouverture du site certaines démarches sont à entreprendre par le professionnel : le site doit être autorisé par l'Agence Régionale de Santé (ARS) dont dépend l'officine et une information à l'Ordre professionnel doit être communiquée. Le site peut être à tout moment contrôlé, voire suspendu par l'ARS, à l'instar de toute pharmacie

¹⁵⁸ Loi n°2014-201 du 24 février 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'union européenne dans le domaine de la santé.

¹⁵⁹ <http://www.ordredespharmaciens.fr/Le-patient/Vente-de-medicaments-sur-internet>

¹⁶⁰ TGI Paris, réf., 8 août 2014, n° 14/55552, CNOP c/ Enova santé, *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 12 octobre 2014, p. 42, note DE ROMANET Joséphine.

¹⁶¹ T.com. Nanterre, 5^e ch., 31 mai 2016.

physique, ce contrôle étant le gage de la sécurité du consommateur. Compte tenu de l'importance du nombre de faux médicaments circulant sur le net (l'OMS en estime à 50 % la part sur la toile), l'Ordre national des pharmaciens et le Ministère de la santé publient une liste des sites autorisés, le consommateur ayant ainsi connaissance des sites légaux par le lien hypertexte vers les sites de l'Ordre national des pharmaciens et du Ministère de la santé devant figurer sur le site officinal. Enfin, pour permettre au patient d'être assuré de naviguer sur un site légal de pharmacie, un logo commun à tous les Etats membres est repérable depuis le 1^{er} juillet 2015, constitué d'une croix verte et du drapeau du pays membre, devant figurer sur toutes les pages.

174. – Le professionnel se voit contraint dans le choix du nom de domaine de son site marchand, qui ne peut être fantaisiste, ni tromper le patient sur son contenu¹⁶². Une même contrainte l'oblige à une présentation des produits en ligne selon une réglementation stricte : ils doivent être présentés de façon objective, claire et non trompeuse, cette obligation facilitant le parcours du consommateur afin d'éviter les sources d'erreurs. Les médicaments, classés par catégorie générale d'indication (fièvre, nausées, toux, etc.) puis par ordre alphabétique, doivent être présentés comme ils le seraient dans une officine. Les médicaments ne figurent pas sur le même onglet que les autres produits - de parapharmacie, par exemple - possiblement mis en vente, sans conditions particulières, sur le site : leur emplacement est distinct.

175. – L'aspect du site n'étant pas suffisant pour apporter toute la sécurité nécessaire au consommateur - cet aspect même pouvant être contrefait -, le pharmacien doit conserver, malgré ce mode de vente, son double rôle légal de conseil et d'information¹⁶³, garants de la santé publique, ce que ne permet pas pleinement l'encadrement juridique de la vente en ligne du médicament.

3. L'efficacité incertaine de l'encadrement de la vente en ligne.

176. – L'encadrement de la vente en ligne du médicament démontre tout son intérêt au service d'un des impératifs majeurs, tel que défini par la commission européenne, de la

¹⁶² Il est recommandé qu'il comprenne le nom du ou des pharmaciens responsables. Des mentions spécifiques sont indiquées à but de transparence, notamment la raison sociale, l'adresse de l'officine, les noms/prénoms des pharmaciens responsables du site, l'adresse du courrier électronique, le numéro de téléphone, la dénomination et l'adresse de l'hébergeur, le nom et adresse de l'ARS, les coordonnées de l'agence nationale de sécurité du médicament, le numéro d'identification TVA. Si l'officine est exploitée sous une forme sociale, devront être indiqués le numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés et le numéro SIRET.

¹⁶³ V. l'arrêté ministériel du 28 nov.2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation de médicaments, *op. cit.*

lutte contre la contrefaçon, ce qui ne peut que profiter au consommateur : l'opération PANGEA VIII, organisée par 115 pays dont la France, qui s'est déroulée du 9 au 16 juin 2015 a permis le retrait de 550 publicités illicites en ligne, la fermeture de 2 141 sites web et la saisie de plus de 20 millions de médicaments, illicites ou contrefaits, destinés à être vendus sur le net - plus du double de 2013 -, potentiellement dangereux¹⁶⁴, alors qu'il est à remarquer, symétriquement, qu'au 1^{er} janvier 2019, pas une boîte de médicament contrefait ou falsifié n'a été retrouvée dans le réseau pharmaceutique français, classique ou en ligne, parfaitement verrouillé à ce jour à la contrefaçon : si le droit tempère indiscutablement la liberté de vendre le médicament en ligne, la santé du consommateur y trouve, sur ce point, son compte et son intérêt.

177. – Le mode de vente en ligne nous semble pourtant mal adapté au médicament par la transposition difficile, dans le monde virtuel, de l'activité, telle que définie par le droit, d'un professionnel garant de la santé publique.

178. – Par voie électronique - comme dans son officine physique - le pharmacien a, certes, l'obligation d'informer le client sur la posologie, les effets indésirables et les précautions à prendre quant au bon usage de tel ou tel produit, au moyen d'un questionnaire dûment complété, avant toute prise de commande, validé par ses soins. Cependant, parce que toutes les informations fournies par l'internaute - ses traitements en cours, son âge, son poids, son sexe, ses antécédents allergiques, un état de grossesse éventuelle, un allaitement en cours - qui permettent au pharmacien d'approcher de façon moins irréaliste l'internaute, ne sont que purement déclaratives donc, sans sa présence physique, incontrôlables, elles ne permettent pas d'assurer, dans l'intérêt du consommateur, le rôle de conseil exigé du professionnel.

179. – Afin de remplacer le lien physique avec son patient, l'arrêté ministériel du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation contraint le pharmacien à mettre en place, avant toute commande et pour chaque compte, un espace dédié aux échanges interactifs avec le patient : aucune réponse automatisée n'est autorisée. Même si sont recensés les commandes passées, les échanges avec le professionnel et la mise à disposition des notices, ces obligations nous semblent peu conformes à la définition d'un conseil

¹⁶⁴ Douanes et droits indirects, « Opération PANGEA VIII contre la vente illicite de médicaments sur Internet », 18 juin 2015 consulté sur <http://www.contrefacon-riposte.info/la-contrefacon/4835-operation-wwwdouane.gouv.fr/articles/a12470-archives-2015-operation-pangea-viii-contre-la-vente-illicite-de-medicaments-ur-internet>

personnalisé, dans l'intérêt du patient. Face à l'obligation déontologique faite au professionnel de devoir refuser la délivrance d'un médicament dans l'intérêt du patient, comment évaluer cet intérêt sans le moindre contact « visuel », dans une relation purement électronique ? Enfin les bonnes pratiques de dispensation appliquées par le professionnel préconisent de limiter la quantité maximale d'achat d'un même produit - généralement celle nécessaire au traitement d'un épisode aigu - une quantité minimale ne pouvant être exigée. Mais sur le net, le contrôle du pharmacien ne peut s'exercer sur un consommateur qui achèterait le plus de produits possibles sur des sites différents, ce qui ne permet pas d'assurer, à son bénéfice, le suivi qui lui éviterait tout surdosage. Par ailleurs, le Conseil d'Etat par une décision du 26 mars 2018¹⁶⁵ est venu modifier l'article 7-6-1 du code de bonnes pratiques de dispensation des médicaments en supprimant l'obligation de préparer la commande au sein de l'officine de pharmacie, en l'autorisant dans un lieu de stockage à proximité immédiate de la dite officine. Cette décision pourrait être analysée comme un élément favorable à la vente en ligne en réduisant une contrainte imposée au professionnel. Cependant, un autre arrêt du Conseil d'Etat du même jour¹⁶⁶ a précisé ce qui doit être entendu par un tel lieu, à savoir un local dans lequel la présence effective du pharmacien est imposée, en même temps qu'à « son comptoir », obligation à laquelle ne satisferait pas un lieu de stockage éloigné - en l'espèce de quelques kilomètres - de son officine physique. Dans ces conditions, si du point de vue du professionnel les perspectives de la vente en ligne se trouvent obscurcies, les objectifs de santé publique au profit du consommateur sont atteints.

180. – Le professionnel voit ainsi sa liberté d'exercer le commerce, partiel, de médicaments sur internet, contrainte par des règles nombreuses, toutes mises en place dans l'intérêt du consommateur et au nom de la protection de la santé publique, pour un résultat que nous jugeons néanmoins incertain.

¹⁶⁵ CE, décision n° 407289 du 26 mars 2018, *D* 2018, 831, obs. DOUVILLE T.

¹⁶⁶ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

181. – Le droit assure la liberté d'accès et d'exercice du commerce électronique en appliquant le principe de non autorisation préalable aux services de la société de l'information, qu'ils se confondent avec le commerce électronique, ou qu'ils l'englobent. Cette liberté favorise la concurrence et l'innovation, procure un panel presque infini de produits et de services multiples, dans l'intérêt de chaque acteur de la relation commerciale.

182. – Dès lors que la liberté d'entreprendre sert davantage une partie que l'autre, le droit la tempère, ou même la contraint totalement - en interdisant, notamment, la vente de tabac. Sans encadrement, la liberté du commerce deviendrait un frein, et non plus le levier, du développement espéré car cette liberté sans borne serait surtout celle du plus fort au détriment du plus faible.

183. – Si le droit accorde au cybercommerçant la liberté de communiquer par voie électronique avec le consommateur dans le cyberspace, au sein duquel information et communication sont précisément deux pièces maîtresses, il ne le permet pas sans condition : les deux parties doivent y trouver à nouveau leur intérêt simultané et, si tel n'est pas le cas, le droit encadre alors la communication afin de ne pas mettre en danger le consommateur.

CHAPITRE 2

LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AVEC LE PUBLIC

184. – Dans la société actuelle, souvent dénommée société de l'information et de la communication, ces deux notions, étroitement liées, sont parfois confondues. Elles désignent une société « qui permet à tout individu de communiquer à tout instant avec autrui »¹⁶⁷. Le commerce électronique, né dans cette société, bénéficie autant de la technologie de la communication - qui permet de faire circuler l'information, d'adresser de la publicité ou des offres à des consommateurs potentiels - que des « nouvelles » technologies - qui rendent possible une sollicitation de plus en plus ciblée par la collecte de données à caractère personnel. Le commerçant et le consommateur y trouvent un intérêt théorique simultané, l'un proposant des offres, par le biais de son site ou de publicités, à des clients susceptibles d'être intéressés, et l'autre n'étant censé recevoir que des propositions adaptées à ses souhaits.

185. – Selon la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), la publicité est le « carburant » de l'économie numérique. En 2014, il était estimé qu'à l'horizon 2016 197,48 milliards de dollars devraient être investis dans la publicité online dans le monde, avec une croissance annuelle de 16%¹⁶⁸ : l'enjeu économique est aussi considérable pour les annonceurs que pour les commerçants en ligne.

186. – Quand le législateur assure la liberté de communiquer au public par voie électronique, ou en ligne, il rend possible la publicité sur internet sous des formes multiples qui conjuguent l'intérêt de l'entreprise et celui du consommateur. Cette association d'intérêts peut conduire l'un à développer son chiffre d'affaires tandis que l'autre se voit dispensé de certaines recherches sur des produits ou services qui lui sont proposés tout en bénéficiant des promotions qui lui seraient adressées. En cela la liberté de communication commerciale contribue à développer le commerce électronique dans l'intérêt des deux parties.

187. – Cependant, la sollicitation directe ou indirecte du consommateur est susceptible d'abus. Le risque existe, d'une part, d'accabler le consommateur de sollicitations

¹⁶⁷ CATALA Pierre, « Avant-projet de loi sur la communication, l'écriture et les transactions électroniques », in *2^{de} conférence des Juristes de la Méditerranée*, oct.2009.

¹⁶⁸ JDN du 4 avril 2014 consulté sur : [https:// www.journaldunet.com](https://www.journaldunet.com) article

et/ou d'atteintes à sa vie privée et, d'autre part, de l'influencer dans sa décision d'achat par un harcèlement publicitaire.

188. – C'est pourquoi, si le droit encourage la libre communication commerciale, reconnue comme source de développement de l'entreprise, c'est en la soumettant cependant à certaines conditions dans l'intérêt du consommateur (Section 1).

189. – Pour leur part, les nouvelles technologies de l'information et de la communication fournissent de nouveaux moyens pratiques aux entreprises de collecter encore plus d'informations sur les consommateurs, informations qui, une fois traitées, peuvent s'avérer très pertinentes dans un objectif de prospection commerciale ciblée, au service du développement du commerce électronique. L'économie des données est un enfant du e-commerce. Le consommateur y trouve sans doute un effet positif, mais à la condition que ses données soient utilisées et traitées sans porter atteinte à sa vie privée. C'est pourquoi le droit assure la libre circulation des données en l'encadrant (Section 2).

SECTION 1 – LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ENCADRÉE DE LA COMMUNICATION COMMERCIALE OU DE LA PUBLICITÉ

190. – La notion de publicité a évolué¹⁶⁹, au fil du temps et des moyens techniques qui la servent. C'est ainsi, par exemple, que l'ancien prospectus - aujourd'hui dénommé « flyer » dans l'espoir de prolonger sa modernité déclinante - longtemps distribué dans les boîtes aux lettres, est passé de mode, remplacé par son équivalent électronique, déversé en nombre dans les boîtes-mails.

191. – Dès avant l'avènement du commerce électronique, la directive 84/450 du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse donnait une définition de la publicité comme étant « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ».

192. – La directive relative au commerce électronique du 8 juin 2000¹⁷⁰ élargit la notion de « publicité », définie comme « toute forme de communication destinée à promouvoir directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale, ou exerçant une profession réglementée » à celle de la « *communication commerciale* », notamment relative à l'image de l'entreprise.

193. – Il aurait sans doute été plus judicieux d'évoquer la « communication publicitaire ». Le recoupement, le chevauchement de ces deux notions de « publicité » et de « communication », laisse augurer de la difficulté, pour le cyberconsommateur, de les différencier, de les identifier, et de se prémunir contre leurs débordements possibles. Sans nous attarder sur d'infinies querelles sémantiques il est possible d'exprimer que la communication englobe la publicité et la promotion d'articles ou de services, c'est-à-dire que la publicité est la partie d'un tout, dénommé communication. Dans le monde numérique,

¹⁶⁹ MARTIN Marc, *Trois siècles de publicité en France*, éd. Odile Jacob, 1992, 430 p., ISBN-13 978-2738101662.

¹⁷⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieure (« directive sur le commerce électronique »).

nous considérons que la publicité doit être considérée comme une activité d'émission d'information à sens unique de l'entreprise vers un consommateur, alors que la communication induit l'idée d'un échange d'information entre un émetteur et un récepteur, à double sens.

194. – La loi LCEN, texte fondateur du cadre juridique français du commerce électronique, ne définit pas la publicité, mais la communication au public, par voie électronique, et en ligne.

195. – Son article premier précise que la communication au public par *voie électronique* est libre. Cette loi, qui innove en donnant une définition de la communication au public par voie électronique comme étant celle qui s'entend de « toute mise à disposition du public ou de catégorie de publics, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée », n'intègre pas de notion d'échange entre l'émetteur et le récepteur de la communication, laquelle s'opère en quelque sorte à *sens unique*, sur le modèle de la publicité au service du commerce traditionnel, à la télévision par exemple. L'entreprise dispose à cet effet d'une réelle liberté de communication par des moyens multiples.

196. – La loi définit *la communication au public en ligne* comme « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». Cet échange réciproque d'information, consubstantiel à internet, permet de qualifier tous les sites ouverts au public, les blogs et les forums de discussion de moyens de communication au public¹⁷¹. C'est aussi cet échange, par son mécanisme à double sens, qui ouvre le risque pour le consommateur de se voir assailli de propositions commerciales ciblées. Là où le téléspectateur reçoit passivement chaque message qui lui est adressé, l'internaute peut fournir à l'émetteur de ce message des informations en retour, pour son profit ou à son détriment.

197. – Aussi, le droit ôte les obstacles éventuels à la libre communication de l'entreprise, qu'ils soient techniques ou liés à des règles contraignantes (§ 1), et il reconnaît

¹⁷¹ FOREST David, *E-reputation : le droit applicable à la réputation en ligne*, Droit en poche, Gualino Lextenso, 2014, p.7.

la légalité de diverses méthodes de communication au consommateur sous condition qu'elles s'exercent dans un cadre transparent (§ 2).

§1: L'ENCOURAGEMENT DU DROIT À LA LIBRE COMMUNICATION

198. – La libre communication au public est rendue techniquement possible grâce à la participation de certains acteurs, essentiels, les Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI)¹⁷² et les Hébergeurs¹⁷³. Si la loi LCEN les reconnaît comme vecteurs de la communication au public, elle choisit de les cantonner à ce rôle purement technique, sans aucun pouvoir de restriction ou de contrôle de l'information, afin d'en assurer la libre circulation (A).

199. – L'autre condition d'une libre communication passe par la suppression des contraintes administratives, et notamment déclaratives, pesant jusqu'alors sur l'entreprise au risque de freiner son développement (B).

A. L'ABSENCE DE POUVOIR DE CONTROLE DES F.A.I ET HÉBERGEURS, POUR UNE LIBRE CIRCULATION DE L'INFORMATION

200. – Les FAI et les hébergeurs assurent le « transport » et le « stockage » de l'information et de la communication au public. Les dispositions de la directive dite commerce électronique reprises par la loi LCEN cantonnent leur rôle à celui de prestataire technique sans aucune obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou qu'ils stockent. Dès lors que leur rôle n'est que passif, sans pouvoir de contrôle, la Cour de Justice européenne leur reconnaît la qualité, notamment, d'hébergeur. C'est ainsi que, dans l'affaire du programme de publicité de Google - Google AdWords -,

¹⁷² L'article 6-I-1 de la loi LCEN définit les Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI) comme les personnes dont l'activité consiste à offrir au public un accès en ligne à des services de communication. Le cybercommerçant communique nécessairement par le biais de son site marchand grâce à une connexion internet fournie par un FAI. Ce dernier ne peut être tenu responsable civilement ou pénalement des contenus éventuellement illicites figurant dans les communications au public, par exemple sur le site marchand, car il n'a aucune obligation générale de surveillance des informations qu'il transmet, ce régime d'irresponsabilité ayant été instauré pour faciliter la communication numérique en tant que fondement du commerce électronique.

¹⁷³ Les Hébergeurs, qui assurent au public la mise à disposition du stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages, bénéficient également d'une irresponsabilité pénale et civile. Leur responsabilité ne pourra être engagée que dans le cas où, ayant eu connaissance du caractère manifestement illicite du contenu des informations communiquées, ils n'ont pas agi promptement. Le Conseil Constitutionnel a précisé que par *contenu illicite* il faut entendre « manifestement illicite ». Ainsi n'est-il pas fait obligation aux Hébergeurs d'apprécier l'illicéité, mais ils ont le devoir de retirer, ou de rendre inaccessible, tout contenu pédophile, ou attisant la haine raciale, ou tout autre au sujet duquel aucune polémique ou aucune discussion ne peut être ouverte. L'atteinte au droit de la propriété intellectuelle d'un tiers par un site marchand n'est pas visée par cette obligation. L'Hébergeur n'est donc pas responsable de la violation des droits des tiers par des mentions figurant dans le site marchand.

ladite Cour a affirmé que « le rôle exercé par ledit prestataire est neutre, en ce que son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »¹⁷⁴. Quant à la Cour de Cassation, elle a opéré un revirement de jurisprudence dans trois arrêts du 17 février 2011¹⁷⁵ en qualifiant d'hébergeur le prestataire qui fournit un hébergement et effectue seulement des opérations techniques sur les contenus apportés en vue de leur diffusion, peu importe qu'il tire, ou non, des revenus des contenus édités. Elle consacre ainsi le critère de contrôle sur le contenu comme déterminant dans la qualification du fournisseur.

201. – C'est parce qu'ils ne sont censés jouer aucun rôle actif que la loi LCEN instaure à leur profit un nouveau régime de quasi irresponsabilité sur les contenus qu'ils diffusent en leur qualité de prestataires techniques¹⁷⁶. Cette règle a paru nécessaire afin de laisser circuler sans frein le plus grand nombre d'information. Au nom de la liberté d'expression, il est reconnu la liberté d'information, rendant possible l'existence même du site. Il est inconcevable que le prestataire technique ait un quelconque rôle de contrôle, de surveillance et, par conséquent, de limitation de la communication au public.

202. – A ce titre les FAI et les hébergeurs, prestataires techniques, contribuent à faciliter la libre circulation de la communication dans l'intérêt de l'entreprise de commerce en ligne et du consommateur.

203. – Néanmoins et paradoxalement, cette absence de rôle actif leur est aujourd'hui reprochée, en ce qu'elle ne permet pas la régulation de propos illicites ou haineux pouvant figurer sur certaines communications, notamment sur les réseaux sociaux. D'autre part, l'évolution de l'économie numérique a amené certains FAI - les plateformes de mise à disposition de musiques, vidéos, etc. - à profiter de leur position incontournable pour percevoir des revenus de publicités. Ces deux nouvelles problématiques suscitent de nombreuses questions sur une éventuelle redéfinition de leur rôle¹⁷⁷ : le législateur va sans

¹⁷⁴ CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, D. 2010, 885, Obs. MANARA C. ; *JCP E*, 1^{er} avril 2010, n°13-14, note SCHAFFNER Marianne, Linklaters LLP, Sautter Lorraine.

GRYNBAUM Luc, LEGOFFIC Caroline, MORLET-HAIDARA Lydia, *Droit des activités numériques* », 1^{ère} édition, Dalloz, coll. Précis, 2014, ISBN : 978-2-247-07607-9

¹⁷⁵Civ 1^{re} ch., 17 fév. 2011, n°09-67.96.

Civ.1^{re} ch., 17 fév. 2011, n° 09-13.202.

Civ. 1^{re} ch., 17 févr. 2011, n° 09-15.857.

V. comm. RICHARD Arnaud, MARQUETT, Hippolite disponible sur legalnews.fr

¹⁷⁶ Les hébergeurs et les FAI ne sont, ni pénalement ni civilement, responsables des contenus qu'ils hébergent. Ils ne le sont que si leur a été notifié, dans les formes, l'existence d'un contenu illicite sans qu'ils ne l'aient alors retiré promptement.

¹⁷⁷ BARRE Nicolas, ZUCKERBERG Mark, Nous avons besoins de règles, 12 mai 2019, *les Echos*.

doute devoir réaliser un choix entre la totale liberté de communication au public ou sa régulation, appuyée sur la reconnaissance du rôle actif de certains de ces prestataires techniques, ce qui reviendrait à poser la question du devenir de leur responsabilité « allégée », ayant jusqu'alors joué en faveur de la libre circulation de la communication.

204. – Afin de fluidifier la libre circulation de l'information certaines règles ont été supprimées.

B. LA COMMUNICATION ENCOURAGÉE PAR LA SUPPRESSION DE RÈGLES DÉCLARATIVES CONTRAIGNANTES

205. – Le site Internet, instrument majeur de communication commerciale de l'entreprise sur le net¹⁷⁸, nécessitait autrefois certaines déclarations contraignantes. Le droit, au gré de la montée en puissance de l'économie du numérique, élimine ces obligations déclaratives, donnant ainsi toute liberté à la création du site internet et assurant une libre dispensation d'informations ou de communications publicitaires.

206. – La loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite loi Léotard, avait rendu obligatoire la déclaration d'un site internet auprès du Procureur de la République. Cette contrainte a été supprimée par la loi n°2000-719 du 1er août 2000 relative à la liberté de communication au profit d'une plus grande liberté d'expression et de communication sur le net.

207. – Nous ne ferons qu'évoquer, à ce stade, l'existence de plusieurs étapes de déclarations préalables auprès de la CNIL, définitivement supprimées avec le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹⁷⁸ Rennes, 1^{re} ch., B, 31 mars 2000, *Légipresse*, n°172, juin 2000, III, p. 97.

La Cour d'appel précise qu' « un site internet est susceptible de constituer un support publicitaire : il permet la communication au public de textes et d'images, destinés éventuellement à présenter au public le consultant des marques des services et des marchandises et à inciter à la conclusion de contrats avec les consommateurs potentiels. [...] le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message commercial quelle qu'en soit la forme ».

208. – L'encouragement à la communication assuré par le droit permet à l'entreprise la mise en place de diverses méthodes de prospection, dans le but de développer ses ventes électroniques, tout en respectant une transparence totale envers le consommateur.

§2 : LA SOUMISSION DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AU PUBLIC AU RESPECT DE LA TRANSPARENCE

209. – Les nouvelles technologies permettent à l'entreprise de communiquer avec le consommateur par le recours à des méthodes diverses, souvent innovantes. La société de l'information ouvre des horizons multiples à l'entreprise en matière de communication commerciale. Le commerçant communique à la fois par le biais de son site mais aussi par une prospection directe ou indirecte.

210. – Si la publicité, la communication commerciale sur internet, obéissent aux règles de droit commun, la légalisation des nouvelles méthodes de communication par voie électronique lie le pouvoir de les utiliser au respect de la transparence envers le consommateur.

211. – Plusieurs techniques de communication, légalement reconnues, sont laissées au choix de l'entreprise, que nous pouvons classer en procédés de communication directe ou indirecte.

212. – L'entreprise peut opter pour l'envoi de courriers électroniques : cet envoi d'un message à un destinataire avec des coordonnées propres est la forme principale de *la prospection directe*. L'internaute recevra le message publicitaire dès l'ouverture de sa boîte électronique. Il prend notamment la forme d'un courriel, d'un SMS ou d'un MMS.

213. – Les nouvelles techniques reposent sur la mise en place de blogs publicitaires, de forums, de communications issues d'influenceurs¹⁷⁹ et de jeux, tous moyens devenus les exemples-type de la *prospection indirecte* qui se multiplie sur la toile. Dans les trois premiers cas, un internaute publie des messages pour le compte d'un annonceur (une entreprise) moyennant rémunération - en numéraire ou en produits - et il assure la promotion d'un produit ou d'un service. Ces nouveaux moyens de communication publicitaire, subtils, sont appréciés par les marques pour la proximité qu'ils créent avec leur cible et ils sont donc de plus en plus fréquemment utilisés. L'intérêt de l'usage de tels procédés par le commerçant

¹⁷⁹ Personnes ayant acquis une certaine notoriété sur la toile, faisant l'objet d'un suivi sur le net par de nombreux internautes qualifiés de « suiveurs », reconnues comme influentes dans ce qui s'achète ou non.

tient au nombre d'internautes auxquels il s'adresse : là où la publicité dans un magazine n'est - évidemment - lue que par ses acheteurs, et sans doute seulement par une fraction d'entre eux, celle sur un blog très visité dispose d'une forte visibilité, les « suiveurs » de blogs étant infiniment plus nombreux désormais que les lecteurs des rares revues qui affichent encore des tirages conséquents. A l'inverse, le risque pour le consommateur est de ne pas percevoir la réalité de cette notion commerciale, de ne pas l'identifier, ni au cours d'une discussion (forum) ni dans le cadre d'un blog, et de croire, à tort, désintéressée la communication ainsi reçue.

214. – Cette communication commerciale d'un nouveau type sur les réseaux encourage autant l'expression de l'entreprise - qui fait circuler son information commerciale - que celle du consommateur - qui n'hésite plus à donner son avis -, chaque acteur de la relation y trouvant ainsi un intérêt conjugué. De ce point de vue, la dimension digitale de la communication devient une réelle valeur pour le développement du commerce électronique, fondée sur la liberté.

215. – Néanmoins, le droit soumet la légalité de la communication directe ou indirecte à un respect de transparence envers le consommateur.

216. – Au-delà de la législation générale relative à la publicité, impliquant, notamment, qu'elle soit loyale, véridique et honnête - le code de la consommation¹⁸⁰ interdisant à toute publicité d'être trompeuse -, la communication commerciale digitale est régie par des règles spécifiques.

217. – Ces règles assurent la liberté de communication au sein du commerce électronique pourvu que les intérêts des deux parties s'y retrouvent. Cette liberté est conditionnée au respect de certaines obligations envers le consommateur : l'article 20 de la loi LCEN autorise ainsi la publicité en ligne sous quelque forme que ce soit, y compris la publicité indirecte sur le net, à condition qu'elle soit *clairement identifiable*, et l'article L 34-5 du code des postes et communications électroniques, modifié par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, autorise « la prospection directe par courrier électronique » avec *le consentement* de la personne.

218. – Ce sont ces deux règles qui contraignent l'entreprise à faire preuve de transparence dans sa communication commerciale : le consommateur doit pouvoir identifier

¹⁸⁰ C. consom., art. L 121-1.

clairement le caractère publicitaire de toute communication (A) et il doit donner son consentement quant à la réception de certaines communications (B).

A. L'OBLIGATION D'IDENTIFICATION DE LA FINALITÉ COMMERCIALE DE LA COMMUNICATION

219. – L'article 20 de la loi LCEN¹⁸¹ conjugue la liberté de communiquer commercialement à l'obligation faite à tout annonceur (entreprise) d'informer l'internaute du caractère publicitaire de cette communication. Cette démarche a pour objectif d'éviter tout type de message commercial déguisé, ou incompris, et de lever toute ambiguïté sur la teneur de la communication. L'internaute/consommateur doit pouvoir à la fois *identifier clairement une publicité* en tant que telle et *identifier la personne (le commerçant) pour laquelle elle a été réalisée*.

220. – Il est regrettable que le texte ne précise pas les modalités d'identification de la publicité par un consommateur moyen, laquelle peut se faire par tout moyen au choix de l'annonceur. Pour remédier à cette incertitude, des codes déontologiques, issus soit d'associations (l'association des agences de conseil en publicité - AACP), soit de l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), soit de syndicats professionnels, et des recommandations appuyées sur le code de la Chambre de Commerce International (CCI), ont permis d'apporter quelques précisions.

221. – L'Autorité de Régulation Professionnelle de la publicité (ARPP) a ainsi émis des recommandations¹⁸² - certes non contraignantes - en matière de communication publicitaire digitale et elle distingue deux cas de figures selon que le caractère publicitaire est manifeste ou que le message est ambigu. Dans le premier cas, aucune indication supplémentaire ne doit être apportée alors que, dans le second, il est recommandé d'ajouter *une mention spécifique, lisible, audible, et intelligible*, permettant d'identifier le caractère publicitaire du message. L'ARPP préconise aussi, en matière de publicité sur les réseaux sociaux¹⁸³, que les professionnels adjoignent une indication explicite mentionnant son

¹⁸¹ LCNE, art.20 : « Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée. L'alinéa précédent s'applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation. »

¹⁸² ARPP, *Recommandation « Internet V 3.0 »*, 20 décembre 2010, consulté sur :

<https://www.arpp.org/actualite/nouvelle-recommandation-arpp/amp/>

¹⁸³ Définis comme une communauté d'individus réunis autour de centres d'intérêt communs.

caractère commercial, de sorte qu'en aucun cas la publicité ne puisse engendrer une quelconque confusion avec un message émanant d'un utilisateur « ordinaire » du réseau social. Le risque de la publicité indirecte est que l'internaute prenne au pied de la lettre le message sans en distinguer la connotation commerciale, cette remarque valant pour les blogs sponsorisés, les forums publicitaires, les messages sur les réseaux sociaux ou les communications des influenceurs. Si la fonction du contributeur peut être indiquée, la signification de la désignation préconisée - « chef de produit » -, parfaitement claire pour les professionnels du marketing, n'est-elle pas très obscure aux yeux de profanes ? Pourquoi ne pas indiquer nommément qu'il s'agit là de « publicité » si l'objectif recherché par la mention de ces indications supplémentaires est l'identification du message publicitaire en toute transparence ? En pratique, cette identification reste manifestement incertaine : il faut reconnaître que, lorsqu'un internaute visite des blogs sur lesquels est assurée la promotion de produits ou de services, il lui est difficile de repérer leur caractère publicitaire et, selon nous, les obligations mise à la charge des annonceurs sur blogs et réseaux sociaux ne sont pas assez strictes en regard de leur objectif de concilier les intérêts des parties dans un cadre transparent.

222. – L'ARPP proscrit les mentions minuscules et illisibles, qui ne répondent pas à l'impératif de clarté, et recommande encore une vigilance toute particulière concernant les publicités destinées aux enfants et aux adolescents : c'est ainsi que, dans le cas d'une incitation à la dépense, l'intervention des parents doit être demandée. Or, le commerçant ne dispose pas des moyens techniques lui permettant de s'assurer de la présence d'un adulte : en ligne, toute vérification ne peut être que formelle, ce qui nous renvoie au constat inlassable d'un internet mal outillé pour attester de la majorité du consommateur.

223. – Un autre exemple de communication commerciale peut être envisagé. Si le commerçant choisit un référencement payant sur un moteur de recherche ou sur une plateforme, cette publicité indirecte, qui guidera le consommateur jusqu'au site marchand, peut altérer sa décision d'achat¹⁸⁴ par l'absence d'indication claire d'un référencement prioritaire liant, à l'insu dudit consommateur, le commerçant et l'intermédiaire.

224. – La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, transposant la directive n°2005-29 du 11 mai 2005 relative

¹⁸⁴ Com., 4 décembre 2012, n°11-27.729, Société Leguide.com c/ Sté Pewterpassion.com, *Dalloz actualités*, 13 déc.2012, MANARA C. ; *Propriété intellectuelle*, mars 2013, n°3, comm. LARRIEU Jacques ; *CCE*, fév. 2013, n°2, comm.14, LOISEAU Grégoire.

aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, définit la « pratique commerciale » comme englobant la publicité et la promotion commerciale¹⁸⁵, et permet ainsi de sanctionner une publicité dès lors que la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre (le commerçant) n'est pas clairement identifiable. Cette sanction¹⁸⁶ intervient au titre d'une pratique commerciale trompeuse¹⁸⁷, également commise quand le professionnel donne l'impression de ne pas agir à des fins commerciales ou quand il se présente faussement comme un consommateur¹⁸⁸. Les responsables de la pratique trompeuse - le commerçant et la régie publicitaire - se rendent coupables d'un délit instantané, formé dès la diffusion de la publicité litigieuse¹⁸⁹, indépendamment de son retrait.

225. – La jurisprudence en matière de publicité trompeuse est abondante. Au-delà de la constatation d'une identification claire de l'auteur de la publicité, les magistrats recherchent si le comportement économique du consommateur a été altéré¹⁹⁰. C'est au demandeur de démontrer que son jugement a été influencé, ce qui, dans les faits, est difficile à prouver, d'autant que le caractère trompeur de cette publicité (toute identification en étant impossible) s'apprécie par rapport à un consommateur moyen, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé : si le consommateur moyen peut déjouer ce qui est trompeur, l'infraction n'est pas relevée.

226. – Même si la loi prévoit une sanction, on observe en pratique, l'absence fréquente de toute mention indiquant la qualité commerciale de la communication.

227. – Le commerçant est donc libre de communiquer commercialement par voie électronique pourvu qu'il s'assure que son message publicitaire est bien compris comme tel par le consommateur. Dans le cas d'envoi de publicité par courrier électronique, afin de

¹⁸⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

Définition de la pratique commerciale « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit au consommateur ».

¹⁸⁶ Les actions trompeuses et les omissions trompeuses qui induisent le consommateur en erreur sont des délits sanctionnés sévèrement puisque une peine d'emprisonnement de 2 ans est encourue, ainsi qu'une amende de 300 000 € pouvant être portée à 10 % du chiffre d'affaires annuels des trois derniers exercices ou à 50 % des dépenses des publicités constituant le délit. Le tribunal peut, en cas de condamnation, ordonner l'affichage de la décision.

¹⁸⁷ C.consom., art. L121-2 3°.

¹⁸⁸ C. consom., art. L 121-5 21°.

¹⁸⁹ V. Les pratiques commerciales trompeuses sur : www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publication/Vie-Pratique

¹⁹⁰ Com., 29 sept. 2015, n°14-13.472, Sté Selexia.

s'opposer au risque d'invasion publicitaire, l'entreprise n'est autorisée à prospecter par ce biais que si le consommateur y consent en toute transparence.

B. L'ENVOI DE COURRIERS ÉLECTRONIQUES SOUMIS AU CONSENTEMENT PRÉALABLE DU CONSOMMATEUR

228. – L'article 1 de la loi LCEN définit le courrier électronique comme « tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».

229. – La même loi conditionne la validité de la prospection directe - sous forme d'un courrier électronique vers une adresse mail, ou d'un sms - donc la légalité de ce mode de communication, au consentement de celui qui réceptionne le message.

230. – L'article L 34-5 du code des postes et communications électroniques retranscrit cette contrainte : le consentement de l'internaute doit être recueilli au préalable, selon le principe dit « *opt-in* ». Le législateur français s'oriente ainsi dans le sens de l'intérêt du consommateur, en lui demandant son autorisation. Cette position nationale va à l'encontre du principe « *opt-out* » - fondé sur la formule « qui ne dit mot consent », plus favorable à l'entreprise - lequel considère le silence de l'internaute comme une forme d'acceptation, selon le modèle de la loi fédérale américaine.

231. – Ce consentement doit s'exprimer librement par un acte positif¹⁹¹, ce qui interdit donc à l'entreprise d'avoir recours à une case pré-cochée. En pratique, figurent sur les sites marchands des formules du type « J'accepte de recevoir des offres commerciales de... », accompagnées d'une case à cocher.

232. – Cette exigence de l'obtention du consentement, exigé pour l'envoi de courrier électronique ou de SMS, est levée¹⁹², par exception, dans le cas où les coordonnées du

¹⁹¹ CPCE, art. L 34-5 alinéa 2 : « Pour l'application du présent article, on entend par consentement toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées à fin de prospection directe ».

¹⁹² CPCE, art. L 34-5 alinéa 4 : « Toutefois, la prospection directe par courrier électronique est autorisée si les coordonnées du destinataire ont été recueillies auprès de lui, dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, si la prospection directe concerne des produits ou services analogues fournis par la même personne physique ou morale, et si le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées au moment où elles sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé au cas où il n'aurait pas refusé d'emblée une telle exploitation. »

destinataire ont été recueillies dans le respect du traitement des données personnelles. Le client pourra se voir alors relancé par le commerçant, mais uniquement pour une même base de produits ou de services. Il est donc facile de définir ce cadre dans lequel le client peut recevoir des publicités sur le net, alors que le prospect doit toujours donner son consentement au préalable¹⁹³.

233. – Si le consommateur peut se sentir l'objet d'un déferlement publicitaire au nom de la liberté de communication garantie à l'entreprise, c'est que, sur ce point, le droit n'arrive sans doute pas à conjuguer simultanément l'intérêt de l'entreprise au sien. Le double exemple des pop-up et des spams se révèle particulièrement éclairant en la matière :

234. – Le *pop-up* est une technique utilisée par les entreprises consistant à recourir à des fenêtres publicitaires qui s'ouvrent lors de la consultation d'un site web, fenêtres souvent perçues comme agaçantes par l'internaute qui ne les a pas sollicitées. Une interrogation porte sur leur légalité comme moyen de communication publicitaire.

235. – La réponse à une question écrite¹⁹⁴ posée au Secrétaire d'Etat chargé de la prospective et du développement de l'économie numérique en 2010 sur leur légalité a précisé¹⁹⁵ que la publicité est protégée par le principe de la liberté d'expression, en vertu de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés, et qu'il n'existe aucun recours contre la publicité intrusive et spontanée lors de la consultation d'un site qui la met en œuvre : elle n'est pas répréhensible pour son intrusion dans la vie privée, bien qu'elle puisse l'être, cependant, en matière de gestion des données personnelles.

236. – La législation sur les courriers électroniques n'est pas applicable aux pop-up dans la mesure où ceux-ci ne remplissent pas la totalité des critères donnés par la définition des premiers¹⁹⁶. En effet, techniquement, la fenêtre publicitaire apparaît, puis disparaît, sans

¹⁹³ L'intéressé, qui a donné son consentement, garde la possibilité à tout moment, et sans frais, de revenir sur cet accord et le commerçant a l'obligation de mettre à sa disposition une adresse ou un moyen électronique pour exercer son opposition.

¹⁹⁴ Question écrite n° 12371 de M. Gérard BAILLY, publiée dans le JO SENAT du 04/03/2010, p. 498 : « M. Gérard Bailly appelle l'attention de Mme la secrétaire d'Etat chargée de la prospective et du développement de l'économie numérique sur les conséquences négatives de la publicité sur Internet, en très forte expansion. Les utilisateurs d'Internet sont de plus en plus gênés par l'augmentation de ces messages dont on se demande parfois s'ils sont toujours bien légaux ... notamment les "pop-up" (fenêtres publicitaires qui surgissent de manière spontanée sur le web) ou les annonces animées, voir sonores, qui apparaissent en cours de consultation d'une page en occupant tout ou partie de l'écran. Il aimerait donc connaître précisément la législation qui régit la publicité sur Internet, les moyens mis en oeuvre pour la contrôler et les sanctions prises en cas de défaillance ou d'illégalité ».

¹⁹⁵ Réponse du Secrétaire d'Etat chargé de la prospective et du développement de l'économie numérique publiée dans le JO SENAT du 2 nov.2010, p. 3122.

¹⁹⁶ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, art. 2 h : « tout

être stockée par l'internaute¹⁹⁷. Selon la Commission Européenne¹⁹⁸, les messages qui disparaissent lorsque le destinataire n'est plus en ligne ne sont pas considérés comme des courriers électroniques : le régime opt-in ne leur est donc pas applicable et, pour cette raison aucune autorisation ne doit être demandée par l'entreprise pour leur envoi.

237. – Quant à l'utilisation du *spam*, comme moyen de communication par certaines entreprises, la loi LCNE du 21 juin 2004, dans son article 22¹⁹⁹ pose le principe de son illégalité.

238. – Le spam est défini par la Commission National de l'Informatique et des Libertés comme étant « un envoi massif, et parfois répété, de courriers électroniques non sollicités, le plus souvent à caractère commercial, à des personnes avec lesquelles l'expéditeur n'a jamais eu de contact et dont il a capté l'adresse électronique dans les espaces publics de l'Internet : forums de discussion, listes de diffusion, annuaires, sites web, etc. »²⁰⁰. Les spams représentent pour le consommateur une nuisance réelle et fréquente alors que, pour l'entreprise, ils sont peu coûteux et simples à mettre en place, tous avantages rendant séduisant leur usage. L'entreprise peut acheter facilement des fichiers d'adresses, utiliser des logiciels « mangeurs d'adresses mail » - qui repèrent chaque @ indiquant la présence d'une adresse électronique - ou d'autres encore, lesquels établissent toutes les combinaisons d'adresses possibles à partir d'un nom de domaine, à l'insu de l'intéressé.

239. – Une étude montre l'ampleur de ce procédé de spamming, « pollupostage », ou « pourriel » québécois : en 2007, la part du SPAM atteignait 80% du trafic mondial d'emails²⁰¹. Le spamming, considéré comme une pratique commerciale agressive, donc néfaste pour le consommateur, pose un double problème juridique : cette invasion non consentie de messages publicitaires répétés est en mesure d'altérer la liberté de choix du

message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ».

¹⁹⁷ CAHEN Murielle, Légalité des pop-up, consulté sur : http://murielle-cahen.com/publications/p_popup.asp

¹⁹⁸ Question 3392/02 by Astrid THORS du 28 nov. 2002, réponse by Mr LIIKANEN du 27 janv. 2003, Official Journal of European Union, C155 E/148 du 3 juillet 2003.

¹⁹⁹ « Sans préjudice des articles L. 33-4-1 du code des postes et télécommunications et L. 121-20-5 du code de la consommation tels qu'ils résultent des I et II du présent article, le consentement des personnes dont les coordonnées ont été recueillies avant la publication de la présente loi, dans les conditions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, à l'utilisation de celles-ci à fin de prospection directe peut être sollicité, par voie de courrier électronique, pendant les six mois suivant la publication de la présente loi. A l'expiration de ce délai, ces personnes sont présumées avoir refusé l'utilisation ultérieure de leurs coordonnées personnelles à fin de prospection directe si elles n'ont pas manifesté expressément leur consentement à celle-ci. »

²⁰⁰ CNIL, Rapport du 14 octobre 1999, *Le publipostage électronique et la protection des données personnelle*.

²⁰¹ Etude Pew Internet & American Life, octobre 2003, consulté sur : www.ddm.gouv.fr

consommateur et cette récupération d'adresses électroniques à l'insu de l'internaute porte atteinte à sa vie privée.

240. – Confronté à cette progression dont se plaignaient ses clients, un fournisseur d'accès à internet (FAI) a tenté de bloquer à la source, par le biais d'un filtre spécifique, les messages illégaux (spam) avant qu'ils n'arrivent dans leurs boîtes mails. Mais il a été jugé qu'il n'était pas dans ses attributions de « faire le ménage » dans les spams reçus par ses clients et qu'il avait, au contraire, l'obligation de neutralité de ses services²⁰². Sans définition juridique du spam, il est donc impossible pour un FAI de préjuger du caractère illégal d'un envoi publicitaire. En outre, le FAI ne dispose d'aucun moyen de savoir si son client a accepté préalablement l'envoi de publicité, s'il peut revenir sur sa décision, bref nul ne lui attribué le rôle de police des spams.

241. – Il semblerait que le volume des Spam dans les boîtes mail tende à diminuer grâce à la technologie utilisée à la fois par les fournisseurs d'accès mettant en place, gratuitement ou non, des antivirus de messagerie, et par les consommateurs se dotant d'anti-spam. Il convient aussi d'évoquer le site internet « Signal-spam » mis en place au service des professionnels et des particuliers qui analyse puis transfère aux différents acteurs de la lutte contre le spam leur signalement²⁰³.

242. – Produire des informations publicitaires à des destinataires seulement connus par leur adresse, postale ou électronique, a longtemps été la règle unique. Le recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication rend possible d'affiner la prospection en analysant la cible, considérée non plus comme une simple adresse, mais comme un véritable sujet fait de chair et d'os, puissamment décrit par les données qu'il communique à son sujet. Dès lors, collecter les données, puis se doter des moyens de les analyser, ouvre à l'entreprise de nouvelles opportunités quant à l'efficacité du ciblage de la communication, aussi bien dans son intérêt (patent) que dans celui (supposé) du consommateur. L'ampleur du recours à l'utilisation de la méthode dans le commerce électronique la rend incontournable.

²⁰² Paris, Pôle 1, 8^e ch., 10 mars 2017, n°16/03440, CCE, mai 2017, n°5, comm., LOISEAU Grégoire ; *Dalloz IP/IT*, 31 déc.2017, note NAFTALSKI, Fabrice.

²⁰³ Comment lutter contre les spams, 26 déc. 2018, disponible sur : <https://www.economie.gouv.fr/entreprises/comment-lutter-contre-spams>

243. – Cette collecte et cette analyse, tant qu'elles sont licites, font des données à caractère personnel le nouvel or noir du commerce électronique.

SECTION 2 – LA COMMUNICATION CIBLÉE DANS LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

244. – Le développement de la communication est consubstantiel du service de l'information, et particulièrement du commerce électronique : sans les nouvelles technologies d'information et de communication, les données qu'elles véhiculent n'auraient ni la même importance ni la même valeur. Dès lors qu'il est rendu possible techniquement de collecter des informations sur le consommateur, de son plein gré ou à son insu, la communication commerciale change de dimension et prend une toute autre ampleur.

245. – A quoi servirait-il de profiler un consommateur si l'entreprise ne pouvait communiquer avec lui en lui adressant une offre commerciale ? La communication, affinée par le traitement des données, est la condition du développement du commerce électronique et les données représentent, sans le moindre doute, la nouvelle matière première de ce siècle. Comme toute matière première, l'information (la donnée) est devenue un actif économique monnayable.

246. – Mais, paradoxe du monde numérique, alors que, partout, l'exploitation des matières premières ordinaires tarit la ressource en l'épuisant, grâce aux technologies de l'information et de la communication, le volume des données ne fait, lui, que croître inlassablement et sa production s'accélère. Aucune matière première ne dispose évidemment d'une valeur « en soi », elle ne vaut que pour l'usage qui lui sera reconnu. Les données ne dérogent pas à cette évidence, qui leur impose d'être utilisées à dessein. Collectées puis structurées, leur interprétation, par l'homme ou la machine, transforme leur nature brute. « Une information est une donnée interprétée. En d'autres termes, la mise en contexte d'une donnée crée de la valeur ajoutée pour constituer une information. La connaissance est une information comprise ²⁰⁴.»

247. – L'intérêt que l'entreprise trouve à cette nouvelle communication ciblée est manifeste et la libre circulation des données assoit le pouvoir de communication de l'entreprise. Quant au consommateur, il profite d'offres présélectionnées, censées d'autant mieux correspondre à ses goûts et/ou ses besoins, qu'il les a lui-même exprimés.

²⁰⁴ CHAUDET Bruno, Donnée, information, connaissance, consulté sur : <https://brunochaudet.wordpress.com>

248. – Néanmoins, cette liberté de communication au public se heurte à une autre, tout aussi fondamentale, celle du consommateur de bénéficier d'une vie privée²⁰⁵. Si, au nom de la première, il est toléré que les informations sur le consommateur soient récoltées, stockées et traitées par l'entreprise, le législateur tente de l'articuler avec celle du respect de la vie privée des titulaires des données. Le nouveau règlement relatif aux données à caractère personnel, dit RGPD²⁰⁶, rappelle dans son considérant 4 que « le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité ». La liberté de collecter et traiter des données ne peut donc être qu'encadrée²⁰⁷.

249. – Il convient d'observer que les législateurs successifs ont toujours pris grand soin d'afficher une corrélation entre la liberté de communication et le droit à la vie privée.

250. – Le droit positif actuel relatif aux traitements des données à caractère personnel est issu de nombreux textes. De la promulgation de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite loi Informatique et libertés, jusqu'à sa réécriture par l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018 pour mettre en application le Règlement 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, quarante années se sont écoulées, contemporaines d'une transformation technologique radicale.

251. – Le droit national a d'abord encadré, seul, le traitement des données personnelles, avant que cet encadrement ne devienne, au vu de l'ampleur du développement des nouvelles technologies de l'information et des communications, un enjeu européen. L'ambition de préserver la vie privée de l'individu a été le souci constant du législateur.

De la loi Informatique et libertés au RGPD

252. – La loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite loi Informatique et libertés, est intervenue dans un contexte qui permettait aux systèmes informatiques de constituer librement, au prix d'un simple recours à des techniques nouvelles, des fichiers d'ordre général, sur les individus en particulier. C'est un article du

²⁰⁵ FORSTER F., « Le big Data est-il le nouvel or noir des entreprises ? », *E.D.I.*, avril 2017, n°67.

²⁰⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

²⁰⁷ HAAS Gérard, *Guide juridique de l'e-commerce et de l'e-marketing*, coll. Eni, sept. 2015, 446 p., ISBN :978-2-7460-9755-1

journal « le Monde »²⁰⁸, publié le 21 mars 1974, dénonçant le projet d'interconnexion de fichiers administratifs, qui a pointé l'étendue d'un fichage rendu désormais possible par la technologie. Cette prise de conscience aboutit à la loi précitée et à la création de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL.

253. – La volonté du législateur est claire : concilier élaboration de fichiers et libertés, ce pluriel renvoyant autant à la liberté d'établir des fichiers qu'aux libertés individuelles. L'article premier de la loi dispose que « l'informatique doit être au service de chaque citoyen (...). Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». La loi inscrit l'informatique dans le cadre des droits de l'Homme, elle définit à la fois les données et leur traitement et elle pose de nombreux principes, encore en vigueur, en particulier celui du consentement de l'intéressé, auquel elle confère des droits sur ses données, quant à leur traitement.

254. – La loi dite Informatique et Libertés a été modifiée par la loi du 6 août 2004, transposant la directive 95/46/CE du parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données : le traitement automatisé a été encadré, de nouvelles règles sont édictées pour la déclaration des fichiers à la CNIL, le cadre juridique du traitement des données est harmonisé au niveau de l'Union et un groupe de travail, le G 29, est constitué.

255. – La divulgation d'affaires médiatisées, susceptibles de réduire à néant la confiance de l'internaute, imposa de retravailler cette directive de 1995, rendue obsolète par l'ampleur des procédés de traitement des données. L'affaire Snowden²⁰⁹, en particulier, scandalisa une partie de l'opinion mondiale lorsque fut établie la mise en place par la National Security Agency américaine d'un système secret de surveillance par la collecte massive de données, au nom de la sécurité nationale - prétexte détourné à des fins, notamment, économiques.

256. – Le législateur européen se devait d'intervenir, ce qu'il fit en remplaçant la Directive du 24 octobre 1995 - qui laissait subsister une insécurité juridique au niveau

²⁰⁸ *Le Monde*, 21 mars 1974, « Safari ou la chasse aux Français ».

²⁰⁹ GREENWALD Glenn, *No Place to Hide*, Metropolitan Books, Henry Holt and Compagny, LLC, 2014
Pour la traduction française *Nulle part où se cacher*, éd. Jean-Claude Lattès, 2014, ISBN : 978-2-7096-4641-3.

européen - par le Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit RGPD.

257. – Ce Règlement entré en vigueur le 25 mai 2018, crée davantage de cohérence et d'uniformisation entre Etats membres de l'Union Européenne. Il reprend les grands principes posés par la précédente directive du 24 octobre 1995 - liberté de collecter et de traiter les données en affirmant leur libre circulation au sein de l'Union - tout en modifiant profondément le système de protection afin que le droit conjugue l'intérêt des entreprises commerciales dans l'économie numérique à celui des personnes physiques, par le respect de l'individu, et plus particulièrement de sa vie privée.

258. – L'application directe du Règlement dans les Etats membres aurait pu conduire, en France, à l'abrogation de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Pourtant, l'Etat français a choisi non pas d'abroger ladite loi mais plutôt de la modifier, ou même de la réécrire, en l'adaptant au texte européen par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, le décret n°2018-687 du 1er août 2018 et l'Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018.

259. – Nous choisissons de faire principalement appel aux articles du RGPD pour appuyer nos réflexions. Il sera fait référence à l'Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 dans le cas des spécificités nationales.

La justification de l'encadrement des traitements des données à caractère personnel.

260. – Autoriser la libre collecte et le traitement des informations relatives à une personne humaine soulève des inquiétudes légitimes, auxquelles le législateur doit répondre en conjuguant l'une à l'autre deux libertés qui se confrontent : celle de l'entreprise - communiquer librement avec un client - et celle du consommateur - faire respecter sa vie privée. S'adresser au consommateur par les moyens sophistiqués que la nouvelle technologie produit avec aisance ne doit être possible que dans des conditions précisément définies et encadrées.

261. – Il convient de déterminer, en premier lieu, ce qu'exprime la notion de vie privée et les raisons pour lesquelles il convient de la protéger.

262. – En France, les libertés individuelles ont été affirmées dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), votée par l'Assemblée constituante du 20 au 26 août 1789, qui constitua une avancée majeure dans la reconnaissance des droits accordés à l'individu - propriété, liberté, sûreté, etc. Cette première génération de droits avait pour objectif la protection de l'individu contre les éventuelles dérives d'un Etat fort.

263. – A la suite du cortège d'horreurs de deux guerres mondiales, s'est élevée la volonté de conférer une consécration supérieure à certains droits et libertés fondamentaux, afin de réfréner la folie des hommes. Cette nouvelle génération de droits fondamentaux, née au XXème siècle, offre à l'Homme la possibilité d'exercer sa liberté - le droit à l'éducation, par exemple.

264. – Au fil des siècles, de nombreux Etats - particulièrement la France - ont tenu à protéger l'individu en lui accordant certains droits et libertés²¹⁰, lesquels ne sauraient naturellement être remis en question par les nouvelles technologies²¹¹, alors que certaines d'entre elles sont porteuses d'interrogations à ce sujet, par les pratiques qu'elles induisent ou qu'elles rendent possibles. Ainsi l'automatisation du traitement des données personnelles fait courir le risque d'un profilage de l'individu - aboutissant à une connaissance de plus en plus fine de sa singularité naturelle -, d'une intrusion dans son espace intime et privé, ou de la divulgation, voire de l'utilisation, des données ainsi acquises au profit d'ambitions commerciales, tous risques en rapport avec la violation de la vie privée de l'individu. Cette notion de vie privée bénéficie d'une protection conformément à l'article 4 de la DDHC. L'article 9 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Si le droit à la vie privée se raccroche aux droits de l'homme de « deuxième génération », il n'est défini par aucun texte national ou européen²¹², une jurisprudence abondante²¹³ ayant étayé les contours de cette notion large et non exhaustive: la capacité de vouloir, et de pouvoir, soustraire certaines informations aux yeux et commentaires des autres pourrait définir la vie privée, mais cette vision n'emporte pas le consensus, les limites et l'intérêt de la vie privée évoluant avec chaque époque et chaque culture - le droit à l'information étant ainsi souvent privilégié face au droit à la vie privée dans la société contemporaine. La confrontation

²¹⁰ V. *Liberté et droits fondamentaux*, collectif, sous la direction de CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE M.A, REVET Thierry, Dalloz -Sirey, 14 e éd., 2008, 860 p., ISBN-13 978-2247070932.

²¹¹ BLAY- GRABARCZYK Katarzyna, « Vie privée et nouvelles technologies », *RDLF*, 2011, chron. n°7, disponible sur www.revuedlf.com

²¹² CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, aff. Pretty c/ Royaume Uni.

²¹³ V. pour ex. CEDH, 7 fév. 2002, n°53176/99, Mikulic c/Croatie ; CEDH, 28 janv.2003, n°44647/98, Peck c/Royaume-Uni ; CEDH, 11 juill.2002, n°28967/95, C.Goodwin c/Royaume-Uni.

éventuelle de ces deux droits n'est certes pas récente mais l'avènement des nouvelles technologies et la diffusion quasi-instantanée de l'information rendent ce face-à-face plus inégal désormais.

265. – Le législateur européen reconnaît, certes, l'intérêt économique des données pour l'entreprise mais, cependant, il n'a pas renoncé à cette protection, inscrite dans l'Histoire, de la vie privée des citoyens. Ensemble ou séparément, l'utilisation de ces données, leur traitement automatisé et leur regroupement, sont soumis à un encadrement législatif, lequel impose des obligations à l'entreprise tout en lui reconnaissant la liberté d'utiliser une publicité ciblée.

266. – Affirmer la liberté de l'entreprise en matière de collecte et de traitement des données nécessite d'établir parallèlement les obligations éthiques pesant sur l'entreprise (§1). Le poids des nouvelles garanties mises à la charge de l'entreprise, en particulier la lourde responsabilité qui lui incombe quant à la sécurité des données, conduit à s'interroger sur l'existence de l'équilibre entre liberté de communication et droit à la vie privée du consommateur (§2).

§1: UNE ÉTHIQUE A RESPECTER DANS LA COMMUNICATION CIBLÉE

267. – Le législateur accorde à l'entreprise la liberté de *collecter* une masse importante d'informations concernant un individu - ses données à caractère personnel - (A) puis de les *transformer* - dans le but d'affiner son profil - dans le respect d'une éthique (B). Il assure ainsi la liberté de communication, qu'il conjugue avec le respect de l'individu. Cependant, une méthode spécifique de collecte des données - l'installation de cookies sur les terminaux des usagers de l'Internet - suscite quelques interrogations quant à l'existence de cet équilibre (C).

A. LA LIBERTÉ DE COLLECTER DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

268. – Sur l'Internet, les motifs de circulation d'un consommateur sont multiples. Il souhaite ouvrir des pages et les consulter sur des moteurs de recherche, il désire acheter en ligne, il préfère exposer sa vie personnelle aux yeux du monde entier sur les réseaux sociaux. Parfois il ne fait qu'y dissiper son ennui. Mais quelles que soient ses motivations

personnelles, sa « promenade » sur le réseau lui fait déposer, à chaque instant, les traces d'une matière première unique : des informations le concernant.

269. – Le droit accorde à l'entreprise l'accès à ces informations et lui donne la possibilité de les traiter dès lors qu'elle agit dans un cadre de transparence totale envers l'individu. Cette transparence se matérialise par l'application de certains principes que l'on peut assimiler à une éthique que l'entreprise doit respecter.

270. – Ce sont ces informations, qualifiés de données à caractère personnel, ou de données personnelles, qui doivent être, dans un premier temps, explicitées.

1. La notion de données à caractère personnel

271. – Il est d'usage de classer les données utilisées par le cybercommerçant en deux catégories : celles à caractère personnel - définies par le règlement européen du 27 avril 2017²¹⁴ comme « toutes informations se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » - et celles à caractère non personnel, anonymisées, définies par le règlement du 14 novembre 2018²¹⁵ comme « les données autres que les données à caractère personnel ». Nous nous intéressons plus particulièrement aux premières.

272. – Le nouveau Règlement dit RGPD²¹⁶ définit les données comme « toutes informations se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] ; est réputée une personne physique identifiable une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »²¹⁷.

273. – A cette lecture, les données sont donc des informations sur des personnes physiques : les personnes morales - sociétés, associations - en sont expressément exclues. Les données pouvant être collectées par l'entreprise sont nominatives directement - le nom, le prénom - ou indirectement - les identifiants, les numéros de téléphone ou de carte bancaire,

²¹⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2017 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

²¹⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, 14 nov. 2018.

²¹⁶ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2017 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, considérant 26.

²¹⁷ RGPD, art.4.

les adresses IP, les cartes de sécurité sociale, les images, les photographies, les voix, les empreintes digitales et toutes les informations relatives à la personne (sa personnalité, sa vie privée, sa famille, sa santé, son patrimoine, ses centres d'intérêt, etc.)²¹⁸.

274. – Une personne est identifiée quand son nom apparaît dans un fichier, et identifiable²¹⁹ dès lors que, dans un fichier, existent des informations permettant de la relier indirectement à son identification (adresse IP, N° d'immatriculation...). La pseudonymisation des données - leur codage - a certes rendu la personne non identifiable mais des compléments d'information pourraient les voir attribuées à une personne physique particulière.

275. – L'information relative à l'« adresse IP » a suscité une interrogation quant à savoir si elle constitue, ou non, une donnée à caractère personnel, soumise à la réglementation des données protégées, puisqu'elle ne relie qu'une série de chiffres à une machine - un ordinateur - et non à une personne physique. Selon la CNIL²²⁰ cette adresse est conforme à la définition donnée par la loi de 1978 puisqu'elle permet l'identification d'une personne physique. Néanmoins certaines décisions refusaient de l'assimiler à une donnée personnelle²²¹ en démontrant que la personne physique n'est pas naturellement identifiée par l'adresse IP mais seulement au prix d'une demande d'intervention - de la police ou de la gendarmerie auprès du fournisseur d'accès à internet -, laquelle permet d'obtenir l'identité de son utilisateur. Cette hésitation jurisprudentielle a pris fin, en France, par un arrêt de la Cour de Cassation²²² reconnaissant l'adresse IP comme une donnée personnelle indirectement, la CJUE, ayant pour sa part, tranché dans le même sens en 2011²²³. L'interrogation semble désormais sans objet, le nouveau règlement apportant une définition²²⁴ des données à caractère personnel dans laquelle l'adresse IP trouve sa place, renforçant ainsi la protection du consommateur lors de toute collecte et de tout traitement de cet élément.

²¹⁸ BANCK Aurélie, *RGPD : la protection des données à caractère personnel*, Issy-les-Moulineaux, Gualino Lextenso, 2018, Droit en poche, ISBN : 978-2-297-07061-4.

²¹⁹ Effectivité.

²²⁰ CNIL, délibération n°02-079 du 24 oct. 2002 portant dénonciation au parquet d'infraction à la loi du 6 janvier 1978.

²²¹ Paris, 13^e ch, section B, 27 avril 2007, Anthony G. c/SCPP.

²²² Civ, 1^{re} ch., 3 nov. 2016, n° 15-22-595.

²²³ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, pt 51.

²²⁴ RGPD, art. 4, définitions : données à caractère personnel : toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée ») ; est réputé être une personne identifiable une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, psychologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale.

276. – Le droit donne une définition particulièrement large de la notion de personne identifiable/identifiée, permettant ainsi à la jurisprudence de la considérer de façon extensive : les empreintes digitales sont ainsi des données personnelles²²⁵ au même titre que l'indication, dans un registre, du temps de travail de chaque salarié d'une entreprise²²⁶, à la différence des données anonymisées non visées par le RGPD.

277. – D'autres données personnelles font l'objet d'une vigilance particulière du législateur²²⁷. Dénommées données sensibles, ou à risque, il en a interdit, sauf exceptions, la collecte et le traitement ; elles concernent les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques, religieuses ou syndicales et toute information relative à la santé ou la vie sexuelle de l'individu²²⁸. Les données sensibles, étendues par le RGPD aux données génétiques et biométriques et à celles sur l'orientation sexuelle de l'intéressé, ne pourront en aucun cas être traitées dans le but d'une prospection commerciale ciblée.

2. La collecte des données dans le respect de principes

278. – Personnelles ou non, sensibles ou non, ces données massives ont façonné la société du « Big Data ». Selon certains professionnels, 40 à 50 % des budgets publicitaires sont consacrés à leur collecte, 10 à 15% à leur traitement. La collecte des données est une étape désormais cruciale pour l'entreprise : leur nombre croissant permettra de cibler plus finement les consommateurs, pour rendre plus profitable sa communication publicitaire.

279. – Tout traitement de données n'est pas couvert par la protection établie par le RGPD et la loi Informatique et libertés : l'usage privé ou domestique des données en exclut la mise en œuvre. C'est ainsi que, par exemple, le capteur biométrique de l'Iphone n'est pas assujéti à la loi - alors qu'il collecte l'empreinte de l'utilisateur, donnée sensible - au motif que son utilisation est strictement personnelle. Or les interrogations ne manquent pas dans la mesure où « le risque est toutefois moins à craindre de la part du fabricant du produit que de tierces personnes, dès lors qu'elles sont en mesure de neutraliser le système de sécurité et d'accéder aux données biométriques contenues dans la puce du smartphone »²²⁹. Tandis que cette innovation technologique permet à l'entreprise de disposer des empreintes de milliers (millions?) de consommateurs - au grand dam du Commissaire de la CNIL allemande

²²⁵ CJUE, 17 oct. 2013, aff.C-291/12, Mickael Schwarz c/Stadt Bochum.

²²⁶ CJUE, 30 mai 2013, aff. C-342/12, Worten-Equipamentos para o Lar c/Autoridade para as Condiçoes de Trabalho, *Europe*, juillet 2013, n°7, comm. DUPONT-LASSALLE Julie ; *JCP E*, 13 juin 2013, n°24.

²²⁷ RGPD, art.9.

²²⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite loi informatique et liberté, art 8.

²²⁹ DUCLERCQ J.B., « L'Iphone5S et les libertés fondamentales », *Revue générale du droit on line*, 2013, n°11257.

Johannes CASPAR²³⁰ - l'hypothèse d'une violation de la sécurité est certes envisageable. La loi nationale réécrite étend par ailleurs l'encadrement juridique du traitement aux activités « d'un établissement²³¹ d'un responsable ou d'un sous-traitant sur le territoire français, que le traitement ait lieu ou non en France²³² ». Enfin, les règles protectrices « s'appliquent dès lors que la personne concernée (dont les données sont collectées et traitées) réside en France, même si le responsable de traitement n'y est pas établi »²³³, ce qui devra conduire alors à rechercher si ce dernier offre un service ou un bien à un individu dans l'Union, ou si son activité porte sur un suivi de comportement dans ladite zone²³⁴.

280. – Au nom de la performance - préoccupation constante de l'entreprise - la tentation de collecter à tout va est grande. Néanmoins, l'article 1^{er} de la loi Informatique et libertés dispose qu' « elle (l'informatique) ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques ». Face à ce risque, le droit impose de respecter différents principes qui constituent une éthique et assurent une transparence totale quant à la collecte.

Le principe de limitation des finalités de la collecte

281. – Le Règlement de 2016 autorise une liberté de collecte, mais uniquement à des fins déterminées, explicites et légitimes. La loi Informatique et libertés exige des finalités déterminées, explicites et légitimes, strictement selon les mêmes termes.

282. – L'entreprise ne peut collecter des données que dans une perspective établie et ces données ne sauraient être réutilisées, ultérieurement, à d'autres fins²³⁵. S'il s'avère que la collecte de données est utilisée à plusieurs fins, chacune doit être toujours déterminée et

²³⁰ « L'utilisateur moyen d'un iPhone est incapable de vérifier, au niveau technique, ce qui se passe avec son empreinte lorsqu'elle est sur l'iPhone. Il ne peut pas dire avec certitude ou avec facilité à quels types de données privées les applications téléchargées sur l'iPhone ont accès(...). Les spécificités biométriques de votre corps, telles que vos empreintes digitales, ne peuvent pas être effacées ou supprimées (...) il faut donc éviter d'utiliser les technologies d'identification biométrique pour des utilisations quotidiennes non vitales, comme allumer son smartphone. C'est particulièrement vrai si une identité biométrique, telle que votre empreinte digitale, est conservée dans un fichier sur l'appareil électronique que vous utilisez ».

²³¹ Loi Informatique et libertés, art.3.

²³² V. dans ce sens une décision de la CJUE qui adoptait dès avant le RGPD une notion large de l'établissement stable visant toute activité même minime : CJUE, 1^{er} oct. 2015, aff. C-230/14, Weltimmo c/ NAIH.

²³³ *Ibidem*.

V. aussi CJUE, 5 juin 2018, aff. C : 2018/388.

Arrêt dans lequel la Cour reconnaît l'application du RGPD à un établissement d'un groupe établi en dehors de l'UE, alors même que cet établissement européen n'a qu'une mission - en définitive réduite - de vente d'espaces publicitaires.

²³⁴ V. CJUE, 13 mai 2014, aff.C-131/12, Google Spain SL et Google Agencia Espanola de Proteccion de Datos c/Mario Costeja Gonzalez.

²³⁵ Sauf à des fins statistiques, scientifiques, historiques, ou toutes exceptions visées par le texte.

V. CNIL, délibération 2015-040 du 12 févr. 2015.

V. pour ex. Paris, Pôle 6, 10^e ch, 30 janv. 2019, n°17/15108 ;

Un système de géolocalisation ne peut servir de preuve contre un salarié dès lors qu'une telle finalité n'avait pas été prévue et indiquée au préalable.

indiquée à l'intéressé. Cette obligation d'une finalité déterminée exclut par conséquent toute collecte à des fins préventives. Son caractère explicite impose qu'elle soit communiquée à l'intéressé. Sa légitimité, enfin, se mesure par rapport à l'activité de l'entreprise.

Le principe de minimisation de la nature des données

283. – Le droit contraint l'entreprise à ne recueillir que le minimum de données utiles, au regard de l'objectif poursuivi par le traitement. L'entreprise, conformément à l'article 4-3 de la loi national, ne doit collecter que des données adéquates, pertinentes et limitées, au nom d'un principe de proportionnalité. La CNIL est ainsi très réticente quant à la constitution de bases de données biométriques du type des empreintes digitales ; seule la collecte proportionnée à la finalité du traitement²³⁶ est admise.

Le principe d'exactitude des données

284. – L'entreprise a l'obligation de collecter des données exactes et de les tenir à jour, ce qui lui impose de ne pas conserver de fausses indications relatives à une personne. Les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexacts ou incomplètes, au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées, soient effacées ou rectifiées. L'objectif législatif consiste sans ambiguïté en une obligation de résultat : il s'agit d'atteindre un but déterminé et non, simplement, de déployer ses meilleurs efforts.

285. – Une société a ainsi reçu un avertissement de la CNIL²³⁷ suite à un dysfonctionnement intervenu sur son application informatique, laquelle n'attribuait pas les bonnes informations à la bonne personne. Attribuer par erreur à un abonné de nombreuses adresses IP à partir desquelles des faits délictuels auraient été commis, puis communiquer son identité à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet - Hadopi - et aux services de police, constitue un manquement à l'obligation de veiller à l'exactitude des données à caractère personnel de ses abonnés.

Le principe de limitation de la durée de la conservation des données

286. – La liberté de récolter des données n'est pas une liberté ad vitam aeternam. Pas plus que l'individu auquel elle se rapporte, la donnée ne peut être éternelle : elle ne bénéficie que d'un temps de vie et le cybercommerçant ne doit donc pas la conserver

²³⁶ V. dans ce sens CNIL, délibération n°2018-051 du 15 fév.2018.

Ainsi pour l'ouverture à distance d'un compte bancaire il est tout à fait proportionné de collecter les données relatives à l'identité du prospect, à son autoportrait et à des modèles biométriques calculés.

²³⁷ CNIL, délibération n°2016-053 du 1 er mars 2016 – sté NC NUMERICABLE.

indéfiniment²³⁸. Au nom de la protection de l'individu elle doit être détruite conformément aux règles édictées par le règlement. Cependant, si le client est certes informé du délai de conservation de la donnée, il ne lui est pas fait part de sa destruction.

287. – La même obligation d'éthique s'impose à l'entreprise en matière de traitement des données collectées.

B. LA LIBERTÉ DE TRAITER LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

288. – Le droit encadre uniquement la collecte des données qui font l'objet d'un traitement, défini comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou tout autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction »²³⁹. La loi nationale, pour sa part, s'applique aux traitements, automatisés (en tout ou partie) ou non, de données personnelles appelées à figurer dans un fichier²⁴⁰, lui-même défini comme un ensemble structuré de données accessibles, centralisé ou non, ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique²⁴¹.

289. – La définition du législateur européen et national, délibérément extensive, couvre toutes les opérations relatives aux données, qu'il s'agisse de la réalisation de fichiers d'adresses, de bases de contacts, automatisés ou non, de tout système d'enregistrement de conversations téléphoniques sur support numérique²⁴², etc.

290. – Le traitement n'est pas défini au vu du procédé utilisé. Selon certains auteurs «le fait déclencheur réside ainsi dans le fait que les données sont traitées d'une façon ou d'une autre, que ce traitement est automatisé ou, s'il ne l'est pas, que les données traitées

²³⁸ V. pour ex. CNIL, délibération n° SAN-2019-005 du 28 mai 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société SERGIC.

²³⁹ RGPD, art.4.

²⁴⁰ Loi Informatique et libertés, art.2.

²⁴¹ Un moteur de recherche ayant une activité de service de publicité procède à un traitement

V. dans ce sens CJUE, 13 mai 2014, aff.C-131/12, Google Spain SL et Google Agencia Espanola de Proteccion de Datos c/Mario Costeja Gonzalez.

²⁴² V. www.cil.cnrs.fr

manuellement figurent dans un fichier. C'est bien la facilité d'accès, d'extraction, d'utilisation ou de croisement de l'information à caractère personnel qui justifie que celle-ci est soumise à une législation particulière »²⁴³.

291. – En pratique, les données sont traitées informatiquement par des algorithmes, soit directement par le commerçant - à l'aide d'outils de type Google Analytic - soit par des sociétés extérieures à l'entreprise, spécialisées selon les attentes spécifiques de leurs clients. Selon la taille de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un micro-site ou d'un commerçant international²⁴⁴, l'enjeu de la conversion du prospect en client repose sur l'utilisation de moyens techniques plus ou moins sophistiqués : c'est bien le « toujours plus de collecte » de « toujours plus de données », traitées par « des moyens toujours plus performants »²⁴⁵, qui constitue le socle des nouveaux dangers auxquels est confronté le consommateur, tracé dans sa vie privée.

292. – Collectées, stockées, croisées, traitées, les données circulent et se ramifient en mycélium. Rien n'est moins virtuel que leur réalité commerciale, estimée en milliards de dollars, qu'ont anticipée, puis organisée, les poids lourds du secteur. Certains auteurs²⁴⁶ n'hésitent pas à parler de « ruée vers l'or » pour les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon) - d'ailleurs issues de l'Ouest américain... - et il se dit que Google en connaîtrait plus sur la France que l'INSEE²⁴⁷ !

293. – Aussi, comme leur collecte, le traitement des données doit faire l'objet d'une attention particulière de l'entreprise, dans une transparence totale envers la personne concernée.

²⁴³ DONNAT Francis, *Droit européen de l'Internet*, 1^{ère} éd., LGDJ, .2018, coll. Systèmes, p. 71, ISBN : 978-2-275-06118-4.

²⁴⁴ Le commerce en ligne, par nature sans frontière, est dominé par des mastodontes - GAFAM : Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft - bien identifiés par les consommateurs occidentaux, et par d'autres, issus de Chine en particulier - BATX : Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi - auxquels ne suffit pas le développement sur leur colossal marché intérieur, qui posent peu à peu leurs jalons dans le reste du monde.

²⁴⁵ CIGREF, réseau des Grandes Entreprises, octobre 2015, *Economie des données personnelles les enjeux d'un business éthique*.

²⁴⁶ VINCENT Claude, La ruée vers l'or des données personnelles, 7 mars 2013, *les Echos*, consulté sur : <https://www.lesechos.fr/2013/03/la-ruée-vers-lor-des-données-personnelles-336562>

²⁴⁷ GRUMBACH Stéphane, FRENOT Stéphane, Les données, puissance du futur, 7 janvier 2013, *Le Monde*.

1. Le principe de licéité, de loyauté et de transparence du traitement : l'obligation d'un fondement

294. – L'entreprise doit justifier le traitement des données selon les fondements prévus par le RGPD, dont l'article 7 détaille la liste, exhaustive : en dehors des cas énumérés, il n'est pas possible de travailler les données.

295. – La notion de loyauté et de transparence renvoie au fait qu'aucune donnée personnelle ne peut être traitée sans que l'intéressé n'en ait été informé²⁴⁸. Cette information doit être facilement accessible, facilement compréhensible, avec des formules claires et simples. Si tel n'est pas le cas, la collecte est qualifiée de déloyale²⁴⁹.

296. – La notion de licéité implique que le traitement repose exclusivement sur un fondement prévu par l'article 6 du RGPD transposé à l'article 5 de la loi Informatique et libertés. Cet article conditionne la licéité du traitement à au moins une des conditions suivantes : - le consentement de la personne concernée au traitement de ses données pour une ou plusieurs finalités spécifiques - la nécessité du traitement pour l'exécution du contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande, - la nécessité du traitement pour le respect d'une obligation légale, - la nécessité du traitement pour la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique, - la nécessité du traitement pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, - la nécessité du traitement aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le

²⁴⁸ V. CNIL, décision, n°2016-007 du 26 janvier 2016, *dalloz actualité*, 23 fév.2016, « la CNIL donne une leçon de droit européen à notre ami américain Facebook », TAMBOU Olivia ;

Plusieurs manquements de la société Facebook sont relevés par la CNIL lors d'un contrôle, et notamment ; un manquement à l'obligation de disposer d'une base légale pour le traitement mis en œuvre ; aucun des 6 fondements ne peut être allégué pour la combinaison des données collectées. En l'espèce et en l'absence de consentement les fondements 1 à 5 de la loi Informatique et Libertés ne peuvent être retenus. Compte tenu de la nature des traitements les fondements 1, 2 et 3 sont inapplicables. En l'absence de contrat entre Facebook et l'Internaute le fondement 4 ne peut s'appliquer. Il n'existe pas plus de légitimité du responsable du traitement eu égard à la proportionnalité du traitement.

Aussi la CNIL a-t-elle condamné la CNIL à une amende de de 150 000 € (avant l'application du RGPD) de la société.

Au niveau européen, Facebook a aussi fait l'objet d'une enquête et d'une condamnation, cette fois à hauteur de 110 millions d'euros calculés suivant le nouveau texte RGPD.

V aussi : CNIL, délibération n°SAN-2019-001 du 21 janvier 2019, prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC.,

La CNIL sanctionne la société GOOGLE LLC pour absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité : l'information donnée est noyée dans plusieurs documents, devenant ainsi peu lisible, le consentement recueilli n'est ni spécifique ni univoque. Par ailleurs, l'utilisateur, pour créer un compte, coche une case « j'accepte les conditions d'utilisation de Google » et « j'accepte que mes informations soient utilisées telles que décrit ci-dessus et détaillées dans les règles de confidentialité ». Ainsi, selon la CNIL, l'utilisateur consent à un bloc de finalités alors que le RGPD exige un consentement spécifique pour chaque finalité de traitement.

La condamnation a été exemplaire : 50 millions d'euros en application du RGPD.

²⁴⁹Crim., 14 mars 2006, n°05-83.423, *CCE*, sept.2006, n°9, comm. LEPAGE Agathe ; *Revue de Droit bancaire et financier*, juillet 2006, n°4, comm. CAPRIOLI Eric A .

responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données, notamment lorsqu'elle est un enfant . Dès lors qu'un traitement n'est pas fondé sur l'une de ces six bases il est illicite.

297. – Il convient ainsi de noter que la licéité du traitement ne relève pas exclusivement de l'autorisation de la personne. Mais dès lors que la personne concernée doit autoriser le traitement de ses données personnelles, la manifestation de sa volonté est définie par le RGPD comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fasse l'objet d'un traitement ». Il s'agit bien d'un acte positif, manifesté par le fait de délibérément cocher une case, selon le principe évoqué précédemment du « *opt-in* ». Cette volonté ne peut donc se déduire d'un silence, sur le mode « *opt-out* ».

298. – Le consentement des enfants fait l'objet d'une attention particulière du RGPD, lequel impose celui du titulaire de l'autorité parentale, dès lors que l'enfant est âgé de moins de 16 ans, l'Etat français ayant abaissé cet âge à 15 ans par modification de la loi Informatique et libertés par l'Ordonnance 2018-1125 du 12 décembre 2018. Concernant cette nécessité aucune garantie technique n'en assure l'efficacité.

2. L'interdiction de certains traitements

299. – Certaines données sont si sensibles que le droit interdit à l'entreprise tant de les collecter que de les traiter. Il s'agit principalement des informations relatives à l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, les données génétiques et biométriques²⁵⁰, informations concernant la santé, la vie sexuelle ou son orientation. Il convient de noter que certaines exceptions sont prévues par le RGPD mais, parce qu'elles ne concernent pas le commerce électronique, nous ne les relèverons pas.

300. – Le constat de la grande liberté laissée à l'entreprise qui agit dans le respect de principes est établi. Le droit a instauré une éthique définissant le cadre de la liberté accordée à l'entreprise : une collecte, un traitement, mais dans la transparence.

²⁵⁰ Nouvelles interdictions ajoutées par le RGPD.

301. – Un procédé particulier, légalisé - consistant pour l'entreprise à collecter des données par le biais d'un logiciel espion, ou cookie - oblige à rechercher si le droit conjugué, dans ce cas précis, la liberté accordée à l'entreprise avec l'intérêt du consommateur.

C. LA LEGALITÉ, SOUS CONDITIONS, DES COOKIES

302. – Quoique le profilage du consommateur repose d'abord sur les informations qu'il fournit lui-même - en remplissant le formulaire d'ouverture de compte qui lui est soumis sur un site marchand, en complétant la demande d'abonnement à une newsletter -, il s'appuie également sur l'emploi des cookies. Cette méthode de profilage assure une réelle capacité de développement à l'entreprise en lui permettant d'affiner sa cible commerciale. Elle représente, cependant, un danger tout aussi réel pour les libertés individuelles, auquel le droit doit répondre par un encadrement spécifique.

303. – Un cookie est un programme informatique, placé sur le disque dur de l'ordinateur, sur le smartphone ou sur tout objet connecté de l'internaute à la demande d'un tiers - serveur, entreprise gérant un site web, publicitaire, etc...- qui permet de récupérer et de répertorier des informations sur ledit internaute, concernant, par exemple, la navigation qu'il a effectuée sur les pages d'un site en particulier, ou sur les pages de plusieurs sites.

304. – Sans définition stricte, plusieurs auteurs en donnent des analyses similaires : « les cookies sont des petits fichiers stockés dans la mémoire des ordinateurs gérés par les responsables d'application et permettant de conserver une trace des actions de l'utilisateur du terminal sur cette application. Ce sont les cookies qui servent notamment lors d'une navigation sur internet pour analyser les préférences d'un utilisateur »²⁵¹.

305. – Si l'on distingue plusieurs types de cookies, d'utilités différentes²⁵², seuls sont réglementés ceux dont la finalité relève du profilage à caractère commercial, utilisés à des fins publicitaires, notamment pour définir un internaute ou mesurer l'audience d'un site ou d'un réseau social.

306. – Ce logiciel espion - c'est son rôle - ne renseigne pas sur le nom du propriétaire du terminal sur lequel il est installé mais il lui appose une forme d'étiquette contenant un numéro d'identification unique qui permet de suivre l'internaute en particulier et de le

²⁵¹ MATTATIA F., *Traitement des données personnelles*, Paris, éditions EYROLLES, 2013, ISBN : 978-2-212-13594.

²⁵² Certains cookies permettent une meilleure communication sur le web ; on peut dire qu'ils ont alors un rôle technique.

distinguer de tout autre. La géolocalisation, éventuellement surajoutée, permet d'associer telle adresse à tel terminal.

307. – Les nouveaux modes technologiques permettent une ingérence accrue dans la vie des consommateurs, à leur insu. La loi du 6 janvier 1978²⁵³ dispose que « l'informatique ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques », or l'utilisation sans précaution des cookies ne répond pas à cet impératif.

308. – Le législateur admet parfaitement la nécessité, dans le cadre du libre développement du e-commerce, de cibler la communication commerciale, notamment au moyen de cookies : il a pris conscience du fait que les données représentent un enjeu crucial pour les services de la société de l'information, eux-mêmes devenus stratégiques au sein de ce marché unique numérique²⁵⁴ qui doit permettre aux cyber-entreprises européennes d'accéder à une compétitivité nouvelle, source de croissance. Il choisit cependant de conditionner leur utilisation au respect par l'entreprise d'une certaine éthique, consistant à agir en toute transparence.

309. – Plusieurs textes ont cherché à encadrer l'utilisation des cookies par les entreprises de vente en ligne. Les premières bornes ont été posées par le législateur européen dans la directive du 12 juillet 2002²⁵⁵, transposée dans l'article 82 de la loi Informatique et libertés, directive modifiée par celle du 25 novembre 2009²⁵⁶, laquelle²⁵⁷, partie prenante du « paquet télécom », a eu pour objectif de faire coïncider la libre utilisation des cookies avec le principe de clarté et de transparence. Leur usage est libre mais leur utilisation doit être connue des consommateurs.

310. – En droit français, l'article 32 II de la loi du 6 janvier 1978, modifié par l'article 37 de l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques qui a transposé la directive du 25 novembre 2009, est venu poser le principe

²⁵³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 1 er.

²⁵⁴ COM (2015) 192 final.

²⁵⁵ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

²⁵⁶ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs

²⁵⁷ Transposée en droit français par l'ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques.

suivant lequel des cookies traceurs peuvent être installés²⁵⁸ sur les terminaux des internautes à la double condition que ceux-ci donnent *leur consentement* à l'installation de ce logiciel espion après avoir été *informés* de sa finalité, et qu'ils puissent à tout moment le *retirer*.

311. – - Selon l'ordonnance du 24 août 2011, il revient à l'entreprise qui utilise ces logiciels d'en informer le consommateur au moment où il consulte la page qui va les actionner, cette information, gage de transparence, étant censée l'avertir que des cookies vont pouvoir soit accéder à des informations déjà stockées dans son terminal, soit en inscrire dans cet équipement²⁵⁹. L'entreprise a aussi l'obligation d'apporter certaines précisions au consommateur, notamment quant à la finalité du cookie - qu'il s'agisse d'une utilisation pour une publicité ciblée, dans un but statistique ou autre, etc.- afin qu'il soit informé, de manière claire et complète, du fait qu'un « œil » est posé dans son terminal, au service de tel objectif.

312. – Par ailleurs, l'internaute doit savoir qu'il n'est pas tenu d'accepter les poses de cookies, et doivent lui être communiqués les moyens dont il dispose pour s'y opposer.

313. – - La liberté de l'entreprise d'utiliser les cookies comme méthode de profilage est donc conditionnée à cette obligation d'information, de transparence. Cette condition, nécessaire, n'est cependant pas suffisante : il faut encore que le consommateur donne son accord préalable à toute pose du logiciel²⁶⁰.

314. – Cette règle, posée par l'ordonnance du 24 août 2011²⁶¹, traduit la volonté du législateur de renforcer la protection de la vie privée de l'internaute, par une exigence allant au-delà de la simple information de la présence d'un cookie. Le nouveau texte a souhaité

²⁵⁸ Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et de services de communications électroniques, considérant 66.

²⁵⁹ Art. 32 II modifié de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

²⁶⁰ V. CE, 10^e-9^e ch. Réunies, 6 juin 2018, n°412589 qui confirme une décision de la CNIL condamnant l'éditeur du site Challenge.fr pour manquement à une information suffisante, laquelle ne permettait pas de différencier clairement les différentes catégories, ni de s'opposer à leur dépôt.

²⁶¹ Article 32 II modifié de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés :
« II. - Tout abonné ou utilisateur d'un service de communications électroniques doit être informé de manière claire et complète, sauf s'il l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant :

- de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à
- des moyens dont il dispose pour s'y opposer.

Ces accès ou inscriptions ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord qui peut résulter de paramètres appropriés de son disobjectif de connexion ou de tout autre disobjectif placé sous son contrôle.

Ces dispositions ne sont pas applicables si l'accès aux informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur ou l'inscription d'informations dans l'équipement terminal de l'utilisateur :

- soit a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique ;
- soit est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur.

[...]

aller plus loin : tout en conservant la possibilité offerte à l'internaute de s'opposer aux cookies déjà installés, il instaure le principe de leur autorisation préalable. Dès lors le procédé évolue d'un système «*opt-out*» - plutôt favorable aux commerçants électroniques puisque, sans refus clairement explicite du consommateur, son consentement était réputé acquis - vers un système «*opt-in*» - plus protecteur de l'internaute et de sa vie privée dans la mesure où son accord lui est demandé.

315. – Aucune modalité particulière quant à la collecte du consentement n'ayant été précisée par le texte, l'entreprise garde l'entière liberté de la méthode. La CNIL a préconisé de ne pas faire figurer ces informations au sein des conditions générales d'utilisation ou de vente, mais plutôt de les mettre en évidence par la création d'un bandeau²⁶² - dont elle propose un exemple sur son site officiel²⁶³. Ce bandeau n'est pas le seul moyen d'information, quoique le plus répandu : une zone de demande de consentement, en surimpression sur la page consultée, voire des cases à cocher (donc non pré-cochées) peuvent être utilisées à cet effet. Les lignes directrices adoptées en la matière par la CNIL le 4 juillet 2019²⁶⁴ apportent deux principales modifications : la simple poursuite de la navigation sur un site ne peut pas être analysée comme un consentement au dépôt des cookies, et la charge de la preuve du consentement pèse sur l'opérateur.

316. – A ce jour, de nombreux sites se contentent en pratique d'indiquer au consommateur la possibilité de refuser les cookies via leur navigateur, par une manœuvre technique qui se révèle souvent complexe, donc décourageante et peu efficace.

317. – L'évaluation ex-post au titre du programme REFIT démontre que la formulation de la directive du 25 novembre 2009, parfois confuse et même obsolète, pose des problèmes aux entreprises quant à la mise en œuvre de leurs obligations d'information pour l'acceptation des cookies.

²⁶² CNIL, délibération n° 2013-378 du 5 déc. 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978.

Par une délibération n°2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives de l'appréciation de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs), la CNIL a adopté des lignes directrices sur les cookies et autres traceurs ; elle abroge la recommandation n°2013-378 du 5 décembre 2013 devenue incompatible avec les nouvelles dispositions du RGPD.

²⁶³ Comme « En poursuivant votre navigation sur ce site, vous acceptez l'utilisation de Cookies pour vous proposer [Par exemple, des publicités ciblées adaptés à vos centres d'intérêts] et [Par exemple, réaliser des statistiques de visites]. »

²⁶⁴ CNIL, délibération n°2019-093 du 4 juil.2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur.

318. – Face à ce constat, un projet de règlement, dénommé e-Privacy, a été présenté par la Commission. Alors qu'il était censé entrer en vigueur en mai 2018, concomitamment avec le Règlement Général pour la Protection des Données personnelles, des contestations nombreuses - eu égard à la somme d'intérêts de toute nature qu'il remet en cause - ont retardé l'aboutissement de ce projet d'envergure.

319. – L'adoption de ce nouveau texte semblerait affaiblir considérablement la liberté de communication ciblée des entreprises : là où le RGPD encadre la récolte et le traitement des données à caractère personnel, le e-Privacy, qui vise plus particulièrement les cookies, remplacera la directive n°2009/136/CE du 25 novembre 2009, en adaptant la législation aux risques nouveaux issus de l'utilisation de technologies ou de pratiques elles-mêmes nouvelles.

320. – Le projet du Règlement e-Privacy, présenté par la Commission européenne, a été adopté par le Parlement le 26 octobre 2017. Le Conseil de l'Union européenne a publié une version consolidée du texte²⁶⁵ le 5 décembre suivant. Les deux versions - du Parlement et du Conseil - sont encore à ce jour assez éloignées, le Parlement souhaitant adopter un texte plus protecteur en limitant autant que possible le traitement de certaines données. Compte tenu des pressions exercées par de nombreux lobbys, la difficulté de trouver, à ce stade, un terrain d'entente entre les deux institutions explique le retard pris dans l'écriture de ce nouveau texte européen.

321. – Il est de toute façon permis de s'interroger sur l'opportunité de l'adoption d'un tel nouveau Règlement: ne risquerait-il pas de remettre en cause la liberté de la communication commerciale?

322. – Il refonderait la législation des cookies²⁶⁶ par un renforcement des obligations d'information et d'obtention du consentement de l'internaute en renvoyant aux dispositions du RGPD (concernant la responsabilité du responsable du traitement), notamment, tout en appliquant les sanctions administratives²⁶⁷ qu'il prévoit. Selon le règlement en discussion, l'absence de tout consentement de l'internaute à l'installation de cookies ne devrait nullement l'empêcher d'accéder au service souhaité.

²⁶⁵ STAUB et associés, 2 janv.2018, Vote du règlement ePrivacy au Parlement européen, consulté sur : <http://www.staub-associes.com>

²⁶⁶ SOUVRIS Jean Philippe, 21 juin 2017, Règlement e-Privacy : nouvelles recettes pour les cookies, consulté sur : <https://www.hass-avocats.com>

²⁶⁷ Amende pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euros ou 4% du CA mondial annuel.

323. – Le e-Privacy projette par ailleurs que le consentement des internautes puisse être centralisé au moyen des paramètres de confidentialité de leur propre navigateur internet, ou d'équipements terminaux, afin que leur soit facilitée la gestion de leurs propres données. Ainsi, les navigateurs, les ordinateurs, les tablettes ou les smartphones devraient *programmer par défaut* l'absence de consentement de l'internaute - à moins qu'il ne donne son accord pour certains cookies²⁶⁸ - ce qui ne peut réjouir aucun collecteur/traiteur de données.

324. – Les cookies sont-ils appelés à disparaître en cas d'adoption du règlement e-privacy, entraînant avec eux les entreprises qui les utilisent avec profit ? Quel est le consommateur qui les acceptera... s'il n'a nul besoin de les accepter pour circuler à sa guise sur le site? Quel sens aurait alors la liberté d'utiliser les cookies, reconnue comme part de la liberté de la communication commerciale ? Et quelle offre, jusque-là rendue ciblée - mais libre - par le biais des cookies, sera encore proposée au consommateur par l'entreprise ?

325. – Ces questions traduisent la difficulté de trouver le bon équilibre à respecter par la réglementation entre les intérêts conjugués de celui qui communique et de celui vers lequel il communique. Si nul ne doute que la vie privée du consommateur doit être préservée absolument et s'il n'est pas tolérable que ce dernier soit l'objet d'un traçage inlassable, à son insu ou non, consenti ou non, il n'échappe à personne que la publicité comme moyen du développement de la cyber-entreprise est la contrepartie naturelle de la gratuité (même illusoire) des nombreux services sur internet que le consommateur a pris l'habitude d'utiliser sans jamais les payer. Freiner, par le droit, la liberté d'entreprendre en restreignant la communication publicitaire pourrait, paradoxalement, ne pas plus servir les intérêts de l'entreprise, en ruinant son développement attendu, que ceux du consommateur, qui ne trouverait aucun avantage à circuler, désormais en aveugle, parmi les services de l'information, au grand dam de ceux qui en espèrent la croissance. Le droit ne deviendrait-il alors pas, au nom du « mieux », l'ennemi du « bien » ?

326. – Outre la problématique soulevée par la future réglementation des cookies, le nouveau Règlement dit RGPD, nous semble porteur de conséquences tout aussi lourdes pour la liberté de communication ciblée. En effet, le prix à payer pour toutes les cyber-entreprises, quelle que soit leur taille ou leur chiffre d'affaires, devient excessivement élevé : le RGPD

²⁶⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE, COM/2017/010 final-2017/03 (COD), 1^{er} janvier 2017. p.9 : 81,2% des particuliers sont favorables à cette mesure.

leur transmet une responsabilité de sécurité des données et des traitements nécessitant la mise en place de mesures aussi complexes que coûteuses.

§2 : UNE LIBERTÉ ASSOCIÉE À UNE LOURDE RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE EN MATIÈRE DE SÉCURITÉ DES DONNÉES

327. – Le RGPD a instauré un bouleversement profond dans la conception de la protection des données à caractère personnel. La sécurité, dans l'intérêt du consommateur - objectif majeur du texte européen -, est mise à la charge de l'entreprise qui se voit contrainte d'appliquer de nouveaux principes exigeants (A) dont le non-respect est puni par des sanctions fortement dissuasives (B).

A. LA MISE EN PLACE DE PRINCIPES EXIGEANTS

328. – Encadrer la collecte des données et leur traitement n'est pas une obligation nouvelle, mais le RGPD est venu la renforcer. Le véritable enjeu du Règlement tient à l'intérêt majeur qu'il accorde à la sécurité et à la confidentialité des données personnelles en contrepartie de leur liberté d'utilisation : l'entreprise a l'obligation de tout faire pour sécuriser ces données et doit pouvoir prouver, à tout moment, qu'elle se conforme à cette obligation.

329. – Il est ainsi désormais exigé du responsable du traitement, simultanément, un *engagement et sa démonstration*. En quelque sorte, le droit le rend responsable des infractions éventuellement survenues s'il n'a pas fait le nécessaire pour les éviter, ce qui le conduit, pour s'exonérer de cette responsabilité, à devoir apporter la preuve qu'il a bien accompli tout ce qui était précisément nécessaire: le considérant 74 du RGPD indique qu'il est ainsi tenu « de mettre en œuvre des mesures appropriées et effectives et (qu'il...) soit à même de démontrer la conformité des activités de traitement avec le présent règlement, y compris l'efficacité des mesures ». De nombreux auteurs²⁶⁹ relèvent dans cette seconde partie de phrase ce que l'on pourrait considérer comme une forme d'obligation de résultat : il ne suffit pas de mettre en place des mesures, faut-il encore qu'elles soient efficaces.

330. – Cette double implication nécessite pour l'entreprise de mettre en œuvre de nombreuses actions sécuritaires, efficaces, et d'en conserver la preuve.

²⁶⁹ BANCK Aurélie, *RGPD : la protection des données à caractère personnel, op. cit.*

331. – Dans l'objectif de laisser la liberté aux entreprises de collecter et traiter des données dans un respect plus affirmé de la vie privée du consommateur, l'obligation de déclaration préalable avant toute mise en service d'un traitement a cédé sa place au contrôle a posteriori du traitement. Cette nouvelle conception amène l'entreprise à être en mesure de démontrer que son responsable du traitement, homme-clé du nouveau texte, a bien respecté le règlement ET qu'il a bien mis en en place tous les moyens nécessaires à la prévention des risques nés du traitement développé, selon le principe commun du donnant/donnant : liberté contre sécurité.

332. – Cette notion appelée « *accountability* », peut être définie comme un principe de responsabilités²⁷⁰. Il désigne une obligation faite aux entreprises de mettre en œuvre des mécanismes et des procédures internes permettant de démontrer le respect des règles relatives à la protection des données, cette prévention et cette responsabilisation s'entendant dès la conception du traitement (*privacy by design*)²⁷¹. Pour respecter ces concepts l'entreprise doit assurer des mesures techniques et organisationnelles (*privacy by default*) et être apte à réagir rapidement à tout problème survenant quant aux données ou à leur traitement, faute de quoi elle peut être sanctionnée²⁷².

333. – Le RGPD impose à l'entreprise, représentée par son responsable du traitement, de prendre en compte les méthodes de sécurisation des données dès la phase-projet du traitement envisagé, pour en renforcer l'efficacité. Le concept « *Privacy by design* », que l'on peut traduire par « la protection intégrée de la vie privée » ou « le respect de la vie privée dès la conception », est posé comme principe fondamental du règlement européen : intégrer la protection de la vie privée dès la conception des systèmes de traitement des données est, nécessairement, plus efficace qu'une intégration ultérieure dans un système déjà constitué.

334. – Ainsi, le responsable du traitement doit-il mettre en œuvre, dès sa conception et pendant le traitement lui-même, des mesures techniques et organisationnelles appropriées.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ Règlement du Parlement et du Conseil européen 2016/679 du 27 avril 2016, art. 25.

²⁷² CNIL, n° SAN-2018-011 du 19 déc.2018 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société UBER France SAS.

Suite au vol de 57 millions de données personnelles des utilisateurs des services UBER, il a été reproché à la société UBER France SAS une absence de mesures élémentaires en matière de sécurité, notamment :

- la plateforme aurait pu contraindre ses ingénieurs à accéder au serveur grâce à une authentification forte ;
- elle aurait pu mettre en place des systèmes de filtrage d'adresses IP pour l'accès à certains serveurs.

Pour ces motifs la société américaine a été condamnée à 400 000 € pour atteinte à la sécurité des données.

Pour assurer une efficacité optimale, le RGPD en préconise²⁷³ quatre exemples, à adapter en tenant compte de l'état des connaissances, de leur coût et du risque encouru pour les libertés individuelles : - la pseudonymisation²⁷⁴ et le chiffrement des données, - l'utilisation de moyens permettant de garantir la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et la résilience constante des systèmes et des services de traitement, - l'utilisation de moyens permettant de rétablir tout accès aux données en cas d'incident physique ou technique et - la mise en place d'une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures prises. Le cryptage des données et la limitation de leur collecte à ce qui est réellement nécessaire sont les outils d'une prévention intégrée.

335. – La formulation du début de l'article 25 du RGPD est cependant ambiguë quand il pose que « compte tenu de l'état des connaissances, des coûts de mise en œuvre et de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques(...) le responsable du traitement met en œuvre (...) ». Pourrait-il alors s'opérer une évaluation, une mise en balance du coût de la protection rapporté à la protection elle-même et pourrait-on penser, le cas échéant, qu'un coût trop important au vu du traitement, conduise à lever l'obligation ? Quant à l'estimation du caractère « approprié » des mesures, elle risque de produire une interprétation subjective, aussi inconfortable pour le responsable de traitement que pour le consommateur. Ainsi, il semblerait que, si une faille dans le système ne saurait être reprochée au responsable du traitement dans la mesure où elle n'aurait pas été connue à l'époque de sa mise en place, tel ne serait pas le cas d'un défaut de sa mise à jour.

336. – Au service du même objectif de prévention, lorsqu'un traitement présente un risque élevé pour les droits et libertés des personnes, son responsable a l'obligation d'effectuer une analyse d'impact - DPIA (*Data Protection Impact Assessment*) - des opérations envisagées sur la protection des données personnelles²⁷⁵, en évaluant leurs risques autant que l'efficacité des garanties apportées. Le RGPD prévoit une obligation de DPIA dans le cas des traitements automatisés, incluant le profilage, qui produisent des effets juridiques à l'égard de la personne concernée (vol, usurpation d'identité...). L'imprécision du texte quant aux traitements visés par la DPIA est source d'inconfort juridique. Aussi, la

²⁷³METILLE Sylvain, Privacy by design, ça veut dire quoi ?, consulté sur <https://smetille.ch/2011/04/21/privacy-by-design-ca-veut-dire-quoi/>

²⁷⁴ Définition donnée par le RGPD : le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puisse plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable.

²⁷⁵ RGPD, art.35.

CNIL, dans le cadre de sa mission d'autorité de contrôle, établit une liste des traitements nécessitant de telles analyses ainsi que de précieux modèles afin de venir en aide aux entreprises démunies face à ces contraintes²⁷⁶. Le G29 est aussi venu préciser et compléter le texte européen en relevant des critères susceptibles d'engendrer un risque élevé nécessitant une DPIA²⁷⁷.

337. – La violation des données est une notion large qui n'évoque pas seulement leur vol²⁷⁸, mais tout incident, accidentel ou illicite, de destruction, de perte, d'altération, de divulgation non autorisée, ou l'accès non autorisé à de telles données pouvant entraîner des dommages physiques, matériels ou moraux. Il convient de préciser que l'incident peut résulter d'un acte intentionnel autant que non intentionnel, tel que la perte d'un ordinateur ou d'une clé USB. Contre ces risques l'article 32 du RGPD prévoit des mesures adaptées à mettre en place.

338. – Les auteurs du texte européen n'ont pas souhaité laisser le responsable de traitement seul face à ces lourdes obligations techniques, capitales en matière de sécurité. Ils ont conféré de nouvelles missions de sensibilisation aux Autorités de contrôle. La CNIL met ainsi à disposition des entreprises un guide de « la sécurité des données personnelles » donnant des orientations sur les moyens permettant de sécuriser, à toutes les étapes, leurs

²⁷⁶ V. Guides AIDP disponible sur le site <https://www.cnil.fr>

²⁷⁷ Groupe de travail G29, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIDP) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » au fin du règlement (UE) 2016/679, 4 avr. 2017.

Ainsi, parmi les traitements nécessitant une AIDP, peuvent être cités ceux utilisés, notamment, dans les cas suivants :

- les prises de décision automatisée avec effet juridique ou effet similaire significatif : une exclusion ou une discrimination pourrait naître du traitement.
- une surveillance automatique : les personnes concernées peuvent ne pas savoir qui collecte leurs données.
- les données sensibles ou à caractère hautement personnel : leur violation peut avoir des incidences graves.
- les données traitées à grande échelle.
- le croisement d'ensemble de données.
- les données concernant des personnes vulnérables.
- l'utilisation de nouvelles technologies comme l'utilisation des systèmes de reconnaissance d'empreinte, etc.

-les traitements qui empêchent les personnes concernées d'exercer un droit ou de bénéficier d'un service ou d'un contrat.

²⁷⁸ Le vol est fréquent, qu'il s'agisse de piratage interne - 112 000 données personnelles d'adhérents ont été soustraites en 2016 à la Mutuelle Générale de la Police par un salarié avide de vengeance - ou externe - les coordonnées de 1,3 millions de clients Orange ont été divulguées. En juin 2016 la société Domino's Pizza, victime d'un piratage de données clients (numéros de téléphone et adresses), a subi un chantage à 30 000 € qui, refusé, a conduit à l'exposition des données. Selon le site Recode les fichiers contenant des informations se vendent au marché noir sur le Deep Web, le web profond, ces pages non répertoriées par les moteurs de recherche grand public qui constituent la face noire de l'internet. En 2014, un milliard de données auraient fait l'objet de vols d'identités (V. <http://plus.lefigaro.fr/tag/gemalto>). En pratique, il semblerait que de nombreux sites soient laxistes en matière de sécurité des données (V. Jean Christophe CATALON, La moitié des sites d'e-commerce laxiste sur la sécurité des données, consulté sur : www.lefigaro.fr, 9 janvier 2016). Ils privilégient la facilité pour le consommateur, en le laissant utiliser des mots de passe trop faibles, par opposition à ceux dits forts résultant d'une composition d'au moins 8 caractères incluant des chiffres et des lettres. A ce sujet, le gestionnaire de mots de passe Dashlane a pu établir un baromètre de sécurité (V. http://www.itrpress.com/cp/2016/2016-01-06_daslane.pdf) dans lequel 25 sites marchands étaient passés au crible et il a constaté que 52 % des sites commerçants n'imposent pas de mots de passe alphanumérique.

programmes informatiques²⁷⁹. Une telle trame offre aux entreprises commerciales une base sérieuse de modèles à mettre en place pour se conformer au nouveau règlement.

339. – Outre une obligation de sécurisation des données, le concept d'*accountability* contraint le responsable du traitement d'apporter la preuve de sa conformité aux textes légaux lors de toute demande de la CNIL ou de la personne intéressée, au moyen de divers documents et dossiers. Parmi eux un registre des activités de traitement doit être ouvert par les entreprises de plus de 250 salariés. Il mentionne, conformément à l'article 30 du RGPD, les noms et coordonnées du responsable du traitement, ses finalités, les données collectées, les personnes concernées, les transferts de données hors Union européenne.

340. – Par ailleurs, le RGPD impose au responsable du traitement d'être capable d'agir en urgence pour gérer tout incident. Les auteurs du texte sont pleinement conscients du fait que le « risque zéro » n'existe pas - malgré les études préalables et la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées. En conséquence, ils exigent du responsable du traitement sa réaction immédiate, pour une prévention maximale des dommages causés aux personnes concernées, et ils le soumettent à diverses obligations²⁸⁰ en cas de violation des données.

341. – Les déclarations officielles d'incidents sont pourtant rares. Si des « affaires » fuient fréquemment dans la presse, leur révélation n'intervient généralement que longtemps après la survenue de l'incident, le choix de la « discrétion » ayant sans doute été jugé plus judicieux pour l'entreprise que celui d'une publicité fâcheuse.

²⁷⁹ Les mesures préconisées visent notamment à promouvoir une sécurisation :

- des postes de travail, par une limitation des tentatives d'accès à 3 ou 10 avant blocage, la mise en place de pare-feux et d'antivirus puissants, un verrouillage automatique de session,
- des locaux, avec installation d'alarmes et de mesures destinées à ralentir ou arrêter toute intrusion,
- du réseau informatique interne, des serveurs et des applications, par des changements réguliers de mots de passe choisis complexes, des sauvegardes de collectes régulièrement mises à jour, chiffrées et conservées dans un coffre ignifugé et étanche,
- de la maintenance, notamment par un processus de destruction efficace de l'archivage suivant des modalités d'accès spécifiques et un chiffrement,
- dans l'échange d'informations, chiffré ou effectué par un canal différent de celui de l'envoi même.

²⁸⁰ Les articles 33 et 34 du RGPD prévoient - qu'il devra notifier toute violation à l'autorité de contrôle, la CNIL, dans les meilleurs délais afin d'établir une transparence, le législateur prévoyant 72 heures, si possible, après avoir eu connaissance de l'incident, -qu'il lui faudra assurer la communication de la violation à la personne intéressée, dans les meilleurs délais - sans précision exacte - quoique des exceptions à cette obligation, regrettables selon nous, soient prévues si le responsable a utilisé des mesures rendant incompréhensibles les données, par le chiffrement notamment, ou si, à la suite de mesures prises par le responsable, tout danger est écarté, ou encore, si le respect de ce texte exige des efforts disproportionnés, la communication publique pouvant alors remplacer la communication personnelle.

342. – Le RGPD ne manque pas, au moyen de sanctions dissuasives, d'assurer le respect des garanties de sécurité et de confidentialité des données personnelles en contrepartie de leur liberté d'utilisation.

B. L'INSTITUTION DE SANCTIONS DISSUASIVES

343. – Jusqu'à l'application du RGPD, la loi Informatique et libertés prévoyait une amende proportionnée à la gravité des manquements commis et aux avantages qui en avaient été tirés : 150 000 € lors du premier manquement, jusqu'à 300 000 € en cas de récidive sous 5 ans ou, s'il s'agissait d'une entreprise, 5 % du chiffre d'affaires HT du dernier exercice clos, dans la limite de 300 000 €.

344. – Ces montants étaient souvent considérés comme dérisoires au regard des valeurs parfois étourdissantes des chiffres d'affaires réalisés. Ainsi la société BrandAlley, l'un des plus importants sites français de vente de vêtements en ligne, a-t-elle été condamnée par la CNIL, en 2015, à une amende administrative de 30 000 euros - son PDG, Cyril Andrino, déclarant²⁸¹ un chiffre d'affaires de 150 millions d'euros en 2014 - et GOOGLE Inc²⁸², en 2013, à 150 000 € pour ses règles de confidentialité non conformes à la loi Informatique et libertés. D'un point de vue entrepreneurial il pouvait ainsi être considéré comme moins coûteux, plus simple et plus rapide de choisir de payer une amende, jugée modeste, plutôt que de modifier à grands frais des systèmes informatiques ou des procédures organisationnelles.

345. – Le législateur européen a, désormais, adapté le montant des sanctions à la taille des enjeux, c'est-à-dire au volume d'affaires des e-commerçants les plus influents. L'article 83 du RGPD prévoit deux sortes d'infractions, avec des amendes maximales différentes :

346. – - La violation des obligations mises à la charge du responsable ou du sous-traitant, de l'organisme de certification, de l'organisme chargé du suivi des codes de conduite, est sanctionnée par une amende pouvant atteindre 10 000 000 euros ou jusqu'à 2%

²⁸¹ TORRE Marina, JULES Robert, BrandAlley va doubler son chiffre d'affaires en 2016, 16 juin 2015, *La Tribune*, consulté sur <https://www.latribune.fr/entreprises-finances/services/distribution/brandaley-va-doubler-son-chiffre-d-affaires-en-2016-cyril-andrino-pdg-482720.html>

²⁸² CNIL, délibération n°2013-420 du 3 janvier 2014 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société X. ; CE, ord., réf., n°344595, sté Google Inc., *JCP*, 17 fév.2014, n°7, DERIEUX E. ; *La Gaz. du Pal.*, 6 mars 2014, n°65, note GRAVELAU Philippe.

du chiffre d'affaires annuel, total, mondial, de l'entreprise lors de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu- La violation des principes de base d'un traitement (principes, licéité, consentement), des droits reconnus aux personnes concernées (accès, information, opposition...), des transferts de données dans un pays tiers sans le respect des obligations posées, des obligations des Etats membres résultant du chapitre IX du traité (conciliation de la protection des données personnelles avec des objectifs journalistiques, historiques, littéraires...) et le non-respect des injonctions données par l'autorité de contrôle, peuvent être punis d'une amende allant jusqu'à 20 000 000 €uros ou, s'il s'agit d'une entreprise, 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu.

347. – Le niveau de sanction a donc changé de dimension. C'est ainsi que le 21 janvier 2019 la formation restreinte de la CNIL a prononcé une amende de 50 millions d'euros à l'encontre de la société GOOGLE LLC en application du RGPD pour manque de transparence, information insatisfaisante et absence de consentement valable pour la personnalisation de la publicité²⁸³.

348. – Outre ces sanctions administratives, infligées par les autorités de contrôle, les Etats membres ont toute liberté pour en déterminer d'autres, applicables en matière de violation du règlement, et nous rappelons que la législation française prévoit une responsabilité pénale dans ce domaine²⁸⁴. Cet aspect pénal de la sanction n'est pas à négliger dans le domaine de la protection des données personnelles. La peine assure une double fonction de réparation - de la relation entre le contrevenant et la personne concernée - et de rétribution²⁸⁵ - au paiement de la faute est attachée une fonction socio-pédagogique²⁸⁶ à l'égard des populations, attachées à certaines règles. Si la connotation sociale de la sanction pénale est donc différente de celle de la sanction administrative, le double niveau de punition, administrative - par son impact financier -, et pénale - en atteignant la sociabilité du

²⁸³CNIL, délibération n° SAN-2019-001 du 21 janvier 2019.

²⁸⁴ CP, art. 226-16 dispose : « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en oeuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à un traitement qui a fait l'objet de l'une des mesures prévues au 2° du I de l'article 45 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Est puni des mêmes peines le fait de permettre l'accès aux données contenues dans un traitement mentionné à l'article L. 4123-9-1 du code de la défense sans avoir recueilli l'avis favorable mentionné au II du même article. »

²⁸⁵ VAN DE KERCHOVE Michel, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales* 2005/7, n°127, p. 22-31, consulté sur

www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-22.htm.

²⁸⁶ *Ibidem*.

responsable - peut être alors considéré par l'entreprise comme tellement élevé qu'il rende opportune la mise en œuvre des moyens de l'éviter.

349. – En résumé, le choix du pragmatisme semble évident, au moins par nécessité. Comment ne pas constater pourtant le paradoxe récurrent selon lequel, parfois, le mieux reste l'ennemi du bien ? Il est en effet permis de se féliciter qu'au nom de la liberté de communication le principe de la déclaration préalable du traitement des données ait été abandonné, en échange d'une responsabilisation de l'entreprise en la matière. Mais il est aussi permis de réfléchir sur l'importance des garanties demandées, la complexité de leur mise en œuvre et leur coût, dans la mesure où ces exigences du droit pourraient constituer un frein insidieux à la liberté de communication pour celles des entreprises qui ne pourraient les assumer.

350. – Dès lors, quelques interrogations s'imposent quant à l'équilibre recherché par le droit : ce nouveau concept ne met-il pas à la charge de l'entreprise des obligations bien trop lourdes, même au regard du but (parfaitement louable) recherché, la protection de la vie privée ? Pour permettre l'utilisation des données à caractère personnel faut-il en passer par cette responsabilisation si contraignante des entreprises, dans la mesure où la réglementation dans ce domaine ne distingue quasiment pas les plus modestes des plus puissantes ? Ce plan d'égalité ne serait-il pas irrationnel ? La mise en conformité au RGPD ne risque-t-elle pas de fragiliser à l'excès les petites structures alors que les (symboliques) GAFA, qui possèdent tous les moyens financiers permettant d'y souscrire, même à regret, trouveraient, divine surprise, l'occasion d'éliminer ainsi une partie de leurs concurrents moins bien pourvus ? Ne pourrait-on même pas imaginer que, pour cette raison, les plus grosses entreprises souscrivent d'autant plus facilement à ces obligations nouvelles qu'elles y trouvent un avantage inespéré en réduisant de facto à leur profit le champ de la concurrence ?

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

351. – En rendant possible la communication par voie électronique sous les formes les plus diverses, en encourageant l'envoi de messages, le ciblage, la collecte et le traitement des données, le législateur donne les moyens de leur liberté aux entreprises pour développer le commerce électronique.

352. – Cette liberté n'est pas celle d'un monde sauvage. Elle est délibérément encadrée dans le respect des intérêts de chacun des acteurs de la relation commerciale. La conjugaison de leurs intérêts rend cet équilibre plus incertain lorsque sont mis en place des traitements affinant la prospection des internautes en fonction de leurs goûts ou de leurs centres d'intérêts. Cette ingérence dans la vie du consommateur, lorsqu'il s'agit de pénétrer toujours plus précisément dans ses préférences intimes, ne peut être tolérée qu'au prix d'un encadrement strict. Le modèle économique du commerce électronique repose, schématiquement, sur l'adresse de messages publicitaires (au sens large), commerciaux, à des internautes, en échange de leur accès « gratuit » à internet et, en effet, envoyer/recevoir des publicités susceptibles d'intérêt peut s'avérer un avantage simultané pour les deux parties, agissant chacune en liberté. Néanmoins, la nouvelle denrée économique, de très haute valeur, que constitue pour l'entreprise la donnée à caractère personnel, réclame des engagements de sa part, au profit du consommateur qui la lui fournit, afin d'en assurer la sécurité. Le législateur européen en a pris conscience et a décidé de conditionner la liberté à la responsabilisation, noble ambition. Pourtant, certaines imprécisions du RGPD, créent une relative insécurité juridique pour l'entreprise, tandis que son engagement à le respecter oblige à mettre en place des garde-fous, coûteux, sans doute inaccessibles à beaucoup d'entre elles. L'équilibre recherché par le législateur - entre nécessité de protection de la vie privée du consommateur et souhait de développement du commerce électronique - peut apparaître dès lors plus incertain si les acteurs économiques les plus puissants profitent exagérément de leur liberté, au détriment d'acteurs concurrents dont la propre communication par voie électronique serait - résultat contre-productif - bridée, donc moins libre, sans même qu'y soit associée parallèlement davantage de liberté pour le consommateur.

CONCLUSION DU TITRE 1

353. – Nous établissons que le droit positif laisse une grande liberté d’entreprendre, un large espace de communication libre à l’entreprise sur le net. Ce droit n’est qu’en partie libéral, puisqu’il encadre la liberté qu’il consent en ce qu’elle doit servir l’intérêt du commerce électronique, autrement dit permettre de conjuguer simultanément les intérêts de l’entreprise et ceux du consommateur : c’est à cette condition seulement que le droit envisage la liberté comme moyen de développement du e-commerce. La liberté d’entreprendre n’a de sens, comme la liberté de communiquer, que si elles ne constituent pas un danger pour le consommateur. Plus que la recherche d’un équilibre, le droit recherche une conjugaison simultanée des intérêts de chacune des parties. A notre sens, par son intervention il atteint son objectif quand il conçoit la liberté comme source de développement du commerce électronique.

354. – Même si l’Internet est présenté, ou ressenti, comme l’espace de tous les possibles, nous affirmons que l’intervention du législateur permet cette liberté sans qu’elle ne devienne l’écrasement de certains - supposés plus faibles - au profit d’autres - réputés plus forts, ce qui aurait pour désastreuse conséquence d’annuler son efficacité autant dans la relation entre l’entreprise et le consommateur, que dans celle, concurrentielle, entre entreprises. Nous ne pouvons concevoir l’absence de législation comme la clé du développement serein du commerce électronique : une forme d’encadrement tempéré est le fondement du succès, que n’assure nulle part la loi de la jungle.

355. – L’économie de marché, dans laquelle est immergé le commerce électronique, s’appuie sur deux piliers : la liberté et la concurrence. Nous avons exposé, dans le titre 1, comment le droit assure cette liberté. La concurrence, quant à elle, se définit par une certaine égalité, entre consommateurs et producteurs d’une part, entre producteurs entre eux²⁸⁷, d’autre part. Dans le domaine du e-commerce, pour des raisons multiples, nous observons que la concurrence repose parfois sur des bases faussées, ce qui rend dès lors la liberté du commerce électronique fragile et devrait justifier la nécessaire intervention du législateur.

²⁸⁷ DANIEL Jean-Marc, « L’économie de marché : liberté et concurrence », *Economie politique*, 2008/1, n° 37, p. 38 à 50.

TITRE 2

LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE FRAGILISÉE PAR UNE CONCURRENCE FAUSSÉE

356. – La liberté d’entreprendre entretient une relation étroite, comme une franche proximité, avec la libre concurrence²⁸⁸. Leur concours réciproque permet le développement du commerce en encourageant l’innovation et la venue sur le marché de nouveaux acteurs économiques. La concurrence saine profite aux consommateurs qui disposent d’une offre plus large à des prix plus abordables.

357. – Si nous avons établi que le législateur assure le libre accès et le libre exercice à l’activité numérique dans le respect du consommateur, nous démontrerons qu’il a du mal à jouer son rôle de régulateur en matière de concurrence, en particulier dans deux domaines, rapportant à la fiscalité et à la nouvelle économie issue des plateformes numériques. Cette double carence s’explique autant par le souci des auteurs de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, dite directive sur le commerce électronique, de ne pas intervenir en matière de fiscalité, que par l’apparition des plateformes numériques, nouveaux acteurs du commerce électronique.

358. – Les caractéristiques spécifiques du commerce électronique²⁸⁹, en particulier la non-localisation des activités de l’entreprise, s’accordent mal avec les règles fiscales, lesquelles s’appuient essentiellement sur des principes cherchant à déterminer un lieu géographique où taxer l’entreprise.

359. – Le lieu d’implantation physique d’une cyber-entreprise ne revêt pas, à la différence du commerce « classique », une importance majeure. Le cybercommerçant, qui ne conditionne pas l’exercice de son activité à la proximité avec les consommateurs de tel ou tel Etat, peut choisir de relever de la loi fiscale de tel ou tel pays, selon son intérêt bien compris. La technique de l’optimisation consiste à privilégier tel Etat, plutôt que tel autre, pour sa législation fiscale jugée plus favorable.

360. – Or ce choix engendre une concurrence faussée entre les entreprises qui ont les moyens d’opter pour un Etat à faible fiscalité - nous les désignerons symboliquement

²⁸⁸ MESTRE J., TIAN-PANCRAZI M.E., TAGLIARINO-VIGNAL N. *et al*, *Droit commercial*, 30^e éd., LGDJ Lextenso, 2016.

²⁸⁹ CHARRIE Julia, JANIN Lionel, « Fiscalité numérique », *France stratégie*, note d’analyse mars 2015, n°26 Consultée sur https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/note-26-fs-fiscalite-numerique_0.pdf

sous le vocable, plus que réducteur, de GAFA pour exprimer leur puissance mondialisée - et les autres, soumises à l'impôt de l'Etat dans lequel elles sont installées - pour des raisons d'implantation historique, par exemple en Europe. Cette interrogation ne se pose donc pas à tous dans les mêmes conditions. L'optimisation par les uns, dans le but unique de réduire l'impôt, permet, par nature, de dégager des fonds et des budgets dont ne disposent pas les autres, ceux qui n'optimisent pas, pour financer l'innovation et la créativité de l'entreprise. Or, dans le monde numérique, si l'innovation, technique ou organisationnelle, est le moteur du développement, elle est aussi un aspirateur inlassable de ressources financières : lui en procurer davantage confère un avantage déterminant sur le marché à celui qui en bénéficie. Par ailleurs, moins d'impôt permet aussi à l'entreprise de proposer des biens ou des services à des prix réduits par rapport à ses concurrents. En cela, la concurrence faussée menace, puis élimine à terme, les entreprises n'optimisant pas, faute d'innovation et de prix compétitifs.

361. – Si la concurrence est le corollaire de la liberté du commerce, il ne devrait pas s'agir, selon la théorie économique libérale, d'une concurrence de nature fiscale, mais seulement fondée sur les qualités intrinsèques du produit ou du service, telles que reconnues par le marché. C'est pourquoi des corrections s'imposent pour adapter les textes au nouveau mode de commerce par voie électronique. Si des dispositions en matière d'impôt indirect, principalement, ont déjà fait l'objet de substantielles modifications ayant rendu la concurrence plus juste, d'autres restent cependant à définir afin qu'elle ne soit pas faussée par la fiscalité (Chapitre 1).

362. – A la suite de la première révolution née de l'émergence du commerce électronique et des pratiques qu'elle a induites dans les façons de vendre et de consommer, une autre révolution a consacré l'apparition d'un acteur d'un nouveau type au sein de la transaction commerciale, n'ayant historiquement reliée jusque-là que le commerçant à son client. Il s'agit de la plateforme numérique, ou place de marché. Aux prémices du développement du commerce électronique nul ne pouvait préjuger de l'essor fulgurant de ce nouvel entrant. Qu'il s'agisse des plateformes ayant un rôle d'intermédiation, mettant simplement en contact un vendeur et un consommateur, ou de celles jouant un rôle complémentaire d'organisateur de la transaction au point de devenir prestataires de services, elles assurent toutes, par leur visibilité unique, celle du commerçant. Certaines de ces plateformes sont devenues, en quelques années, à ce point incontournables que leur poids leur procure, dans cette nouvelle relation commerciale, un avantage important, pouvant laisser redouter des pratiques qualifiées d'anticoncurrentielles : abus de position dominante,

déséquilibre significatif dans la relation commerciale. Favoriser, au sein du marché, son propre écosystème ou réduire la visibilité d'autres acteurs nuit à une concurrence saine donc à la liberté du commerce, en freinant l'émergence de nouveaux intervenants. Or le droit peine à réguler ces pratiques en s'appuyant sur les règles de concurrence établies, peu adaptées à ce cadre nouveau, donc délicates à mettre en œuvre. Aussi, face au risque de pratiques anticoncurrentielles de certaines plateformes numériques, mettant en danger la liberté du e-commerce, le législateur européen construit un projet de Règlement imposant plus de transparence dans la relation commerciale entre la plateforme et son utilisateur professionnel (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

UNE CONCURRENCE FAUSSÉE PAR UNE FISCALITÉ INADAPTÉE

363. – En France, la fiscalité est basée sur des principes, immuables depuis la Révolution, qui apportent la sérénité et la sécurité nécessaires à la matière. Le principe de la légalité, fixé par la Constitution, conditionne l'existence de l'impôt au vote du Parlement, ôtant ainsi toute notion d'arbitraire. Le principe de l'égalité, posé par la Déclaration de 1789²⁹⁰, empêche tout favoritisme ou toute discrimination de l'impôt. Enfin, le principe de la neutralité, pris dans un sens large, permet d'éviter que l'impôt n'influence les décisions des agents économiques, sa finalité étant ici d'éviter toute distorsion de concurrence - la concurrence garantissant la liberté d'entreprendre -, entre cyber-commerçants aussi bien qu'entre commerçants traditionnels et commerçants numériques.

364. – La fiscalité n'a pas vocation à être utilisée par les entreprises comme un outil de concurrence remettant en cause la liberté d'entreprendre de chacune. La liberté du commerce est le corollaire d'une libre concurrence reposant, théoriquement, sur l'innovation, la créativité, la recherche, et elles seules. Pourtant, l'inadaptation du droit fiscal fait de la fiscalité l'instrument de concurrence qu'elle ne doit pas être, alors même que l'entreprise n'en maîtrise aucun ressort, mais qu'elle en supporte les conséquences sans moyen d'action à lui opposer. Ne pas subir la fiscalité de façon égale nuit à la concurrence entre entreprises, donc à la liberté du commerce.

365. – La fiscalité de l'entreprise s'est construite sur le schéma de l'économie classique et du commerce « traditionnel » en particulier. La taxation indirecte des transactions et celle, directe, des bénéfices s'appuient sur des principes depuis longtemps mis en place, tenant compte d'une part d'un commerce, ou d'une entreprise, physiquement attaché(e) à un lieu géographique déterminé et, d'autre part, d'une relation commerciale bipartite, entre un vendeur et un consommateur. Or, le marché du commerce électronique possède des caractéristiques bien différentes : la nécessité de points fixes proches du consommateur ne s'impose plus et le lien commercial se noue désormais le plus souvent à trois, les deux acteurs historiques étant mis en relation par un troisième, la plateforme. Cette forme d'évolution des « règles du jeu » explique l'inadéquation actuelle de la fiscalité : elle

²⁹⁰ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, art.13.

repose encore largement sur des éléments physiques « d'un autre âge », facilement contournés par des entreprises d'activité transfrontière - « multinationales » en particulier - disposant des moyens techniques et financiers leur permettant d'assurer cette optimisation fiscale qui engendre une concurrence faussée.

366. – Il s'agit donc, au nom de la liberté du commerce électronique, de corriger ce qui dans la fiscalité entrave cette liberté, par la nécessaire adaptation du droit fiscal au monde numérique. Si le caractère transfrontalier du commerce électronique rend, de fait, peu efficace toute correction au niveau national, l'harmonisation européenne est la seule réponse appropriée, à défaut d'un accord international.

367. – Il est d'usage de diviser le droit fiscal en fiscalité indirecte - TVA, essentiellement - et directe - visant la taxation des bénéficiaires, chacune ayant ses règles propres. Le commerce électronique est soumis aux mêmes règles de droit fiscal que le commerce « traditionnel », selon les mêmes principes généraux. Pourtant, sans considération pour les pratiques d'un monde nouveau, ces principes offrent parfois la possibilité d'optimiser excessivement la fiscalité directe ou indirecte dans le marché de la vente en ligne, en procurant un avantage indéniable aux entreprises qui y recourent.

368. – L'optimisation fiscale, parfaitement légale, doit être distinguée de l'abus de droit - lui-même illégal -, caractérisé par la création de montages fictifs uniquement destinés à soustraire les bénéficiaires à un impôt, ou les ventes à la TVA. Cependant, si l'optimisation est un moyen pour l'entreprise de réduire la charge fiscale, en pleine légalité, elle devient un abus de droit lorsque le montage juridique est mis en place dans l'unique but de détourner un texte fiscal. Selon M. Cozian « l'abus de droit est le châtiement des surdoués de la fiscalité. Bien évidemment, ils ne violent aucune prescription de la loi et se distinguent en cela des vulgaires fraudeurs qui par exemple dissimulent une partie de leur bénéfices ou déduisent des charges qu'ils n'ont pas supportées. L'abus de droit est un péché non contre la lettre mais contre l'esprit de la loi. C'est également un péché de juriste ; l'abus de droit est une manipulation des mécanismes juridiques là où la loi laisse la place à plusieurs voies pour obtenir un même résultat ; l'abus de droit, c'est l'abus des choix juridiques »²⁹¹.

369. – Nous nous attacherons à démontrer en quoi les principes traditionnels en matière fiscale se sont tous révélés inadaptés au monde numérique. En matière de fiscalité

²⁹¹ COZIAN Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4ème éd 1999, Litec Lexis Nexis, 2016, 494 p. ISBN : 2711004716.

indirecte, l'Union européenne est finalement parvenue, après de longs attermolements, à se doter de règles nouvelles applicables au sein de tous les Etats membres (Section 1). Il reste cependant à mettre en œuvre un travail équivalent en matière de taxation des bénéfices, cette construction ne pouvant toutefois aboutir à « marginaliser » la vente en ligne en lui donnant à supporter une taxation supplémentaire, ou excessive, en comparaison du commerce « traditionnel », ce qui aurait pour conséquence désastreuse de freiner sa croissance et son développement (Section 2).

SECTION 1 – LES RÈGLES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ INDIRECTE

370. – Les règles traditionnelles relatives à la taxation à la TVA ont pu fausser la concurrence entre entreprises du e-commerce en permettant une fraude et une optimisation fiscales lors des transactions européennes (§1). L'adaptation, partielle, de ces règles, est fonction de la réponse à la question : où faudrait-il taxer la transaction pour assurer l'équité fiscale ? (§2).

§1: LE PROBLÈME DU LIEU D'IMPOSITION DES TRANSACTIONS GÉNÉRANT LA TVA

371. – La TVA, impôt indirect, est une taxe sur la consommation prélevée sur la plupart des biens et des services, née en France dans les années 1950²⁹². Les biens et les services numériques vendus en ligne ne sont pas exclus de son champ.

372. – En France, l'article 256 I du Code général des impôts pose le principe général de soumission à la TVA des livraisons des biens et des prestations de services effectués à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel. Les articles 258 A et 258 B et suivants dudit code déterminent la territorialité de l'impôt. Compte tenu de l'importance prise dans l'Union européenne par les ventes transfrontières au sein du marché unique, un droit européen, venu s'ajouter au droit national, règlemente les transactions entre Etats membres.

373. – En France, le régime de la TVA²⁹³ issu de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007, transposant la Directive du 28 novembre 2006²⁹⁴, posait problème en matière d'économie numérique.

374. – Les règles de taxation étaient soumises à de nombreuses exceptions : elles variaient selon la nature de l'opération - vente de biens ou prestation de services, prestation de service classique ou service électronique -, la qualité des opérateurs - assujettis ou non à la taxe - et le lieu de l'opération - intracommunautaire ou avec un pays tiers. En considération de tous ces éléments, rendant complexes la fiscalité indirecte, un produit ou un service était soumis, ou non, à la TVA française.

²⁹² COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, CHADEFaux Martial, *Précis de fiscalité des entreprises*, Lexis Nexis. 2013/2014, coll. Précis fiscal, p.453, ISBN : 978-2-7110-1769-0.

²⁹³ CGI, art. 258 A, 258 B et s.

²⁹⁴ Directive 2006/112/C du 28 novembre 2006 relative au système commun de TVA.

375. – En particulier, poser le principe selon lequel le lieu de taxation de la TVA est le lieu d'établissement de l'entreprise - le pays d'origine - s'est révélé un encouragement à l'optimisation, voire à la fraude. En effet, déterminer le lieu d'imposition obligeait à distinguer entre les livraisons de marchandises (article 258 A I-2^e CGI) et les prestations de services (article 259 et suivants CGI), entre les transactions opérées entre assujettis et celles liant assujetti à non-assujetti... Ces règles se référant à une notion de lieu d'imposition variable - le pays d'origine ou celui de destination -, déjà complexes à mettre en œuvre dans le commerce traditionnel - compliquaient davantage encore la taxation de vente de biens et, surtout, celle de prestation de services électroniques (vente films, musiques...), lesquels pouvaient être vendus aux consommateurs français par un site installé à l'autre bout de la planète, soumis à une autre fiscalité, plus favorable. Ce principe de taxation dans le pays d'installation du *vendeur* posait le problème majeur en matière de vente en ligne, celui du « shopping fiscal », ou « dumping fiscal », façon pour l'entreprise de livrer son activité à l'Etat le mieux-disant fiscal, cette facilité d'optimisation créant une concurrence pouvant être analysée comme déloyale vis-à-vis des entreprises n'optimisant pas.

§2 : L'ADAPTATION DES RÈGLES D'ASSUJETTISSEMENT À LA TVA

376. – Face à ce constat, l'Union européenne a procédé à une adaptation des règles fiscales en deux étapes :

- d'abord par la directive 2008/9/CE du Conseil du 12 février 2008²⁹⁵, transposée par la loi n° 2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010 et le décret n°2010-413 du 27 avril 2010 modifiant l'article 259 B et suivants du code général des impôts²⁹⁶,

- ensuite par la directive 2017/2455 du Conseil du 5 décembre 2017, transposée par la loi 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019.

Ces adaptations successives posent le principe de l'assujettissement à la TVA de la transaction électronique principalement dans le pays du *consommateur*, aboutissant ainsi à

²⁹⁵ Directive 2008/8/CE du Conseil du 12 février 2008 définissant les modalités de remboursement de la TVA.

²⁹⁶ BOI-TVA-CHAMP-20-50-40-20141016, TVA- champ d'application et territorialité- lieu des prestations de services- dérogations aux règles générales afférentes à des prestations de services fournis à des personnes non assujetties. BOI-TVA-CHAMP-20-50-50 au XI §340 à 460.

une équité fiscale entre les entreprises, quel que soit leur lieu d'établissement, leur assurant une concurrence plus saine sur le marché²⁹⁷.

377. – Néanmoins quelques failles subsistent, lesquelles permettent à certains de bénéficier d'une optimisation fiscale faussant la concurrence.

Une adaptation en deux temps

378. – A compter du 1^{er} janvier 2015 - date d'application de la directive -, une première étape a modifié les règles concernant le lieu de taxation des services électroniques (et eux seuls) : la TVA revient, sauf exceptions, à l'Etat du lieu de consommation. En effet, dans le cadre du « paquet TVA », la directive 2008/9/CE du Conseil du 12 février 2008 a instauré de nouvelles dispositions pour éviter les installations des cyber-entreprises dans les Etats fiscalement avantageux en la matière²⁹⁸ et rétablir dès lors une concurrence loyale. A cette date, toute vente de *services électroniques*²⁹⁹ (et uniquement ceux par voie électronique, c'est-à-dire fortement automatisés) par une entreprise (européenne ou non) à un particulier (non assujetti à TVA) ayant son domicile ou sa résidence habituelle dans un Etat membre, est soumise à la TVA de l'Etat de *ce pays de résidence* - règle du pays de destination - et non plus, comme précédemment, à celle de l'Etat de l'établissement fiscal de l'entreprise vendeuse - règle du pays d'origine. Ainsi un particulier domicilié en France³⁰⁰, qui achète un service électronique (téléchargement de livre, disque, etc.) en Allemagne, verra ce service soumis à la TVA française de 20 %. Cette disposition ne permet plus à une entreprise installée, par hypothèse, au Luxembourg, de proposer des prix de vente inférieurs - en l'occurrence de 3 points - aux prix français par un simple « effet TVA ». Afin de faciliter les démarches administratives, le guichet unique - *one stop shop* - est mis à la disposition des entreprises. Le consommateur, lui, pourrait ne pas se satisfaire de cette

²⁹⁷ V. GUILLAND Nicolas, *La TVA et services électroniques : l'appréhension de l'immatériel par la fiscalité indirecte*, Rapport de recherche – Master 1 droit des affaires, Faculté de Droit et Science Politique Aix Marseille, 2014-2015.

²⁹⁸ Le taux de TVA est de 17% au Luxembourg.

²⁹⁹ Services fournis par internet ou voie électronique sans livraison de biens corporels définis la directive du 7 mai 2002.

³⁰⁰ Pour que l'Etat du domicile de l'acheteur européen récupère le montant de la TVA payé par le consommateur, une procédure a été mise en place. En effet, le consommateur n'a aucune démarche à effectuer, seuls les prestataires d'e-services devront reverser la TVA encaissée par l'intermédiaire d'un mini-guichet unique MINI ONE-STOP SHOP (MOSS). Ce mini-guichet MOSS a été conçu afin d'éviter aux entreprises de créer un compte au niveau de chaque Etat membre dans lequel un service est vendu, une seule déclaration étant nécessaire. De même, les entreprises non européennes qui vendent des services numériques à des consommateurs européens peuvent s'immatriculer à la TVA dans un seul Etat membre de l'UE même s'ils ont des clients domiciliés dans plusieurs Etats membres. Toute identification sur le mini-guichet unique se fait par voie électronique à partir du site gouvernemental.

évolution... qui lui coûte cher, mais ce principe, qui évite l'optimisation fiscale de la TVA, met sur un pied d'égalité toutes les entreprises quel que soit leur lieu d'établissement³⁰¹.

379. – Une deuxième étape a ensuite été franchie avec la directive 2017/2455 du Conseil du 5 décembre 2017³⁰² modifiant la directive 2006/112/CE et la directive 2009/132/CE en ce qui concerne certaines obligations en matière de taxe sur la valeur ajoutée applicables *aux prestations de services et aux ventes à distance de biens*. Les nouvelles dispositions de la directive du 5 décembre 2017, transposée partiellement en France par la loi n°2018-1317 de finances pour 2019, permettent de réinstaurer une certaine équité entre acteurs du e-commerce et de faciliter la vente transfrontière des microentreprises et des PME. Le nouveau régime doit être ainsi compris :

- *en matière de vente de services électroniques* (biens immatériels : streaming, etc.) à des consommateurs de l'union européenne, un seuil unique, commun à tous les Etats membres, de 10 000 € annuels de chiffre d'affaires est institué pour fixer les règles concernant où régler la TVA, aucun Etat membre ne pouvant plus, comme par le passé, se différencier sur le montant de ce seuil. Le cybercommerçant taxe les ventes de biens et de services aux consommateurs dans l'Union européenne au taux de TVA de son *lieu d'établissement* jusqu'à ce montant de chiffre d'affaires de 10 000 €. Au-delà, c'est la TVA de l'Etat du *lieu du domicile du consommateur* qui est perçue, cette disposition étant rendue applicable au 1er janvier 2019. Afin de faciliter les démarches administratives le guichet unique du lieu de résidence de l'entreprise pourra être utilisé. La taxation au lieu du pays de destination évite toute optimisation fiscale agressive au sein de l'Union : les entreprises réalisant des chiffres d'affaires importants payeront la TVA au lieu de résidence du consommateur, la nouvelle règle ne leur permettant plus de choisir les Etats membres à faible taux. Quant aux plus petites structures, elles sont encouragées à exercer le commerce électronique par cette obligation, plus simple à gérer pour elles, du paiement de la TVA jusqu'à 10 000 € dans leur propre Etat. Par ailleurs, dans le cadre de la fourniture de services électroniques ne dépassant

³⁰¹ Monsieur KOVACS, membre de la Commission chargé de de la fiscalité et de l'Union douanière a déclaré « *Je me félicite que le changement des règles concernant le lieu de prestation de services garantira une plus grande égalité de traitement pour les entreprises fournissant des services dans l'ensemble de la Communauté. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les services qui peuvent être fournis à distance, pour lesquels, en raison des règles actuelles, des entreprises se sont implantées dans les pays ayant de faibles taux de TVA, ce qui a entraîné une diminution des recettes pour certains Etats membres* ».

³⁰² Ladite Directive faisant partie du Paquet TVA adopté par le Conseil le 5 décembre 2017 comprenant :

- la Directive (UE) 2017/2455 du Conseil.
- le Règlement (UE) 2017/2454 du Conseil.
- le Règlement d'exécution (UE) 2017/2459 du Conseil.

pas 100 000 € le professionnel n'aura à apporter qu'une preuve unique démontrant le lieu de résidence de son client.

- *en matière de livraison de biens et services en ligne*³⁰³ à des consommateurs de l'union européenne, ce même seuil est instauré : au-delà de 10 000€ de chiffre d'affaires la TVA applicable est celle du pays de livraison de la marchandise ou du lieu de la prestation de service. Ce montant de 10 000 € annuels étant très modeste pour une activité commerciale, c'est donc, la plupart du temps, la TVA de l'Etat du consommateur qui s'applique. Ainsi, aussi bien pour les prestations de services électroniques que pour les livraisons de biens en ligne, il est tenu compte d'un seuil identique dans tous les Etats membres.

380. – L'entreprise qui recherchait jusque-là l'optimisation fiscale en matière de TVA n'a plus intérêt ni à faire transiter les produits vendus par les Etats anciennement à taux de TVA faibles ni à s'y installer pour profiter de leur TVA modeste en tant qu'Etat du lieu d'expédition, la taxe désormais applicable étant celle *du pays de destination et non plus celle du pays d'origine*. Cette nouvelle règle assure une équité fiscale favorable à la concurrence au sein du marché - autant qu'elle supprime la concurrence fiscale entre Etats.

381. – Dans ce même souci d'équité fiscale, les ventes à distance de biens importés de pays tiers vers une personne non assujettie domiciliée au sein de l'Union européenne seront soumises à la TVA du pays de destination. L'exonération actuelle pour les importations déclarées de faible valeur, inférieures à 22 €, est supprimée, réduisant ainsi la possibilité de fraude.

382. – Au service du même objectif de juste concurrence, ce texte évite la soustraction à la TVA de certains acteurs du commerce électronique en soumettant la collecte de l'impôt au nouvel intermédiaire de la transaction commerciale : la plateforme ou la place de marché. La directive prend en effet en compte, pour la première fois, les nouvelles façons de vendre et de consommer : de nombreux e-commerçants travaillent par le biais d'une plateforme, d'une place de marché, pour vendre leurs biens ou leurs services à distance. Cet acteur, désormais prépondérant dans l'évolution du commerce électronique, est mis à contribution par la nouvelle directive dans la collecte de la TVA. Alors qu'un rapport³⁰⁴ préconisait la mise en place d'une taxation sur les flux financiers, les auteurs de

³⁰³ Le régime est étendu à la vente de biens et non plus aux seuls services numériques.

³⁰⁴ Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, COLLIN Pierre, COLIN Nicolas, janv. 2013, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, disponible sur :

la directive ont considéré que la plateforme doit être réputée recevoir et livrer les biens elle-même, à la place du commerçant vendant par son intermédiaire. Dès lors elle collecte la TVA sur la vente effectuée sur son site et le reverse à l'Etat du consommateur, l'Etat lui sous-traitant en somme la collecte de l'impôt.

383. – L'obligation de la plateforme varie en fonction du lieu de livraison du bien : si le bien est importé - la livraison démarrant depuis un pays tiers - et livré à un consommateur dans l'Union européenne, la plateforme collecte alors la TVA sur toutes les ventes de biens d'une valeur inférieure à 150 €. Au-delà de ce seuil, le cybercommerçant devra, comme à ce jour, procéder à la déclaration douanière. Or les douanes sont envahies de colis et ne peuvent contrôler la valeur de chacun. En recourant à ce nouveau principe le panier moyen est, de fait, soumis à la TVA collectée par la plateforme alors qu'il pouvait jusque-là lui échapper. Enfin, si le bien est livré depuis l'union européenne à un consommateur européen par un vendeur non établi dans l'Union - lequel pouvait jusqu'alors échapper à la TVA - la plateforme collecte désormais la TVA sur tous les colis, quelle qu'en soit leur valeur.

384. – La contribution demandée aux plateformes peut, certes, être critiquée, mais le consensus trouvé par les Etats membres afin de modifier en profondeur les modalités de taxation à la valeur ajoutée devrait être efficace en permettant de taxer tous les produits ou services vendus au consommateur - français par exemple - au même taux. En freinant le recours à l'optimisation fiscale, le législateur permet aux acteurs de se livrer à une concurrence juste et non plus faussée par les règles fiscales.

385. – Si ces dispositions, dans leur majorité, ne seront applicables qu'au 1er janvier 2021, laissant aux Etats membres le temps nécessaire à la transposition de la directive dans leurs législations, l'Etat français a pour sa part déjà transposé partiellement la législation européenne dans la loi de finances 2019.

386. – En résumé, un cadre juridique nouveau est établi, fixant des principes de taxation dans le pays de destination similaires dans tous les Etats membres. L'optimisation fiscale sur le fondement des règles de TVA, ainsi découragée, produira moins d'impact sur la concurrence entre professionnels du commerce électronique.

La persistance de certaines failles

387. – L'apport de la réforme est capital. Cependant, quelques points spécifiques mériteraient une attention complémentaire pour que la fiscalité relative à la TVA ne soit définitivement plus un outil de concurrence :

388. – - Si tous les Etats membres ont certes adopté le même régime, il est toutefois regrettable qu'aucun consensus n'ait été trouvé quant à un taux unique de TVA au sein de l'Union, un taux *plancher* de 15% ayant seulement réuni l'unanimité du Conseil.

389. – - Par ailleurs, certaines transactions, ne passant pas par l'intermédiaire d'une plateforme, n'ont pas été adaptées, en particulier *les échanges extracommunautaires* appelés importations ou exportations de biens avec *un pays tiers*, régis, en France, par les articles 291 I et suivants du Code général des impôts. Ces textes prévoient que les importations en provenance de pays tiers sont soumises à la TVA française, les exportations vers des Etats tiers étant fréquemment exonérées. Le principe de droit commun - purement déclaratif, par le vendeur, de la valeur du produit entrant sur le territoire français - ne permet pas de contrôler son exactitude, ce qui assure une évaporation considérable de la base taxable à la TVA. En considérant que 37 millions de colis postaux sont arrivés à l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle en 2014, auxquels s'ajoutaient 3,5 millions de colis express, il est évidemment impossible pour l'administration des Douanes de vérifier le contenu de chacun et la conformité de la déclaration de sa valeur. Il est alors tentant de minimiser la valeur des biens, ce qui conduit à payer un minimum de TVA, donc à pouvoir commercialiser des produits à des prix réduits, ce type de manœuvre portant préjudice à toute entreprise concurrente qui ne s'y livre pas, au prix d'une entrave à son propre développement.

390. – - Même si notre étude porte sur la relation B to C, il convient d'évoquer un problème, non plus d'optimisation, mais d'éventuelle fraude fiscale facilitée par Internet lors de la vente entre professionnels d'Etats membres de l'Union Européenne. En effet, dans ce cadre, la vente de biens, en ligne ou non, est exonérée de TVA : l'acheteur règle une facture hors taxe au vendeur et devient redevable de la TVA au taux de son Etat national. Ce principe peut être détourné, pour favoriser un type de fraude dénommé *carrousel*³⁰⁵ qui, au-delà de

³⁰⁵ Elle s'organise entre plusieurs entreprises, soit pour obtenir le remboursement d'une TVA, pourtant non payée en amont, soit pour réduire le montant de l'impôt à payer, créant dans tous les cas une concurrence déloyale, puisqu'un produit supportant 20% de taxe supplémentaire est nécessairement moins attractif pour le consommateur que le même produit ne les supportant pas. Le mécanisme de cette fraude consiste à créer une chaîne de sociétés, établies sur plusieurs Etats membres, organisant artificiellement entre elles des acquisitions et des livraisons intracommunautaires, voire des

son illégalité, crée une vraie distorsion de concurrence. Depuis la création du marché unique européen la fraude à la TVA de ce type s'est multipliée dans le domaine du commerce électronique³⁰⁶.

391. – Imaginons un fournisseur basé en Allemagne qui vend 100 € à une société taxi en France : s'agissant d'une livraison intracommunautaire la société allemande facture sans TVA. La société taxi, sans activité réelle, appelée à rapidement disparaître, revend 80 € et crée une TVA à 20 % soit 16 €, sans verser la TVA ni établir de déclaration fiscale. La troisième société, enfin, qui déduit 16 € de TVA ou en demande le remboursement au Trésor public, constitue le principal bénéficiaire du circuit frauduleux³⁰⁷.

392. – Face à l'importance de la fraude à la TVA, notamment de type carrousel, certains Etats, dont la Belgique, ont mis en place un système informatique spécifique, capable de détecter les dossiers douteux, qui, joint à un partage d'informations, a fait baisser considérablement l'évasion. En France, la Commission des Finances du Sénat a proposé en 2015 d'instaurer un prélèvement à la source de la TVA lors de chaque achat en ligne, en suggérant que la banque du client prélève la TVA afférente au produit et la reverse sur un compte du Trésor, mais cette idée n'a pas été retenue à ce jour. Une réponse à la fraude est apportée par des contrôles fréquents mis en place par les Etats. La Direction générale des Finances Publiques³⁰⁸ a publié sur son site les indices permettant à toute entreprise de repérer les fournisseurs à risque. Lorsqu'il est démontré que l'acquéreur savait, ou ne pouvait

importations et exportations, dont le seul but est une création de pures facturations, créant artificiellement des droits à déduction de TVA : les marchandises existent, ou non, circulent, ou non, mais les sociétés éphémères et/ou fictives - dénommées *taxis* - créent de la TVA en facturant des échanges. Ce type d'organisation nécessite la présence d'au moins trois sociétés : le fournisseur (A), installé dans un Etat membre, vend un bien *hors taxe* (la vente intracommunautaire étant exonérée) au taxi (B), situé en France, par exemple, sans activité commerciale et n'accomplissant aucune formalité fiscale, seulement chargé de *créer* de la TVA (facturée mais non reversée) en vendant le bien à un troisième acteur (C) à un coût inférieur au coût initial. Cette TVA est alors déduite par (C), ou même remboursée par le Trésor public à son profit. (C), installé en France, peut être un grossiste et fournir une activité - partiellement - réelle. Le produit, bouclant la boucle, peut repartir chez (A) à un prix inférieur et le carrousel tourne encore.

³⁰⁶ DGFP, Fraude TVA de type carrousel, version juin 2014, consulté sur : <http://www.impôt.gouv.fr>

³⁰⁷ CE, 31 juill. 2015, n° 38.5250, SA. rue du commerce.

Le Conseil d'Etat a rejeté un pourvoi formé par le site marchand « rue du commerce » et a ainsi confirmé un redressement fiscal de 2,5 millions d'euros après une longue procédure contentieuse pour fraude à la TVA, type carrousel, qui avait démarré en 2000. La fraude portait sur la vente de CD et DVD vierges achetés par la cyber-entreprise à des sociétés taxis, immatriculées en France, qui donnaient l'occasion au site marchand de se faire rembourser la TVA par le Trésor public. Quant aux sociétés taxis, simples adresses de domiciliation, sans présence humaine ou de matériels qui auraient permis de stocker des produits, elles disparaissaient facilement - sans jamais régler la TVA en amont. En l'occurrence, c'est bien la revente par les taxis au site marchand « rue du commerce », à des prix inférieurs à leur propre prix d'achat, qui caractérisait le système frauduleux de l'arnaque à la TVA.

V. aussi CAA, Paris, 5^e ch., 29 mars 2007, n°04PA01833, *Revue de Droit Fiscal*, 26 juil. 20107, n°30-25.

V. aussi CAA, Versailles, 24 juin 2014, n°12VE01317

V. aussi TA Montreuil, 26 janvier 2012, n°1002294.

³⁰⁸ DGFP, publication juin 2015, Fraude TVA type carrousel -mesures préventives pour se prémunir contre ce type de fraude- indices permettant de repérer des fournisseurs à risque, consulté sur :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgfp/controle_fiscal/procedes_fraude/5_fraude_tva_type-carrousel.pdf

ignorer, que par son acquisition il participait à une fraude, l'Administration peut demander de récupérer la TVA déduite, en plus d'amendes conséquentes³⁰⁹. L'application du Code général des impôts permet d'infliger une amende à la société de vente en ligne, basée sur l'article 1737 I dudit code, égale à 50 % des sommes versées ou reçues au titre des opérations frauduleuses et une enquête pénale est diligentée pour ces fraudes. Seul le contrôle³¹⁰, assorti d'amendes conséquentes appliquées conformément au code, peut apporter une amorce de solution au problème de la fraude à la TVA et, concernant spécifiquement le commerce électronique, à son impact sur les relations concurrentielles entre professionnels au détriment de ceux qui respectent les règles de droit.

393. – Le principe fiscal, donné par le Code général des impôts, selon lequel, hors convention bilatérale, les bénéfices taxables en France sont ceux réalisés dans les entreprises exploitées en France, incite, par cette notion de territorialité, à une possible optimisation fiscale susceptible de fausser le jeu de la concurrence au sein du marché.

³⁰⁹ CGI, art. 272-3.

³¹⁰ Dans ce sens: V. CE, n°385250, 5 juin 2015, S.A. rue du commerce.

SECTION 2 – LES RÈGLES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ DIRECTE

394. – Si le caractère essentiellement transfrontière du commerce électronique favorise les transactions entre Etats membres - ce que le législateur européen encourage -, ce mode de fonctionnement des entreprises commerçantes rend difficile l'application des règles fiscales nationales. Quelle que soit sa nationalité, assujettir une entreprise à l'impôt sur les bénéfices interroge d'abord quant au lieu de ladite imposition. Deux systèmes trouvent à s'appliquer : soit il existe une convention fiscale avec l'Etat du lieu du siège social de l'entreprise qui réalise des bénéfices en France, auquel cas la détermination des conditions de taxation desdits bénéfices dépendra de ladite convention, soit, en l'absence de toute convention, le droit interne s'appliquera.

395. – Dans le cadre d'une activité exercée dans plusieurs Etats, nous nous attachons à la seule hypothèse selon laquelle une entreprise étrangère réalise des bénéfices sur le sol national.

396. – Il s'agit dès lors d'appliquer des règles de « territorialité » de l'impôt.

397. – Pour taxer une entreprise à l'impôt sur les bénéfices, le droit fiscal français recourt au critère du lieu d'exploitation de l'entreprise qui réalise les bénéfices (art. 209-1 du CGI).

398. – Profitant de la difficulté d'établir le lieu indiscutable de leur activité, certaines entreprises choisissent de s'engouffrer dans l'opportunité qui leur est offerte d'« organiser » cette activité au lieu qui leur est fiscalement le plus favorable. Ce faisant, par cette optimisation fiscale, la saine concurrence entre acteurs professionnels du commerce électronique n'est pas assurée : certains se voient soumis à une concurrence faussée pour des motifs purement fiscaux, dont ils ne sont pas les maîtres, qu'ils ne peuvent donc corriger mais dont ils sont victimes.

399. – Aussi convient-il de démontrer en quoi le principe de territorialité de l'impôt fondé sur les pratiques de l'économie traditionnelle ne peut convenir à la taxation des bénéfices réalisés au sein d'une activité de commerce électronique transfrontière (§1). Face à ce constat des corrections urgentes s'imposent (§2).

§1: L'INADAPTATION DU PRINCIPE GÉNÉRAL DU LIEU D'IMPOSITION DES BÉNÉFICES

400. – En l'absence de convention fiscale³¹¹, le principe de territorialité, qualifié d'« exception française »³¹², énoncé à l'article 209-1 du Code général des impôts, conditionne l'assujettissement des bénéfices sur le territoire français à l'exploitation d'une entreprise en France³¹³. De ce principe, découlent des situations dans lesquelles des bénéfices réalisés en France peuvent ne pas être soumis à l'impôt sur les bénéfices français.

401. – En l'absence de convention, le code général des impôts ne précisant pas la notion d'exploitation d'une entreprise, le Conseil d'Etat a développé trois critères pour la définir³¹⁴ : une « exploitation », en France, « s'entend de l'exercice habituel d'une activité commerciale qui peut, soit s'effectuer dans le cadre d'un établissement, c'est-à-dire d'une installation stable, possédant une autonomie propre, soit être réalisée par l'intermédiaire de représentants n'ayant pas de personnalité indépendante, soit résulter de la réalisation d'opérations formant un cycle commercial complet »³¹⁵.

402. – Pour taxer les bénéfices, sur le sol français, d'une entreprise étrangère, il faut donc rechercher s'ils ont été réalisés dans le cadre de l'exercice habituel d'une activité qui peut soit s'exercer dans le cadre d'un établissement stable autonome³¹⁶, soit par l'intermédiaire de représentant sans personnalité professionnelle indépendante, soit encore en effectuant des opérations formant un cycle commercial complet³¹⁷.

403. – L'*établissement stable* en France³¹⁸ s'analyse comme réclamant la présence *physique* de l'entreprise sur le territoire, qu'il s'agisse de locaux, de machines ou de salariés. Cette notion suppose un caractère de permanence et d'autonomie³¹⁹. Dans ce sens,

³¹¹ Rappelons que ce principe de territorialité peut être évincé par des conventions bilatérales, conclues par la France avec d'autres Etats afin d'éviter les doubles impositions : en 2016, la France comptait 120 conventions internationales de ce type, principalement sur le modèle des conventions de l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE).

³¹² Par opposition au système de mondialité retenu par d'autres Etats.

³¹³ BOI-IS-CHAMP-60-10-10 n°50, 27-6-2014.

³¹⁴ *Lamy optimisation fiscale de l'entreprise*, Lamy, partie 4, n°409-5.

³¹⁵ Définition donnée par la jurisprudence et reprise par une réponse ministérielle :

V. CE 23 JUIN 1978, n°99444, *RJF* 9/78 n°343.

Réponse ministérielle de M. Jean VALLEIX du 25/2/1980 n°26341 JO du 22/09/1980, consulté sur archives.assemblee-nationale.fr/6/qst-1980-09-22.pdf

³¹⁶ PERRETIN Florian, HAAS Gérard, « La notion d'établissement stable : une aubaine pour les GAFA ? », <https://www.haas.avocats.com>

³¹⁷ Rappelons que ce principe de territorialité supporte certaines dérogations telles que la taxation des bénéfices des filiales.

³¹⁸ Réponse ministérielle, de M. de CHAZEAX, JO Question du 26 octobre 1998, p 5849.

³¹⁹ CE 22 déc.1982, n° 26338, *RJF* 2/83 n° 185.

CE, 18 oct.2018, n°405468, *BF*, 1/19 inf. 23 ; *Bull.Joly Sociétés*, 1^{er} avril 2019, n°4, p.45, chron. GUTMANN Daniel. BOI-IS-CHAMP-60-10-10 n°90 à 110, 27-6-2014.

constituent des établissements stables les sièges sociaux, les ateliers, les usines, les succursales, les magasins, les agences, etc. Ainsi une société suisse disposant d'un bureau et d'un personnel qualifié sur le territoire français et y réalisant une partie de son bénéfice, dispose d'un établissement stable³²⁰. L'activité commerciale du *représentant*, laquelle soumettra les bénéficiaires à une taxation française, nécessite que celui-ci soit en France de manière permanente, sans personnalité professionnelle distincte de l'entreprise, agissant comme un préposé. Enfin une entreprise peut être taxée en France, même si elle ne détient pas d'établissement stable sur le sol national, ni de représentant, dès lors qu'elle réalise *un cycle commercial complet*, c'est-à-dire un ensemble d'activités³²¹.

404. – Dans le cas où une convention fiscale est signée par l'Etat français avec un autre Etat, dans lequel est fixé le siège d'une société étrangère, ladite convention retient fréquemment la notion d'établissement stable comme critère de rattachement territorial des bénéficiaires³²². De nombreuses conventions font référence au Modèle de convention fiscale établi par l'OCDE qui lie le rattachement territorial des bénéficiaires à l'existence d'un *établissement stable*³²³, défini comme une « installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ³²⁴», visant, notamment, les succursales, les ateliers, les usines, les bureaux, les sièges de direction.

405. – Conformément aux critères établis par la jurisprudence ou l'OCDE, une entreprise étrangère disposant en France d'un établissement dit autonome peut être soumise à une taxation de ses bénéfices réalisés sur le sol national. Le corollaire de cette affirmation exprime que *sans* cet établissement stable aucune taxation ne saurait lui être imposée. C'est précisément cette opportunité d'échapper à l'impôt que nous qualifions d'optimisation fiscale : si l'entreprise peut faire en sorte de ne *pas* posséder un tel établissement en France, elle n'y paiera pas l'impôt, alors même qu'elle y développe une activité commerciale avec le consommateur français. Organiser l'implantation de l'établissement stable représente la concrétisation pratique du « shopping fiscal ».

³²⁰ TA, Dijon, 16 avril 2002, n° 98-7130.

³²¹ CE, 15 juin 1942, n° 72013.

³²² Collectif, sous la direction de LOYER Sylvie et al., *Fiscal 19*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2019, n°35745.

³²³ OCDE, Modèle de convention fiscale, 22 juil. 2010.

Art. 7 : « Les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices qui sont attribuables à l'établissement stable conformément aux dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre Etat ».

³²⁴ OCDE, Modèle de convention fiscale, 22 juil. 2010, art.5.

406. – Conditionner l’assujettissement à l’impôt à une notion de rattachement géographique³²⁵ n’est pas adapté à la spécificité du commerce électronique dont nous avons exprimé que sa nature même - ubiquitaire et transfrontière - rend la détermination de la localisation du cybercommerçant complexe, et plus complexe encore s’il cherche à l’organiser à son profit fiscal³²⁶.

Une règle de territorialité facilement contournable dans le monde numérique

407. – Les critères de territorialité, qu’ils soient fournis par la jurisprudence, ou l’OCDE dans le cadre d’une convention fiscale, sont rendus inopérants dans l’activité commerciale numérique parce qu’ils font référence à une présence *physique* sur le territoire français - aussi parfaitement possible que parfaitement hypothétique - de professionnels du e-commerce dont l’exploitation survole les territoires depuis un « camp de base » aisément déplaçable. Certaines entreprises choisissant d’adopter une politique fiscale optimisée ont très facilement la possibilité de contourner les trois critères exigés pour qualifier une exploitation d’entreprise sur le sol national et ainsi échapper à l’impôt.

408. – Dans le cadre d’une transaction entièrement dématérialisée, la présence physique d’un établissement sur le sol national peut ne pas être indispensable, sans que cette absence n’empêche en rien de se livrer à toute activité commerciale avec le consommateur français. Le cybercommerçant a principalement besoin, pour exercer son activité, d’un site commercial marchand. Celui-ci est hébergé sur un serveur, qui lui appartient, ou non, situé dans l’Etat de son lieu de résidence, ou dans un autre, lui permettant de conclure des ventes avec les consommateurs du monde entier. L’ensemble constitue une somme d’acteurs nombreux et un faisceau foisonnant de lieux d’activité. Il convient donc d’étudier successivement chaque élément spécifique afin de déterminer s’il peut ou non représenter un établissement stable.

409. – Un *site web* ne peut, à lui seul, être considéré comme un établissement stable dès lors qu’il s’agit d’une simple combinaison de logiciels et de données numériques³²⁷, dépourvue de toute consistance matérielle : l’immatériel ne peut être un établissement stable. L’établissement stable ne peut être virtuel.

³²⁵ Le principe de territorialité ou le principe d’établissement stable prévoient des rattachements géographiques.

³²⁶ MICHAUD Patrick, «Etablissement stable ET numérique : Où allons-nous ? », *Etudes Fiscales Internationales*, mars 2013, disponible sur www.etudes-fiscales-internationales

³²⁷ Réponse du Ministre de l’économie à la question de M. Olivier de CHAZEAX, JO 30 juillet 2001, p. 4395, question n°56961.

410. – *L'hébergement du site web* ne peut constituer l'établissement stable de la cyber-entreprise qui le sollicite³²⁸.

411. – *Le serveur* présente une certaine fixité. Il ne peut être qualifié d'établissement stable s'il appartient à un tiers indépendant, mais il le devient s'il est exploité, détenu, par la cyber-entreprise. L'administration française exige toujours une présence *humaine* sur les lieux du serveur pour lui reconnaître la qualité d'établissement stable, en écartant, néanmoins, ce critère dans les seules situations (exceptionnelles) où il apparaît possible de démontrer que les fonctions typiques liées à une vente (la conclusion de contrats avec les clients, le traitement du paiement, la fourniture en ligne de services, etc.) sont effectuées de manière complètement automatique par l'équipement informatique là où il est installé.

412. – Si l'entreprise étrangère dispose d'une réelle présence physique sur le territoire, elle a toute latitude pour contourner l'exigence de la jurisprudence quant à l'autonomie véritable demandée à l'établissement stable. Le Tribunal Administratif de Paris a jugé que la société française GOOGLE France SARL, installée en France, ne constituait pas un établissement stable de la société irlandaise GOOGLE IRELAND Ltd, à laquelle elle fournissait des services marketing et un soutien à la vente, faute de disposer d'une autonomie juridique suffisante³²⁹. Par un arrêt du 25 avril 2019, la Cour administrative d'appel de Paris³³⁰ confirme la décision du Tribunal administratif. La société GOOGLE IRELAND LIMITED échappe ainsi à toute taxation sur le sol national au motif que son établissement français, ayant besoin de l'accréditation de la société irlandaise, ne détient pas de pouvoir décisionnel autonome. Cet exemple illustre la facilité avec laquelle une entreprise multinationale peut baser son exploitation dans un Etat à faible fiscalité³³¹ - l'Irlande en l'occurrence -, installer une entité juridique dans un autre Etat - la France - et lui consentir un pouvoir partiel, non autonome, afin d'optimiser sa politique fiscale : dans ces conditions,

³²⁸ FONTANEAU, « la notion d'établissement stable et Internet », *Fiscalité européenne et Droit international des Affaires*, n°124, année 2000.

³²⁹ TA, Paris, n°1505113/1-1 du 12 juillet 2017, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

TA, Paris, n°1505126/1-1 du 12 juillet 2017, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

TA, Paris, n°1505147/1-1 du 12 juillet 2017, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

TA, Paris, n°1505165/1-1 du 12 juillet 2017, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

TA, Paris, n°1505178/1-1 du 12 juillet 2017, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

V. comm. in *Actualités du droit*, 18 juil. 2017.

³³⁰ CAA, Paris, 9e ch., 25 avr. 2019, n°17PA03065, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

CAA, Paris, 9e ch., 25 avr.2019, n°17PA03066, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

CAA, Paris, 9e ch., 25 avr.2019, n°17PA03067, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

CAA, Paris, 9e ch., 25 avr.2019, n°17PA03068, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

CAA, Paris, 9e ch., 25 avril 2019, n°17PA03069, sté GOOGLE IRELAND LIMITED.

V.comm.in *Fiscalonline.com*, 25 avr.2019.

³³¹ MICHAUD Patrick, « Etablissement stable virtuel et numérique : où allons-nous ? », *op.cit.*

l'administration fiscale se trouve dans l'impossibilité d'engager des procédures de recouvrement de taxation des bénéfices réalisés sur le sol français. Une problématique du même ordre est soulevée lorsqu'une entreprise exerçant une activité de publicité choisit de faire valider les annonces françaises par sa structure irlandaise...

413. – Une installation, pourtant *physique*, dans laquelle ne s'exerce qu'une activité préparatoire ou auxiliaire n'est *pas* reconnue comme un « établissement stable » : il est donc devenu commun, pour de nombreuses firmes multinationales, d'ouvrir une filiale - dont le serveur muni d'équipements informatiques est certes localisé sur le sol national -, ayant pour unique objet le pur marketing - et non la vente -, activité considérée comme préparatoire ou auxiliaire à la vente, et donc rendue par ce procédé exonérée de toute taxation.

414. – Dépôts et lieux de stockage de marchandises ne constituent pas davantage des établissements stables³³² : alors que, de toute évidence, une activité de commerce en ligne sur un territoire donné réclame, pour assurer les livraisons les plus rapides, un indispensable centre de stockage, géographiquement proche des clients, celui-ci ne constituait pas, jusqu'à il y a peu, un établissement stable, ce qui interdisait de soumettre l'entreprise à l'impôt sur les sociétés du lieu de cet établissement de stockage. Cette situation a été corrigée par la mise à jour des Modèles de convention fiscale de l'OCDE du 21 novembre 2017³³³ laquelle, afin de réduire la tentation d'une fragmentation des activités de vente en ligne, limite la notion d'activité préparatoire et auxiliaire au simple *soutien* d'une activité fondamentale.

415. – Parce qu'il est délicat de rattacher les bénéfices d'une activité numérique à un territoire donné, s'ouvre clairement la possibilité d'une distorsion de la charge fiscale par le biais d'un montage fictif : il est aisé pour une entreprise ne souhaitant pas payer un impôt à l'état français de ne pas installer un serveur, ou tout autre local, sur le sol hexagonal, mais plutôt sur celui d'un Etat à fiscalité réduite, ce choix lui étant parfaitement indifférent dans la mesure où il ne freine en rien son volume d'affaires avec les consommateurs français. Les conséquences de ce choix ne sont, par contre, pas du tout indifférentes à ceux de ses concurrents qui n'ont pas les moyens de l'opérer, créant ainsi une concurrence faussée.

416. – S'il était même reconnu un établissement stable à cette cyber-entreprise, une interrogation nouvelle s'imposerait quant à l'assiette de son imposition aux bénéfices en

³³² Art. 5 du modèle de convention OCDE.

³³³ OCDE, Mise à jour 2017 du Modèle de Convention fiscale, 21 nov.2017.

France : comment évaluer précisément la *part* des profits imposables dans l'Etat où est installé, par exemple, le serveur ? Mettant à profit cette difficulté d'évaluation, certaines sociétés multinationales échappent à l'impôt sur le sol français ou en réduisent volontairement l'assiette. Selon le rapport GREENWICH³³⁴ présenté au Sénat en 2010, des millions d'euros de recettes auraient échappé, en 2008, au fisc français. Le rapport dénonce l'optimisation fiscale de certaines multinationales - eBay, Amazon...- qui ouvrent des filiales nombreuses, profitent de la délocalisation des serveurs et vendent en France, par exemple, mais sont taxées dans un pays bénéficiant d'une fiscalité plus avantageuse : la société Amazon capte un volume d'affaires de 930 millions d'euros sur le territoire français alors que sa filiale française ne déclare qu'un chiffre d'affaire de 25 millions d'euros, au titre de prestations de services logistiques rémunérées par la holding luxembourgeoise.

417. – Dès lors qu'une entreprise peut s'offrir, en quelque sorte, le choix de l'Etat auquel elle paiera son impôt sur les profits, ce choix peut être analysé comme une concurrence déloyale envers ses concurrents et comme une équité rompue à leur détriment, particulièrement lorsqu'il s'agit d'acteurs de taille modeste. Certes l'optimisation fiscale n'est pas interdite et ne se confond pas avec l'abus de droit. Elle engendre pourtant, sans le moindre doute, une concurrence faussée, soit par la restriction d'accès au marché du commerce en ligne de certaines entreprises, soit par l'élimination de certaines autres dudit marché, qui joue en défaveur de la liberté du commerce, objet supposé permanent de l'attention et des faveurs du législateur. Face à cette optimisation agressive, il appartiendrait au législateur, principalement européen, voire aux organisations internationales, d'adapter la fiscalité directe aux nécessités du e-commerce. Encore faut-il qu'ils en aient les moyens et, surtout, la volonté.

§2 : DES CORRECTIONS URGENTES À APPORTER À LA TAXATION DES BÉNÉFICES

418. – Les Etats membres de l'Union européenne ont réussi à se mettre d'accord pour adopter des modifications substantielles en matière de TVA. Pourquoi n'en serait-il pas de même en matière d'impôt direct ? Plusieurs approches ont été proposées, et des tentatives de modification ont été avancées, mais sans conséquences prometteuses à ce jour. Compte tenu du caractère transfrontière du commerce électronique, les réponses aux problématiques

³³⁴Greenwich Consulting, octobre 2009, *Evaluer l'impact du développement d'Internet sur les finances de l'Etat*, consulté sur : www.senat.fr/commission/fin/evenements/synthese_EtudeGreenwichConsulting.pdf

évoquées semblent devoir émaner soit de l'Union européenne, soit d'organisations internationales. Aucune des propositions émises n'a permis, à ce jour, de réformer de façon satisfaisante la fiscalité directe (A). Face au constat de l'absence d'une volonté politique européenne partagée, unanime, de corriger la fiscalité directe, l'Etat français semble décidé à jouer une partition solitaire en projetant une taxe spécifique sur le commerce électronique (B).

A. UNE IMPOSSIBLE RÉFORME ?

419. – La mise à jour de l'article 5 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE démontre une prise de conscience, au niveau international, des questions soulevées par l'optimisation fiscale. Néanmoins, l'établissement stable, référence géographique inadéquate pour déterminer l'imposition des bénéficiaires, n'est pas en remis en question.

420. – Au sein de l'Union européenne, la redéfinition du modèle actuel semble mal engagée en matière d'impôt direct et les diverses pistes envisagées sont abandonnées les unes après les autres. Après qu'ait été proposée, sans succès, une harmonisation relative aux taux de l'impôt sur les sociétés, l'idée de la création d'une taxe réservée à certains services de la société de l'information visant principalement les plateformes du type GAFAM n'a pas connu meilleure fortune : les démarches successives ont toutes échoué.

421. – La Commission européenne a aussi proposé, le 16 mars 2011, de créer un impôt européen sur les sociétés, proposition relancée en 2015. Pour le Commissaire européen à la fiscalité, Algirdas Semeta, l'Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt sur les Sociétés (ACCIS) permettrait la création d'un guichet unique qui deviendrait l'interlocuteur des sociétés pour toute l'Europe. Il serait alors possible de compenser bénéfices et pertes réalisés dans différents Etats. Cette proposition ne prévoit pas un taux unique d'impôt sur les bénéficiaires mais laisserait à chaque Etat le pouvoir de le fixer à sa convenance. Son intérêt repose sur une déclaration unique des résultats. L'assiette imposable serait répartie entre les Etats membres suivant une formule spécifique qui reste le point - délicat - à déterminer. L'inconvénient provient d'un taux de fiscalité qui ne serait pas unique : les résultats imposables consolidés d'un groupe seraient calculés en fonction des emplois, des actifs immobilisés et des chiffres d'affaires et rien dans ce procédé n'empêcherait une multinationale de défragmenter géographiquement des actifs, des

emplois, ou des parts des chiffres d'affaires, afin de soumettre la plus grande assiette à l'impôt de l'Etat européen le plus avantageux fiscalement.

422. – Le premier sommet consacré à l'économie numérique s'est tenu le 16 septembre 2017 à Tallinn entre les 28 ministres des finances européens³³⁵. A cette occasion la France, soutenue par 9 autres Etats membres, a proposé d'imposer les GAFAs sur leur chiffre d'affaires dans chaque pays, afin de contrer la distorsion de concurrence issue de la pratique de ces cyber-entreprises qui commercent avec les consommateurs européens de tous les Etats membres, mais ne payent leur impôt sur les bénéfices que dans l'Etat de leur choix, celui dont la taxation est la plus faible – l'Irlande pour Airbnb, les Pays-Bas pour Uber. Il était proposé de calculer le bénéfice des GAFAs sur l'ensemble des territoires européens, puis de le répartir selon une clé, préétablie entre Etats membres, qui aurait pu prendre en considération, notamment, le nombre de salariés présents et le chiffre d'affaire réalisé Etat par Etat.

423. – Pour sa part, la Commission européenne a proposé une nouvelle réforme relative à l'impôt sur les sociétés applicable aux activités numériques, permettant aux Etats membres de taxer les bénéfices réalisés sur leur territoire, sans rechercher la présence physique des entreprises mais plutôt l'importance de leur interaction avec les utilisateurs par l'intermédiaire de canaux numériques³³⁶. Une plateforme numérique serait considérée comme ayant une présence numérique importante - donc une activité imposable - dans un Etat membre, dès lors qu'elle satisferait à l'un des trois critères suivants : générer plus de 7 millions d'euros de produits annuels dans un Etat membre, compter plus de 100000 utilisateurs dans un Etat membre au cours d'un exercice fiscal, compter plus de 3000 contrats commerciaux pour des services numériques avec les utilisateurs actifs au cours d'un exercice social. Les règles actuelles s'en verraient changées profondément, puisque les bénéfices imposés dépendraient du lieu où se trouve l'utilisateur au moment de la consommation.

424. – La réunion du Conseil des Affaires économiques et financières - Ecofin - de septembre 2018 a constaté l'échec du dernier projet européen de la taxe GAFAs, quatre pays - l'Irlande, le Danemark, la Suède et la Finlande - préférant défendre l'idée d'une solution issue de l'OCDE plutôt que de l'Union. Compte tenu de la divergence d'intérêts - entre les Etats à la fiscalité réputée avantageuse et les autres - et de celle quant à la conception même

³³⁵ DANCER Marie, 16 sept.2017, Début de consensus DANCER en Europe sur la taxation des géants du net, consulté sur <https://www.la-croix.com/Economie/Monde/LEurope-cherche-taxer-multinationales-numerique-2017-09-16-1200877301>

³³⁶ Une fiscalité équitable de l'économie numérique, consulté sur ec.europa.eu

de l'Union - la France souhaitant un consensus européen sur la fiscalité, la Suède s'opposant à toute ingérence de l'Union à ce sujet -, l'adaptation des règles fiscales n'est pas en chemin au sein de l'Union. Ce blocage absolu laisse s'installer une concurrence fiscale entre les entreprises, pouvant devenir nuisible à la liberté du commerce, pour des motifs indépendants de la qualité des biens ou des services qu'elles proposent. C'est en cela que la concurrence peut être analysée comme « faussée ».

425. – La fiscalité est donc le talon d'Achille du législateur : les règles posées n'encouragent pas la concurrence saine au sein du marché, elles favorisent sur ce marché les acteurs qui la gèrent le plus subtilement. Au bout du compte, le paradoxe n'est pas mince : alors que le fondement du marché au sein de l'Union repose, depuis le tout premier Traité, sur le choix *politique* délibéré, appuyé sur le droit, d'une concurrence libre et ouverte entre acteurs économiques, ceux du commerce électronique se voient victimes de la concurrence fiscale à laquelle se livrent les Etats membres entre eux, ce même traité fondateur leur laissant, depuis l'origine, la pleine maîtrise de leur fiscalité nationale. Bref, les Etats, partisans inlassables de la concurrence entre entreprises - ils l'encouragent à tout va, au nom de principes inscrits dans le marbre, et lui attribuent nombre d'avantages - se livrent entre eux à cette même concurrence, mais, étrangement, certains n'y trouvent que des désagréments, à corriger...

426. – Le dilemme est insoluble : ce que les Etats à fiscalité élevée nomment un problème d'optimisation n'est, aux yeux de ceux à fiscalité réduite, qu'une opportunité concurrentielle indiscutablement compatible avec le Traité. Résoudre ce dilemme passerait, selon les premiers, par un taux unique d'impôt sur les sociétés au sein de l'Union, auquel les seconds n'ont évidemment aucune raison d'être favorables, sauf à accepter de scier, en quelque sorte, la branche sur laquelle ils sont assis. Modifier cette règle réclamerait un consensus politique, se traduisant par un vote du Conseil à l'unanimité, impensable à ce jour.

427. – Parce que la fiscalité est une prérogative exclusivement nationale, le choix de chaque Etat reste solitaire en la matière. La France, dont le taux d'impôt sur les sociétés à 33,33% est jugé élevé, pourrait être considérée comme pénalisant de fait les cyber-entreprises nationales face à leurs concurrentes, en l'absence d'évolution des principes fiscaux communautaires. La France souhaite donner l'exemple, ou faire cavalier seul, en adoptant une taxe GAFA dans l'esprit de celle qui n'a pas, à ce jour, été adoptée au niveau européen.

B. UNE PROPOSITION FRANÇAISE : LA TAXE SUR LES SERVICES NUMÉRIQUES OU LA « TAXE GAFA »

428. – Face à cette concurrence fiscale qui semble jouer en défaveur des entreprises françaises payant leur impôt sur les bénéfices à l'Etat français, l'autorité politique nationale souhaite modifier la situation. Les procédés proposés n'entendent pas viser une correction des règles nécessitant un établissement stable sur le territoire national, mais se tourner plutôt vers l'adoption d'une nouvelle taxation spécifique à certaines entreprises de la vente sur internet.

429. – Avant la proposition de la dernière taxe GAFA par l'Etat français plusieurs démarches avaient été engagées sans jamais aboutir à la moindre réforme.

430. – Les bénéfices de certains acteurs économiques du e-commerce étant reconnus comme difficilement taxables sur un sol hexagonal à la fiscalité élevée et la notion de l'établissement stable prenant du temps à être modifiée au niveau international, certains acteurs politiques ont proposé l'instauration de nouvelles taxes sectorielles, soit pour compenser le manque à gagner de l'Etat, soit pour rééquilibrer la concurrence faussée entre les entreprises françaises et d'autres, principalement les GAFA. Ces différentes taxes *sectorielles* proposés auraient pour objectif de frapper indirectement les bénéfices réalisés sur le territoire national par les grandes entreprises du numérique, qui ne peuvent pas être soumis à l'impôt sur les sociétés français en l'absence d'établissement stable.

431. – Dans les années 1997, il avait été proposé d'instaurer au sein de la Communauté Economique Européenne la « bit tax »³³⁷, impôt calculé suivant « l'intensité d'un transfert d'informations ou d'une communication électronique ». Il aurait permis de taxer un échange en fonction de sa durée et de la distance séparant les deux interlocuteurs mais l'opposition rencontrée a eu raison de cette proposition. Il convient de relever qu'il semblait déjà plus facile de créer une nouvelle taxe plutôt que d'adapter la fiscalité traditionnelle. La question de la neutralité de la fiscalité du commerce électronique se posait déjà³³⁸.

³³⁷ Bit : *binary digit* traduit par chiffre binaire, désignant une unité de mesure de base de l'information.

³³⁸ LINANT DE BELLEFONDS Xavier, Chapitre VIII – La fiscalité du commerce électronique, in *Le Droit du commerce électronique*, 2005, Presses Universitaires de France, coll. Que sais-je ? p. 110-118, consulté sur cairn.info

432. – Une taxe sur la publicité a ensuite été proposée³³⁹, prévoyant une imposition des revenus issus de la publicité destinée au consommateur français, notamment fournie par les moteurs de recherche, variant de 0,5 % à 1 %, en fonction de seuils de chiffres d'affaires. Ce projet a été repris plusieurs fois en vain sous des noms différents. Une taxe sur le commerce électronique a également été envisagée : Philippe MARINI, Président de la Commission des Finances du Sénat, avait déposé au Sénat une proposition de loi pour une fiscalité numérique neutre et équitable, lors d'une session extraordinaire du 19 juillet 2012, visant à la création d'une taxe sur les services de commerce électronique, la TasCoE, laquelle aurait été à la charge des entreprises réalisant un chiffre d'affaires hors taxes dépassant 460 000 €.

433. – L'idée de la « Taxe Google », lancée depuis des années, a été reprise dans le projet de loi de finance pour 2017. L'article 78 du projet prévoyait une taxation des bénéfices réalisés en France par des sociétés domiciliées ou établies hors de France, dès lors que ces profits étaient issus d'activités réalisées sur le sol national et qu'ils échappaient à l'impôt français par la création d'un montage artificiel destiné à détourner la législation fiscale. Cette taxe, établie pour soumettre à l'impôt français les sociétés multinationales pratiquant l'optimisation agressive, a été censurée par le Conseil Constitutionnel³⁴⁰ qui a reproché au texte de laisser à l'administration fiscale le pouvoir de choisir quel contribuable devait, ou non, entrer dans son champ d'application.

434. – Le Royaume-Uni, quant à lui, espérant encourager une bonne pratique du règlement de l'impôt, a effectivement réussi à mettre en place en 2015 une « *Google Tax* » qui incite les entreprises à payer immédiatement leur impôt sur les sociétés à l'état britannique en surtaxant les bénéfices détournés³⁴¹.

435. – Face à l'impossibilité d'adopter, à l'échelon européen, la taxe GAFA, le gouvernement français a voulu lui donner une nouvelle impulsion en élaborant au niveau national une loi créant ladite taxe, espérant ainsi tracer le chemin au niveau de l'Europe. La loi n° 2019-759 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés a été votée le 24 juillet 2019³⁴², après un

³³⁹ MARINI Philippe, 27 juin 2012, *Une feuille de route pour une fiscalité numérique neutre et équitable*, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, n° 614 (2011-2012), consulté sur <http://www.senat.fr>

³⁴⁰ Cons. Const., décision n°2016-744 du 29 décembre 2016.

³⁴¹ Un taux de 25% est appliqué aux bénéfices détournés au lieu du taux de 20%.

³⁴² Loi n°2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.

projet, défendu par le Ministre de l'économie. Un nouvel article 299 du Code général des impôts est ainsi créé mettant en place « une taxe due à raison des sommes encaissées par les entreprises du secteur numérique définie au III, en contrepartie de la fourniture en France, au cours d'une année civile, des services définis au II ». Sont ainsi redevables de la taxe de 3 % (sur les recettes) les entreprises qui encaissent des sommes en contrepartie de services qui visent la mise à disposition, par des communications électroniques, d'une interface numérique permettant aux utilisateurs d'entrer en contact avec d'autres utilisateurs et d'interagir avec eux, notamment en vue de la livraison de biens ou de la fourniture de services directement entre les utilisateurs. Les prestations de ciblage publicitaire faisant suite à une collecte de données personnelles, comme les moteurs de recherches, les réseaux sociaux ou les places de marché sont désormais taxables. Sont expressément exclus les services de communications, les services de paiements, les règlements interbancaires et les services qui mettent à disposition des contenus numériques. Il convient de noter que le lieu d'établissement de l'entreprise ne conditionne en aucune façon son assujettissement ou non à la nouvelle taxe. En effet, elle est assujettie dès qu'elle encaisse des sommes en paiement de services taxables excédant, lors de l'année civile précédant l'année de référence, deux seuils calculés différemment : 750 millions d'euros au titre des services fournis au niveau mondial et 25 millions d'euros en France. Ce système de calcul permet ainsi d'imposer des entreprises de taille conséquente³⁴³ tirant des bénéfices de leur activité numérique effectuée avec des consommateurs localisés en France.

436. – Si la taxe française reprend la trame de la taxe européenne avortée, elle diffère cependant de la directive abandonnée, laquelle prévoyait de ne taxer que le chiffre d'affaires généré par les revenus publicitaires, alors que la taxe française étend, en sus, l'impôt aux places de marchés en ligne - Amazon, notamment, se trouvant dès lors concernée - et à la revente des données personnelles.

Cette nouvelle loi suscite plusieurs réflexions :

- Créer une taxe spécifique au e-commerce, une sur-taxe en somme, conduit à le singulariser face au commerce traditionnel, à le considérer comme entaché d'un vice de nature qu'il conviendrait de corriger par la punition. Par ailleurs, traiter ainsi *séparément* le commerce

³⁴³ Compte tenu des seuils exigés pour l'assujettissement à la taxe, moins d'une trentaine d'entreprises sont ainsi concernées et peu ont françaises : Alibaba, Amazon, Apple, Ebay, Google, Zalando, Uber, Facebook, Microsoft, Twitter, Tripadvisor, Booking...

traditionnel et le commerce en ligne revient à différencier des activités qui, pour de nombreux acteurs économiques, sont pourtant assurées conjointement au sein de leurs entreprises, par des moyens techniques simplement différents. Enfin, ne faut-il pas se garder de créer trop de nouvelles taxes relatives au e-commerce, au risque de freiner l'innovation et le développement des services de la société de l'information ? Car il semblerait que cet impôt nouveau soit répercuté en cascade auprès des différents acteurs : d'abord les commerçants utilisant les plateformes pour vendre leurs biens ou services, puis les consommateurs les achetant. Quel comportement attendre du consommateur, dont on peut penser qu'il aura à supporter, in fine, les taxes spécifiques qui lui seront répercutées³⁴⁴ ? Pourquoi le pénaliser de la sorte si l'enjeu est celui du développement du commerce électronique dans le sens de l'intérêt conjugué du commerçant et du consommateur ?

- En réaction aux propositions de taxer le commerce électronique par des impôts spécifiques, des arguments s'élèvent dénonçant une forme de double imposition de l'activité, d'abord sur le chiffre d'affaires, puis sur les bénéfices. Or le fait que les GAFA s'exonèrent, indiscutablement, du règlement de l'impôt sur les bénéfices sur le sol national par leur optimisation maximale de la fiscalité, ne rend pas, pour autant, juridiquement satisfaisante la création d'un impôt nouveau en réponse au constat de l'inefficacité du droit fiscal.

- La taxe française nous semble enfin difficile à mettre en œuvre : le calcul du double seuil de l'assiette de l'impôt risque de devenir la pierre d'achoppement du système adopté.

437. – Un consensus *européen* en vue de créer un cadre juridique fiscal applicable au commerce électronique apparaît comme une bien meilleure solution, afin de rétablir une concurrence saine entre toutes les entreprises exerçant la même activité au sein de l'Union européenne. Cependant, à ce jour, cette ambition relève du vœu pieux.

438. – L'idée d'une fiscalité spécifique, plutôt que l'adaptation de celle applicable au commerce en général, ne nous semble pas la plus judicieuse et paraît surtout répondre à l'urgence. Un seul et unique impôt sur les bénéfices au sein de l'Union, réparti entre chaque Etat membre suivant un calcul déterminé, enlèverait définitivement tout son intérêt à l'optimisation fiscale, rendant ainsi son équité à la fiscalité. Nous sommes conscients de l'enjeu politique d'un tel principe pour les Etats membres, qui revient à leur demander

³⁴⁴ La déclaration des dirigeants d'Amazon annonçant vouloir d'ores et déjà répercuter la taxe sur leurs tarifs qu'ils appliquent pour les commerçants utilisant la plateforme ; les revendeurs se verront ainsi dans l'obligation d'augmenter leurs prix de vente.

d'accepter de perdre une part de leur souveraineté. Pourtant, face aux défis posés par la mondialisation du commerce électronique, n'est-il pas nécessaire de s'interroger, à tout le moins, sur ce prix à payer ?

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

439. – Si la TVA a fait l'objet d'une adaptation au monde numérique, par la fixation de règles nouvelles permettant de taxer les transactions essentiellement dans l'Etat du consommateur, ce qui évite ainsi le choix de l'optimisation, il semble que cette adaptation soit impossible en matière d'impôt direct, faute d'un consensus politique, improbable à ce jour, entre tous les Etats membres de l'Union. La France, avec quelques autres, se détache par son envie de taxer rapidement les GAFAs, souhaitant déclencher l'impulsion qu'elle appelle de ses vœux au sein de l'Union. Néanmoins, la méthode doit être réfléchie, au risque d'atteindre un objectif contraire à celui recherché. La création d'un nouvel impôt sur le chiffre d'affaires ne peut être qu'une alternative, un pis-aller temporaire, dans l'attente d'une modification plus profonde de la taxation de l'impôt sur les bénéfices qui, seule, assurera la fin des situations de concurrence faussée susceptibles d'affaiblir la liberté du commerce. Les initiatives nationales, aussi valeureuses soient-elles, ne pèsent pas d'un poids suffisant et le caractère transfrontière du commerce électronique réclame une modification des règles fiscales dans un cadre nécessairement élargi, au niveau de l'Union européenne et sans doute au-delà.

440. – La concurrence entre entreprises de vente en ligne n'est pas faussée par la seule inadaptation du droit fiscal au marché numérique, mais aussi par l'émergence d'acteurs nouveaux, qui prennent une place considérable, voire prépondérante, au sein du e-commerce. Usant (abusant ?) de leur position désormais incontournable, plateformes ou places de marchés créent avec leurs utilisateurs professionnels une relation inédite, souvent déséquilibrée au profit de l'intermédiaire. A très court terme, faute de la correction que devrait imposer le constat du poids des plateformes mondialisées, la vente en ligne pourrait être soumise à leur seul bon vouloir, au détriment d'une concurrence juste, donc d'un commerce libre.

CHAPITRE 2

L'INCIDENCE DE L'IRRUPTION DES PLATEFORMES NUMERIQUES

441. – Le commerce électronique a représenté une forme de révolution du commerce historique dont le législateur a cherché à réguler l'exercice en assurant sa liberté tout en l'associant à l'intérêt du consommateur. Toutefois, l'émergence, aussi récente qu'imprévisible, de nouveaux entrants dans le cœur du e-commerce, représente un autre bouleversement - comme une révolution dans la révolution - face auquel le droit se trouve démuné.

442. – L'irruption, que rien ne laissait imaginer, d'un nouvel acteur, la plateforme numérique, intermédiaire puissant dans la relation tissée entre le professionnel et le consommateur, transforme les conditions de la vente et de la consommation, au point, parfois, de faire courir au marché des risques nouveaux en matière de concurrence.

443. – C'est ainsi que, parmi d'autres exemples, un pur moteur de recherche à l'origine a pu se développer, à force d'inventivité, d'innovation et de performances, jusqu'à accumuler suffisamment de profits pour créer ou acheter des acteurs de nature diverse, opérant tous dans l'univers numérique. Il est alors devenu un prestataire de services dans cet environnement d'entreprises, liées les unes aux autres, que constitue l'écosystème sur le modèle de la constellation.

444. – Parallèlement, d'autres plateformes, qui facilitent la vente de produits en tant qu'intermédiaire, l'organisent aussi pour leur propre compte, en tant que vendeur (Fnac.com, Amazon, etc.). Cette « double casquette » qu'elles choisissent de porter, d'intermédiaire et d'acteur au sein du e-commerce, renforce leur position économique, au risque de rendre la neutralité de certaines sujette à caution. S'il ne faut pas « diaboliser » le rôle des plateformes numériques, qui n'ont pu devenir incontournables que par les services qu'elles rendent au sein d'un marché libre, il est pourtant nécessaire de reconnaître que ces acteurs d'un nouveau type peuvent poser problème en matière de concurrence, en raison de leur position dans l'économie numérique.

445. – Le rôle de la plateforme dite intermédiaire consiste à mettre en contact le vendeur et le consommateur, lesquels établissaient auparavant une relation directe, rendue

moins facile désormais par la floraison des offres et la démesure du nombre des prospects. Longtemps, dans toute l'Europe, des cités florissantes ont su rassembler, plus ou moins épisodiquement, sur la place du Marché ou le pavé de la Foire, producteurs ou revendeurs et acheteurs potentiels, pour y échanger les marchandises les plus diverses. La halle municipale, pérenne, fut ensuite le lieu où pouvaient se rencontrer, sous abri et avec certitude, clients et commerçants. La plateforme numérique en est sa version contemporaine, visitable jour et nuit au travers d'un écran, structurée par un acteur qui en gère l'organisation à son profit, tandis que commerçants et clients y trouvent leur compte respectif.

446. – Quand un internaute/client achète un bien ou un service sur une plateforme - par exemple Amazon, pour citer la plus active à ce jour en Occident- il s'établit une relation commerciale entre le vendeur et ladite plateforme, le premier rémunérant la seconde d'un pourcentage sur le montant de la transaction qu'il a réalisée par son intermédiaire. L'exploitant de la halle géante et planétaire, qui a permis au commerçant d'exposer sa marchandise aux consommateurs venus du monde entier, perçoit auprès du professionnel le prix du service qu'il lui rend en lui donnant accès à sa halle.

447. – La plateforme est devenue un élément capital du commerce électronique, un « stimulant essentiel³⁴⁵ » : 60% de la consommation privée passe par une plateforme³⁴⁶. Elle est un (le) moyen de visibilité du site marchand. C'est bien à ce titre que la plateforme, indispensable tant pour le professionnel - qui a besoin de cette visibilité - que pour le consommateur - qui cherche un conseil, un produit ou un service -, devrait avoir un comportement sans reproche.

448. – La concurrence est consubstantielle à l'économie de marché : la compétition économique entre plateformes est donc nécessaire, faisant triompher les plus innovantes. Mais cette compétition ne peut se jouer à n'importe quel prix, pas plus qu'au seul profit d'acteurs historiques qui empêcheraient la pénétration du marché par de nouveaux entrants. Le droit de la concurrence a deux objectifs, qui se recoupent : protéger les concurrents, mais aussi le marché lui-même. Protéger le marché du e-commerce revient, en quelque sorte, à protéger également le consommateur, lequel doit pouvoir prendre sa décision d'achat de biens ou services dans des conditions transparentes. Si tel n'est pas le cas, des

³⁴⁵ COM (2018) 238 final.

³⁴⁶ Copenhagen Economics, 2015, Online intermediaries: impact on the EU economy, consulté sur : <https://www.copenhageneconomics.com/publications/publication/online-intermediaries-impact-on-the-eu-economy>

comportements abusifs engendrent une concurrence faussée, laquelle empêche le développement du commerce électronique et rend donc fragile sa liberté.

449. – L'importance prise depuis quelques années par certaines plateformes les rend incontournables et cette puissance nouvelle produit des risques d'abus que nous devons identifier (Section 1). Nous choisissons *d'exclure volontairement* de notre champ d'intérêt le cas de la plateforme qui, dans l'économie *collaborative* en plein développement, dépasse son simple rôle initial d'intermédiaire et devient un véritable service de la société de l'information, ce qui soulève des interrogations d'un autre ordre, en terme de concurrence par rapport au commerce traditionnel.

450. – Ayant relevé les risques, il conviendra de s'interroger sur les procédés juridiques de correction mis en œuvre (ou en cours de construction) qui permettent (ou permettraient) d'assurer pleinement la liberté du commerce dans une concurrence saine au sein desdites plateformes (Section 2).

SECTION 1 – LES RISQUES DE PRATIQUES ABUSIVES OU DÉLOYALES GÉNÉRÉS PAR LES PLATEFORMES

451. – Ni la directive du 8 juin 2000 dite sur le commerce électronique ni la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 n'ont anticipé une adaptation du droit aux places de marché.

452. – Nul ne saurait tenir rigueur aux auteurs de ces textes de ne pas avoir distingué la perspective de leur évolution, la construction actuelle étant le fruit d'un développement largement postérieur à l'adoption de ces textes. Les plateformes n'ont été envisagées que comme de *simples intermédiaires techniques*, des hébergeurs - au sens presque littéral, à la façon des « loueurs de salle ». Il s'agissait alors seulement de faciliter la communication de l'information par internet dans l'objectif d'assurer le développement du commerce électronique.

453. – Il n'était guère possible d'imaginer que, quelques décennies plus tard, tel moteur de recherches allait intégrer, ou fonder, tel écosystème comprenant des activités multiformes. Comment l'ampleur à venir du référencement payant aurait-elle pu être prévue ? Quels signes auraient pu laisser entrevoir la puissance future des plateformes ? Ces simples intermédiaires entre un vendeur et un consommateur dans un espace virtuel ne pouvaient qu'être appréhendés en tant que « phénomène favorable d'un point de vue du droit de la concurrence »³⁴⁷. Les places de marché, perçues initialement comme des facteurs d'optimisation de la capacité de vente des cyber-commerçants, conservent, plus que jamais, toute cette faculté aujourd'hui - sur le modèle du passé - ce qui accroît inlassablement leur notoriété. Même si des auteurs, notamment Louis Vogel, précité, imaginaient les travers possibles de ce nouveau mode de consommation par le biais d'une plateforme numérique, qualifiée d'« instrument anticoncurrentiel par excellence », rares étaient ceux qui prédisaient son explosion économique et plus rares encore ceux qui auraient prétendu que le droit existant ne suffirait pas à réguler leurs pratiques.

454. – Aujourd'hui, à l'inverse, rares sont ceux qui peuvent affirmer ne pas consulter Google pour leurs recherches sur internet, ou ne pas acheter (au moins occasionnellement) sur Amazon, Cdiscount, Fnac.com, eBay, Rue du Commerce et autres plateformes. Leur

³⁴⁷ VOGEL Louis, *L'application du droit de la concurrence au commerce électronique, la concurrence dans la société de l'information*, éd. Panthéon ASSAS, droit privé, L.G.D.J., 2002.

succès fulgurant a fait des places de marchés les intermédiaires indispensables qui apportent au vendeur la visibilité dont il a besoin sur internet - dont il avait besoin, autrefois, au cœur de la ville. Selon l'Autorité de la Concurrence « en agréant une multitude d'offres émanant de nombreux petits distributeurs, les places de marché peuvent par ailleurs favoriser l'extension de l'offre de produits, par un accroissement du nombre de références proposées et du nombre de vendeurs d'une même référence»³⁴⁸.

455. – Ce succès, cette notoriété et ce caractère incontournable engendrent-ils des risques de pratiques qui faussent la concurrence, provoquent un rapport de force déséquilibré³⁴⁹ avec leur utilisateur professionnel, jusqu'à mettre en danger la liberté du commerce ?

456. – Mieux cerner la notion de plateforme intermédiaire et s'attacher à son fonctionnement s'avère nécessaire (§1) avant d'examiner les risques concurrentiels issus du développement des plateformes hétérogènes dans l'écosystème qu'elles ont créé (§2).

§1 : NOTION ET FONCTIONNEMENT DE LA PLATEFORME INTERMEDIAIRE

457. – La plateforme a fait l'objet d'une définition par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, comme étant « toute personne dont l'activité consiste à mettre en relation par voie électronique plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service »³⁵⁰.

458. – Selon certains, les plateformes se répartiraient en deux catégories : « celles qui procèdent au classement ou au référencement de contenus de biens ou de services, et celles permettant la mise en relation en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service »³⁵¹.

459. – Cette notion large de la plateforme, s'explique par la nature hétérogène de son activité qui englobe ainsi à la fois celle des moteurs de recherches, des comparateurs de

³⁴⁸ ADLC, avis n°12-A-20 du 18 sept. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, p.32

³⁴⁹ MAULIN Romain, Régulation des plateformes et places de marché : le droit économique à l'épreuve de l'obsolescence programmée ?, p.3, consulté sur <https://actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-economique/15100/regulation-des-plateformes-et-places-de-marche-le-droit-economique-a-l-epreuve-de-l-obsolescence-programme>

³⁵⁰ C. consom., art. L 111-5-1 recodifié à l'art. L 111-7.

³⁵¹ BEM Anthony, 6 déc. 2017, Nouvelle réglementation internet des moteurs de recherche et sites plateformes de référencement, consulté sur : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/nouvelle-reglementation-internet-moteurs-recherche-24327.htm>

prix, des réseaux sociaux, des places de marché, etc. La plateforme d'intermédiation met en relation un consommateur avec une entreprise qui propose des biens ou des services, sans intervenir dans le contrat de vente.

460. – En général, une plateforme évolue sur un marché « biface », à deux versants : un premier marché se forme entre la plateforme et le consommateur, un second entre la plateforme et l'utilisateur professionnel (son client). Ces deux marchés sont interdépendants : plus la plateforme attire de consommateurs sur le premier, plus elle devient indispensable pour le professionnel sur le second. Elle exploite l'effet de réseau : parce qu'elle a acquis une grande notoriété, les consommateurs recourent davantage à elle, ce qui la rend d'autant plus nécessaire au professionnel, qui l'utilise davantage à son tour. L'effet de réseau conduit, notamment, à « la création de positions fortes liées à un phénomène de concentration autour des acteurs dominants voire très dominants appelé « effet de boule de neige » »³⁵².

461. – Les plateformes possèdent une réelle spécificité, qui les distingue largement de la plupart des entreprises du monde économique « classique ». Leur singularité consiste, non pas à rechercher une rentabilité³⁵³ immédiate - en générant des bénéfices à distribuer à leurs actionnaires - mais à investir dans les nouvelles technologies afin d'innover et de prendre une position forte en se rendant indispensables - Amazon, par exemple, ayant fait le choix de cette stratégie. Une fois acquise, cette position incontournable leur permet d'évoluer, soit par la diversification, soit par le développement et la proposition de services sur d'autres secteurs du marché numérique, à la façon d'une araignée tissant sa toile depuis un point central. Les plus audacieuses créent ainsi un écosystème dans lequel elles couvrent de nombreux domaines d'activités, corrélées les unes aux autres, au risque de susciter des problématiques concurrentielles en leur qualité d'intermédiaire incontournable - Google étant un bon exemple en la matière. Un écosystème peut être défini comme « un certain nombre d'entreprises – produisant des biens concurrents ou complémentaires – qui fonctionnent ensemble afin de créer un nouveau marché et de produire des biens et des services ayant une valeur pour les clients »³⁵⁴.

³⁵²ADLC, décision 15-D-06 du 21 avril 2015, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, *RTDCom*, 31, déc.2016, note GLAIS Michel.

³⁵³ Association Française de l'Etude de la Concurrence, 10 février 2016, *Rapport sur l'économie numérique*, consulté sur <http://www.afec.asso.fr/MG/pdf/afecobservationsnumeriqueconcurrence.mgifie.pdf>

³⁵⁴ Autorité de la Concurrence et *Competition and Markets Authority*, Etude du 16 dec.2014, *Analyse économique des systèmes ouverts et fermés*, consulté sur http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf

462. – Les avantages procurés par ce troisième acteur du commerce électronique ne sont pas à démontrer : le consommateur trouve sur la plateforme un choix de produits et de services inégalé, tandis que le commerçant bénéficie d'une visibilité incomparable. L'apport décisif des plateformes numériques au développement du commerce électronique doit être, par conséquent, inlassablement conservé en mémoire. Leur succès est le fruit de leur inventivité et leur capacité d'innovation. De fait, leur caractère est à ce point incontournable que, même sans profiter de leurs services, chacun connaît les principales, pourtant nées depuis peu, qu'il s'agisse des places de marché où se regroupent des vendeurs - Amazon, venteprivée, PriceMinister -, des intermédiaires en matière de réservation d'hôtellerie - Booking.com, TripAdvisor - ou de mise en ligne de musiques ou de vidéos - Deezer, Spotify et Netflix -, ou de Google en tant que moteur de recherche.

463. – Reconnaître leur contribution majeure à l'essor du e-commerce ne doit pas conduire, pour autant, à négliger les préoccupations légitimes que soulèvent certaines de leurs pratiques. La concentration croissante du secteur des plateformes suscite des interrogations quant à l'utilisation, par certaines d'entre elles, de leur position de fait quasi dominante, à l'égard de leurs concurrents comme à celui de leurs utilisateurs professionnels³⁵⁵.

464. – Aussi, convient-il d'exprimer quelques inquiétudes quant au risque d'abus concurrentiels de cet acteur incontournable, relevés par différentes études³⁵⁶, au sein d'écosystèmes bien réels.

§2 : DES RISQUES POTENTIELS IDENTIFIÉS

465. – Les sujets de préoccupation étant nombreux, nous ne nous attacherons pas à en dresser la liste exhaustive mais seulement à considérer les plus déterminants.

466. – Des craintes peuvent ainsi naître du fonctionnement même de la plateforme, laquelle utilise un algorithme³⁵⁷ pour mettre en relation le consommateur et un utilisateur. Si, face au risque de copie par des concurrents, l'opacité de cet outil mathématique est naturelle, elle soulève néanmoins quelques problématiques concurrentielles (A), tout comme

³⁵⁵ Association Française de l'Etude de la Concurrence, *Rapport sur l'économie numérique*, op. cit.

³⁵⁶ *Ibidem*.

V. aussi Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Rapport final à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique*, COM (2017) 229 final, 10 mai 2017.

³⁵⁷ Dictionnaire Larousse : « ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations [...] ».

certains comportements déloyaux au sein de la relation entre la plateforme et son utilisateur professionnel (B).

A. PRÉOCCUPATIONS CONCURRENTIELLES DUES AU FONCTIONNEMENT DE LA PLATEFORME

467. – Si l'on se réfère à la puissance qu'elles ont acquise, les plateformes sont désormais devenues la clé de sésame de l'accès au e-commerce. Cette situation particulière explique que plusieurs risques d'abus concurrentiels aient pu être relevés, suscitant des inquiétudes concernant :

- la promotion de leurs propres services, intégrés à l'écosystème dont elles dépendent, au détriment de leurs concurrents,
- la promotion des produits ou services de leurs meilleurs clients, au détriment des autres,
- la promotion de leurs propres produits, au détriment des autres vendeurs.

468. – Certaines plateformes, dont la fonction première était l'intermédiation entre le client et le commerçant au service des intérêts des deux parties, empêchent désormais tout nouveau venu d'entrer et de progresser sur le marché, agissant comme une barrière au e-commerce - et non plus comme l'accélérateur attendu - alors qu'en « agrégeant les offres de nombreux sites marchands, et les comparateurs de prix, en renforçant la transparence pour le consommateur, elles sont en mesure de renforcer la concurrence sur internet »³⁵⁸. Ces pratiques sont aussi préjudiciables pour les entreprises utilisatrices, privées de visibilité sur le net, que pour les consommateurs, privés de l'offre de ces « recalés du net » et donc réduits à un choix limité.

469. – De tels risques sont rendus possibles par l'application d'algorithmes tenus aussi secrets qu'opakes, ne pouvant être dévoilés afin de préserver l'innovation de chacun.

470. – Dans ce cadre, le flou des méthodes de classement et de présentation des offres des moteurs de recherches et des comparateurs de prix suscite certaines interrogations quant à la pratique possible consistant à promouvoir en première position soit le produit de

³⁵⁸ ADLC, avis n°12-A-20 du 18 sep. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

leurs meilleurs clients, soit leur propre produit, au détriment de ceux des autres, faussant ainsi la concurrence.

471. – 1/ *Lorsque le consommateur veut recueillir une information*, ne sachant ni où ni comment l'obtenir, il sous-traite généralement cette tâche à un moteur de recherche. Le résultat proposé guide le prospect vers le(s) site(s) supposé(s) pertinent(s). Ce guidage est l'opération capitale pour l'entreprise commerciale, puisque de lui dépend le nombre de visiteurs sur son site marchand, donc son chiffre d'affaires potentiel. Le rôle joué par l'intermédiaire - la plateforme en l'occurrence - à ce stade est crucial, en *orientant* le visiteur selon un choix parfaitement neutre et désintéressé, ou en l'adressant plutôt vers une entreprise dépendante de son propre écosystème, ou vers une autre avec laquelle il a établi des relations commerciales.

472. – Il s'avère que, pour apparaître en bonne place dans la longue liste des réponses proposées à l'internaute par les moteurs de recherche, c'est-à-dire profiter de l'emplacement qui assure la meilleure visibilité à la cyber-entreprise, celle-ci a le choix de faire confiance au référencement dit « naturel » du moteur ou d'opter pour un référencement « payant »³⁵⁹. Ces deux possibilités offertes pour le référencement, vital, proposées par l'intermédiaire, l'une gratuitement, l'autre non, peuvent conduire à des pratiques litigieuses, consistant à privilégier certaines entreprises par rapport aux autres sans justification.

473. – Le risque soulevé par l'Autorité de la Concurrence, dans un avis du 18 septembre 2012³⁶⁰, découle du favoritisme possible consistant à exposer en premier lieu, au sein des résultats affichés, les partenaires les plus rentables, ceux ayant opté, parmi tous les contrats proposés par la plateforme, en faveur des plus rémunérateurs pour elle. Le consommateur final ne disposerait alors pas d'une information loyale, tandis que le cybercommerçant qui n'aurait pas, par hypothèse, souscrit un contrat « premium », serait lésé face à un concurrent plus généreux. De telles pratiques fausseraient le jeu de la concurrence.

474. – Sans garantie de transparence sur le fonctionnement de l'algorithme utilisé par la plateforme, il n'est pas interdit de suspecter une possible manipulation des résultats de recherche par le moteur. Or le référencement naturel, gratuit pour le référencé, s'effectue suivant divers critères que fixe ledit moteur. Les algorithmes, éléments techniques majeurs,

³⁵⁹ Appelé encore « publicité ».

³⁶⁰ ADLC, avis n°12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, p.32.

opaques et automatiques, permettant en l'occurrence de procéder au référencement, sont constitués d'instructions données par leur exploitant à une fin précise et ils varient suivant le type de moteur de recherche. Evaluer la neutralité d'un moteur de recherche semble dès lors hors de portée : tel algorithme, jugé neutre par certains, sera estimé injuste par d'autres³⁶¹.

475. – Dans un rapport de mai 2014 sur la neutralité des plateformes, le Conseil National du Numérique a pris l'exemple des plateformes de réservation en ligne d'hôtellerie³⁶². Ces plateformes distribuent (exposent) sur leurs sites des hôtels, rendus très visibles pour le consommateur. Cette visibilité peut leur apporter une progression considérable du chiffre d'affaires et, en contrepartie du service fourni, une commission d'environ 20% est réglée à la plateforme³⁶³. Mais la pratique et le fonctionnement réels pourraient être plus complexes, d'après le rapport évoqué, qui a constaté diverses infractions : ainsi certaines plateformes spécialisées fournissaient à l'internaute une information trompeuse, en affichant faussement les mentions « complet » ou « non disponible » en face du nom des hôtels ne souhaitant pas payer un référencement sur leurs sites, procédé aussi préjudiciable aux commerçants qu'aux consommateurs.

476. – 2/ *Dans un écosystème puissant comprenant diverses activités complémentaires*, le risque existe qu'une plateforme dominante privilégie le référencement des produits des entreprises dudit écosystème. Telle plateforme qui dispose elle-même de produits à vendre pourrait être tentée de les promouvoir en priorité. Ce type de pratique, qui empêche le développement de tous les concurrents, laisse l'écosystème seul maître du marché et des prix en trompant le consommateur sur les propositions que la plateforme lui soumet.

477. – Pour illustrer nos propos, l'écosystème développé par Google (Google Shopping dans la vente en ligne et en tant que comparateur de prix, anciennement Google Product Search, Google Adwords pour la publicité) a suscité une interrogation quant à la neutralité de son classement. Il a été avancé que Google pourrait favoriser ses propres services, notamment son comparateur de prix. Les sites comparateurs de prix donnent aux consommateurs la possibilité et l'avantage de juger des tarifs de produits référencés, vendus

³⁶¹ WERY Etienne, 19 avril 2015, Google abuse-t-il de sa position dominante ? Décryptage du dossier, consulté sur <https://www.droit-technologie.org/actualites/google-abuse-t-il-de-sa-position-dominante-decryptage-du-dossier/>

³⁶² OTAs : Online Travel Agencies ou DSI : Distributeur Sur Internet.

³⁶³ Coût de la commission en France.

et distribués par des sites marchands concurrents. Selon certaines études ³⁶⁴, un consommateur sur deux se dirigerait sur ce type de site avant de passer à l'acte d'achat, ce qui explique l'incontournable nécessité, pour les cyber-commerçants, d'y figurer, en souscrivant les contrats le leur permettant.

478. – L'affaire GOOGLE Shopping est un exemple de la problématique : une enquête avait été lancée par la Commission Européenne en 2010³⁶⁵ et, 7 ans après, se fondant sur l'article 102 du TFUE, la Commission a condamné, le 27 juin 2017³⁶⁶, GOOGLE à une amende de plus de 2 milliards d'euros pour abus de position dominante. La Commission a retenu que cette position sur le marché des moteurs de recherches a conféré « un avantage illégal à un autre de ses produits, son service de comparaison de prix GOOGLE Shopping »³⁶⁷.

479. – Selon la Commissaire à la concurrence, le fait pour une entreprise, Google en l'occurrence, « d'avoir élaboré des produits innovants ayant changé le cours de nos vies ne lui donnait pas pour autant le droit de priver les autres de la concurrence et d'innover »³⁶⁸.

B. RISQUES DE PRATIQUES DÉLOYALES AU SEIN DE LA RELATION CONTRACTUELLE

480. – La position incontournable de certaines plateformes est « de nature à susciter et à renforcer un déséquilibre dans la capacité de négociation entre plateformes et vendeurs indépendants »³⁶⁹ pouvant entraîner un affaiblissement de la liberté de l'accès et du maintien de l'exercice du commerce électronique.

481. – La plateforme peut être tentée d'user de sa position pour imposer ses conditions à son partenaire commercial qui l'utilise, sans alternative, comme intermédiaire pour vendre ses biens ou ses services. La notoriété et la puissance de l'une sont sans commune mesure avec celles de l'autre, ce qui laisse peu le choix à l'utilisateur de discuter les conditions régissant sa relation avec la plateforme. Des problèmes concurrentiels

³⁶⁴ ADLC, avis n°12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

³⁶⁵ V. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_fr.htm

³⁶⁶ Commission européenne, fiche d'info Bruxelles, « la Commission européenne a infligé à Google une amende de 2,12 milliards d'euros pour violation des règles de concurrence de l'Union Européenne », le 27 juin 2017. C (2017) 4444 final, 27 juin 2017, aff. AT.39740, Google Search (Shopping)

³⁶⁷ La société américaine a saisi la CJUE aux fins d'annulation de l'amende.

³⁶⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_fr.htm

³⁶⁹ MARTY Frédéric, Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique, sciences Po OFCE *Working paper* n°31.

apparaissent dès lors que ces conditions déséquilibrent le rapport contractuel entre les parties.

482. – C'est ainsi que, en position dominante, certaines plateformes peuvent être tentées d'imposer au professionnel de pratiquer le prix le plus bas sur leur espace réservé, cette *clause de parité* empêchant toute autre plateforme de pénétrer sur le marché. Sur ce point, l'Autorité de la Concurrence a enquêté suite à une procédure lancée par des syndicats hôteliers français et le groupe Accor, visant à faire sanctionner des pratiques mises en place par la plateforme « Booking.com »³⁷⁰, à laquelle il était reproché de contraindre les hôteliers adhérents à une parité tarifaire³⁷¹, limitant leur liberté dans l'élaboration de leur politique commerciale et interdisant toute concurrence entre les plateformes.

483. – Cette position dominante peut aussi produire un autre risque : la plateforme, en pratiquant le déréférencement, la suspension voire la suppression d'un compte client, donc en provoquant une rupture contractuelle immédiate, peut condamner ce client à la mort commerciale par sa disparition du marché du e-commerce. Si aucune pratique abusive ne peut être relevée dès lors qu'il existe un juste motif pour cette mort annoncée, faut-il encore que soient explicitement indiqués, au préalable, à l'utilisateur/client, les motifs et le préavis permettant un tel déréférencement, une telle suspension, une telle suppression, ainsi que les moyens de recours.

484. – La mort commerciale de l'entreprise, du fait de l'effacement de toute sa visibilité, est assurée d'autant plus vite que la plateforme est en position notoire. A titre d'exemple, on peut citer une décision de l'Autorité de la Concurrence³⁷², concernant la société NAVX, fournisseur de radars. Cette entreprise avait saisi l'Autorité en raison de la suppression abusive, selon elle, sans préavis, de son compte Adwords par la société GOOGLE, la privant ainsi de toute exposition publicitaire. Google se justifia en estimant que la société NAVX violait sa politique en matière de dispositifs de contournement des contrôles routiers en France, lesquels avaient été modifiés dans un sens plus restrictif. Navx dénonçait un comportement discriminatoire. Dans une première décision d'urgence l'Autorité de la concurrence reconnut que Google était libre d'établir sa politique de contenus AdWords, mais donnait raison à NAVX et sommait Google de pratiquer plus de

³⁷⁰ Plateforme de réservation de nuitées en ligne.

³⁷¹ Clause interdisant de pouvoir vendre leurs nuitées moins chères que sur la plateforme.

³⁷² ADLC, décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur i

transparence dans ses conditions de régie publicitaire. Plus récemment, l'Autorité de la Concurrence a pris des mesures d'urgence à l'encontre de Google Ads, la régie publicitaire de Google (anciennement Adwords), à laquelle il était reproché d'avoir suspendu depuis janvier 2018 plusieurs comptes de la société AMADEUS, service de téléphonie 118 001, de ladite régie, alors en position dominante sur le marché de la publicité en ligne française. L'Autorité a sommé Google de clarifier ses règles contractuelles en attendant qu'elle prenne une décision au fond dans les prochains mois³⁷³.

485. – Nous observons que le manque de transparence - dans les méthodes de présentation des offres des moteurs de recherches ou des comparateurs de prix, et dans les relations commerciales entre les plateformes et leurs utilisateurs professionnels - est la source des préoccupations concurrentielles. Dès lors qu'une plateforme devient incontournable, occupant ainsi une position dominante, ce manque de transparence aboutit à des pratiques parfois abusives. Aussi convient-il de s'interroger sur la façon dont le droit appréhende ce risque de pratiques anticoncurrentielles et déloyales et sur les remèdes qu'il entend y apporter.

³⁷³ ADLC, décision n°19-MC-01 du 31 janvier 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société AMADEUS.

SECTION 2 – LA RECHERCHE D’UN JUSTE ÉQUILIBRE CONCURRENTIEL ENTRE LA PLATEFORME ET SON UTILISATEUR

486. – Une telle recherche ne vise pas à restreindre l’indispensable activité des plateformes d’intermédiation, qui jouent un rôle considérable dans le développement du commerce électronique en apportant une visibilité inégalée à l’utilisateur et un choix ciblé d’offres quasiment sans limite au consommateur. Il est parfaitement juste, dans un régime de liberté économique appuyé sur les nouvelles technologies de l’information et de communication, que les entreprises les plus efficaces et/ou les plus innovantes se développent. Nul ne peut reprocher à telle entreprise disposant d’un algorithme surpassant celui de ses concurrentes de prendre la tête du secteur. La liberté du commerce électronique impose aussi de reconnaître le mérite des entreprises les plus performantes, l’Union européenne encourageant chacune à se surpasser afin d’acquérir un rayonnement mondial.

487. – Cependant, il revient à la réglementation du commerce numérique d’assurer un fonctionnement sain de ce marché, reposant sur une concurrence entre les plateformes et une loyauté entre les partenaires. Parce que les pratiques anticoncurrentielles s’exercent plus facilement en position dominante, l’Autorité de la concurrence et la Commission européenne surveillent les abus éventuels dans ce domaine, qui fausseraient la concurrence entre plateformes, d’une part, entre plateformes et utilisateurs professionnels, d’autre part, et qui porteraient préjudice aux consommateurs, par l’augmentation des prix et la réduction du choix qui en résulteraient.

488. – Face à leur emprise importante sur l’espace commercial, deux mécanismes juridiques permettent de sanctionner les plateformes usant illégalement de leur position stratégique. Deux notions sont à distinguer. L’une, la *dépendance économique*, est si restrictive qu’il est quasi impossible de la démontrer quand l’autre, la *position dominante*, trouve quelques difficultés à s’appliquer dans l’entrelacs d’activités exercées par certaines plateformes. De fait, ce n’est pas la détention d’une position dominante qui est répréhensible, mais bien sa mauvaise utilisation ou son abus.

489. – Il convient d’exclure d’emblée l’appréhension de l’analyse concurrentielle au vu de l’abus de dépendance économique. Cette spécificité nationale nécessite des conditions si restrictives qu’elle n’a, à notre connaissance, jamais été appliquée par la Jurisprudence en

matière de commerce électronique. Si l'article L 420-2 du code de commerce a supprimé l'obligation de démontrer l'absence de solution équivalente, la jurisprudence fait pourtant toujours référence à ce critère pour déterminer l'abus de dépendance économique. Ainsi, en cas de déréférencement volontaire, qu'il s'agisse d'évincer une entreprise ou de faciliter la position d'une autre, la solution de remplacement - par la vente sur une autre plateforme - reste indiscutablement possible - au vu du choix théoriquement large - à condition de faire abstraction de la dimension de notoriété, pourtant cruciale. Si la visibilité sur le plus connu des moteurs de recherche est vitale, la dépendance du site marchand semble avérée, quoiqu'au sens du code de commerce il puisse (sans le moindre doute) être référencé par un autre. Pourtant, quelle proportion de clients opère ses recherches sur un autre moteur que le plus célèbre ?

490. – Il conviendrait en conséquence que le droit intègre cette notion d'un acteur « incontournable », d'une entreprise « cruciale »³⁷⁴ produisant une dépendance à son égard, ce qui permettrait alors de protéger certaines entreprises des pratiques anticoncurrentielles.

491. – Aussi, nous interrogerons-nous exclusivement sur l'appréhension des pratiques abusives sous l'angle de la notion de l'abus de position dominante. Force est de constater que, dans les faits, il s'avère difficile de qualifier juridiquement et de sanctionner des pratiques néfastes dues à l'abus d'une position dominante (§1), ce qui a conduit le législateur à proposer un Règlement européen destiné à régir spécifiquement l'activité des plateformes (§2).

§1: LES DIFFICULTÉS À CARACTÉRISER L'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS UN ÉCOSYSTÈME

492. – La Commission européenne et l'Autorité de la concurrence ont essayé, non sans mal, d'analyser comme un *abus de position dominante* le fait de privilégier un référencement de produits de son écosystème ou d'un client « premium », de déréférencer tel autre sans motif ou d'imposer des clauses de parité alors que la plateforme est dans une position incontournable (A). Face à la difficile application de cette notion dans l'écosystème de la plateforme, il s'avère que la référence aux *pratiques restrictives*, spécificité nationale, semble mieux adaptée aux problématiques concurrentielles nées du comportement abusif de certaines plateformes, quoique demeurent certaines difficultés d'application (B).

³⁷⁴ AFEC, 10 février 2016, *rapport sur l'économie numérique*, *op. cit.*

A. LA NOTION PEU ADAPTÉE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE À L'ÉCOSYSTÈME DES PLATEFORMES

493. – Compte tenu de la position incontournable, voire dominante, de certaines plateformes et des risques concurrentiels nés de comportements unilatéraux liés à cette position, il est légitime de les apprécier sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles³⁷⁵.

494. – L'article L 420.2 du code de commerce, pendant de l'article 102 du TFUE, dispose qu'est « prohibée, dans les conditions de l'article L 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

495. – Alors que l'Autorité de la concurrence dans une décision du 22 décembre 2009³⁷⁶ rappelle que « caractériser un abus de position dominante nécessite une analyse en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un second temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché, puis dans un troisième temps dans l'hypothèse où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel », nous observons que ces trois temps sont difficilement établis dans le domaine du e-commerce.

496. – Cette démonstration en trois temps s'impose également au monde numérique. Aussi, pour affirmer qu'un comportement illicite - déréférencement abusif, promotion d'un de ses propres produits au détriment de ceux des concurrents, etc. - constitue bien un abus d'une position dominante, convient-il de rechercher à la fois l'existence d'une position dominante, l'exploitation abusive de cette position - par des pratiques discriminatoires ou des ruptures de contrat abusives - et la démonstration de la présence d'un objet ou d'un effet restrictif de la concurrence sur un marché³⁷⁷ - si les investissements requis pour le pénétrer sont importants.

³⁷⁵ *Ibid.* p. 56.

³⁷⁶ ADLC, décision n°09-D-40 du 22 déc.2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des huiles usagées.

³⁷⁷ CJUE, 19 avril 2012, aff. C-549/10 P, Tomra Systems ASA e.a. c/ Commission européenne, *Europe*, juin 2012, n°6, comm.249, IDOT Laurence.

497. – Tout à la fois évaluer et caractériser le marché pertinent, la position dominante et les comportements abusifs ne va pas sans poser des difficultés.

498. – Le marché pertinent est difficilement apprécié du fait de « la nature et du caractère mouvant des technologies et des services proposés »³⁷⁸ et des différentes activités qui s'entrecoupent dans l'écosystème construit par ces entreprises, juridiquement reliées mais diversifiées, opérant dans le monde de l'innovation où le secret tient naturellement plus de place que la transparence - ce qui ne facilite pas la recherche de la preuve des pratiques reprochées.

499. – Pour ces raisons, il a été proposé de remplacer la notion d'entreprise en position dominante par celle « d'entreprise cruciale », définie comme « l'entreprise dont la présence est requise pour que l'espace « fonctionne comme il convient qu'il fonctionne » »³⁷⁹, ce qui conduirait ainsi à réguler directement ladite entreprise cruciale.

500. – Si la position dominante peut éventuellement être démontrée en référence aux parts de marché de certaines plateformes importantes - Google ou Amazon, par exemple - d'autres, même notoires, sont loin d'atteindre le seuil³⁸⁰ de dominance. La position dominante crée pour l'entreprise une « responsabilité particulière »³⁸¹. Seule une dominance acquise par les mérites est légitime³⁸², ce qui interdit d'y accéder par des comportements abusifs. Ainsi, dès lors que la position dominante sur un secteur donné peut être caractérisée, des clauses d'abus contractuels, des déréférencements, etc., pourraient constituer des abus d'éviction ou d'exploitation ayant pour but d'empêcher des concurrents de se positionner sur le marché, ou de maintenir une position dominante acquise, faussant ainsi la concurrence sur ce marché. Mais parvenir à démontrer en quoi un algorithme est abusif n'est pas chose aisée.

« Pour établir une violation de l'article 102 du TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés, mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou qu'il est de nature à ou est susceptible d'avoir un tel effet ».

³⁷⁸ AFEC, 10 févr. 2016, *rapport sur l'économie numérique de l'Association Française de l'Etude de la concurrence*, *op. cit.*

³⁷⁹ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Réguler les « entreprises cruciales » », *D* 2014, n°27.

³⁸⁰ ADLC, décision n°13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique : « la possession, dans la durée, d'une part de marché extrêmement importante constitue, sauf circonstance exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante, et que tel est le cas d'une part de marché de plus de 50 % ».

³⁸¹ CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, *Michelin c/Commission des communautés européennes*.

³⁸² ARCELIN Linda, *Les comportements unilatéraux : les abus de domination*, consulté sur : <https://cours.unjf.fr/course/view.php?id=180>

501. – L'article 102 du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne³⁸³ définit les pratiques discriminatoires comme celles aboutissant à des avantages pour certains partenaires au regard de la concurrence. L'article L 420-2 du code de commerce interdit la discrimination dans les ventes. Dans le cadre du commerce électronique, des traitements différents et injustifiés entre cyber-entreprises, parce qu'ils déséquilibrent les chances de réussite, sont des pratiques discriminatoires anticoncurrentielles : l'entreprise dominante ne doit pas soumettre à sa volonté les autres entreprises du même secteur.

502. – Si la Commission européenne est, parfois, parvenue à déterminer une position dominante sur un marché précis - au sujet de plateformes à la notoriété incontestable -, le juge judiciaire et l'Autorité de la concurrence³⁸⁴ ont souvent échoué.

503. – Pour illustrer nos propos, nous pouvons nous référer aux inquiétudes que le moteur de recherche Google a suscitées quant à certaines de ses pratiques, estimées discriminatoires, et quant à sa position. En France, suite à de vives préoccupations d'acteurs de l'Internet, le Ministre de l'Economie, des finances et de l'emploi a saisi l'Autorité de la concurrence au sujet du fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne. L'Autorité de la Concurrence a rendu un avis le 14 décembre 2010, constatant la position dominante de Google sur le marché du moteur de recherche et de la publicité liée³⁸⁵, à la lumière de différents critères, notamment celui de la part de marché détenue par Google - 90 % environ -, le niveau des prix et celui des marges - proches de 35%. Elle constate les barrières de fait, empêchant de concurrencer aussi bien le moteur de recherche lui-même que l'activité publicitaire lui étant liée : trafic insuffisant sur les autres moteurs de recherche et nécessité d'investissements éventuels si élevés qu'ils seraient inenvisageables. De fait, ces barrières rendent quasi inexistantes les concurrents des services de publicités liées au moteur Google, ce qui établit ainsi la position dominante.

504. – L'enjeu n'étant pas exclusivement national, la Commission européenne, suite à plusieurs plaintes, a ouvert plusieurs enquêtes, notamment celle du 30 novembre 2010, afin

³⁸³ La Commission Européenne, guide sur l'application de l'article 102 du TFUE.

Document de travail des services de la Commission, guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, 2013.

³⁸⁴ ADLC, décision n°14-D-18 du 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne.

³⁸⁵ ADCL, avis n°10-A-29 du 14 déc.2010 sur le fonctionnement de la publicité en ligne.

de réunir les preuves de l'existence de pratiques abusives au sens des articles 101³⁸⁶ et 102³⁸⁷ du Traité du Fonctionnement de l'Union Européenne³⁸⁸ contre la société Google. La Commission a démontré la *position* dominante de Google sur le marché de la recherche générale sur l'internet, dans l'ensemble de l'espace économique européen, en indiquant que l'entreprise y détient des parts de marché très élevées, dépassant 90 % dans la plupart des pays. L'*abus* de la position dominante est constitué par le fait de favoriser son propre comparateur de prix en lui donnant un avantage illégal par la rétrogradation de ses rivaux. Par ses pratiques illégales, la société a augmenté le trafic vers son propre service, alors que celui à destination de ses concurrents était en très forte baisse.

505. – Toutes les observations de la Commission ont permis de démontrer que Google avait « bridé la concurrence fondée sur les mérites sur les marchés de la comparaison de prix, privant ainsi les consommateurs européens d'un véritable choix et de l'innovation »³⁸⁹, mais cette conclusion a nécessité le recours à des enquêtes et à des recherches de preuves coûteuses, que n'aurait pu envisager un Etat seul. Les difficultés liées au recueil des preuves sont apparues au grand jour lors de cette longue procédure : comment relever le favoritisme d'une entreprise qui ne donne pas les clés de son algorithme ? L'évidente nécessité de la preuve des pratiques discriminatoires se heurte aux contingences de l'univers numérique.

506. – Quant à l'Autorité de la Concurrence, elle a enquêté suite à une procédure lancée par des syndicats hôteliers français et le groupe Accor visant à faire sanctionner des pratiques mises en place par la plateforme « Booking.com »³⁹⁰, à laquelle il était notamment reproché de contraindre les hôteliers adhérents à une parité tarifaire engendrant une limitation de leur liberté dans l'élaboration de leur politique commerciale et interdisant toute concurrence entre les plateformes. Dans une décision du 21 avril 2015³⁹¹, l'Autorité s'est penchée sur la position dominante des plateformes de réservation en ligne, particulièrement

³⁸⁶ Art.101 du TFUE : « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »

³⁸⁷ Art. 102 du TFUE : « est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. »

³⁸⁸ BERDHA Pauline, BENISTI Kim, 5 juillet 2015, Les plaintes contre Google auprès de la Commission Européenne, consulté sur :

<http://paulineberdha.fr/?p=62>

³⁸⁹ C (2017), 4444 final, 27 juin 2017, aff. AT. 39740, Google Search (Shopping)

³⁹⁰ Plateforme de réservation de nuitées en ligne.

³⁹¹ ADLC, décision n°15-D-06 du 21 avril 2015.

« Booking.com », semblant détenir plus de 30 % des parts d'un marché sur lequel les entreprises de petite taille avaient beaucoup de difficulté à intervenir³⁹² : l'Autorité constatait d'une part l'existence possible d'une position dominante et d'autre part l'abus, caractérisé, notamment, par les clauses de parité³⁹³ conformément à l'article 102 du TFUE et à l'article L 420-2 du code de commerce. Ces clauses pouvaient porter atteinte à la concurrence en restreignant l'accès de celle-ci à un marché. En l'espèce, les pratiques reprochées étaient de nature à réduire la concurrence entre plateformes de réservation et évinçaient les petites ou nouvelles plateformes. En réponse la plateforme « Booking.com » a proposé de modifier ses conditions générales de vente en s'engageant à supprimer les obligations de portée tarifaire, laissant toute liberté aux hôteliers de fixer le tarif des nuitées. Nous rappelons que depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015³⁹⁴, dite loi Macron, les clauses de parité sont interdites.

507. – Face à la complexité de ces enquêtes, à la difficulté d'apporter des preuves, conduisant certains auteurs à penser que le droit peine à réguler le comportement abusif de certaines plateformes en position de fait dominante, l'Association Française de l'Etude de la Concurrence³⁹⁵ propose « d'obliger l'exploitant à se conformer aux exigences concurrentielles en justifiant de l'information loyale, claire et transparente, s'agissant notamment des conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation et des modalités de référencement, de classement et de déréférencement des offres mises en ligne et, en cas de refus infondé ou d'absence de réponse dans un délai raisonnable à un opérateur victime de l'algorithme, ce dernier pourrait en second lieu saisir le juge ou l'autorité compétente. Dans ce dernier cas, l'engagement de la responsabilité de l'exploitant de l'algorithme sera mis en œuvre, faute de justification acceptable ». Il a aussi été préconisé de renforcer l'influence et la position des services économiques de l'Autorité en les associant plus étroitement aux instructions et de renforcer aussi les services de l'instruction par le recrutement d'ingénieurs et d'informaticiens formés aux technologies numériques, propositions qui permettraient à l'Autorité, lors de ses enquêtes, de manier plus facilement les outils des nouvelles technologies.

³⁹² Leur référencement naturel étant moins bien placé leur notoriété sera moindre.

³⁹³ Clause exigeant des hôteliers de bénéficier d'un tarif, d'un nombre de nuitées et de conditions d'offre (conditions de réservation, inclusion ou non du petit-déjeuner, etc.) au moins aussi favorables que celles proposées sur les plateformes concurrentes ainsi que sur l'ensemble des autres canaux de distribution (en ligne et hors ligne), dont les réseaux de distribution propres à l'hôtel (site internet, téléphone, e-mail, comptoir de l'hôtel, etc.).

³⁹⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

³⁹⁵ AFEC, *rapport sur l'économie numérique*, op. cit.

508. – Parce qu’il est souvent difficile d’établir l’abus de position dominante d’une entreprise par le recours à un droit commun de la concurrence peu adapté au monde numérique, les experts de l’Organisation de Coopération et de Développement Economiques³⁹⁶ souhaitent que soit redéfinie cette notion afin qu’une entreprise soit considérée en position dominante dès lors qu’aucun concurrent n’a remis en question son leadership depuis 5 ans, d’une part, et qu’elle réalise des bénéfices³⁹⁷, d’autre part. Cette nouvelle approche, qui devrait rendre les positions dominantes, donc les abus éventuels à leur suite, plus aisément démontrables, faciliterait la répression des pratiques anticoncurrentielles, au profit de la liberté des acteurs économiques.

509. – Si les pratiques abusives de certaines plateformes sont donc difficilement analysables en référence aux pratiques anticoncurrentielles, elles peuvent être appréhendées plus aisément en référence aux *pratiques restrictives de concurrence* visées par l’article L 442-6 du code de commerce.

B. COMPORTEMENTS ABUSIFS ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE

510. – L’autorité de la concurrence a rappelé³⁹⁸ que « la plupart des pratiques susceptibles d’être qualifiées d’abus de dépendance économique sont également susceptibles d’entrer dans le champs des interdictions de l’article L 442-6 du code de commerce (c’est le cas en particulier des pratiques de déréférencement ou d’octroi d’avantages sans contrepartie ».

511. – L’article L 442-6 I, 2^e du code de commerce, spécificité du droit français, condamne les relations disproportionnées entre professionnels sans obligation de démontrer la position dominante de l’une des parties. Il permet de sanctionner les pratiques restrictives pendant la relation commerciale, comme lors de sa rupture brutale. Constitue une pratique restrictive de concurrence le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire

³⁹⁶ Les 35 pays membres que l’OCDE compte à l’échelle de la planète se consultent régulièrement pour identifier les problèmes, en discuter, les analyser, et promouvoir des politiques pour les résoudre
V. <http://www.oecd.org/fr/apropos/histoire/>

³⁹⁷ OCDE, 2012, *The digital Economy*, consulté sur <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>.

³⁹⁸ ADLC., avis n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d’achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

512. – La place de marché numérique³⁹⁹ noue une relation commerciale avec son utilisateur professionnel. C'est au sein de cette relation que les notions de « soumission », de « partenaire commercial » et de « déséquilibre significatif » trouvent encore quelques difficultés à s'appliquer dans le monde du commerce électronique : si la jurisprudence judiciaire est venue préciser certains points, il n'en demeure pas moins une difficulté certaine à appliquer la réglementation. La Cour d'Appel de Paris⁴⁰⁰ a jugé que la soumission d'un opérateur est établie du fait des rapports de force existants sur un marché à forte concentration. Ainsi, la notoriété cruciale de la place de marché peut être retenue comme induisant une soumission au partenaire commercial. Plus délicate est la question du déséquilibre significatif entre les parties, dont la Cour d'Appel de Paris a précisé qu'il peut être caractérisé par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties⁴⁰¹.

513. – Des clauses contractuelles insérées dans les contrats de la plateforme « hotels.com » ont été jugées non conformes sur le fondement de l'article L 442-6, I, 2° du code de commerce⁴⁰² : elles révélaient un déséquilibre entre les parties en visant à l'obtention automatique au seul profit de la plateforme, des meilleures conditions tarifaires, au détriment de plateformes concurrentes.

514. – Dans l'affaire Booking.com, précédemment évoquée, le Tribunal de Commerce de Paris avait été lui aussi saisi par le Ministère de l'Economie et des syndicats d'Hôtellerie, après que l'Autorité de la Concurrence se soit prononcée sur le constat d'un abus de position dominante engendrée par des pratiques anticoncurrentielles. Cette procédure, différente de celle menée devant l'Autorité de concurrence, a abouti à une condamnation de la société Booking.com pour avoir inséré certaines clauses créant un déséquilibre significatif (absence de contrepartie suffisante), au sein de ses conditions

³⁹⁹ Les plateformes, ou places de marché, sont dites fermées quand elles sont réservées à un nombre limité de commerçants, appelés adhérents, choisis au préalable, ce qui implique que, selon des critères objectifs, certaines entreprises pourront être refusées. Il est plus aisé et souvent plus efficace pour un cybercommerçant d'intégrer des places de marché dite ouvertes, telles Amazon ou YouTube, qui lui procurent une visibilité incomparable par leur notoriété et le nombre de consultations qu'elles suscitent. Ces plateformes sont souvent issues de sites marchands purs qui, par souci d'amélioration de leur rentabilité, ont préféré faire évoluer leur activité initiale, exclusivement commerciale, vers celle de plateformes numériques, plus rentables.

⁴⁰⁰ Paris, 4^e ch., pôle 5, 29 octobre 2014, n°13/11059. SARL Radio Nova c/ sté TSF Jazz.

⁴⁰¹ Paris, 4^e ch, pôle 5, 18 décembre 2013, n°13/11059.

⁴⁰² T.Com., 13^e ch., Paris, 7 mai 2015.

générales d'utilisation, conformément à l'article L 442-6 du code de commerce: clause de parité, clause d'interdiction d'indiquer le numéro de téléphone et l'adresse de télécopie sur le site Booking.com, clause interdisant d'utiliser les données des clients (dites clauses marketing) et clause en matière de référencement privilégiant les clients « premium ». Certaines, que Booking.com s'était engagé à supprimer lors de la procédure devant l'autorité de la concurrence, ont été déclarées par le Tribunal de commerce de Paris contraires à l'article L 442-6 du code de commerce.

515. – Ainsi, les comportements litigieux semblent appréhendés de façon plus aisée et efficace par l'application de l'article L 442-6 du code de commerce⁴⁰³, aux fins de rééquilibrer les relations commerciales entre partenaires de puissances inégales, que par la référence aux pratiques anticoncurrentielles visées aux article 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce.

516. – Concernant la soumission, la Cour d'Appel de Paris⁴⁰⁴ a jugé que celle d'un opérateur est établie du fait des rapports de force existant sur un marché à forte concentration. C'est ainsi que la notoriété cruciale de la place de marché peut être retenue comme élément de soumission.

517. – La Cour d'Appel de Paris⁴⁰⁵ a encore précisé que le déséquilibre significatif pouvait être caractérisé par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties.

518. – Rappelons que l'article 1171 du code civil, modifié par l'ordonnance du 10 février 2016⁴⁰⁶, fait entrer les clauses abusives dans le code civil ; sur le fondement de ce texte peuvent être sanctionnées les clauses figurant dans un contrat d'adhésion, exclusivement, qui créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Dans le monde numérique, de très nombreux contrats sont des contrats d'adhésion, qui ne permettent pas au professionnel de négocier ses conditions avec la plateforme quasi dominante : les contrats d'adhésion sont plus propices à la soumission. Ce

⁴⁰³ V. aussi T.Com. Paris, 22 juin 2017, Union des métiers et des industries de l'hôtellerie (Umih) et Groupement national des chaînes hôtelières (GNC) c/ Expedia et Hotels.com.

⁴⁰⁴ Paris, 4^e ch., pôle 5, 29 octobre 2014, n°13/11059.

⁴⁰⁵ Paris, 4^e ch., pôle 5, 18 décembre 2013, n°13/11059.

⁴⁰⁶ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

nouveau texte de droit commun peut être un fondement nouveau pour sanctionner des pratiques abusives. Il convient de suivre son application par les tribunaux au fil du temps.

519. – En conclusion, le fondement des actions sur les pratiques restrictives visées à l'article L 442-6 du code de commerce semble plus efficace pour sanctionner des clauses créant un déséquilibre significatif entre les parties. Mais il est cependant décevant que le droit ne puisse que rarement appréhender les actes unilatéraux constituant des abus de position dominante au titre de pratiques anticoncurrentielles.

520. – Les comportements abusifs pratiqués par certaines grandes plateformes, quoique sanctionnées sur le fondement de textes traditionnels au prix de précisions jurisprudentielles, ont fait l'objet d'une attention toute particulière, récente, tant au niveau européen que national : des textes spécifiques relatifs aux plateformes numériques ont déjà été adoptés - la loi pour une République numérique - ou sont en projet - un règlement au niveau de l'Union européenne -, ces textes ayant pour objectif la relation entre la plateforme et le consommateur pour l'un, la régulation de la relation entre la plateforme et l'utilisateur professionnel pour l'autre.

521. – L'article L 111-7-II du code de la consommation, issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République Numérique, qui contraint les plateformes à apporter « au consommateur une information loyale et claire et transparente [...] » s'adresse seulement à la protection du consommateur. L'auteur du texte souhaite maintenir une information loyale sur les modalités de référencement des plateformes mais ne prévoit rien en matière d'abus de position dominante ou de protection du cybercommerçant utilisant une plateforme.

522. – Néanmoins, les risques semblent être pris en compte et il convient d'évoquer la proposition de règlement de 2018 de l'Union européenne, en cours d'élaboration, ayant pour objectif l'équité dans la relation commerciale plateforme/utilisateur professionnel afin de réguler la concurrence faussée par certaines pratiques préjudiciables aux commerçants.

§2 : UNE PROPOSITION DE RÈGLEMENT EUROPÉEN POUR UNE CONCURRENCE SAINTE

523. – Afin d'apporter l'équité dans la relation commerciale, la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour

les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne du 26 avril 2018⁴⁰⁷, s'appuie sur deux engagements principaux : assurer plus de transparence dans la relation commerciale établie entre la plateforme et le site marchand et faciliter le droit de recours contre la plateforme en cas de litige.

La proposition de règlement vise expressément à soumettre les plateformes et les moteurs de recherches à une obligation, louable, de transparence.

524. – Chacun peut s'accorder sur cette ambition. Cependant, les moyens pour la satisfaire méritent, selon nous, un examen critique dans la mesure où, au moment où ces lignes sont rédigées, les auteurs du texte en gestation semblent considérer que le déséquilibre avéré dans la relation entre la plateforme et son utilisateur professionnel n'est que la conséquence d'une absence, ou d'un déficit, d'information, de ce dernier. Comblé ce déficit suffirait-il à effacer un déséquilibre éventuel entre les acteurs ?

525. – Les intermédiaires étant reconnus comme des guides accompagnant le consommateur vers le vendeur, par un chemin tracé influençant leur choix, il leur revient d'apporter au site marchand la transparence quant au balisage qu'a dessiné leur algorithme.

526. – Ainsi l'utilisateur de la plateforme devra-t-il avoir connaissance des modalités et des conditions de son utilisation, à tous les stades de la relation. La modification, par la plateforme, de ces conditions ne lui est pas interdite, pourvu qu'elle en informe le professionnel, avec un préavis qualifié de raisonnable et proportionné en fonction des circonstances, d'au moins 15 jours. Quel peut être l'impact d'une telle obligation ? Dès lors que la plateforme, incontournable, modifie (sans doute pas à son désavantage) ses conditions d'utilisation, de quels moyens (autres que parfaitement théoriques) le site marchand dispose-t-il s'il souhaite les refuser ? Toute notification d'une quelconque modification unilatérale sera sans nul doute une excellente performance d'information, quoique nul ne sache quel avantage en tirera le professionnel mis devant le fait accompli, assurément ravi que quinze jours lui soient accordés pour disserter sur la correction en sa faveur du déséquilibre qu'il estimait préjudiciable à son entreprise...

⁴⁰⁷COM (2018) 238 final 2018/0112, proposition du règlement du Parlement et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne.

V. comm. BENSOUSSAN ALAIN, « De nouvelles européennes P2B pour les plateformes en ligne », disponible sur ; <https://www.alain-bensoussan.com>

V. aussi comm. FEVAD, « projet de règlement plateformes et utilisateurs P2B », oct. 2018, disponible sur <https://fevad.com>

527. – La plateforme conserve le pouvoir unilatéral de suspendre ou de résilier un compte d'utilisateur, vital pour le commerçant, mais il lui faudra désormais motiver son action en se référant à la base des raisons prévues au préalable dans le contrat, afin d'éliminer toute surprise de l'utilisateur. La mort de l'utilisateur sera donc sans surprise.

528. – Enfin, concernant les classements de produits ou de services, la plateforme devra décrire « succinctement » et au préalable, les principaux paramètres pris en compte par l'algorithme qui les détermine. Cette obligation est censée permettre à l'utilisateur de comparer les conditions des diverses plateformes, à la façon d'une mise en concurrence. Si l'on considère la situation, certes particulière, que nous avons décrite précédemment, d'un marché du moteur de recherche détenu par Google auprès de plus de 90 % des internautes en Europe, de quelle comparaison pourrait-il s'agir ? Face au secret, sans doute indispensable aux plateformes, entourant leurs algorithmes, il paraît douteux que leur description soit assez détaillée pour permettre de comprendre les méandres d'éventuelles rétrogradations. La proposition de règlement exige seulement d'ailleurs que cette description soit « succincte », ce qui pourrait alimenter de longues querelles sémantiques quant à ce caractère.

529. – Quand la plateforme n'est pas un simple intermédiaire, lorsqu'elle joue un rôle économique en concurrence avec ses propres utilisateurs professionnels (en vendant des produits de son écosystème), elle devra, selon la proposition de règlement, indiquer au préalable les éventuels traitements différenciés qu'elle réserve à ses produits. Cette obligation, intellectuellement très satisfaisante au nom de l'équité, se heurte au principe de réalité du monde économique : quelle conséquence effective l'utilisateur professionnel tirera-t-il de la connaissance de ces traitements différenciés au service de certains produits ou biens qui concurrencent les siens ? Aura-t-il la possibilité, autre que théorique, de basculer son offre vers une autre plateforme, de la voir référencée sur une place de marché moins connue au risque de réduire sa visibilité ? Cette perspective, déconnectée du réel, que rendrait pourtant possible le droit, est-elle seulement envisageable ?

530. – La position inexpugnable de « gardien de l'accès » au e-commerce confèrera encore à certaines plateformes une forme de droit de vie et de mort sur les sites qu'elles exposent, par la réalité de certaines pratiques anticoncurrentielles désormais qualifiées, dans la proposition de règlement, de « pratiques néfastes ». La transparence donnerait assurément l'information sur certains éléments employés par l'intermédiaire, sans apporter pour autant

l'équilibre espéré dans sa relation avec la plateforme, dont la position dominante rejoint celle du seul maître à bord. Certes elle jouera son rôle dans plus de lumière et l'utilisateur en sera informé, mais éclairer l'utilisateur professionnel sur les façons d'agir de la plateforme ne lui offre pas les garanties d'une concurrence plus saine, ne le protège pas de l'abus d'une position incontournable, ne lui donne pas toutes les clefs de la liberté d'entreprendre.

531. – C'est en cela que nous considérons le projet de règlement européen bien frileux quant à l'encadrement des pratiques « néfastes ».

La proposition de Règlement s'appuie également sur la mise en place d'un droit de recours en cas de litiges.

532. – Les utilisateurs de plateformes n'osent guère saisir la voie judiciaire en cas de litige avec l'intermédiaire, soit qu'ils imaginent de possibles « représailles », soit qu'ils redoutent d'être suspendus de référencement ou, pire encore, privés de tout trafic vers leur fonds de commerce virtuel, donc gommés.

533. – Aussi la proposition de règlement prévoit-elle de faciliter les plaintes des utilisateurs en obligeant la plateforme à mettre en place un moyen de traitement interne les prenant en compte, rapidement et efficacement, afin de trouver une solution qu'elle communiquera à l'utilisateur. Toutefois, ce traitement ne concernerait que les plaintes visant un problème lié au Règlement ; à défaut, le service d'intermédiation pourrait les rejeter purement et simplement. Afin de rendre public leur traitement, l'intermédiaire devrait publier un rapport indiquant le nombre total des plaintes déposées, leurs motifs, le délai nécessaire pour les traiter et les décisions rendues. La plateforme devrait enfin indiquer le nom d'un Médiateur, répondant à certaines exigences. Le recours au règlement interne, ou au Médiateur, ne serait pas sans préjudice de la saisine de la voie judiciaire par les parties.

534. – Cette proposition est aussi séduisante, intellectuellement, que la précédente... mais la même interrogation porte, à nouveau, sur sa concrétisation pratique. L'utilisateur, qui aurait jusqu'alors redouté de saisir la voie judiciaire par crainte de plus ou moins saborder son entreprise sous le coup des dites représailles, oserait-il recourir plus facilement à la procédure de règlement interne, ferait-t-il davantage appel au Médiateur dans ce nouveau cadre, en toute sérénité ? Les mêmes causes ne produisent-elles pas les mêmes effets ? Si l'aventure entrepreneuriale réclame l'acceptation du risque et nécessite l'esprit d'audace, seul un grain de folie pourrait conduire les utilisateurs de plateforme à oser se plaindre sans craindre de se voir déclassés en acceptant de perdre le fruit de tous leurs efforts.

535. – Donner plus d'informations apporterait, au moins en théorie, plus de transparence dans la relation commerciale mais pourrait ne pas modifier son caractère déséquilibré. Le problème reste celui, non résolu, de la position incontournable, qui, certes, ne peut être reprochée à des plateformes innovantes attirant le succès, mais qui posent des questions sans réponse à ce jour. Il conviendra de surveiller les conditions de l'adoption définitive de ce texte, son efficacité éventuelle dans le temps pour se prononcer quant à son intérêt, que nous estimons, à cette heure, parfaitement hypothétique.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

536. – Le troisième acteur du commerce électronique a su se rendre indispensable dans le trafic des transactions entre l'offre de l'utilisateur professionnel et la demande du consommateur. Les plateformes savent innover en faisant appel à des algorithmes toujours plus performants. Le fournisseur d'intermédiation est un stimulant, le levier qu'actionne le commerçant pour atteindre ses clients, l'outil qui lui procure la visibilité nécessaire à son développement. A ce point de nécessité, cette position lui confère un pouvoir économique tel qu'il peut l'amener à produire des pratiques anticoncurrentielles « néfastes » envers l'utilisateur, que le droit positif peine à réguler. Parce que les textes fondateurs du commerce électronique, la directive dite sur le commerce électronique et la loi LCEN, n'avaient pu imaginer le caractère essentiel de ce nouvel acteur, désormais en position de quasi-monopole, il a fallu de longues années, passées à constater les effets négatifs d'une concurrence faussée par ces pratiques néfastes, avant que le législateur européen entreprenne d'y remédier, pour un succès encore très incertain.

CONCLUSION DU TITRE 2

537. – Si la liberté d'exercer le commerce profite autant à l'entreprise qu'au consommateur, une concurrence faussée devient, symétriquement, un handicap pour chacune de ces deux parties de la relation commerciale. Cette affirmation vaut pour le commerce par voie électronique. Il faut pourtant constater qu'en son sein et du fait de ses spécificités, une concurrence faussée entre acteurs économiques n'encourage pas la liberté de pratiquer le e-commerce, que cette concurrence soit appuyée sur des règles fiscales dont l'adaptation seulement partielle facilite l'optimisation des uns au détriment des autres, ou qu'elle repose sur des pratiques néfastes ou abusives pouvant naître de l'activité de la plateforme numérique, ce nouveau levier du e-commerce. Sans la concurrence, la liberté ne peut être assurée.

538. – Ces deux freins à la liberté du commerce électronique - une fiscalité inadaptée et des interrogations quant aux pratiques d'un acteur désormais incontournable - que nous avons choisi d'exposer, ont fait l'objet de nombreuses études et sont désormais clairement identifiés, sur le territoire national comme dans l'espace européen.

539. – Le législateur, national et européen, a pris conscience des limites du droit quant à réguler ces aspects inédits de ce monde nouveau mais, alors qu'un encadrement par les textes juridiques semble nécessaire, sa réactivité insuffisante à l'accélération permanente des nouvelles technologies pose problème. Indiscutablement soucieux de parfaire la construction des fondements juridiques du e-commerce, principalement apportés par la directive 2000 et la loi LCEN, ce législateur semble vouloir poursuivre sa mission en comblant les lacunes en matière de droit des plateformes, après avoir agi en matière de TVA. Néanmoins, force est de constater que la problématique de la fiscalité directe n'est pas traitée, qu'elle ne pourrait l'être qu'en échange d'une ambition politique commune, introuvable à ce jour, dans l'Union européenne. Sans cette ambition, qui remettrait en cause le principe de souveraineté fiscale des Etats membres, le droit fiscal, qui ne pourra être adapté au commerce électronique transfrontière, constituera longtemps un frein puissant à son développement, à sa liberté.

CONCLUSION DE LA 1^{RE} PARTIE

540. – Le commerce électronique, issu d'une société de l'information dont le rapide développement s'est appuyé sur les nouvelles technologies de l'information et de la communication, est perçu comme un moyen de croissance dans des économies européennes essoufflées.

541. – Si « l'approche des Etats-Unis est évidemment conforme aux traditions de ce pays et tend à reposer autant que faire se peut sur l'autorégulation, c'est-à-dire le libre jeu du marché, et la responsabilisation des acteurs économiques »⁴⁰⁸, la vision européenne est bien différente. En effet, si les entreprises agissent, le droit ne doit pas moins leur en donner les moyens. En d'autres termes, le droit assure la liberté du commerce électronique en privilégiant deux principes : celui de la liberté d'accès au plus grand nombre et aux activités les plus nombreuses, et celui de la liberté de communication par voie électronique.

542. – Néanmoins, pour que la liberté joue son rôle de stimulant du commerce, le droit ne la conçoit pas illimitée. « La liberté illimitée conduit à son contraire, puisque faute d'être restreinte et protégée par la loi, elle aboutit à la domination du fort sur le faible⁴⁰⁹ ». La liberté du commerce électronique n'est donc pas restreinte, mais plutôt tempérée, et conjuguée à l'intérêt parallèle du consommateur.

543. – C'est cette ambitieuse association d'intérêts, assurée par le droit, qui permet le développement du e-commerce. Aussitôt que le droit n'a pas prévu un encadrement spécifique, l'autorégulation qui prend corps dans ce champ libre ne se fait pas, ou au prix d'une concurrence faussée qui met en danger la liberté de commerce. Les causes en sont multiples, qu'il s'agisse de l'incapacité ou du manque d'engagement politique à modifier certaines règles fiscales au sein de l'Union ou de l'imprévisibilité du développement des plateformes numériques, qui produisent, pour certaines, des pratiques anticoncurrentielles néfastes à la liberté. Le droit tente d'apporter, parfois avec succès, des adaptations à ces situations nouvelles.

⁴⁰⁸ LORENTZ Francis, 8 janvier 1998, *Le commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises les citoyens et les pouvoirs publics*, Rapport pour Monsieur le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 190 p.

⁴⁰⁹ POPPER K., *La société ouverte et ses ennemis*, Paris, le Seuil, 1979.

DEUXIÈME PARTIE
LE DROIT ASSURE LA CONFIANCE
DANS LE COMMERCE
ÉLECTRONIQUE

DEUXIÈME PARTIE :

LA CONFIANCE DANS LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ASSURÉE PAR LE DROIT

544. – A la fin du XX^{ème} siècle, l'Union européenne avait voulu dynamiser la croissance atone de nombreux Etats membres en se saisissant de l'opportunité nouvelle que représentait le développement du commerce électronique. Celui-ci s'est révélé, depuis, un outil compétitif au service de l'économie mondialisée. S'agit-il d'un progrès, l'outil ainsi créé a-t-il permis de satisfaire les attentes des consommateurs et des entrepreneurs, en a-t-il suscité de nouvelles ? Chacun, selon ses convictions, apporte sa réponse. Cependant, quel que soit le fruit de ces interrogations actuelles, face à cette accélération du monde, il était hors de question à l'époque pour les Européens dans leur ensemble et pour les Français en particulier, de « descendre du train en marche⁴¹⁰ ». Il convenait de faire percevoir le commerce électronique comme un facteur de dynamisme économique et social.

545. – Le commerce par voie électronique prend corps dans la société de l'information, au sein d'un cyberspace aux contours incertains, porteur d'autant de menaces que de perspectives nouvelles. Si Internet rend possible une forme d'ouverture au monde, la littérature⁴¹¹ ou le cinéma⁴¹² décrivent parfois ses dérives sous un jour sombre. Les médias rendent compte d'attaques très réelles⁴¹³ dans cet espace virtuel - pourtant entièrement construit par l'homme - qui interroge par sa nouveauté et son refus des frontières, qui sidère par son accessibilité à chaque instant, qui inquiète par l'anonymat qui y prospère, pour le meilleur ou pour le pire. Si le cyber-espace est assurément le lieu où tout est possible - le bien, le mal -, il est notamment le terreau fondamental du commerce électronique, qu'il nourrit d'information pour faire grandir l'économie numérique. La voie nouvelle empruntée par le commerce, comme une route des Indes contemporaine, emmène à très grande allure, sans le moindre repère issu de l'expérience commune, vers un monde inconnu, plein d'espoirs et rempli d'autant d'incertitudes.

⁴¹⁰ BIRRAUX Claude, Le DEAUT Jean-Yves, 24 janv.2012, *L'innovation à l'épreuve des peurs et des risques*, rapport à la demande de l'assemblée nationale.

⁴¹¹ GIBSON W. , *Neuromancer*, ou VINGE Vernor, *True Names*, Edited by Terry Carr,

⁴¹² LISBERGER Steven, *Tron*, 1982.

⁴¹³ Attaque massive contre l'Estonie le 27 avril 2007 : les sites des banques, les sites gouvernementaux, les sites des médias ont été atteints.

546. – Dans le cyberespace, le e-commerce fut une innovation absolue : son lointain ancêtre, la vente par catalogue, l'avait précédé depuis de nombreuses années selon des modalités, pratiques ou techniques - de passation des commandes en particulier - bien différentes. Tout, dans l'originalité du commerce électronique, était de nature à inquiéter les deux principaux acteurs de la relation commerciale, consommateurs et commerçants, lesquels n'avaient jusque-là jamais été confrontés à tant de ruptures à la fois : les parties ne se connaissent pas, ne se rencontrent jamais physiquement, sont peut-être séparées par des milliers de kilomètres dans des Etats différents. Quant au bien ou au service, objet de la transaction en ligne, il n'est appréhendé que sous la forme d'une photo ou d'un descriptif affiché sur un écran dérisoire, tandis que le processus contractuel et le paiement s'effectuent par l'intermédiaire d'un terminal par voie électronique, dans une transaction partiellement, voire entièrement, dématérialisée, l'ensemble réalisant une somme inégalée de bouleversements.

547. – Parce que cette virtualité de l'échange commercial et sa dématérialisation, au sein d'un espace inédit, constituaient une véritable *innovation*, celle-ci ne manquait pas de trainer à sa suite l'habituel cortège de *risques* et d'*incertitudes*, lequel n'a jamais produit, partout, que la défiance éternelle des acteurs. Aussi, pour assurer le développement du commerce électronique, convenait-il au contraire d'établir la confiance dans ce nouveau mode de commerce.

548. – Qu'entend-on par confiance ? Cette notion, vaste, repose sur des conceptions diverses, prolifiques, qu'appréhendent la littérature et la religion, que chérissent le philosophe, le sociologue autant que le juriste. Au sens strict, elle peut être définie comme le sentiment de quelqu'un qui se fie à quelqu'un d'autre ou à quelque chose⁴¹⁴.

549. – Si la confiance est, depuis des temps immémoriaux, au cœur de cette relation particulière entre les hommes qui les a amenés à s'organiser en société - par exemple par la création de la monnaie⁴¹⁵ - elle est, aujourd'hui, le fondement même de l'économie libérale de marché : aucun acteur ne peut s'engager s'il ne considère pas la confiance comme acquise, ou assurée. Alain Peyrefitte décrit la confiance comme un facteur crucial de développement⁴¹⁶. Selon certains auteurs⁴¹⁷, sa vision a évolué suivant les époques. Dans les sociétés

⁴¹⁴ Définition du dictionnaire Larousse.

⁴¹⁵ HARARI Yuval Noah, *Sapiens Une brève histoire de l'humanité*, Albin Michel, 2015, p. 215.

⁴¹⁶ PEYREFITTE Alain, *La société de confiance, essai sur les origines et la nature du développement*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1995, référence relevée in VALLEE Pierre-Hugues, MACKAAY Ejan, « La confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *Lex electronica*, vol. 11 n°2, automne 2006.

⁴¹⁷ LE BOUTER Flavien, 24 juin 2014, Formes et fonctions de la confiance dans la société moderne, consulté sur www.implications.philosophiques.org

traditionnelles la familiarité revêtait la plus haute importance et l'on communiquait, on commerçait avec des personnes que l'on connaissait : « Un homme appartenant à une communauté tribale achetant quelque chose à un village voisin ne négocie pas seulement avec un vendeur mais aussi avec un parent, un collaborateur, un allié ou un rival, un pourvoyeur potentiel de bru, un participant à des rituels, un défenseur du village, un membre du conseil ⁴¹⁸ ». La proximité, quelle qu'en soit la nature, est la clé de cette forme d'échange : parce que chaque partie est proche de l'autre, chacune sait comment réagit l'autre, sans perspective incertaine ou inconnue. La confiance, par cette forme d'automatisme, est en quelque sorte acquise et il donc n'est pas besoin de la provoquer.

550. – A l'opposé, dans les sociétés modernes, et en particulier dans celle de l'information, l'anonymat prévaut paradoxalement et l'éloignement géographique des acteurs de toute relation est un fait. L'environnement social et économique, qui a perdu tout aspect de familiarité, se voit privé de tous ses repères stables⁴¹⁹. La relation reste parfaitement possible, par le recours à la pure technologie, mais entre « inconnus ». Or, entre inconnus, l'échange peut s'avérer moins fructueux, l'anonymat ne suscitant pas, a priori, la confiance. Dès lors, donner ou créer cette confiance devient un enjeu essentiel, plus encore dans un contexte d'évolution technique permanente, vécue ou redoutée par chacun comme porteuse, par sa nature propre, d'autres risques potentiels, d'autres incertitudes.

551. – Mais il ne suffit pas que le vendeur de biens ou de services et le consommateur aient seulement confiance l'un dans l'autre. Quelle que soit la valeur de ce rapport réciproque, s'impose la nécessité pour les acteurs d'avoir confiance, au-delà, dans l'environnement qui les rapproche. A ce prix seulement, sans risque ni incertitude, le commerce électronique peut assurer son rôle de moteur économique.

552. – Pour créer la confiance dans le commerce électronique le législateur français a choisi d'emprunter deux voies.

553. – Il a d'abord souhaité encadrer la nouvelle relation. Pour ce faire il a recouru au cadre général du contrat, rassurant par sa longue histoire, inséré au sein du Code civil : en adaptant le contrat traditionnel à la voie électronique il a permis une relation commerciale d'un

⁴¹⁸ GELLNER Ernest, citation reprise in SELIGMAN B., *Complexité du rôle, risque et émergence de la confiance*, réseau 2001/4 n°108 p.37 à 61 consulté sur https://cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RES_108_0037

⁴¹⁹ LUHMANN Niklas, *la confiance, un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, coll. études sociologiques, Economica, 2000.

nouveau type - technologique et non pas juridique - dont il a reconnu la valeur. Le droit n'autorisait pas la transaction électronique : seule l'adaptation du contrat traditionnel l'a rendue possible. Par ailleurs, la sécurisation du moyen de paiement a convaincu les acteurs économiques de pouvoir s'engager dans un cadre aux règles claires, parfaitement définies. Dès lors, cette construction de règles juridiques assurant l'intérêt commun des acteurs a rendu le e-commerce digne de leur confiance partagée.

554. – Le législateur français a, d'autre part, répondu aux attentes spécifiques de l'entreprise et du consommateur. Etablir la confiance *générale* des acteurs économiques dans l'environnement du nouveau monde de l'économie numérique ne peut dispenser de prendre en considération les préoccupations *particulières* de chacun d'eux. La prise en compte des éléments propres à forger leur confiance *individuelle*, par la protection de leurs intérêts particuliers, a effacé les derniers freins à leur volonté éventuelle de ne pas s'engager, chacun pour sa part, dans la transaction commerciale par la voie électronique.

555. – Bref, il convenait, dans ce monde nouveau fondé sur la rupture, d'assurer, parallèlement, la confiance générale des acteurs du commerce électronique et leur confiance individuelle, afin de permettre l'engagement déterminé de tous.

556. – En faisant ainsi référence au concept global de « commerce électronique », le choix a été fait de stimuler la confiance des deux principaux acteurs de la transaction par voie électronique. L'amélioration de la confiance *en l'autre* semble être laissée à l'initiative des parties et notamment à celle de l'entreprise, laquelle peut souscrire à des codes de bonne conduite ou à des labels démontrant son engagement en faveur de son partenaire. Les textes juridiques encouragent ces efforts, mais nous choisissons, dans notre étude, de nous attacher aux règles, plus fondamentales, qu'adopte le législateur en vue de développer la confiance des deux principaux acteurs du e-commerce dans la *globalité du système*.

557. – Comme l'indique le projet de la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁴²⁰, le législateur souhaite répondre aux craintes de ces acteurs en « adaptant les règles en vigueur à l'économie numérique⁴²¹ ». Certains auteurs rappellent que « la règle de droit joue un rôle non négligeable pour apaiser les angoisses et aplanir les difficultés⁴²² ». Loin

⁴²⁰ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁴²¹ DIONIS DU SEJOUR Jean, *Rapport au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi n°528 pour la confiance dans l'économie numérique*, 1^{ère} partie, n°612, 12 février 2003, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp>

⁴²² CABRILLAC Rémy, *Introduction générale au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2019, p.15.

d'être statique, la règle sait évoluer avec la société, même si un temps de réflexion, comme une nécessaire prise de recul, s'impose à ses auteurs avant qu'ils n'en instaurent de nouvelles : « ne faut-il pas, avant de « voter » la loi, « la penser »? »⁴²³ .

558. – La transaction commerciale, quoique nouée par voie électronique, entre un vendeur de biens ou de services et un consommateur, constitue cet acte juridique dénommé contrat. Néanmoins, ses spécificités - l'éloignement, l'anonymat, l'utilisation de matériel informatique et le recours à la voie électronique - ont imposé des adaptations successives des textes afin de créer les conditions de la « confiance dans l'économie numérique », selon le titre de la loi du 21 juin 2004⁴²⁴, dite loi LCEN.

559. – L'investissement de l'entreprise dans l'économie numérique impose que des textes lui apportent la protection de son patrimoine incorporel, afin de la préserver face aux risques qu'elle court. La faiblesse supposée du consommateur, du fait de son manque de connaissances, a été relevée par le législateur, lequel l'a corrigée en lui assurant une information renforcée.

560. – Nous pouvons ainsi classer les règles de droit en deux catégories, ayant toutes pour finalité d'installer en quelque sorte le e-commerce dans un environnement sécurisé. Les unes, en rendant juridiquement possible, en organisant ou en sécurisant la relation commerciale entre les deux parties principales, mettent en place des outils adaptés à leur transaction - qu'il s'agisse du contrat ou des moyens de paiement par voie électronique - et assurent la confiance des parties dans le processus du commerce électronique (Titre1). Les autres s'attachent à faire disparaître les inquiétudes particulières de l'entreprise ou du consommateur, le législateur cherchant à répondre aux attentes spécifiques de chaque acteur (Titre 2).

⁴²³ BERANGER Denis, *Penser la Loi, Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, 2018.

⁴²⁴ Loi n° n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique.

TITRE 1

LA TRANSACTION ÉLECTRONIQUE EN CONFIANCE

561. – La vitesse de circulation de l'information, assurée par les nouvelles technologies de la communication, favorise les échanges - quasi instantanés - entre tous les agents économiques des pays industrialisés. Il est naturel que cette relation d'un type inédit ait rendu possible le développement, entre eux, d'un nouveau commerce⁴²⁵.

562. – La nouvelle économie sur laquelle se fonde le e-commerce permet au professionnel de proposer, sur la planète entière, des biens et des services de toute nature. Le consommateur, d'un clic, achète et paie par voie électronique, en toute facilité. L'extrême simplicité de la manœuvre - que nul ne relève plus tant elle « va de soi » - matérialise concrètement la confiance dans le système de chacun des acteurs. Pourtant si, au vu de la progression du e-commerce en France, cette confiance semble acquise, elle est le fruit de la volonté du législateur de bâtir des règles juridiques à cet effet : il s'est ainsi attaché à permettre et à faciliter l'échange dématérialisé, en encadrant la relation commerciale afin de la sécuriser et, en donnant naissance à un contrat électronique inséré au sein du droit commun du Code civil⁴²⁶, il a su adapter une notion traditionnelle aux nouvelles technologies.

563. – Il est admis que « comme la roue, l'institution contractuelle est l'une des créations les plus utiles et les plus simples de l'Humanité »⁴²⁷.

564. – A ce stade deux réflexions s'imposent : le choix d'incorporer le contrat électronique au sein du Code civil démontre l'intérêt des concepteurs des textes pour ce nouvel outil juridique qu'ils veulent aussi général que possible, applicable à toutes les transactions dès lors qu'elles sont effectuées par voie électronique, quelle que soit la qualité des acteurs, professionnels ou consommateurs. Ce choix fut à ce point pertinent que l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, n'a modifié ni la preuve, ni le contrat électronique, la codification des articles ayant seulement changé. Par ailleurs, dès lors que la vente de biens et la prestation de services en ligne s'analysent juridiquement comme un contrat par voie électronique, synallagmatique, se résumant à un transfert de propriété ou à l'exécution d'un service en contrepartie d'un paiement, il convient de faciliter l'utilisation de moyens de paiement en adéquation avec les

⁴²⁵ CURIEN Nicolas, MUET Pierre-Alain, *La société de l'information, op. cit.*

⁴²⁶ DE BERTIER-LESTRADE Bérénice, Acte électronique et métamorphose en droit des contrats, in *Métamorphoses de l'acte juridiques*, LGDJ Lextenso Presses de l'université, Toulouse 1 Capitole 2011, p. 49 et s.

⁴²⁷ MOUSSERON Jean Marc, *Technique contractuelle*, Ed. Juridique Lefebvre, 1998, p.17.

caractéristiques du e-commerce dématérialisé. Sans la confiance des deux acteurs, non pas entre eux, mais dans la sécurité du système de paiement partagé - potentiellement jugé à risque -, le développement du commerce électronique n'est qu'un mirage. Le législateur tente donc de répondre aux appréhensions des parties en instaurant des règles juridiques permettant de sécuriser la transaction dans sa globalité.

565. – Nous répertorierons d'abord les règles juridiques successives qui ont permis de reconnaître la validité du contrat électronique et son adaptation à la vente dématérialisée (Chapitre 1) avant d'apprécier comment il a été choisi de sécuriser les moyens de paiements dématérialisés (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

566. – M. Donis du Séjour, rapporteur du projet de la loi n° 2004- 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, mentionnait que « le commerce électronique ne doit pas être vécu comme un jeu de hasard »⁴²⁸. Le commerce électronique repose sur le contrat électronique, dont la loi LCEN n'a donné aucune définition. Ce contrat est conclu par « voie électronique » - téléphone, fax, télex, courrier électronique et communication par internet⁴²⁹ -, c'est-à-dire par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunication électronique. Le Code des postes et des communications dispose que « sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques, les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres (filaires, hertziens, par câbles optiques), le réseau électrique EDF et les réseaux de communication audiovisuelle »⁴³⁰.

567. – Afin de rendre possibles toutes les phases contractuelles, de l'échange de messages en passant par l'offre commerciale jusqu'à la conclusion du contrat dématérialisé, il a été nécessaire de franchir plusieurs étapes législatives et de s'attacher, d'abord, à lever tous les obstacles empêchant la transaction électronique.

568. – A l'époque, le Code civil ne connaissait, malgré diverses réformes, que les écrits, les signatures et les actes juridiques sur *support papier*. Cette exigence prescrite par la loi freinait ainsi, de fait, l'utilisation du *support électronique*, lui-même consubstantiel au e-commerce : une transposition des textes au « monde nouveau » s'imposait, afin de reconnaître le message, la signature et le contrat électroniques, indispensables au développement de la transaction. A cette fin, les auteurs des textes européens et nationaux se sont appuyés sur la loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International⁴³¹ sur le commerce électronique de 1996, laquelle a posé, pour la première fois, le principe de neutralité technologique : elle permet de reconnaître les effets et la valeur de l'écrit, de la signature et de l'acte sans aucune discrimination quant au support utilisé, papier ou électronique. Ce faisant, les échanges et le contrat par voie électronique pouvaient s'effectuer dans le cadre juridique

⁴²⁸ DIONIS DU SEJOUR Jean, *Rapport au nom de la Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi n°528 pour la confiance dans l'économie numérique*, 1 ère partie, n°612, 12 février 2003,

⁴²⁹ Dictionnaire permanent droit des affaires, Ed. Législatives, p.905, n°1

⁴³⁰ Ibidem, n°2

⁴³¹ CNUDCI, Loi type sur le commerce électronique, 12 juin 1996.

sécurisé que toute entreprise et tout consommateur jugent nécessaire, l'une à son développement, l'autre à son engagement. A l'instant où le droit national, en particulier, pose l'équivalence entre les formes électronique et papier de l'écrit et de la signature, et reconnaît la valeur juridique de l'acte électronique, il encourage et stimule l'échange par cette voie en lui donnant toute sa place dans le Code civil, sans lui conférer, a priori, le moindre caractère disruptif (Section 1).

569. – La question s'est posée, aux prémices du e-commerce, de savoir s'il fallait encadrer l'acte électronique par de nouveaux principes ou plutôt le rattacher à la législation de droit commun, au sein du Code civil. Dès 1998, un rapport du Conseil d'Etat indiquait que la relation par voie électronique devait être sécurisée sur la base de « *l'ensemble de la législation existante* » du droit des contrats, et qu'« il n'existe pas et [qu'] il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux : ceux-ci sont des espaces dans lesquels tout type d'activité peut être pratiqué et toutes les règles régissant un domaine particulier [...] ont vocation à s'appliquer »⁴³². La prise en compte de la technologie ne devant pas introduire de nouvelles complexités dans la Loi il convient donc, par priorité, d'étendre aux nouveaux procédés technologiques les dispositions déjà prévues par le droit commun, ce choix apportant une pérennité juridique dans un univers en perpétuel mouvement.

570. – Rattacher l'échange électronique au droit général des contrats a cependant nécessité de tenir compte de ses spécificités, principalement technologiques. La volonté du promoteur de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique peut être résumée par la phrase suivante : « C'est bien une adaptation pragmatique du droit qu'appellent les nouvelles technologies, sans doute lourde, complexe parfois. Les défis à relever [...] relèvent donc de la technique juridique, et nullement de l'élaboration de nouveaux concepts fondamentaux »⁴³³. Comme l'indiquent de nombreux auteurs, « le contrat est un dispositif adaptable à la plus grande variété de situations »⁴³⁴. Nous apprécierons donc comment le législateur a su adapter les modalités de formation, de validité ou de conclusion du contrat à la spécificité du monde électronique, afin d'assurer la sécurité de la relation commerciale dématérialisée (Section 2).

⁴³² THERY Jean-François, FALQUE PIERROTIN Isabelle, *Internet et les réseaux numériques : étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat*, La Documentation française, déc.1998, 193 p.

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ MOUSSERON Jean Marc, *Technique contractuelle*, Editions Juridique Lefebvre, 1998, p.17.

SECTION 1 – LES OBSTACLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE LEVÉS PAR LE PRINCIPE DE NEUTRALITÉ TECHNOLOGIQUE

571. – Deux caractéristiques principales du contrat électronique sont à relever: il existe sans support papier et il est écrit de manière binaire sous la forme d'une suite de 0 et de 1. Par ailleurs, il est fréquemment conclu sur internet, en utilisant divers protocoles⁴³⁵. Ayant établi le constat de ses particularités, le législateur a dû l'intégrer au sein du Code civil au même titre que les contrats écrits sur un support papier.

572. – Ce qui est écrit est écrit. Cette formule démontre la résolution inébranlable d'un écrit, à laquelle se réfère le droit, dans certaines situations : il accorde à l'écrit une confiance toute particulière, en lui reconnaissant une valeur de preuve ou en le rendant obligatoire pour la validité d'un acte juridique. Plusieurs fonctions sont ainsi assignées à l'écrit, présent à chaque instant de la vie de l'entreprise : dans la relation avec son client, dans la matérialisation des accords par un contrat, autant que pour communiquer, mémoriser, archiver ou prouver⁴³⁶. Donner les moyens à l'entreprise d'utiliser un écrit sur support électronique, auquel est reconnue une valeur juridique, participe au développement et à la sécurisation de ses transactions et lui permet d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat.

573. – Le droit français a la particularité de différencier les règles de preuve du contrat de celles exigeant une forme comme condition de fond. « Dans la théorie juridique, la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents »⁴³⁷. Lorsque le droit nommait l'écrit comme preuve de l'existence d'une transaction ou comme exigence à la validité d'un acte, il se référait à sa forme « traditionnelle », sur un support papier portant une signature manuscrite, rendant indiscutable son contenu approuvé : l'écrit et la signature figurent ainsi sur le même document papier. Mais à l'ère de la dématérialisation des transactions, toute référence à cet écrit sur son support classique ne pouvait qu'interdire aux parties de conclure certains échanges par voie électronique.

574. – Le principe de neutralité technologique, que l'on peut analyser comme *un élément fondateur* du commerce électronique en ce qu'il a permis de donner une valeur

⁴³⁵ Http pour les sites web, etc.

⁴³⁶ MOUSSERON Jean Marc, *Technique contractuelle, op.cit.*, p.112.

⁴³⁷ CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t.4, Les obligations, 22^e éd, PUF, 2000, n°89.

juridique à l'écrit, à la signature et à l'acte électroniques, a été appliqué par étapes successives. Issu de la loi type, non contraignante, de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International - CNUDCI - sur le commerce électronique de 1996, qui avait pour objectif de « faciliter le e-commerce en proposant aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables dont le but était de lever tous les obstacles et d'accroître la sécurité juridique dans ce type de commerce »⁴³⁸, ce principe oblige à adopter des règles juridiques neutres quant aux technologies⁴³⁹. Il exprime qu'un texte légal ne peut priver un acte d'effet juridique ou de validité au seul motif du support sur lequel il est établi.

575. – Si la neutralité technologique des règles juridiques est affirmée comme outil de développement du commerce électronique, tous les supports ne se valent pas pour autant et certaines conditions sont exigées pour que les écrits électroniques remplissent les mêmes fonctions, aient les mêmes effets et la même validité que ceux issus du système traditionnel, des degrés de fiabilité étant établis entre les diverses technologies.

576. – Le principe de neutralité technologique a servi de base aux deux textes ayant assuré fondamentalement le développement du commerce électronique, la directive n°2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 8 juin 2000, dite sur le commerce électronique, et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, dite pour la confiance dans l'économie numérique.

577. – A l'échelle européenne, dans les années 2000, un constat est établi : alors que certains Etats membres ne disposent pas, dans leur arsenal juridique, des outils permettant l'établissement de relations contractuelles par voie électronique, d'autres ont commencé à légiférer dans leur droit national, au risque d'instaurer, dans l'Union européenne, une fragmentation future des règles. Ainsi la France avait-elle déjà corrigé son droit des contrats, en reconnaissant l'écrit électronique à titre de preuve, par l'adoption de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, complétée par l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001. Prenant en compte des risques de divergence législative, et s'inspirant de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la directive n°2000/31/CE du Parlement et du Conseil du 8 juin 2000 dite sur le commerce électronique, coordonna au niveau européen la conclusion

⁴³⁸CNUDCI, Loi type de la sur le commerce électronique, 1996, consulté sur http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic/commerce/1996Model.html

⁴³⁹ Il convient de relever la perspicacité de la CNUDCI, à cette période du bouleversement technologique induit par l'avènement de l'Internet grand public.

des contrats en ligne⁴⁴⁰ : elle imposa aux Etats l'obligation d'inventorier leurs exigences réglementaires en matière contractuelle, portant sur l'ensemble des étapes nécessaires au processus contractuel, afin d'éliminer tous les textes gênant ou empêchant le recours aux contrats électroniques⁴⁴¹. C'est ainsi que la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique, dite loi LCEN, transposant la directive sur le commerce électronique, permet de compléter l'égalité du support électronique à celle du support papier dans le droit civil, en reconnaissant l'écrit électronique *ad validitatem*, levant dès lors les derniers obstacles à l'échange électronique.

578. – Deux étapes ont donc été franchies par le législateur français pour la reconnaissance de l'écrit électronique, d'abord *ad probationem*, par l'application de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information relative à la signature électronique (§1), puis *ad validitatem*, par celle de la loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique, transposant la directive du 8 juin 2000 (§2).

§1 : LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE *AD PROBATIONEM*

579. – Si, afin de saisir l'opportunité que représentait le développement du commerce en ligne, la CNUDCI⁴⁴² avait proposé aux législateurs nationaux, dès 1996, d'appliquer le principe de la neutralité technologique, deux dispositions, au sein du droit national, faisaient obstacle à la transaction par voie électronique entre un professionnel et un consommateur :

- d'une part, la règle prévoyant que certaines transactions d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret⁴⁴³ se prouvent par écrit sous signature privée ou authentique (article 1359 du Code civil),

- et, d'autre part, le fait que certains contrats souffrent du formalisme de l'écrit sous peine de nullité.

580. – Or l'importance de la preuve est constante, *idem est non esse et non probari*⁴⁴⁴, qu'il s'agisse de prouver un message ou un contrat, tous éléments indispensables à la relation commerciale, devant être reconnus sur support électronique (A). Cependant, « on ne pouvait prétendre reconnaître l'écrit électronique sans reconnaître dans le même temps la signature

⁴⁴⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000, art.9 à 11.

⁴⁴¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2000, cons. 14.

⁴⁴² CNUDCI, Loi type sur le commerce électronique, *op.cit.*

⁴⁴³ Décret n°2004-836 du 20 août 2004 fixe le seuil à 1500 €.

⁴⁴⁴ N'avoir pas de droit ou ne pas pouvoir le prouver sont choses équivalentes.

électronique. En effet, lorsqu'un titre écrit relatant un acte juridique est un acte sous seing privé, la signature des parties constitue un élément essentiel à sa validité⁴⁴⁵ ». De fait, tandis que l'écrit électronique était reconnu comme preuve littérale, la signature électronique devint l'équivalent de la signature manuscrite (B).

A. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE COMME PREUVE LITTÉRALE

581. – L'article 1353 du Code civil dispose que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » tandis que son article 1359 impose un écrit sous signature privée ou authentique pour prouver l'existence d'un contrat d'une valeur supérieure à 1500 €uros. Il s'agit dès lors de savoir comment prouver un contrat par voie électronique.

582. – Cette règle, issue de l'Ordonnance de Moulins de février 1566 précisant « lettres passent témoins »⁴⁴⁶, permet de faciliter et de sécuriser la preuve pour des transactions dont le montant dépasse ce seuil. « Quand un écrit n'est pas exigé pour la validité de l'acte, la sécurité de la transaction rend indispensable une preuve par écrit⁴⁴⁷ ». Il convenait, pour favoriser l'essor du e-commerce, que soit reconnue à l'écrit électronique la même valeur de preuve qu'à l'écrit sur support papier.

583. – C'est l'article 1365 du Code civil, né de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000, qui reconnaît cette équivalence à titre de preuve de l'écrit papier et de l'écrit électronique⁴⁴⁸ en donnant une définition de la preuve littérale, ou preuve par écrit, comme « une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission », selon le principe de neutralité technologique.

584. – Par sa définition extrêmement large de la preuve littérale, le législateur permet le recours à l'écrit électronique : les « signes » et « symboles » ouvrent à la reconnaissance des écritures numériques, informatiques et à la cryptographie. Quant au support qui recueille la preuve, il peut prendre toute forme sans discrimination technologique. Pour confirmer l'application du principe de neutralité, l'article 1366 du code civil consacre ouvertement

⁴⁴⁵ LAMOTTE Marine, *L'encadrement du contrat électronique : l'exemple français*, Mémoire droit des affaires, Université de Montréal, Août 2009.

⁴⁴⁶ CABRILLAC Rémy, *Introduction générale au droit*, 13e éd., Dalloz, p.229.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸GRYNBAUM L., « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *RDC* 2005, p.582.

l'égalité entre les supports papier et électronique : « l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

585. – Néanmoins, l'article 1366 du code civil dispose que : « l'écrit électronique a la même force probante [...], sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». Parce que le principe de neutralité technologique n'est pas synonyme d'égalité des technologies, le législateur entoure de conditions la reconnaissance de l'écrit électronique comme preuve littérale : il s'est assuré que le support électronique choisi puisse garantir l'authentification de son auteur et la même intégrité qu'un support papier et, face à la possible altération d'un écrit électronique devant jouer le même rôle que celui sur support papier, il lui faudra répondre à certains critères, notamment son cryptage par un tiers certificateur.

586. – L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations au sein de l'article 1379 du Code civil, a complété ce dispositif de preuve en accordant la même force probante à la copie « fiable » qu'à l'original. Selon cette ordonnance « est présumée fiable jusqu'à preuve du contraire toute copie résultant d'une reproduction à l'identique de la forme et du contenu de l'acte, et dont l'intégrité est garantie dans le temps par un procédé conforme à des conditions fixées par décret [...]. Si l'original subsiste, sa présentation peut toujours être exigée ». Ainsi, peu importe que l'original subsiste ou pas, dès lors que sa copie est fiable. Le décret n°2016-1673 du 5 décembre 2016 relatif à la fiabilité des copies pour l'application de l'article 1379 du code civil est venu préciser les caractéristiques d'une copie fiable : « est présumée fiable [...] la copie résultant : soit d'un procédé de reproduction qui entraîne une modification irréversible du support de la copie ; soit, en cas de reproduction par voie électronique, d'un original d'un procédé qui répond aux conditions prévues aux articles 2 à 6 du présent décret ». La copie fiable doit donc répondre à des procédés technologiques garantissant son intégrité et, afin d'assurer l'archivage électronique des copies numériques, il conviendra que l'entreprise respecte ces exigences.

587. – La question s'est posée de savoir si une capture d'écran constituait un écrit électronique pouvant servir de preuve. La Cour de cassation⁴⁴⁹ a rappelé qu'une capture d'écran ne pouvait être écartée comme moyen de preuve sans rechercher s'il était établi ou non que l'intégrité et la fiabilité exigées par le Code civil étaient respectées. L'appel à des professionnels

⁴⁴⁹ Civ., 2^e Ch., 25 juin 2009, n°08-12.248, CCE, nov. 2009, n° 11, comm. CAPRIOLI Eric A.,

de la recherche de la preuve, tels que les Huissiers, peut ainsi permettre d'accorder sa fiabilité à la capture d'écran.

588. – Selon la même logique un email est accepté comme moyen de preuve par la Haute juridiction dès lors qu'il répond aux conditions exigées par l'article 1366 du Code civil⁴⁵⁰. En matière de SMS, les mêmes règles sont applicables⁴⁵¹. Il revient au juge de vérifier les conditions de validité de l'écrit électronique en cas de dénégation⁴⁵².

589. – Sous ces réserves et à ces conditions, la signature électronique devient l'élément fondamental de l'écrit électronique : en apportant la preuve du contrat électronique, elle le sécurise. Si, en pratique, le panier moyen des ventes en ligne - activité, parmi d'autres, du e-commerce - est assez modeste, la multiplication, en toute sécurité, des transactions d'un montant supérieur à 1500 euros a été rendue possible par le droit modifié⁴⁵³.

B. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE COMME MOYEN D'IDENTIFICATION

590. – La signature est une forme d'identification. Manuscrite, elle est apposée en original sur le document que son auteur entend valider et, si l'on excepte son imitation ou sa falsification, elle ne soulève aucun problème à ce titre. Mais dès lors que l'écrit électronique doit supporter une signature, son apposition manuscrite est, de fait, impossible sur un support électronique. Puisque les parties en relation commerciale ne sont pas en présence l'une de l'autre et parce que l'écrit et la signature ne sont pas simultanés, se pose la question de l'identification de l'auteur de la signature : quelle est « la personne qui se cache derrière l'ordinateur »⁴⁵⁴ ?

591. – Dès lors qu'un écrit électronique doit nécessairement supporter une signature électronique, différents textes ont été adoptés afin de la reconnaître et de la sécuriser, au prix d'un processus technique lourd et coûteux.

⁴⁵⁰ V. Com, 8 déc. 2015, n°14-18.228, Sté Trans plus services c/ sté Leroy Merlin France, CCE, fév. 2016, n°2, comm. LOISEAU Grégoire.

⁴⁵¹ V. Soc., 23 mai 2007, n°06-43.209, JCP E, 13 sept. 2007, comm. GOLHEN Catherine.

⁴⁵² Civ, 1^{re} ch., 30 sept. 2010, n° 9-68.555.

Civ., 1^{re} ch., 27 juin 2006, n°05-15.676.

⁴⁵³ V. CASTETS-RENARD Céline, Cours du droit du numérique

disponible sur : <https://cours.unij.fr/file.php/137/Cours/D53LePommelecValette>

⁴⁵⁴ DE BERTIER-LESTRADE Bérénice, « Acte électronique et métamorphose en droit des contrats », *op.cit.*

1. La reconnaissance de la signature électronique

592. – La signature répond fondamentalement à plusieurs fonctions : elle apporte, d'une part, la perfection à un acte juridique électronique (article 1367 du Code civil) et, d'autre part, elle identifie celui qui l'appose. En outre, elle permet de manifester le consentement de son auteur à un acte, le contenu de l'acte étant ainsi accepté par le signataire.

593. – Au niveau de l'Union européenne, deux textes sont venus reconnaître et encadrer la valeur juridique de la signature électronique. La directive n°1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques fut le premier. Constatant son échec - ladite directive laissait s'installer dans chaque législation des contraintes spécifiques -, le Règlement n°910-2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, l'a abrogée. Le Règlement entend harmoniser et renforcer la sécurité des signatures électroniques au sein de l'Union au vu, notamment, de la multiplication de son usage, en particulier dans le domaine bancaire.

594. – En France, la loi n°2000-230 du 13 mars 2000, qui a transposé la reconnaissance de la signature électronique de la directive de décembre 1999 en droit national⁴⁵⁵, a introduit dans le Code civil un article 1316-4 (devenu 1367) disposant, dans son alinéa 1, que « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie son auteur⁴⁵⁶. Elle manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte [...] ». La signature, ainsi caractérisée par sa *fonction*, et non par sa *forme*, peut dès lors revêtir toutes les formes, y compris électronique, rendant ainsi possible, notamment, son utilisation comme moyen de preuve.

595. – Cependant, pour admettre la signature électronique comme équivalente à celle, manuscrite, sur support papier, *ad probationem* ou *ad validitatem*, la loi exige des conditions de fiabilité. C'est ainsi qu'une signature scannée ne pourra répondre à de telles exigences. L'article 1174 du Code civil dispose que « [...] lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

⁴⁵⁵ GAUTIER P.Y., LINANT DE BELLEFONDS X., « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP* 2000, I, 236.

⁴⁵⁶ La jurisprudence avait déjà reconnu la validité d'une signature *ad probationem* autre que manuscrite consistant en une carte magnétique et de la composition concomitante d'un code confidentiel.
V. Civ, 1^{re} ch., 8 nov. 1989, n°86-16.196 ;

La loi conditionne donc la valeur juridique de la signature électronique à des exigences techniques⁴⁵⁷. Il s'agit par conséquent de déterminer au cas par cas la force probante du procédé employé par un signataire ainsi que les moyens de preuve pour en attester ; il appartient à celui qui conteste la signature d'apporter la preuve de sa non fiabilité⁴⁵⁸, la jurisprudence semblant assez souple dans son appréciation des articles 1363 et suivants du Code civil et du Règlement eIDAS.

2. Un processus technique lourd pour une signature fiable

596. – L'article 1367 alinéa 2 du Code civil dispose, au sujet de la signature, que « lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

597. – La fiabilité de la signature électronique consistant en l'authentification du signataire et en l'intégrité de l'acte, nécessite ainsi la mise en place d'un procédé technique. La loi n°2000-230 du 13 mars 2000 renvoie, concernant l'aspect technique, au décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris en application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, lequel définit « les conditions dans lesquelles la signature électronique sera considérée comme sécurisée et la fiabilité du procédé de signature employé sera présumée »⁴⁵⁹. Ce décret de 2001 fut abrogé par le décret 2017-1416 du 28 septembre 2017 pris dans le cadre du règlement n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014, dit règlement eIDAS.

598. – Synthétiquement, le procédé technique de la signature électronique repose sur la cryptographie à clés asymétriques⁴⁶⁰, nécessitant l'intervention d'un tiers certificateur, lequel attribue à chaque signature électronique un certificat attestant de la signature et de l'identité de son auteur, ce prestataire possédant une qualification délivrée par un organisme ad hoc⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ V. pour ex de reconnaissance de fiabilité : Civ., 1^{re} ch., 6 avril 2016, n°15-10.732.

V. pour absence de fiabilité : Civ., 14 déc. 2012, n°12/00311 ; Paris, 3^e ch., sect A, 10 oct. 2006, n°05-18.789.

⁴⁵⁸ Nîmes, 1^{re} ch., 14 mars 2019, n°7./03531, SA Orange Lease c/sci Pacodel

V. « La signature électronique n'en finit plus de faire parler d'elle », 29 mars 2019, <https://www.aperwinlaw>

⁴⁵⁹ DE MAISON ROUGE Olivier, La signature électronique, consulté sur <http://demaisonrouge-avocat.com/outils-juridiques/notes-juridiques/la-signature-electronique/>

⁴⁶⁰ Pour explication synthétique v. : GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, MORLET-HAIDARA Lydia, *Droit des activités numériques*, 1^{re} éd., précis Dalloz, 2014, p 36 et 37.

⁴⁶¹ Une interrogation se pose face à la nécessaire intervention de ce tiers : ne permettrait-elle pas de remettre en question le principe du consentement du droit général des contrats, ledit consentement ne s'effectuant plus entre deux personnes parties au contrat, mais au prix de l'intervention d'un tiers ?

599. – Le décret n°2001-272 du 30 mars 2001 a permis d'établir les modalités techniques permettant de caractériser et de présumer une signature fiable et le décret 2017-1416 du 28 septembre 2017 est venu préciser que « la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée, jusqu'à preuve du contraire, lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique qualifiée. Est réputée qualifiée une signature électronique avancée, conforme à l'article 26 du règlement et créée à l'aide d'un dispositif de création de signature électronique qualifié répondant aux exigences de l'article 29 dudit règlement, qui repose sur un certificat qualifié de signature électronique, répondant aux exigences de l'article 28 de ce règlement ».

600. – Le règlement vise ainsi plusieurs types de signatures électroniques - simple, avancée et qualifiée. Parmi toutes, seule celle dite qualifiée peut être reçue comme preuve au même titre que la signature manuscrite. La signature qualifiée repose sur un certificat, délivré dans un Etat membre et acheté seulement auprès d'autorités de certification ISO 15408, témoignant d'un niveau supérieur de sécurisation, en particulier des documents et de leur cryptage : « la signature électronique sécurisée, condition principale de cette présomption de fiabilité, impose que la signature soit propre au signataire et garantisse avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable»⁴⁶². Dès lors que la signature électronique qualifiée répond aux exigences du décret 2017-1416 du 28 septembre 2017, elle a la même valeur que la signature autographique.

601. – Parce qu'établir l'équivalence de valeur juridique entre l'écrit électronique et l'écrit sur papier impose le recours à ce lourd - et coûteux - dispositif technique de certification, ce procédé reste peu utilisé en matière de vente en ligne, laquelle est plutôt l'objet de transactions reposant sur des montants, globalement, modestes - ce qui nous conduira à ne pas nous y intéresser davantage.

602. – L'article 1368 du Code civil offre une autre possibilité aux entreprises, celle de prévoir une convention des preuves : dans les conditions générales de vente du cyber-commerçant, un autre dispositif pour prouver le contenu de la transaction⁴⁶³ peut être décidé par les parties. Les comptes et des documents informatiques détenus par l'entreprise peuvent ainsi servir de preuve de la transaction et de son contenu, ce qui réduit la lourde charge associée à la signature électronique.

⁴⁶²CABRILLAC Rémy, *Introduction générale au droit*, *op.cit.* p. 224.

⁴⁶³ CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet : Droit français et européen*, LGDJ, coll. cours, 2012, 492 p., ISBN : 978-2-7076-1817-7.

603. – L'ultime étape de l'application du principe de neutralité technologique a été apportée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui reconnaît l'équivalence entre l'écrit papier et l'écrit par voie électronique *ad validitatem* et l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique.

§2 : LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE *AD VALIDITATEM*

604. – La directive n°2000/31 du 8 juin 2000, dite sur le commerce électronique, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, impose aux États membres de veiller « à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique »⁴⁶⁴. Cette directive affirme clairement son objectif de faciliter le commerce électronique par la reconnaissance de la validité du contrat électronique. Il convenait alors de lever les derniers obstacles qui, dans chaque législation nationale, freinaient ou empêchaient l'utilisation du contrat électronique, rôle rempli en France par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, acceptant l'écrit électronique lorsque la validité du contrat nécessite une forme écrite (A).

605. – Nous observons que si la loi LCEN a posé un principe général, lequel permet de sécuriser les actes électroniques, elle a laissé le soin à une ordonnance, que nous qualifierons de « fourre-tout », de prévoir la forme électronique pour certaines formalités contractuelles, afin de faciliter le développement des transactions par voie électronique (B).

⁴⁶⁴ Directive 2000/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, dite directive sur le commerce électronique, art. 9.

A. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE COMME ÉCRIT *AD VALIDATEM* : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE L'ACTE ÉLECTRONIQUE

606. – La loi du 21 juin 2004⁴⁶⁵ vient compléter celle du 13 mars 2000 sur l'écrit électronique non plus seulement *ad probationem* mais aussi *ad validitatem*⁴⁶⁶ : quand la loi exige un écrit pour rendre valide un acte juridique, en l'absence dudit écrit, l'acte est sanctionné par une nullité. Ce principe est posé par les articles 1174 et 1175 du Code civil : l'article 1174 dispose que « lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un contrat, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1366 et 1367 [...] » et « lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

607. – La valeur juridique de l'acte électronique et, par conséquent, du contrat électronique, ayant été établie, les fondements juridiques et de sécurité du commerce électronique se trouvaient alors posés par le législateur.

608. – Concernant la valeur *ad validitatem* de l'écrit électronique une interrogation subsiste : l'article 9 de la directive sur le commerce électronique a laissé aux Etats membres, parallèlement aux obligations qui leur sont faites, la liberté d'exclure de la forme électronique certains contrats. La loi LCEN a introduit dans le code civil les exceptions prévues par la directive : les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions et les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession.

609. – Que penser de ces exceptions ? Sous-entendent-elles que le contrat électronique n'est pas totalement dénué de risque si, dans les matières réputées les plus délicates - le droit de la famille en particulier - il peut ne pas trouver sa juste place, le commerce électronique pouvant, lui, parfaitement se satisfaire d'une moindre exigence ? Serait-ce afficher, à mots couverts, les limites du principe de neutralité technologique ?

610. – La reconnaissance de l'équivalence de l'écrit électronique s'est faite sous condition qu'il soit possible d'identifier son émetteur et que cet écrit ne puisse être altéré. Nous

⁴⁶⁵ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁴⁶⁶ RAYNOUARD A., « La loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire ! », *RDC* 2005, p.577.

avons précisé que la signature électronique, notamment, remplit ces obligations et permet de sécuriser la transaction par l'intermédiaire d'un tiers. Par ailleurs, la transaction par voie électronique a été facilitée par l'adoption d'autres règles autorisant certaines formalités relatives au contrat électronique.

B. DES FORMALITÉS CONTRACTUELLES SOUS FORME ÉLECTRONIQUE

611. – Un pas supplémentaire, pour faciliter et sécuriser le commerce électronique, a été franchi par l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005, qui complète la loi LCEN. Son objectif était d'adapter au support électronique, dans un souci de cohérence, l'intégralité de l'encadrement juridique du contrat.

612. – Les apports de cette ordonnance sont décisifs en ce qu'ils ont facilité les échanges par voie électronique et, ce faisant, permis la pratique du commerce électronique sur une grande échelle.

613. – Cette ordonnance rend possible que l'échange des informations nécessaires à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat soit effectué sur un site internet ou par courrier électronique, que les conditions contractuelles et les informations sur les biens et services puissent être adressées au client par voie électronique⁴⁶⁷, que les conditions générales de vente trouvent leur place sur les sites marchands et que les entreprises soient autorisées à remettre tout contrat par envoi électronique⁴⁶⁸. Pour modérer la propension au spam du cyber-commerçant, cette ordonnance impose de recueillir au préalable l'acceptation par son destinataire de la communication au moyen d'un courrier électronique. C'est par son entremise enfin que les lettres simples et recommandées, avec ou sans avis de réception, peuvent être émises par voie électronique avec la même efficacité que le support papier : leur datation fiable est encadrée par le décret n°2018-347 du 9 mai 2018 relatif à la lettre recommandée électronique - abrogeant le décret n°2011-144 du 2 février 2011 - lequel exige qu'elles soient fournies par un prestataire de confiance qualifié, que soient garanties à la fois l'identification de l'expéditeur - avec un degré de confiance élevé - et celle du destinataire - avant l'envoi des données - et que l'envoi et la réception soient sécurisés par une signature électronique avancée.

⁴⁶⁷ C. civ., art. 1125.

⁴⁶⁸ C. civ., art. 1127-4 et 1127-6.

614. – Par ailleurs, la règle du double original, nécessaire dans les contrats synallagmatiques, est respectée dès lors que le contrat est établi et conservé conformément aux articles 1366 et suivants du Code civil, et le procédé permet à chaque partie d'en posséder un exemplaire ou d'y avoir accès.

615. – Au-delà de la reconnaissance juridique du contrat électronique par l'application du principe de neutralité technologique, sécuriser la transaction électronique imposait l'adaptation des textes à sa spécificité technologique. Il convient, néanmoins, de remarquer que ces adaptations sont clairement intégrées au sein du droit général des contrats du Code civil, sans jamais créer un nouvel acte juridique qui serait spécifique aux nouvelles technologies : le contrat sous forme électronique est rattaché au contrat en général, il n'est pas une nouvelle catégorie d'acte juridique.

616. – Pour le droit consommériste, il est un contrat à distance - « il se forme à distance par des procédés d'écriture, d'enregistrement et de transmission électroniques⁴⁶⁹ » - mais au regard du Droit civil seule sa conclusion est spécifique - il est « un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par moyens électromagnétiques⁴⁷⁰ », sa spécificité reposant sur la forme sous laquelle il est conclu. Il convient donc d'analyser le contrat électronique comme relevant du droit général des contrats, quoiqu'il nécessite des règles propres, afférentes à sa conclusion par de nouvelles technologies.

⁴⁶⁹ GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, MORLET- HAIDARA Lydia, *Droit des activités numériques*, Ed. Dalloz, 2014, p. 69.

⁴⁷⁰ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques
Art. 1^{er}, 2, a.

SECTION 2 – LE CONTRAT CONCLU PAR VOIE ÉLECTRONIQUE ADAPTÉ AUX SPÉCIFICITÉS DU MONDE NUMÉRIQUE

617. – Le contrat conclu par voie électronique inséré dans le Code civil répond aux mêmes exigences de validité qu'un contrat traditionnel.

618. – Suivant l'article 1100-1 dudit Code les actes juridiques sont définis comme « des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. [...] Ils obéissent en tant que de raison pour leur validité et leurs effets aux règles qui gouvernent les contrats ». Un contrat conforme à l'article 1101 du Code civil est « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». La transaction par voie électronique répond à cette définition et doit ainsi respecter les mêmes règles de droit commun des obligations ainsi que les règles générales d'ordre public afin d'apporter toute sécurité dans la relation.

619. – Nous avons indiqué que la loi LCEN avait établi certaines règles propres aux contrats par voie électronique, sans que leur spécificité ne les fasse rattacher à une nouvelle catégorie distincte. Dans ces conditions le contrat sous forme électronique doit répondre aux exigences de validité communes. Cependant, et indépendamment de l'absence physique des parties, ce contrat s'établit par l'utilisation d'une technologie propre, que nul ne peut évaluer sans risque. Dès lors s'impose la nécessité d'une adaptation des règles civiles : la nature de l'offre et de l'acceptation par voie électronique peut être considérée à ce point spécifique qu'elle donne naissance à un contrat particulier⁴⁷¹ (A). Sa particularité est encore plus manifeste en matière de responsabilité du vendeur, laquelle s'éloigne de la responsabilité contractuelle commune à tous les contrats. Elle est sans doute le prix que le législateur demande au vendeur de payer pour s'assurer du développement du commerce électronique (B). L'incessante évolution technologique contribue à l'apparition de transactions inédites qui suscitent certaines interrogations juridiques quant au droit des contrats. L'émergence du *smart contract*, en particulier, pose la question d'une éventuelle intervention législative afin d'assurer la fiabilité

⁴⁷¹ HALLOUIN J.C., CAUSSE Hervé, *Le contrat électronique au coeur du commerce électronique Le droit de la distribution Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2006, 234 p., ISBN-10 2275026738.

du nouvel outil, au même titre que l'intelligence artificielle au service de l'économie numérique (C).

A. UNE OFFRE ET UNE ACCEPTATION SPÉCIFIQUES

620. – Sans nous attacher à ce stade aux mesures consuméristes - lesquelles seront détaillées dans l'étude des moyens de la mise en confiance du consommateur -, il importe de mettre en évidence certaines caractéristiques civilistes relatives à l'offre, d'une part, et à l'acceptation, d'autre part, dans le cadre d'un contrat conclu par navigation sur un site marchand.

621. – Tout contrat se forme par une offre suivie d'une acceptation, ainsi que le dispose l'article 1113 du Code civil. L'offre peut être définie comme « la manifestation de volonté par laquelle une personne propose à un tiers de conclure un contrat » et l'acceptation comme « la manifestation de volonté du bénéficiaire de l'offre qui accepte la sollicitation et conduit ainsi à la conclusion du contrat »⁴⁷². Le législateur a adapté l'offre et l'acceptation au monde numérique.

622. – Sur internet, l'offre de contracter prend une forme inédite, sous l'aspect d'un site marchand. Sur ses pages web, l'entreprise fait figurer tous les produits et services qu'elle propose à la vente. La distance oblige le vendeur à informer l'acheteur d'un grand nombre d'éléments que nous développerons dans le Titre II.

623. – Si la loi LCEN encadre la conclusion de la transaction, l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005, qui la complète, autorise pour sa part la dématérialisation des échanges d'information : les conditions contractuelles et les informations sur les biens et services peuvent être adressées au client par voie électronique⁴⁷³, les conditions générales de vente trouvent leur place sur les sites marchands et les entreprises sont autorisées à remettre par envoi électronique⁴⁷⁴ tout contrat.

624. – A cet égard, une observation s'impose portant sur le fait que la loi LCEN remplace le « délai raisonnable » exigé dans l'offre traditionnelle par l'accessibilité en ligne de l'offre électronique: l'entreprise est tenue par son offre tant qu'elle est accessible par voie électronique « de son fait ». Cette précision quant à l'accessibilité fait référence aux moteurs de

⁴⁷² PORCHY-SIMON Stéphanie, *Droit civil 2^e année - Les obligations*, 10^e éd, Paris, éd. Dalloz., 2017, p. 50 et s.

⁴⁷³ C. civ., art. 1125.

⁴⁷⁴ C.civ., art. 1127-4 et 1127-6.

recherche qui stockent les pages web qu'ils référencent : le cyberconsommateur peut visualiser des pages « cache » du site, c'est-à-dire stockées par le moteur. Il appartiendra au cybercommerçant de démontrer qu'il les avait retirées de son site marchand.

625. – L'acquéreur doit enfin accepter l'offre proposée. Comme dans tout contrat la rencontre des volontés est nécessaire.

626. – En droit général des contrats l'acceptation conduit à la conclusion du contrat, conformément à l'article 1113 du code civil, sans que le pollicitant ait à intervenir à nouveau. Or, le législateur encadre spécifiquement l'acceptation d'une offre par voie électronique en modifiant les bases de la formation du contrat traditionnel : l'article 1127-2 du Code civil détaille le processus à respecter pour que l'acceptation de l'offre soit définitive. A la différence de la relation traditionnelle, entre acteurs physiquement présents, l'acceptation de l'offre par voie électronique s'effectue par l'intermédiaire d'une machine, grâce à de nouvelles technologies. Les auteurs de la loi LCEN ont choisi, dans ce contexte particulier, d'instaurer des règles propres à l'acceptation par voie électronique afin d'assurer une confiance dans le processus de la transaction : sont ainsi considérés le risque d'erreur lié à la manipulation du clavier et la possibilité d'appuyer plusieurs fois sur une touche. Il est aussi redouté que le consommateur ne sache pas si sa commande a été prise en compte par le vendeur. En conséquence, l'article 1127-2 du Code civil instaure des modalités de formation du contrat spécifiques à la voie électronique : le contrat n'est formé qu'après la validation, après vérification de l'acceptation émise⁴⁷⁵, elle-même seulement acquise par le second clic⁴⁷⁶ produit par le consommateur. Cette modalité doit assurer la validité du consentement qui, par la nécessité de ces étapes successives, diffère du consentement traditionnel. Le contrat n'est réellement conclu qu'au second clic⁴⁷⁷.

627. – En matière de contrat électronique, le pollicitant a par ailleurs l'obligation d'adresser à l'acheteur, sans délai injustifié, un accusé de réception, lequel n'est pas prévu dans la formation du contrat commun. Serait « injustifié » tout délai qui ne serait pas quasi immédiat, dans les minutes qui suivent, « le temps pour le système informatique de vérifier les erreurs »⁴⁷⁸. Cette règle permet de connaître précisément la date de conclusion du contrat. Par ailleurs, les documents (commande, confirmation, accusé de réception) sont réputés reçus par la personne

⁴⁷⁵GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, MORLET- Haidara Lydia, *Droit des activités numériques*, op.cit.

⁴⁷⁶ Paris, Pôle 4, 9^e ch., 25 nov. 2010, n°08-22287, SAS Karavel c/ M. et Mme C.

⁴⁷⁷ L'expression double clic est inexacte dans le sens où il s'agit d'un clic réitéré ; il s'agit de clics successifs et non double impossibles sur internet.

⁴⁷⁸ *Dictionnaire permanent droit des affaires*, op. cit.

à laquelle ils sont destinés dès qu'elle peut y avoir accès (en pratique le cybercommerçant envoie un mail porteur d'un hyperlien contenant toutes les informations contractuelles).

628. – La question du lieu de la formation du contrat entre absents présente un intérêt théorique. Jusqu'à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, si la jurisprudence semblait opter pour la théorie de l'émission, elle apportait des solutions incertaines, instables et non codifiées. L'ordonnance de 2016 consacre la théorie de l'acceptation : c'est la réception par l'offrant de l'acceptation qui permet la formation du contrat.

629. – La spécificité du contrat par voie électronique ne tient pas qu'à sa seule formation mais aussi à son exécution : la responsabilité du vendeur ne repose plus sur les règles communes à tous les contrats. En cela, le contrat en ligne peut être entendu comme plus disruptif du contrat commun qu'il ne semble.

B. UNE CONFIANCE AU PRIX D'UNE RESPONSABILITÉ SPÉCIFIQUE DU VENDEUR

630. – Le droit commun des contrats prévoit une responsabilité contractuelle dans le cas de l'inexécution de l'obligation de l'une des parties. Les tribunaux ont dégagé trois conditions nécessaires pour la reconnaître : une faute du débiteur, un préjudice subi par le créancier, et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

631. – L'article 15 de la loi LCEN dispose : « toute personne physique ou morale exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ».

632. – Deux remarques s'imposent à la lecture de ce texte : d'une part, si la loi LCEN a instauré à la charge du vendeur une responsabilité de plein droit de la bonne exécution du contrat de vente envers l'acheteur, cette responsabilité dérogatoire n'est nullement prévue par la Directive sur le commerce électronique. D'autre part, cette responsabilité n'exige nullement, contrairement au droit commun, une faute de la part du professionnel dès lors qu'il est responsable du fait du tiers. En droit civil, le débiteur peut être exonéré de sa responsabilité en démontrant que son inexécution, ou sa mauvaise exécution, du contrat est due au fait d'un tiers,

selon toutes les caractéristiques de la force majeure (irrésistibilité, imprévisibilité, et extériorité). Or, à l’opposé, la loi LCEN tient le professionnel comme responsable de la bonne exécution du contrat, alors même que l’obligation incombait à un tiers - un transporteur, par exemple.

633. – Considérant l’importance fondamentale de ce texte au service de la confiance dans le système du commerce électronique en général et de la transaction en particulier, il convient de s’attarder sur l’origine de cette disposition, avant d’en étudier les conséquences.

1. Le rôle de la responsabilité dérogatoire du professionnel

Cette responsabilité spécifique appelle plusieurs observations :

- Elle vise les professionnels qui exercent l’activité de commerce électronique : l’esprit de la loi LCEN ne semble pas prévoir une telle responsabilité pour les non professionnels.
- Par acheteurs, il faut entendre *consommateurs*, autant que *professionnels*.
- Concernant le « contrat de vente », s’est posée la question de savoir si la prestation de service était visée par la loi : certains auteurs répondent par l’affirmative, au vu de l’esprit général du texte⁴⁷⁹.

634. – Les balbutiements du commerce électronique ont été marqués par quelques affaires douloureuses, notamment celle de Père Noël.fr⁴⁸⁰, site marchand précurseur en la matière, auquel fut reproché de n’avoir pas honoré des commandes pourtant payées. La désastreuse image véhiculée à cette occasion pouvait donner à la transaction par voie électronique une idée nuisible à son développement, celle d’un secteur économique peu sécurisé. C’est pourquoi fut adopté un régime dérogatoire de responsabilité contractuelle, pensé comme un instrument de confiance dans ce nouveau concept global.

635. – Si l’on se réfère au rapport de Jean Dionis du Séjour sur le projet de la loi LCEN⁴⁸¹, cette responsabilité spécifique s’impose en lien avec le concept même du commerce électronique, compris comme une globalité économique, de la prise de la commande à sa livraison : la confiance et la sécurité doivent être acquises sur toute la chaîne logistique, y compris dans ses composantes non logistiques. Le législateur a par conséquent souhaité cette

⁴⁷⁹GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, MORLET- HAIDARA Lydia, *Droit des activités numériques*, op. cit, p. 100.

⁴⁸⁰ Lyon, 17^e ch., 7 mars 2007.

⁴⁸¹ DIONIS DU SEJOUR Jean, *Rapport fait au nom de la Commission des Affaires Economiques, de l’Environnement et du Territoire sur le projet de la loi (n°258) pour la confiance dans l’économie numérique*, 1^{ere} partie, op.cit.

responsabilité *de plein droit et du fait d'autrui*, lequel représente principalement le fait du transporteur.

636. – L'acheteur profite ainsi d'un interlocuteur *unique* - le vendeur -, y compris dans tout problème lié au transport par le tiers qu'a choisi ce vendeur⁴⁸² : la livraison est analysée comme un complément indispensable de la vente, ce qui explique la divergence de régime juridique de responsabilité entre la vente physique - l'acheteur emmène le produit - et la vente en ligne - l'acheteur attend la livraison de son produit.

637. – Le rapport d'information de Jean Dionis du Séjour et de Corinne Erhel sur la mise en application de la loi LCEN du 21 juin 2004⁴⁸³ fait état de la confiance dans le système sécurisé que cette responsabilité de plein droit du professionnel a apportée, en ayant assuré « un nettoyage de l'internet de ce qu'on pourrait appeler les escrocs à la non livraison »⁴⁸⁴.

638. – Cette règle a pu causer de véritables difficultés dans certains secteurs d'activité. Dans le domaine du tourisme, jusqu'à la loi n°2009-888 du 22 juillet 2009, de développement et de modernisation des services touristiques, un déséquilibre de responsabilité contractuelle existait entre le professionnel physique et l'agence de voyage en ligne, laquelle se voyait tenue responsable des vols secs, des hôtels, etc. La responsabilité de l'agence physique, elle, était limitée aux ventes de séjours à forfait et non aux vols secs, pour lesquels les compagnies aériennes engageaient leur propre responsabilité⁴⁸⁵. L'article L 211-16 du Code du tourisme issu de la loi clarifie la situation en posant la règle selon laquelle les agences de voyages en ligne ont une responsabilité de plein droit, excepté pour les opérations de réservation ou de vente n'entrant pas dans un forfait touristique. Dès lors, la responsabilité de l'agence en ligne ne peut plus être engagée en matière de vols seuls, sauf à prouver une faute de l'agence.

639. – La responsabilité spécifique joue ainsi pleinement son rôle de stimulateur de confiance. Elle est en somme le prix à payer par l'entreprise afin de développer l'activité en ligne.

⁴⁸² Civ. 1^{re} ch, 13 nov. 2008, n°07-14.856, sté LCG, *Contrats concurrence consommation*, 2008, comm. 288, obs. RAYMOND G.

⁴⁸³ DIONIS DU SEJOUR Jean, ERHEL Corinne, Rapport d'information du 23 janvier 2008 sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, n°627.

⁴⁸⁴ DIONIS DU SEJOUR Jean, ERHEL Corinne, *op. cit.*

⁴⁸⁵ TONNELIER, SARDAIN, 17 sept.2014, Responsabilité des agences de voyages en ligne, *Les Echos*.

2. Les conséquences pour le professionnel de la responsabilité dérogatoire

640. – La responsabilité de plein droit du professionnel, de son propre fait ou du fait d'autrui, dans la bonne exécution des contrats par voie électronique est dérogatoire à la règle générale puisqu'elle n'est *pas* subordonnée à la preuve d'une faute ou d'une négligence : contrairement au cas général, le vendeur ne peut ici s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute. Le professionnel ne peut se détacher de cette responsabilité que s'il prouve la faute de la victime - qui aurait communiqué une adresse erronée, empêchant la livraison - ou la force majeure⁴⁸⁶.

641. – En outre, cette responsabilité de plein droit s'assimile à une obligation de résultat, la bonne exécution du contrat devant être entendue depuis la bonne prise de commande jusqu'à sa bonne livraison. Cette volonté du législateur de ne donner qu'un seul et unique interlocuteur au consommateur est le prix du climat de confiance dans le concept du commerce électronique et de sa transaction dématérialisée. Si le caractère exorbitant de droit commun de cette responsabilité a d'abord été dénoncé par les professionnels, le rapport sur la mise en application de la loi LCEN du 23 janvier 2008 démontre l'efficacité de ce texte quant à la confiance qu'il instaure dans le commerce électronique⁴⁸⁷, traduite par la multiplication du nombre des transactions commerciales passées par voie électronique.

C. ÉVOLUTION TECHNOLOGIQUE : UNE INTERVENTION LÉGISLATIVE NÉCESSAIRE ?

642. – La vente à distance sur internet offre des perspectives inédites par l'intrusion de « nouveaux contrats », les contrats intelligents ou *smart contracts*⁴⁸⁸, lesquels pourraient révolutionner la pratique du commerce en ligne en s'appuyant sur l'évolution technologique et l'innovation permanente.

643. – Le professionnel dispose en effet, désormais, des moyens techniques de mise en place du *smart contract*, lequel repose sur le principe de la réalisation des conditions, codées, d'exécution du contrat : dès lors qu'elles sont reconnues comme réalisées, le *smart contract* exécute les conséquences préétablies - la réception du produit, son paiement - sans

⁴⁸⁶ Paris, 12 sept. 2013, Gérard P.c/SNC meubles IKEA France, n°11/10899, CCE, déc. 2013, n°12, comm. DEBET Anne.

⁴⁸⁷ DIONIS DU SEJOUR Jean, ERHEL Corinne, *Rapport d'information du 23 janv. 2008 sur la mise en application de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, op. cit.*

⁴⁸⁸ BARBY Eric, « Smart contracts...Aspects juridiques ! », *Annales des Mines : Réalité industrielles*, 2017, 3, p.71-80, disponible sur cairn.info

l'intervention d'un tiers. Le *smart contract* est ainsi utilisé aux Etats Unis dans le domaine de l'assurance⁴⁸⁹ et en matière de location immobilière⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹. En recourant à cet outil, par lequel le contrat codé s'exécute automatiquement, le professionnel/commerçant trouve un intérêt financier, en réduisant ses coûts de gestion, tandis que le consommateur profite de la rapidité inégalée de son exécution.

644. – Avant de s'interroger sur la nature juridique de ces nouveaux algorithmes lesquels, en utilisant le protocole blockchain, permettent au contrat de s'auto-exécuter, et sur l'application possible du droit des contrats inséré dans le Code civil à leur sujet, il convient de définir brièvement certaines notions.

645. – Le *smart contract* utilise le protocole de la blockchain. Son idée est issue, dans les années 1980, du mouvement crypto-anarchiste « cyberpunk », lequel rassemblait des personnes à la recherche de méthodes nouvelles assurant une confidentialité totale et le respect de la « *privacy* » dans tout partage d'idées⁴⁹². En Octobre 2008, un cyberpunk, connu sous son seul pseudonyme de Satoshi Nakamoto, publie le White Paper du Bitcoin, dans lequel il expose son protocole et permet à toute personne intéressée d'apporter son aide et sa contribution. Ce document démontre que le commerce sur internet est sous la dépendance des tiers de confiance - les banques - qui traitent les paiements⁴⁹³. C'est pour éviter cette suprématie des établissements bancaires qu'est née la première blockchain - le Bitcoin -, apparue le 3 janvier 2009.

646. – Techniquement, le protocole blockchain consiste en une chaîne de blocs sur lesquels sont stockées des informations - des contrats, des titres, des empreintes d'œuvres -, tous ces blocs formant un grand livre de comptes. Son originalité réside dans ce qu'il n'est pas hébergé sur un serveur unique mais par une partie des utilisateurs qui valident le bloc précédent : le système est ainsi décentralisé, sans gouvernance centrale ni tiers de confiance. Les informations contenues dans les blocs ne sont pas modifiables a posteriori, ce qui rend le

⁴⁸⁹ Un contrat peut établir qu'au-delà d'une certaine température, par exemple, l'agriculteur est indemnisé, ses cultures étant présumées en danger. Aussitôt que l'instrument de mesure relève la condition du contrat, son exécution est immédiate, sans que le paiement de l'indemnisation ne nécessite la moindre intervention.

⁴⁹⁰ La signature du *smart contract* peut déclencher l'ouverture de la porte d'entrée au locataire et le paiement du propriétaire sans que sa présence ne soit nécessaire, le départ du locataire pouvant lancer la demande d'intervention d'une équipe de nettoyage.

⁴⁹¹ PERREAU Charlie, 11 mai 2017, Le smart contrat, un contrat qui compte triple pour les assureurs, *JDN*, consulté sur : <https://www.journaldunet.com/economie/finance/1194298-le-smart-contract-dans-l-assurance/>

⁴⁹² BOUTHIER Charles, *La Blockchain, une innovation disruptive ? Étude au regard du droit de la propriété intellectuelle*, Thèse Professionnelle, HEC Paris, MS/LLM Droit et Management International, 23 juillet 2018.

⁴⁹³ BOUTHIER Charles, *La Blockchain : une innovation disruptive ? Étude au regard du droit de la propriété intellectuelle*, *op.cit.*, p 22 et s.

système inviolable et particulièrement sûr. Les blockchain sont de nature diverse, publiques - le bitcoin, notamment - ou privées - celles de certaines compagnies d'assurance, aux Etats-Unis par exemple.

647. – Trois fonctions sont classiquement attribuées à la blockchain qui stocke et transfère des données : elle permet d'effectuer des transferts d'actifs (titres, actions...), d'assurer leur traçabilité (à la façon d'un registre) et d'exécuter automatiquement des contrats⁴⁹⁴. Nous nous intéresserons spécifiquement à ce dernier aspect par le biais des *smart contracts*, lesquels ne sont pas une blockchain mais un code informatique qui profite de tous les avantages de la blockchain - la sécurité qu'elle induit et son caractère infalsifiable.

648. – L'Etat français semble précurseur en matière de blockchain. Avant toute législation européenne, l'ordonnance n°2016-520 du 28 avril 2016 a autorisé l'inscription des minibons sur une blockchain (article L223-12 du Code monétaire et financier). Conformément à la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin II, le Gouvernement a pu prendre par ordonnance les mesures nécessaires à l'adaptation du droit applicable aux titres financiers et aux valeurs mobilières afin de permettre la représentation et la transmission, au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé, des titres financiers qui ne sont pas admis aux opérations d'un dépositaire central ni livrés dans un système de règlement et de livraison d'instruments financiers : la blockchain est autorisée en droit français. L'ordonnance dite blockchain du 8 décembre 2017 en insère une définition assez générale au sein de l'article L 223-12 du Code monétaire et financier : « dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant l'authentification de ses opérateurs ».

649. – L'intérêt économique d'un tel système est évident - absence d'un quelconque tiers, rapidité et dématérialisation poussées à l'extrême -, d'autant qu'il correspond en tout point aux valeurs qui fondent la société de l'information.

650. – Préciser la réglementation applicable n'est pas soumettre la technologie à une contrainte, mais sécuriser son application. Or les *smart contract*, qui utilisent la blockchain, ne font l'objet d'aucun texte à ce jour et ne sont donc pas définis juridiquement. Les questions qu'ils soulèvent, relatives au droit des contrats, sont pourtant nombreuses :

⁴⁹⁴JDN, Définition et application de la techno derrière le bitcoin, consulté sur <https://www.journaldunet.com/economie/finance/1195520-blockchain/>

651. – - Le *smart contract* est la codification d'un accord entre des parties, qu'une machine va exécuter automatiquement dès la vérification et la réalisation des conditions requises. Est-il alors un contrat, ou ne représente-t-il simplement que ses modalités techniques d'exécution⁴⁹⁵ ? S'il existe un contrat physique préétabli, ayant fait l'objet d'un codage permettant son empreinte sur la blockchain, il ne serait qu'un simple logiciel. A l'inverse, en l'absence de tout contrat physique, le *smart contract* pourrait bien être le contrat.

652. – - Reconnaître au *smart contract* la qualité de contrat au sens juridique pose un problème : répond-il aux conditions de forme et de fond qu'exige le Code civil ? Le commerce électronique a été rendu possible par la reconnaissance de la valeur juridique du contrat par voie électronique. L'article 1125 du Code civil dispose : « la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou services ». Quelles que soient les spécificités reconnues au contrat électronique, sa validité n'en reste pas moins conditionnée au respect des règles du Code civil. L'article 1101 dudit Code dispose que le contrat est « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». L'article 1128 du Code civil précise que « sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ». Si la loi reconnaît la possibilité de contracter par voie électronique, comment s'assurer du consentement des parties face à un contrat codé ? Comment s'assurer que le codage est bien le fruit de la volonté des parties, dans toutes ses nuances ? Est-il seulement intelligible pour tous ? Face à tant d'incertitudes, il semble difficile d'appliquer les principes de droit commun visant l'offre et l'acceptation à un accord passé sous la forme de *smart contract*.

653. – - Comment conjuguer la spécificité du principe du double clic obligatoire dans les contrats électroniques⁴⁹⁶ avec la particularité du *smart contract*, lequel, sans modification des règles du droit civil, ne peut respecter les obligations légales afférentes au contrat entre professionnel et consommateur ? Serait-il alors voué à ne pouvoir être utilisé ?

654. – - Quelle preuve pourrait amener une partie en cas de contestation de ce contrat ? Le *smart contract* peut-il faire office de preuve au titre d'un écrit électronique ? Si l'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, nous avons mentionné que l'écrit électronique,

⁴⁹⁵ GIUSTI Jérôme, Les smart contracts sont-ils des contrats ?, p.3

Consulté sur : <https://jeromegiustiblog.wordpress.com/2016/05/27/les-smart-contracts-sont-ils-des-contrats/>

⁴⁹⁶ Élément que nous abordons en détail dans la seconde partie de notre étude.

conformément à l'article 1366 du Code civil, doit respecter certains critères : « L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ». La blockchain assure, certes, l'intégrité du document puisque la nature même de son protocole, par sa fiabilité, en interdit toute modification. Cependant, la question de la conservation du *smart contract* reste ouverte : sur quel support et avec quelle fiabilité ?

655. – - Quelle valeur accorder à la « signature » du *smart contract* ? Alors que le protocole blockchain confère aux parties une clé privée et une clé publique reliées par un calcul mathématique assurant l'identité de chacun, la fiabilité de la signature électronique est, pour sa part, garantie par un certificat délivré par un prestataire qualifié et adressé⁴⁹⁷. Or parce que l'intérêt même de la blockchain réside dans son refus du recours à toute tierce personne, la fiabilité de la signature ne serait pas, au vu des textes, présumée.

656. – - Si le *smart contract* est à l'origine d'un préjudice, notamment financier, se posera alors la question de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle, suivant la nature de l'outil. Qui pourra être tenu responsable et condamné à réparation⁴⁹⁸ : le concepteur-auteur, l'éditeur, les propriétaires ou l'utilisateur⁴⁹⁹ ? Faut-il adapter la responsabilité des produits défectueux, établir un régime de responsabilité sans faute ?

657. – - Du point de vue du consommateur, il conviendrait également de définir les obligations des entreprises vis-à-vis des données à caractère personnel utilisées par les *smart contract*, ainsi que la place du RGPD, lequel serait en l'état, difficilement applicable, la collecte des données ne reposant pas sur les mêmes bases technologiques dans un site marchand et dans un *smart contract*.

658. – - Plus fondamentalement, comment le juge saurait-il apprécier, dans son interprétation du contrat, un langage codé, un code informatique ?

⁴⁹⁷ GIUSTI Jérôme, Les smart contracts sont-ils des contrats ?, *op.cit.*, p 7

⁴⁹⁸ V.TOUATI A., OBERMAN S., « Blockchain et réglementation : des notions antinomiques ? », disponible sur <https://actualitedudroit.fr/browse/tech-droit/blockchain/8007/blockchain-et-reglementation-des-notions-antinomiques>

⁴⁹⁹ BENJAMIN Jean et DE FILIPPI Primavera, « Les smart contracts, les nouveaux contrats augmentés » , Conseils et Entreprises, *La revue de l'ACE*, Issue n.24, 2016, consulté sur [hal archives-ouvertes.fr](http://hal.archives-ouvertes.fr) : hal-01676878.

659. – Face à cette somme de questions soulevées par l'émergence de transactions par voie électronique d'un nouveau type, rendues possibles par la technologie nouvelle, un encadrement juridique s'impose sans nul doute pour en assurer la sécurité.

660. – Si l'apport du *smart contract* à la relation commerciale en ligne se révélera sans doute incontestable dans un futur proche, la problématique de l'intelligence artificielle, qui ne manquera pas d'émerger dans la transaction commerciale sur internet, suscitera d'autres interrogations juridiques.

661. – Il convient de rappeler la position du Parlement européen quant à l'intelligence artificielle en tant qu'outil nouveau au service de l'économie numérique : il a émis en 2017 des propositions de recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique⁵⁰⁰. Il demande à la Commission de « proposer des définitions communes, au niveau de l'Union, de systèmes cyber-physiques, systèmes autonomes et robots autonomes et intelligents, ainsi que de leurs sous-catégories, compte étant tenu des caractéristiques suivantes des robots intelligents [...]»⁵⁰¹. Il estime « qu'un système européen général d'immatriculation des robots avancés pourrait être créé au sein du marché intérieur de l'Union si cela est pertinent et nécessaire pour certaines catégories spécifiques de robots et à l'opportunité de confier la gestion du système d'immatriculation et du registre à une agence spécifique de l'Union chargée de la robotique et de l'intelligence artificielle ». Si toutes ces préconisations ne se rapportent certes pas au commerce électronique, cette activité économique n'en est pas moins déjà largement concernée par nombre d'aspects. Ainsi les *machine-learning*, qui apprennent de leur expérience, par elles-mêmes, sans être supervisées par l'humain, sont de plus en plus utilisées dans le commerce électronique : "Mona" est un assistant virtuel en ligne chargé de proposer aux consommateurs les offres les plus adaptées à leur goût ; plus le consommateur interagit avec le robot et plus « Mona » sera apte à les connaître⁵⁰². Parmi les *machine learning*, le *chatbot* devient un outil désormais commun chez les professionnels du e-commerce : cet automate répond, seul, aux sollicitations des cyberconsommateurs. Le juriste entend-il toujours ces nouveaux outils comme des machines ? Comment le juge déterminera-t-il la responsabilité

⁵⁰⁰ Parlement européen, Proposition de résolutions du 27 janvier 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL)).

V. GOUTORBE L., « Quand les voitures autonomes rappellent la nécessité de réglementer l'AI », 31 juil. 2017, disponible sur <https://www.haas-avocats.com>

⁵⁰¹ *Ibidem*

⁵⁰² Comment l'intelligence artificielle bénéficie au e-commerce ?, <https://www.alioze.com/intelligence-artificielle-ecommerce>

à appliquer lorsque cette technologie, largement fondée sur l'autonomie, commettra les premiers dommages à autrui ou ses premières infractions ?

662. – Certains auteurs prédisent l'avènement du « *Digital Contract* », à la fois « langage informatique et langage juridique »⁵⁰³. Compte tenu de la complexité du sujet, verrons-nous alors chaque homme de droit assisté d'un informaticien ? Confronté à des évolutions technologiques inlassables, le droit civil est-il en mesure de répondre à son objectif de mettre à disposition des acteurs du commerce électronique un outil fiable et sécurisé sans devoir recourir à des règles spécifiques ? L'intervention du législateur semble indispensable.

663. – Si ce dernier a porté une attention particulière au contrat passé en ligne il a choisi d'encadrer aussi le moyen de paiement dématérialisé, outil de la transaction par voie électronique. Parmi toutes les opportunités qu'elles offrent, les nouvelles technologies permettent de développer des moyens de paiement toujours mieux adaptés au monde numérique. L'entreprise dispose ainsi d'une palette importante de solutions à proposer à ses clients, chaque partie y trouvant son compte supposé. Néanmoins, la prouesse technologique n'est pas nécessairement garante d'une promesse de sécurité. Face à ce constat, le législateur tente d'encadrer les moyens de paiement à distance afin d'assurer la sécurité du vendeur autant que celle de l'acheteur, ce qui conduit chacun à évoluer dans un environnement de confiance, non pas entre eux, mais dans le système global.

⁵⁰³Blockchain Partner, Blockchain, cryptoactifs, ICO : panorama des enjeux juridiques, S1 2018, consulté sur <http://www.blockchainpartner.fr/wp-content/uploads/2018/03/Blockchain-cryptoactifs-et-ICO.pdf>

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

664. – Pour encourager le développement du e-commerce, il convenait de donner aux parties à la transaction par voie électronique un outil juridique sécurisé, gage de leur confiance. Le législateur a choisi de s'appuyer sur la théorie générale des contrats insérée au sein du Code civil. Une adaptation fut néanmoins nécessaire. L'application du principe de neutralité technologique a permis la reconnaissance juridique de l'écrit et de la signature électroniques. La singularité du mode électronique, quant à elle, a été prise en compte par la mise en place d'une offre et d'une acceptation spécifiques, modifiant en profondeur le consensualisme. Pour parfaire la confiance dans la transaction, le rédacteur de la loi LCEN a par ailleurs jugé opportun de faire peser sur le vendeur une responsabilité contractuelle de plein droit.

665. – L'évolution rapide et profonde des technologies remet en question l'application du droit général des contrats, lequel nécessite d'ores et déjà une nouvelle adaptation.

CHAPÎTRE 2

LA SÉCURISATION DES MOYENS DE PAIEMENT DÉMATÉRIALISÉS

666. – Le paiement est la contrepartie du transfert de propriété pour une vente de biens ou une prestation de service. Il est l'exécution de l'obligation du consommateur. En pratique, le professionnel du commerce électronique, en particulier de la vente en ligne, exige le paiement par le consommateur lors de la passation de sa commande en ligne. Pour certains auteurs il s'agit là d'un paiement anticipé, avant l'exécution de l'obligation du vendeur⁵⁰⁴, lequel possède les fonds immédiatement.

667. – Certains modes de règlement classiques - les chèques, notamment - ne sont pas adaptés à la nécessaire rapidité des transactions en ligne : commander en un clin d'œil sur un écran, mais devoir attendre que le règlement soit réceptionné, puis patienter encore avant de recevoir la marchandise n'aurait aucun sens. Si virements et prélèvements divers sont fréquemment utilisés pour les transactions BtoB entre professionnels, c'est le paiement par carte bancaire qui est, à ce jour, privilégié dans la vente en ligne BtoC en France.

668. – Les nouvelles technologies de l'information et de la communication, qui ont permis la conclusion de transactions dématérialisées, ont également rendu possible le paiement à distance, auquel des qualités particulières sont demandées : il doit être rapide, facile et innovant. Si ces conditions ne sont pas remplies, le paiement à distance ne constituera pas l'accélérateur attendu des transactions mais, au contraire, un frein pour le développement du commerce électronique : un moyen de paiement lent est synonyme de baisse du taux de conversion du panier du consommateur - cet indicateur mesurant la proportion, parmi les paniers constitués, de ceux effectivement vendus. Schématiquement, si les opérations « traînent », elles peuvent ne pas aboutir, sous l'effet de la lassitude ou de l'impatience.

669. – Si le cybercommerçant dispose d'une complète liberté quant au choix des modes de paiement qu'il propose sur son site, il a l'obligation de les indiquer au consommateur au plus tard au début du processus de commande⁵⁰⁵. Plus ce choix est large, plus il peut espérer capter une clientèle diversifiée, quoiqu'il doive tenir compte du coût induit pour son entreprise par chaque moyen de paiement. L'offre portant sur les moyens de paiement est désormais analysée

⁵⁰⁴ CASTETS –RENARD Céline, *Droit de l'internet : droit français et européen, op.cit.*

⁵⁰⁵ C. consom., art. L 221-14.

comme faisant partie intégrante de la stratégie des entreprises innovantes, notamment en vue de se démarquer de leurs concurrentes.

670. – La question du mode de paiement dématérialisé est centrale dans la confiance que peuvent avoir les parties dans le processus du commerce électronique. Si l'on en doutait, il suffirait de se rapporter aux années 2000, au cours desquelles la première réticence exprimée face au commerce électronique concernait le paiement en ligne⁵⁰⁶ : ainsi le risque de fraude ou du non-paiement d'une commande était-il ressenti par les deux acteurs de la relation commerciale comme une préoccupation légitime, susceptible de freiner le commerce électronique par le peu de confiance que semblait inspirer le système. Conscient de cet état de fait, le législateur, principalement européen, a privilégié deux axes : d'une part contraindre les établissements financiers à mettre sur le marché des outils de paiement assurant une réelle sécurité technique et, d'autre part, adopter des principes de responsabilité favorables au commerce électronique, consistant essentiellement à faire supporter la fraude éventuelle auxdits établissements.

671. – Si les nouvelles technologies sont un bouillonnement perpétuel d'évolution, la législation qui sécurise les moyens de paiement suit le même renouvellement permanent, précisément pour faire face à la diversité technique inlassable et s'opposer à l'ingéniosité de la délinquance.

672. – Dans un premier temps, il convient de répertorier les différents outils de paiement proposés pour faciliter l'achat à distance (Section 1), avant d'appréhender, ensuite, les règles instaurées par le législateur pour les sécuriser (Section 2).

⁵⁰⁶ BOUDET Antoine, 31 août 2000, Le paiement en ligne demeure le premier frein à l'achat sur l'Internet, *Les Echos*, consulté sur : <https://www.lesecho.fr/2000/08/le-paiement-en-ligne-demeure-le-premier-frein-a-lachat-sur-internet-750624>

SECTION 1 – LA TECHNOLOGIE AU SERVICE DE LA DIVERSITÉ DES MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE

673. – Si le professionnel a le choix des moyens de paiement proposés sur son site, il lui faut pourtant savoir répondre à l'engouement des consommateurs pour telle ou telle méthode. La diversité de son offre⁵⁰⁷ est un atout supplémentaire au service du développement de son activité, en attirant à lui un plus grand nombre de consommateurs.

674. – Alors que la carte bancaire fut créée, à l'origine, pour faciliter les paiements de proximité, elle se révèle l'outil préféré des consommateurs en matière d'achat en ligne, raison pour laquelle elle est proposée sur tous les sites marchands (§1). Par ailleurs, les nouvelles technologies produisent de nouveaux moyens de paiement, spécifiquement adaptés aux ventes par voie électronique (§2).

§1 : LE PAIEMENT PAR CARTE BANCAIRE

675. – Afin de sécuriser l'aspect financier de la transaction, les cyber-commerçants souhaitent que les commandes soient payées *avant* l'envoi des biens ou la prestation de services. Peu de moyens scripturaux⁵⁰⁸ répondent à cette attente. Le commerce électronique doit s'appuyer, dans l'intérêt de ses acteurs, sur un paiement à distance, rapide et dématérialisé.

676. – Le paiement par carte, d'abord conçu pour une utilisation dans les points de vente physiques, est désormais devenu le plus commun, en France et en Europe, dans l'univers du commerce par voie électronique. Il a su s'imposer en tant qu'outil particulièrement adapté à la transaction, souvent transfrontière, sur internet.

677. – La multiplicité des cartes est un atout pour le commerce : on parle de carte de débit, de paiement ou de crédit (Visa, MasterCard, American Express), cette dernière ayant assuré, en France, en 2014⁵⁰⁹, 80 % des paiements en ligne. Sa simplicité d'utilisation explique son succès : « l'ordre de paiement est émis au moyen de la carte bancaire du client à destination

⁵⁰⁷ DRAGON Claude, GEIBEN Didier, KAPLAN D., NALLARD Gilbert, *Les moyens de paiement – Des espèces à la monnaie électronique*, éd. Revue Banque, 1998, 504 p., ISBN 13 978-2-86325-252-9

V aussi RANDOU Yves, *Le système électronique de paiement par carte à puce : de l'Electrum à la Blockchain*, éd. Independently published, 2017, 593 p., ISBN13 978-1549961770

⁵⁰⁸ Il s'agit « de moyens de paiement scripturaux permettant le transfert des fonds tenus en compte suite à la remise d'un ordre de paiement. Il s'agit principalement des virements, des prélèvements, des chèques, ou encore des opérations par cartes bancaires. Ils se distinguent de la monnaie fiduciaire constituée des billets et pièces », définition donnée par le document « Stratégie nationale sur les moyens de paiement », oct. 2015,

consulté sur : https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF:Strategienationale_sur_moyens_de_pment_102015.pdf

⁵⁰⁹ Source Fevad/médiamétrie – juin 2014.

du commerçant à partir d'un terminal connecté à un réseau. Le commerçant reçoit donc la confirmation du paiement avant d'exécuter son obligation»⁵¹⁰ .

678. – Le paiement par carte bancaire, qui met en liaison le commerçant et un établissement financier, nécessite qu'ils passent ensemble un contrat de vente à distance (VAD). Quoique les conditions d'ouverture du compte associé soient rigoureuses⁵¹¹, le commerçant y trouve un intérêt, autant qu'il en ressent la nécessité, dans le développement de son activité.

679. – Pour sa part, à l'occasion du paiement en ligne par carte bancaire, le consommateur communique, non sans risque, certaines informations qui lui sont personnelles - numéro de la carte, date de sa validité, cryptogramme, ses nom et prénom -, toutes données personnelles susceptibles d'exploitations malveillantes. L'inconvénient de ce procédé repose sur le fait qu'il ne garantit pas la conformité entre l'identité de l'utilisateur de la carte et celle de son titulaire : le paiement pouvant intervenir sans la possession physique de l'objet, le risque de fraude est important. Si la « puce » de la carte est certes utilisée comme moyen d'identification à l'occasion d'un paiement de proximité, seuls les numéros qu'elle porte participeront à ladite identification lors du paiement à distance : en cas de vol des données lors d'un transfert par voie électronique, le risque est avéré.

680. – Pour le réduire, d'autres cartes sont disponibles, porteuses de plus ou moins de garanties de sécurité : la carte *virtuelle à usage unique* évite au consommateur de renseigner ses coordonnées bancaires, ce service - e-carte-bleue -, limité à une transaction ou à un laps de temps donné, permettant au consommateur de ne communiquer ce numéro unique que pour le règlement de son achat, sans avoir à laisser la trace éventuelle de sa carte habituelle. Pourtant, si ce système semble garantir une sécurité élevée au consommateur, il est peu utilisé, par ignorance ou par négligence, sans doute parce qu'il impose d'avoir souscrit au préalable auprès de la banque un contrat de service spécifique. Certains établissements financiers mettent à la disposition de leurs clients des cartes bancaires utilisables *par intermittence* pour des paiements sur internet, seulement à leur demande, durant le court instant de la transaction.

681. – Des *cartes prépayées*, qui ne sont pas des cartes monétaires puisque l'argent transféré au vendeur ne peut en aucun cas être récupéré, sont parfois acceptées sur certains sites marchands. Elles sont peu utilisées car le risque de perte, ou de vol, est grand pour le

⁵¹⁰ CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet : droit français et européen*, op. cit, p.156.

⁵¹¹ Leurs tarifs divergent d'une banque à une autre - droit d'entrée, abonnement mensuel, commission par transaction - rendant la mise à disposition de tels systèmes de paiement, si utiles, coûteuse pour le professionnel.

consommateur. Les *cartes cadeaux*, qui ne sont pas davantage des cartes monétaires, permettent aussi le paiement en ligne, avec le même risque lié à la perte ou au vol.

682. – Si ces outils, à l'intérêt limité, n'opposent à la carte bancaire qu'une concurrence marginale, tel n'est pas le cas de nouveaux moyens de paiement à distance dont le développement peut assurer la confiance dans le système global du commerce électronique, de la part des commerçants autant que des consommateurs.

§2 : DES MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE PLUS INNOVANTS

683. – Différentes innovations ont bouleversé le monde des moyens de paiement à distance : alors que de nouveaux outils de paiement ont été mis en place (A), le marché s'est ouvert à de nouveaux acteurs, les prestataires de services d'initiation de paiement, venus concurrencer les banques (B).

A. DE NOUVEAUX OUTILS DE PAIEMENT

684. – Les moyens de paiement bénéficient de l'innovation technologique, constante, de nombreuses entreprises, start-up ou autres. Ces FinTech émergentes, qui associent la finance à la technologie, développent des systèmes nouveaux *spécifiques* à la vente en ligne. Parmi eux, nous nous attacherons à deux moyens de paiement à distance désormais proposés sur les sites marchands, porteurs d'interrogations quant à l'attention qu'y porte - ou que devrait y porter - le législateur, dans son souci d'assurer la confiance des acteurs de la relation commerciale : le portefeuille électronique et la monnaie virtuelle.

1. Les portefeuilles électroniques : les tiers de confiance

685. – Utiliser un portefeuille électronique consiste à remettre à un *tiers de confiance* - banquier ou prestataire - ses données personnelles et de paiement, lesquelles sont enregistrées et stockées sur un compte sécurisé, afin de réaliser ultérieurement des opérations de paiement⁵¹². Ainsi sécurisées, il n'est plus nécessaire de réclamer ces données à chaque transaction, ce qui réduit le risque de fraude en mettant un terme à leur circulation incessante. N'ayant plus ni à renseigner inlassablement cryptogrammes ou code 3Dsecure, ni à fournir au

⁵¹² Définition donnée par l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, remplacé par l'Observatoire de la sécurité des moyens de paiement.
V. aussi Rapport de l'Observatoire de la cyber-consommation, *Les paiements sur internet*, 19 mai 2005, disponible sur : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000319.pdf>

site marchand ses données bancaires, le consommateur plébiscite cette innovation. C'est pourquoi, malgré son coût pour l'entreprise, ce moyen de paiement est fréquemment proposé sur les sites marchands.

686. – Le rôle du tiers de confiance consiste donc à payer des achats et/ou à recevoir des paiements d'achats. La confiance instaurée par le système repose sur un mécanisme simple, représentant désormais 27% des paiements des achats en ligne⁵¹³. Nous nous appuyerons sur l'exemple de Paypal, le plus connu de ces *e-wallets* : ce service de paiement, au sens communautaire⁵¹⁴, exécute l'ordre de paiement depuis le compte PayPal du consommateur jusqu'au compte PayPal du vendeur, sous un jour ouvré⁵¹⁵. Le tiers de confiance opère un transfert de monnaie électronique d'un compte PayPal à un autre, limité à 10 000 € selon la législation en matière de blanchiment d'argent.

687. – La directive du 16 septembre 2009⁵¹⁶, transposée par la loi du 28 janvier 2013⁵¹⁷, définit la monnaie électronique⁵¹⁸ comme « une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement [...] et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique »⁵¹⁹.

688. – Quelques chiffres attestent du caractère désormais incontournable pris par cette monnaie, donc par ce nouvel acteur. Paypal, principal tiers de confiance créé en 1998 aux Etats-Unis⁵²⁰ par Elon Musk, a réalisé 11 milliards de chiffre d'affaires en 2016⁵²¹. Présent dans 203 pays et dans de nombreuses devises, choisi comme moyen de paiement par 770 000 sites marchands de diverses nationalités, Paypal gère 8000 dollars de valeur marchande à la seconde

⁵¹³ Les moyens de paiement en ligne à proposer pour les e-commerces, août 2018, consulté sur : <https://www.ecommerce-nation.fr/moyens-de-paiement-e-commerce/>

⁵¹⁴ C'est-à-dire soumis à la surveillance de l'autorité de réglementation financière du Luxembourg, cette société ayant, pour les utilisateurs inscrits dans l'espace économique européen, une antenne basée dans cet état.

⁵¹⁵ V. l'article « exécution du paiement » des CGU du Service PayPal.

⁵¹⁶ Directive 2009/110/CE du Parlement et du Conseil du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, dite monnaie électronique - DME.

⁵¹⁷ Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

⁵¹⁸ PIEDELIEVRE Stéphane, LAIR Hélène, « La monnaie électronique après la loi du 28 janvier 2013 », *JCP E*, n°7, 14 févr. 2013, 1108.

⁵¹⁹ Définition reprise par l'article L 315-1 du CMF.

⁵²⁰ En Europe, PayPal est un établissement sous licence du Luxembourg.

⁵²¹ Wikipédia.

dans le monde⁵²². Dans ces conditions, les professionnels de la vente en ligne ont quelques raisons de mettre à disposition de leurs clients le moyen de paiement PayPal.

689. – Les informations financières du consommateur - numéro de carte bancaire, etc... -, enregistrées sur le compte PayPal qu'il a ouvert au préalable, ne sont jamais communiquées au e-commerçant afin d'éviter la fraude, soit chez le professionnel soit lors du transfert de paiement. Pratiquement, un contrat est passé entre PayPal et le consommateur⁵²³ - âgé de plus de 18 ans, titulaire du compte éponyme - et un autre est souscrit entre PayPal et le professionnel - titulaire de son propre compte PayPal -, tous les acteurs - vendeurs et acheteurs - ayant accepté les conditions générales d'utilisation du service PayPal. Si l'utilisation par le consommateur du service de paiement est pour lui gratuite depuis son compte PayPal - ce qui assure sa fidélisation -, la transaction est payante pour le commerçant : le tiers de confiance est rémunéré, pour l'utilisation du portefeuille que lui confie le client, par le commerçant, au prix d'une commission variant suivant le volume d'affaires effectué.

690. – La connexion au compte personnel PayPal s'effectue par des codes d'accès et un mot de passe. Dans le cadre d'une *transaction non autorisée* - si l'ordre de paiement ne provient pas de la personne titulaire du compte PayPal - le service de paiement garantit le remboursement intégral au consommateur, qui dispose d'un délai de 60 jours, à compter de la transaction, pour signaler une transaction frauduleuse. PayPal utilise par ailleurs, pour des montants importants, le système 3D-Secure qui envoie par SMS au payeur un code supplémentaire à indiquer au moment du paiement.

691. – D'autres portefeuilles en ligne sont certes disponibles - GoogleWallet, MoneyBooker... Cependant, leur notoriété moindre ne leur assure pas le même succès, comme si tous les tiers de confiance n'inspiraient pas la même confiance.

692. – Quoique la protection du consommateur mise en place par l'entreprise soit réelle et efficace, elle reste incomplète. L'usurpation des codes et des mots de passe, fléau commun dans l'univers numérique, ne permet pas d'assurer l'absolue sécurité des comptes PayPal et, même si l'entreprise insiste dans ses Conditions Générales d'Utilisation sur l'importance de

⁵²² ECN, 6 choses à savoir sur PayPal, 15 nov.2017, consulté sur : <https://www.ecommerce-nation.fr/6-choses-a-savoir-paypal/>

⁵²³ La rubrique « la protection des Achats PayPal » figurant au sein des Conditions générales d'utilisation des services, contrat de droit privé, permet au consommateur de récupérer son paiement dans le cas où il n'est pas livré ou si le produit ne correspond pas à son achat. Cette opportunité a largement contribué à assurer la notoriété de PayPal.

leur choix réfléchi, certains consommateurs, peu conscients de cette nécessité pour leur sécurité maximale, laissent par leur négligence la porte ouverte à l'éventuel piratage de leurs comptes.

693. – La monnaie électronique, sur laquelle repose le fonctionnement du portefeuille électronique, est à différencier des *monnaies virtuelles* - bitcoins ou autres - dépourvues de tout statut légal et qui ne sont pas délivrées par des établissements de services financiers.

2. La monnaie virtuelle : l'exemple du bitcoin et de l'Amazon coins

694. – La monnaie virtuelle est sans doute la plus révolutionnaire des méthodes de paiement à distance. Elle rompt avec toutes les habitudes du monde financier. Au risque de ne pas inspirer encore suffisamment confiance ?

695. – De fait, ce moyen de paiement n'est proposé que par un nombre restreint de sites marchands. Dans un cyberspace déjà perçu comme incertain, voire dangereux, par nombre de consommateurs, le recours à une monnaie virtuelle peut rajouter une couche de perplexité. Or la confiance ne naît pas de l'interrogation soupçonneuse.

696. – Cependant, si ce moyen de paiement à distance ne dispose pas (pas encore ?) de la légitimité de ces prédécesseurs, comment assurer qu'il ne pourrait pas, à l'avenir, se voir plébiscité par entreprises et consommateurs ?

697. – La monnaie virtuelle a un cours, comme toute devise - celui du bitcoin⁵²⁴ a explosé en 2017, entre multiples soubresauts - mais elle n'est pas réglementée. Pour cette raison elle n'obtient pas encore l'adhésion du professionnel et du consommateur lesquels, dans l'ignorance de sa nature exacte, y voient sans doute davantage un instrument de spéculation qu'un outil de paiement leur procurant une entière sécurité. Si le groupe de travail « Monnaies virtuelles » du Ministère des Finances et des Comptes Publics, a rédigé en Juin 2014⁵²⁵ des *recommandations* relatives à l'encadrement des monnaies virtuelles, ni le consommateur ni le professionnel ne sont rassurés à ce stade par une monnaie fluctuante et sans réel cadre juridique.

⁵²⁴ Bitcoin de l'anglais bit - unité d'information binaire - et coin - pièce de monnaie - est une cryptomonnaie, une monnaie virtuelle. Son cours est indépendant de toute banque centrale. Elle est mondiale mais sans cadre juridique. Le bitcoin fonctionne sur le modèle d'une blockchain, c'est-à-dire que chaque transaction est vérifiée par les « nœuds » du réseau, les ordinateurs des utilisateurs du réseau.

GEIBEN D., JEAN MARIE O., BERBIEST T., VILOTTE J.F., *Bitcoin et Blockchain, vers un nouveau paradigme de la confiance numérique ?*, Revue Banque, 2016, 126 p., ISBN-13 978-2863257302.

⁵²⁵ Ministère des Finances et des comptes publics, Groupe de travail « Monnaies virtuelles », Juin 2014, *L'encadrement des monnaies virtuelles – Recommandations visant à prévenir leurs usages à des fins frauduleuses ou de blanchiment*, Disponible sur : https://www.economie.gouv.fr/files/rapport_monnaiesvirtuelles_web.pdf

698. – Chacun, pourtant, pourrait y trouver son compte : le vendeur profiterait d'un mode de paiement ne nécessitant pas l'intervention du moindre intermédiaire - banque ou autre -, l'échange de la crypto-monnaie en devises s'effectuant par le biais d'une plateforme en ligne à peu de frais. L'entreprise pourrait même promouvoir cet instrument de rupture comme signe de modernité, la distinguant de ses concurrentes restées au stade du paiement à distance traditionnel. Pour sa part, le consommateur achèterait des Bitcoin, les déposerait dans un porte-monnaie virtuel et les utiliserait à son gré en paiement de ses achats en ligne.

699. – Néanmoins, la monnaie virtuelle ne manque pas d'inconvénients, le principal handicap pour le commerçant reposant sur son cours fluctuant : son risque fort de dépréciation soudaine ne convient pas à la nécessaire stabilité de l'entreprise. Le consommateur serait soumis au même risque financier, le stockage de ses bitcoins ne le préservant ni de la dépréciation de sa monnaie ni de son vol par de quelconques hackers.

700. – A ce jour, la monnaie virtuelle, sans statut juridique, reste un moyen de paiement peu utilisé et, si certains sites le proposent désormais à leurs clients, il ne peut clairement pas passer pour l'outil de confiance sur lequel appuyer le développement du commerce électronique.

701. – Certaines plateformes numériques ont essayé de lancer leur propre monnaie virtuelle - Twollars de Twitter ou Crédits Facebook -, sans grand succès. Amazon a pour sa part créé la sienne le 13 mai 2019 - l'Amazon Coin, dont elle a fixé le cours à 1 dollar pour 100 Amazon Coins - utilisable à ce jour uniquement aux Etats Unis. En considérant la part de marché désormais conquise par Amazon dans le monde du e-commerce, son ambition ne peut laisser indifférent puisqu'il s'agit pour l'entreprise de se positionner comme leader en matière de monnaie virtuelle, en fondant sa stratégie sur l'économie des frais bancaires réalisée par ses clients à chaque transaction et sur leur fidélisation en les captant dans un univers clos - au risque que soit perçue cette organisation comme une incitation à acheter davantage.

702. – L'évolution de l'utilisation de la monnaie virtuelle, dont les plus puissants contempteurs sont naturellement issus du monde bancaire traditionnel, imposera sans doute au législateur, pour assurer la confiance future des acteurs de la relation commerciale par voie électronique, qu'il en encadre les règles.

703. – Indépendamment de l'émergence de nouveaux *outils* de paiement, de nouveaux *acteurs*, encouragés par le législateur, ont pris place sur le marché du paiement en ligne.

B. DE NOUVEAUX ACTEURS : LES PRESTATAIRES DE SERVICES D'INITIATION DE PAIEMENT (PSIP).

704. – Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont donné l'opportunité à de jeunes entreprises, start-up en particulier, de se lancer dans les activités de services de paiement, notamment à distance.

705. – Les textes adoptés par l'Union européenne encouragent la diversité des acteurs procurant aux consommateurs des moyens de paiement innovants. L'ouverture de ce marché, plus seulement réservé à des banques, a permis de mettre en place des systèmes de paiement reliés exclusivement à des *comptes de paiement*, et non aux seuls comptes de *dépôt* des banques.

706. – Deux textes européens, la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur - dite DSP1⁵²⁶ - et la directive 2015/366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur - dite DSP2⁵²⁷ -, ont fixé, notamment, le régime juridique de ces nouveaux services auxquels peuvent faire appel les entreprises de vente en ligne.

707. – En France, les deux directives DSP1 et DSP2 ont été transposées par deux Ordonnances, n° 2009-866 du 15 juillet 2009⁵²⁸ et n° 2017-1252 du 9 août 2017⁵²⁹, suivies de deux lois de ratification, adaptant ainsi le code monétaire et financier aux nouvelles règles.

708. – La directive DSP1 a posé les conditions de l'agrément de ces nouveaux entrants - opérateurs de téléphonie mobile, grands magasins ou acteurs de la grande distribution, fournisseurs d'accès à internet, etc. - sur ce marché numérique que le législateur encadre et surveille, afin de ne pas laisser les utilisateurs, pour leur sécurité, à la merci d'établissements sans scrupule. La DSP1 définit les *services de paiement* comme des prestations fournies par des *établissements de paiement* permettant de réaliser des opérations de paiement par carte, par téléphone ou par ordinateur. Cette activité, primordiale dans l'univers du commerce en ligne et

⁵²⁶ V. VANDEN BOSCH F., MATHEY N., « Le marché unique des services de paiement en Europe », *RD bancaire et financier*, 2007, dossier 18.

⁵²⁷ Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, dite DSP2, *RD bancaire et financier*, 2016, comm.91, obs. GOURIO A., GILLOUARD M.

⁵²⁸ Ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement.

V. MATHEY N., « La réforme des services de paiement », *RD bancaire et financier*, 2010, étude 1.

⁵²⁹ Ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la Directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

V. LASSERRE CAPDEVEILLE J., *JCP*, 11 sept.2017, n°37.

désormais ouverte aux établissements de paiement⁵³⁰, n'est donc plus réservée aux établissements bancaires traditionnels, au nom du développement, de l'innovation et de la concurrence sur les prix des services, tous éléments jugés favorables aux acteurs du commerce électronique⁵³¹.

709. – La directive DSP1, dite directive SEPA, a instauré un cadre juridique spécifique pour les nouveaux prestataires de services de paiement, la suppression du monopole des banques en la matière devant favoriser la compétition sur les prix et les services rendus.

710. – La directive DSP2 abroge le précédent texte européen devenu obsolète en étendant le statut de prestataires de services de paiement aux tiers de paiement, les « prestataires de services d'initiation de paiement » (PSIP). L'article L 133. 40 du Code monétaire et financier s'en trouve modifié. Pour exercer leur activité de FinTech, les services d'initiation de paiement (SIP) doivent accéder à certaines données des utilisateurs⁵³². A cette fin, la DSP2 contraint les banques à leur fournir les renseignements leur permettant d'effectuer les paiements demandés. La DSP2 dessine donc un cadre juridique, notamment, pour les prestataires de services d'initiation de paiement (PSIP) dont « l'activité consiste à initier un ordre de paiement à la demande de l'utilisateur des services de paiement concernant un compte de paiement détenu auprès d'un autre prestataire de service des paiements. Ils permettent aux consommateurs de payer leurs achats en ligne par simple virement, notamment, tout en donnant aux commerçants l'assurance que le paiement a été initié, et que les fonds étaient disponibles sur le compte du cyberconsommateur, de sorte que les biens peuvent être livrés ou les services fournis sans délai »⁵³³. Margrethe Vestager, Commissaire européen à la concurrence, déclarait lors d'un communiqué de presse relatif à la DSP2 : « Nous nous sommes déjà appuyés sur les règles de concurrence de l'UE pour faire en sorte que de nouveaux acteurs innovants puissent rivaliser

⁵³⁰ Un établissement de paiement est une entreprise agréée par les autorités nationales dont l'objet est de fournir des services de paiement.

Pour ex. Western Union peut effectuer des transmissions de fonds.

⁵³¹ Jusqu'à la première directive DSP1, qui a harmonisé les législations européennes, transposée par l'ordonnance du 15 juillet 2009, il existait une grande disparité entre Etats de l'Union Européenne en matière de réglementation des services de paiement : si, en France, le code monétaire et financier les définissait comme des opérations de banque, les soumettant notamment à un agrément préalable au titre d'établissement de crédit, dans d'autres Etats les services de paiement sans octroi de prêt et de dépôts de fonds étaient libres, et ce monopole des banques françaises en la matière était mal perçu par les autorités européennes qui recherchaient une baisse des coûts, des commissions et davantage d'innovation.

⁵³² Avant la DSP2 ces prestataires devaient se faire passer pour les clients eux-mêmes, avec leur accord, auprès des banques, afin d'accéder aux comptes bancaires (méthode appelée web scraping non identifié). Le risque de ce web scraping non identifié résulte de la circulation des identifiants et des données bancaires ; en l'absence d'identification de l'établissement de service de paiement, le partage des responsabilités est difficile en cas d'opérations frauduleuses

⁵³³ HAI Nadia, 31 janvier 2018, n° 607, *Rapport au nom de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant l'ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.*

consulté sur : <https://www.nosdeputes.fr/15/document/607>

en termes de services de paiement digitaux aux côtés des banques et d'autres fournisseurs traditionnels. Le vote réalisé aujourd'hui par le Parlement s'appuie sur cette idée en fournissant un cadre législatif facilitant l'entrée de ces nouveaux acteurs et en garantissant la distribution de services de paiement sûrs et efficaces. [...] ». Les services d'initiation de paiement ont la possibilité de lancer des virements SEPA (virements au sein de l'UE) à partir des comptes bancaires des payeurs, avec leur autorisation : les cyber-commerçants pourront être payés par SEPA et SEPA instantané. La réglementation a pris en compte le risque lié au partage des données financières entre plusieurs prestataires en exigeant l'authentification forte du client utilisant les services de ces nouveaux tiers.

711. – Aussi nécessaires que soient ces nouvelles technologies - elles apportent plus de fluidité aux transactions par voie électronique et encouragent ainsi le développement du e-commerce -, elles ne sont pas suffisantes, à ce stade pour apporter la sécurité qu'attend l'internaute pour consommer en confiance.

712. – Parce que la carte de paiement est, en pratique, le moyen de paiement le plus utilisé par les consommateurs, il convient de s'attacher à comprendre comment le législateur sécurise son utilisation.

SECTION 2 : LE DROIT ET LA SÉCURISATION DU PAIEMENT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

713. – La directive du 25 novembre 2015 spécifie que « La sécurité des paiements électroniques est fondamentale pour garantir la protection des utilisateurs et le développement d'un environnement sain pour le commerce électronique »⁵³⁴. Cet environnement sain définit ce que nous appelons un « système qui inspire confiance ».

714. – Dans le cyberspace, le paiement à distance nécessite la sécurité du moyen de paiement autant que la sécurité du réseau. Nous nous intéresserons exclusivement aux règles liées à la sécurité de l'outil de paiement, en prenant l'exemple de la carte de paiement, en tant qu'objet le plus communément utilisé par les consommateurs en ligne.

715. – Parmi ces règles, l'article L132-2 du Code monétaire et financier interdit la révocation de l'ordre de paiement. Ce principe, essentiel pour l'entreprise, la garantit du paiement de son client. Le consommateur peut cependant faire opposition au paiement en cas de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de sa carte ou des données liées à cet outil.

716. – L'entreprise peut être victime de la fraude de consommateurs déclarant « non autorisés » les paiements relatifs à des opérations pourtant parfaitement souhaitées pour l'achat de biens ou de services en ligne. Le consommateur et le cyber-commerçant peuvent être victimes de malfaiteurs sur internet. Dans son rapport annuel de 2014⁵³⁵, l'Observatoire de la Sécurité des cartes de paiement détaille les multiples formes de fraudes possibles à la carte bancaire :

- utilisation par le fraudeur d'une carte perdue, ou volée,
- falsification, contrefaçon, voire création de toute pièce de la carte - quoique ses spécificités techniques nouvelles complexifient la tâche des faussaires,
- subtilisation par le fraudeur, à l'insu du titulaire, des coordonnées de sa carte, les caractéristiques du paiement en ligne ne rendant pas la possession physique de l'instrument de paiement nécessaire. Les données de la carte bancaire s'obtiennent malhonnêtement par

⁵³⁴ Directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur, cons. 95.

⁵³⁵ Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, *Rapport annuel 2014*, consulté sur : www.observatoire-cartes.fr

le biais de l'hameçonnage⁵³⁶, ou *phishing*⁵³⁷, procédé par lequel le fraudeur expédie un mail trompeur au titulaire de la carte en se faisant passer pour une entreprise ou une administration à la notoriété reconnue (Orange, EDF, Urssaf, etc.) afin de lui soutirer ses coordonnées bancaires, avant de les vendre ou de les utiliser pour le règlement de transactions en ligne,

- piratage de systèmes automatisés de données, de serveurs ou de réseaux, en vue d'obtenir des données de cartes bancaires à grande échelle,

- attaques cybercriminelles visant certaines banques⁵³⁸, dans le même but.

717. – Le « risque zéro » en matière de paiement n'existe pas. Concernant la carte de paiement, son inconvénient majeur provient de la difficulté à garantir la similitude entre l'identité de son utilisateur et celle de son titulaire. Le législateur a donc adopté une stratégie à deux faces : afin de prévenir les fraudes, il contraint les prestataires à mettre en service des moyens de paiement porteurs d'une technologie permettant d'assurer l'authentification de l'identité de l'utilisateur et celle du titulaire (§1) et, en cas d'opérations non autorisées, il instaure un régime de responsabilité *spécifique* des services financiers, lequel dégage fortement la responsabilité du consommateur et celle de l'entreprise (§2).

§1 : DES NORMES TECHNIQUES ASSURANT L'AUTHENTIFICATION FORTE DU TITULAIRE DE LA CARTE

718. – Avant tout, le législateur choisit de sécuriser autant qu'il peut l'outil de paiement en ligne par la comparaison entre l'identité du titulaire de la carte et celle de son utilisateur, afin d'éviter l'opération non autorisée et/ou le comportement du consommateur opportuniste niant avoir ordonné ledit paiement. Au fil des deux directives européennes et des lois de transposition, il a procédé par étapes successives en imposant une technicité renforcée au service de son objectif de sécurisation, donc de confiance dans le « système ».

719. – L'Ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009, transposant la directive DSP1 de 2007, n'avait prévu aucune obligation d'authentification en matière de paiement électronique.

720. – Cependant, certaines banques avaient *volontairement* opté pour un système de sécurisation de l'identification de leurs clients lors des transactions en ligne, conscientes du

⁵³⁶ FERAL-SCHUHL C., *Cyberdroit*, 2018, Dalloz, coll. Paris, Dalloz, 1850 p., ISBN : 978-2-247-11975-2.

⁵³⁷ Contraction de « fishing » : action de pêcher et de « phreaking » : action de détournement de coordonnées téléphoniques.

⁵³⁸ Cyberattaques bancaires : où en est-on ?, 27 janvier 2016, *Revue banque.fr*

risque de malversations possibles lors du paiement à distance par carte bancaire : nous avons relevé précédemment que le consommateur est tenu de communiquer à cette occasion certaines informations personnelles - le numéro de sa carte, sa date de validité, son cryptogramme, ses nom et prénom -, que des fraudeurs peuvent détourner. Le procédé ainsi mis en place par Visa et MasterCard, dénommé *3-DSecure* (Verified by Visa et MasterCard Secure Code)⁵³⁹, a largement contribué à diminuer le taux de fraude au paiement en ligne. Le consommateur qui paie en ligne doit fournir, en plus des éléments classiquement exigés, un code personnel, qu'il aura reçu de l'établissement payeur par mail ou SMS, ce code à usage unique permettant d'*authentifier* l'identité du demandeur de paiement. L'authentification repose donc sur un élément de « possession », les fraudeurs devant disposer, pour parvenir à leurs fins, des données de la carte *et* du support - téléphone mobile, par exemple - sur lequel le SMS informant du code s'affichera. Cette double nécessité complique la tâche des cybercriminels car l'ubiquité du commerce électronique a (pour une fois) l'avantage d'éloigner physiquement la victime du fraudeur lequel, s'il a pu s'emparer des données, n'a pas la possession du support.

721. – Le législateur a encouragé ce procédé en choisissant de faire peser une responsabilité plus importante sur les commerçants ne l'ayant *pas* adopté sur leur site marchand et, en 2014, son taux d'équipement chez les e-commerçants atteignait 60%, contre 43% en 2013. Par ailleurs, l'Autorité Bancaire Européenne a émis des *recommandations* applicables au 1er août 2015 concernant, notamment, la nécessité de renforcer cette authentification *forte* - à distinguer de l'authentification simple, laquelle ne prévoit qu'un code du type mot de passe ou date de naissance du titulaire.

722. – Ce système n'est cependant pas infaillible : le procédé « Vérifier par Visa » a lui-même été la cible d'hameçonnage. Par ailleurs et paradoxalement, il lui a été reproché de constituer un frein au développement du e-commerce, et non l'encouragement attendu : dans la mesure où la confiance dans ce procédé passe, techniquement, par la possession d'un téléphone mobile, tout consommateur n'en disposant pas se voit, de fait, exclu du marché ; pour la même raison, l'achat en ligne serait impossible dans un lieu non couvert téléphoniquement.

⁵³⁹ Grâce au système 3DSecure le paiement de la commande sur un site internet s'effectue en deux étapes :

-dans un 1^{er} temps, le cyberconsommateur renseigne le numéro de la carte, sa date de validité et son cryptogramme visuel ;
-puis dans 2^e temps, une fenêtre avec le logo de la banque apparaît et redirige le consommateur sur le site de sa banque pour confirmer son identité grâce au système d'authentification utilisé. En pratique la banque adresse à son client un SMS avec un code à renseigner sur l'écran. Une fois l'authentification confirmée par la banque du client, le paiement est autorisé et la commande finalisée.

723. – Face au constat de l'« adaptation » des fraudeurs au système 3DSecure, la directive DSP2 et le Règlement européen⁵⁴⁰ du 27 novembre 2017 sont venus *imposer* aux prestataires des services de paiement l'application d'une authentification forte du client lors des paiements électroniques en ligne.

724. – En Droit français, l'article L 133-44 du Code monétaire et financier, issu de l'ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017 transposant la directive DSP2, dispose : « le prestataire de services de paiement applique l'authentification forte définie au f de l'article L 133-4, lorsque le payeur : accède à son compte de paiement en ligne, initie une opération de paiement électronique [...] ».

725. – Deux remarques s'imposent donc :

- le texte nouveau s'applique aux prestataires de services de paiement, bancaires, mais aussi aux nouveaux prestataires de services d'initiation de paiement, intervenant dans la procédure d'exécution du paiement.

- l'authentification est définie comme une procédure permettant au prestataire de services de paiement de vérifier l'identité d'un utilisateur de ses services ou la validité de l'utilisation d'un instrument de paiement spécifique⁵⁴¹. Cette authentification forte, qui a donc pour objet de garantir la conformité entre l'identité de l'utilisateur de la carte et son titulaire, est définie techniquement par l'article L 133-4 du Code monétaire et financier comme « une authentification reposant sur l'utilisation de deux éléments ou plus appartenant aux catégories « connaissance » (quelque chose que seul l'utilisateur connaît), « possession » (quelque chose que seul l'utilisateur possède) et « inhérence » (quelque chose que l'utilisateur est) et indépendants en ce sens que la compromission de l'un ne remet pas en question la fiabilité des autres [...] ».

726. – En raison de la croissance du nombre des paiements dématérialisés, et dans un souhait de donner un environnement confiant au commerce électronique, l'Ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017, en application de la directive DSP2, contraint les prestataires de services de paiement à mettre en place « des mesures de sécurité adéquates afin de protéger la

⁵⁴⁰Règlement délégué (UE) 2018/389 de la Commission du 27 novembre 2017 complétant la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation relatives à l'authentification forte du client et à des normes ouvertes communes et sécurisées de communication.

⁵⁴¹ CMF., art. L 133-4 e).

confidentialité et l'intégrité des données de sécurité personnalisées des utilisateurs »⁵⁴². Les paiements électroniques à distance nécessiteront obligatoirement, dès l'entrée en vigueur de l'article L 133-4 du Code monétaire et financier, prévue le 14 septembre 2019, une authentification forte renforcée.

727. – Le système 3DSecure usuel ne pourra plus être utilisé, n'étant pas considéré comme répondant techniquement aux nouvelles exigences de sécurité : son insuffisance repose sur le fait que le titulaire de la carte inscrit ce code dans une « fenêtre » s'ouvrant sur son écran, alors que cette fenêtre peut être générée par un pirate et que le numéro de téléphone recevant le code peut être, pour sa part, détourné.

728. – Le principe d'une obligation d'« authentification forte renforcée » nécessite de demander au titulaire de la carte de paiement de s'authentifier, lors de la transaction, par au moins *deux* facteurs, indépendants, appartenant aux catégories « connaissance » (un mot de passe, par exemple), « possession » (de type ordinateur ou smartphone) et « inhérence » (tout élément biométrique)⁵⁴³. Le législateur renforce ainsi l'authentification du titulaire de la carte par ce deuxième élément, la possession seule n'étant plus suffisante.

729. – Il convient de relever l'apport de la biométrie, en tant qu'élément rattaché à la catégorie « inhérence », comme outil d'authentification du paiement à distance. Le Rapport 2014 de l'Observatoire de la sécurité des cartes de paiement⁵⁴⁴ consacre une étude à l'utilisation des *techniques biométriques* dans les opérations avec des cartes de paiement, en particulier le recours aux empreintes - digitales, ADN ou vocales -, stockées dans une base de données, ouvrant à la reconnaissance automatique du titulaire de la carte en remplacement de ses codes ou de ses mots de passe.

730. – L'application de la biométrie dépasse le seul cadre de la carte bancaire et concerne le paiement sur mobile ou par portefeuille électronique, pour plus de sécurité encore, donc au nom de la recherche d'une confiance renforcée. TalkToPay et VoicePay ont ainsi mis en place la reconnaissance vocale, par laquelle le client, lors de son paiement en ligne, reçoit un appel téléphonique, sur fixe ou mobile, lui permettant de s'identifier par la voix ; PayPal, prenant exemple sur des fabricants de smartphones sécurisant de la sorte l'accès à leurs

⁵⁴² VERBIEST Thibault, CORCOS Emmanuelle, « La directive révisée sur les services de paiement (DSP2) », *Revue de droit bancaire et financier*, n°3, mai 2016, étude 17.

⁵⁴³ Comm.UE , Services de paiement : des paiements électroniques plus sûrs et innovants pour les consommateurs , communiqué IP/17/4928, 22 nov. 2017, *JCP E*, n°49, 7 déc. 2017, art. 884.

⁵⁴⁴ Disponible sur le site de la Banque de France : <https://www.banque-france.fr>

produits, fait appel à l’empreinte digitale pour payer avec son compte de monnaie électronique, au même titre qu’ApplePay, lequel permet aussi au consommateur de donner son consentement lors d’un paiement en ligne grâce à son empreinte digitale : sans la main - forcément lointaine - du titulaire de la carte, le fraudeur ne peut utiliser les données volées. Toutes les voies conduisant à des systèmes de sécurité d’authentification forte renforcée sont à l’étude chez les prestataires de services de paiement. Des exigences de confidentialité et d’intégrité des données de sécurité personnalisées des utilisateurs de services de paiement sont prévues par le règlement délégué (UE) n°2018-389 de la Commission du 27 novembre 2017.

731. – Si les nouvelles dispositions de l’ordonnance transposant la directive DSP2 doivent s’appliquer courant septembre 2019, il semblerait, paradoxalement, que cette obligation d’authentification forte du client, mise en place par le législateur pour consolider la confiance dans les moyens de paiement et, plus largement, dans le commerce électronique, soulève quelques questions, et provoque une part de réticence, du commerçant comme du consommateur.

732. – D’une part, l’authentification forte renforcée pourrait constituer un potentiel danger commercial pour le professionnel de la vente à distance. En effet, si d’un point de vue théorique et moral, l’ambition de freiner les fraudes au paiement en ligne ne peut, certes, qu’être partagée par tous les acteurs du e-commerce, les professionnels se montrent, en pratique, soucieux face aux méthodes bientôt mises en service. Ils rappellent que le taux de conversion des commandes dépend de la rapidité du moyen de paiement : dans l’univers quasi-instantané d’internet, quand les modalités de paiement sont complexes, le paiement s’éternise et le taux de conversion chute.

733. – En ce sens, des exemptions de l’obligation de l’authentification forte renforcée du client ont été mises en place. Le chapitre III du règlement délégué (UE) 2018/389 de la Commission du 27 novembre 2017, venant compléter la directive DSP2 en matière de normes techniques, en instaure un certain nombre. Il dispense ainsi les prestataires de services de paiement d’appliquer l’authentification forte dans le cas des opérations de faible valeur. La justification de cette exemption réside dans le considérant 12 dudit règlement qui précise « qu’il convient de trouver un juste équilibre entre l’intérêt d’un renforcement de la sécurité des paiements à distance et le besoin de convivialité et d’accessibilité des paiements dans le secteur du commerce électronique. » Un seuil de 30 euros est ainsi fixé pour les paiements électroniques à distance, en-deçà duquel il n’est pas nécessaire d’appliquer l’authentification

forte, jugée contraignante pour le client. Si l'idée générale est de laisser leur fluidité aux transactions modestes, l'authentification forte reste néanmoins obligatoire lors du cumul de plusieurs achats atteignant 100 €, alors que son exemption est possible dès lors que le payeur inscrit le commerçant sur une liste des bénéficiaires de confiance, quel que soit le montant dudit achat. Enfin, l'authentification forte n'est pas obligatoire sur la base d'une analyse des risques de toutes les transactions traitées par l'établissement de paiement : si son taux de fraude est inférieur ou égal à 0,13%, il peut « débrayer » l'authentification forte pour toutes les transactions de 0 à 100 euros, ce qu'il peut faire sur la base d'un taux de fraude inférieur à 0,06% pour les transactions de 100 à 200 et de 0,01% pour celles de 250 à 500 euros. En considérant que la moyenne nationale est de 0,24 %, les seuils fixés par le législateur sont nettement inférieurs : « Ce sera la banque du cybercommerçant qui déclenchera le protocole d'authentification forte, ou non, en fonction de sa propre analyse des risques »⁵⁴⁵ .

734. – Cette dernière exemption ne manque pas d'interroger. En effet, l'appréciation du risque est laissée à la seule charge du prestataire de services de paiement qui doit, au prix d'un calcul dont il est le seul maître, déterminer s'il enclenche, ou non, l'authentification forte du client, sans en référer au commerçant qui subit pourtant, seul, l'application, ou non, de la réglementation. Dans ce nouveau cadre le prestataire choisit de mettre en place le système, particulièrement complexe, le commerçant perdant ainsi tout pouvoir décisionnel.

735. – D'autre part l'authentification forte renforcée sera nécessairement vécue comme une source de difficultés par les consommateurs en ligne : de leur point de vue, il leur faudra, dans des délais très courts, se former aux méthodes d'authentification pour devenir familiers de ces procédés innovants. Si tel n'est pas le cas, la perplexité des clients ne sera pas favorable à leur engagement dans la relation commerciale, perçue comme incertaine. Lorsque le législateur évoque l'« environnement sain » favorable au développement du commerce électronique et alors même qu'il met tout en œuvre pour l'assurer par des textes nouveaux, le consommateur ne risque-t-il pas, pour sa part, d'appréhender cette rupture du statu quo comme insinuant un doute dans le système ? Pire encore, si le recours aux données biométriques (identification faciale, rétinienne, par des éléments sanguins ou anatomiques...), notamment, s'avère le passage obligé vers l'authentification la plus forte, garantissant le niveau de sécurité, donc de confiance théorique, le plus élevé, n'est-il pas à craindre que la plupart des consommateurs la

⁵⁴⁵ EBRARD Quentin, E-commerce : DSP2 change la donne de l'authentification forte, *JDN*, 8 janvier 2018.

refusent, la trouvant trop complexe, voire insidieuse en matière de données personnelles ? Bref, n'analyseraient-ils pas, quoique à tort, sans doute, le mieux comme l'ennemi du bien ?

736. – Les sécurités techniques imposées aux prestataires de services de paiement afin de sécuriser l'environnement du commerce électronique dans l'objectif de son développement, ne sauraient produire des conséquences négatives, ni pour le vendeur - en réduisant considérablement le taux de conversion de ses commandes - ni pour le consommateur - en le réfrénant dans sa volonté d'achat. C'est là tout le paradoxe de la sécurité technique des moyens de paiement, censée encouragée le commerce en ligne alors qu'elle risque de le freiner.

737. – Cette interrogation n'est pas seulement théorique : un avis de l'Autorité Bancaire Européenne⁵⁴⁶, sans remettre en cause l'application de la directive DSP2 à la date du 14 septembre 2019, lui offre un délai supplémentaire sur quelques points spécifiques. Elle constate que le degré insuffisant de préparation de certains acteurs fait courir le risque aux cyber-commerçants et aux cyberconsommateurs de ne pouvoir conclure entre eux certaines transactions si leurs prestataires respectifs ne sont pas prêts ensemble, dans les mêmes conditions, à garantir l'authentification forte - au sujet de laquelle elle apporte le détail des éléments d'inhérence, de possession et de connaissance considérés comme assurant cette identification. Implicitement, elle semble redouter le frein au e-commerce que constituerait, à ce stade, l'impossibilité pratique de satisfaire à ses exigences, au détriment du consommateur - qui ne pourrait pas acheter - et du commerçant - qui ne pourrait pas vendre.

738. – Le deuxième axe choisi par le législateur pour atteindre ledit objectif de confiance des deux parties dans le paiement par voie électronique passe par l'instauration d'une responsabilité spécifique des services de paiement en cas d'opération de paiement non autorisée⁵⁴⁷.

§2 : UNE RESPONSABILITÉ SPÉCIFIQUE DES PRESTATAIRES DE SERVICES DE PAIEMENT

739. – Des règles ont été édictées, faisant supporter les risques financiers des opérations non autorisées au prestataire de services de paiement du payeur.

740. – Bien avant que soit établie, par la directive récente, la contrainte technologique de sécurité, le principe de remboursement, par le prestataire de services de paiement, des

⁵⁴⁶ EBA-op-2019-06, Opinion of European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2, 21 juin 2019.

⁵⁴⁷ VERBIEST Thibault, CORCOS Emmanuelle, « La directive révisée sur les services de paiement (DSP2) », *op.cit.*

paiements non autorisés prélevés sur le compte du client, fut la clé de voûte du système de confiance des parties dans le paiement à distance. Sans cette absence de responsabilité, quasi absolue, du consommateur et du vendeur, le commerce électronique n'aurait pu assoir son développement.

741. – Si nous constatons l'effectivité du principe, strictement appliqué par la jurisprudence, de la responsabilisation desdits prestataires en faveur du payeur (A), une évolution récente de la Cour de Cassation pourrait remettre en question cet environnement de confiance (B).

A. LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES DE SERVICES DE PAIEMENT

742. – Depuis l'ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017, un transfert de responsabilité s'est opéré en cas de paiement non autorisé.

743. – L'article L133-18 du Code monétaire et financier instaure le principe de la responsabilité du prestataire de services de paiement en cas d'opération de paiement non autorisée⁵⁴⁸ par le titulaire de la carte et signalée dans les conditions spécifiques prévues par ledit code.

744. – Les textes distinguent suivant que l'opération de paiement non autorisée a été effectuée par l'intermédiaire avec, ou sans, utilisation des données de sécurité personnalisées (nouvelle formulation remplaçant le dispositif de sécurité personnalisé). L'article L133-19 du Code monétaire et financier vise les paiements non autorisés consécutifs à la perte ou au vol d'un instrument de paiement doté de données de sécurité personnalisées, définies comme « des données personnalisées fournies à un utilisateur de services de paiement par un prestataire de services de paiement à des fins d'authentification »⁵⁴⁹, sous la forme commune d'un code confidentiel. Dans cette situation, le payeur - le client - demeure responsable des opérations non autorisées effectuées dans la limite d'un *plafond ramené à 50 euros*⁵⁵⁰. Cette franchise de 50 € n'est pas mise à sa charge lors de l'utilisation frauduleuse de son instrument de paiement *sans* utilisation des données de sécurité personnalisées : le cyberconsommateur ne se verra ainsi pas

⁵⁴⁸ Les transactions non autorisées concernent celles dont le paiement a été consenti par une tierce personne, non titulaire de l'instrument de paiement, à la suite de la perte, du vol, du détournement ou d'une contrefaçon dudit instrument.

⁵⁴⁹ CMF., art. L133-4 a).

⁵⁵⁰ Montant abaissé par la DSP2 de 150 € à 50 €.

V. MIGNOT V., « Fraude à la carte bancaire : la franchise abaissée à 50 euros », *CBanque*, 21 août 2017.

retenir 50 € lors des ventes en ligne pour lesquelles le code confidentiel à 4 chiffres ne lui est pas demandé. Compte tenu du montant modeste, au nom de la confiance dans le processus, le législateur a souhaité ne pas rendre responsable financièrement le cyber-consommateur.

745. – En cas d'opération de paiement non autorisée suite à une *contrefaçon* ou un *détournement*, soit de l'instrument de paiement doté de données personnalisées de sécurité, soit des données qui lui sont liées, le payeur - le consommateur - n'est pas tenu responsable.

746. – Si le risque financier en matière de fraude est supporté, en principe, depuis l'ordonnance du 9 août 2017, par les prestataires de ces-dits services⁵⁵¹, une des conditions à ce transfert de risque (que l'instrument de paiement soit doté ou non de données de sécurité personnalisées) est posée par l'article L 133-17, complété par l'article L 133-24, du Code monétaire et financier. Ces textes contraignent le consommateur à agir suivant une *procédure* établie : en cas de perte, de vol, de détournement ou d'utilisation non autorisée de son instrument de paiement, le consommateur a l'obligation *d'informer sans tarder* son prestataire de services de paiement. Sous peine de forclusion, le délai maximal de déclaration d'une transaction non autorisée, ou mal exécutée, est fixé en France à 13 mois à compter de la date du débit de l'opération litigieuse, ramené à 70 jours pour tout paiement en dehors de l'Union européenne. Dans tous les cas cette démarche doit être confirmée par lettre recommandée avec accusé de réception, afin de prendre en compte la date de réception de la lettre. Il convient de spécifier que la loi n'impose pas le moindre dépôt de plainte auprès de la Police ou de la Gendarmerie, ce qui rend regrettable que certains établissements de paiements assujettissent leur remboursement à cette condition non légale.

747. – Aussitôt cette transmission d'information accomplie dans les délais, l'opposition du consommateur entraîne le transfert des risques financiers au prestataire de services de paiement qui doit rembourser immédiatement le payeur du montant de l'opération non autorisée et des frais annexes éventuellement engendrés à cette occasion - liés au découvert bancaire éventuel, aux coûts d'opposition et de renouvellement de carte bancaire ou autres - afin de rétablir le compte en l'état d'avant l'opération non autorisée⁵⁵². Par ailleurs, ayant été ainsi informé, le prestataire doit tout mettre en oeuvre pour bloquer l'instrument de paiement

⁵⁵¹ Etablissement de crédit (banque), un établissement de monnaie électronique ou établissement de paiement agréé par les autorités publiques.

⁵⁵²CMF., art. L 133-20.

de son client et, s'il ne le fait pas, il supporte les conséquences des paiements frauduleux éventuellement effectués après avoir eu connaissance de ladite information.

748. – L'article L 133-18 du Code monétaire et financier prévoit un remboursement du payeur des sommes indûment prélevées sur son compte et de tous les frais liés à la fraude au plus tard à la fin du premier jour ouvrable suivant l'information du prestataire de service de paiement⁵⁵³.

749. – Quant au commerçant, son recours au système 3DSecure (sous son ancienne version, en cours de remplacement) lui permet de ne pas être tenu responsable des paiements non autorisés, l'article L133-19 du Code monétaire et financier disposant que « lorsque le bénéficiaire ou son prestataire de services de paiement n'accepte pas une authentification forte du payeur [...], il rembourse le préjudice financier causé au prestataire de service de paiement du payeur ». Cette disposition encourage, de fait, les vendeurs à proposer aux consommateurs des procédés sécurisés, de type 3-D-Secure : si une fraude est opérée malgré cette sécurité, le prestataire de services de paiement du client, sur lequel pèse l'obligation d'authentification, supporte seul le coût de la fraude, sans pouvoir se retourner pour remboursement contre le commerçant.

750. – Cette responsabilité, qui favorise donc l'utilisation de systèmes de paiement sécurisés par le cybercommerçant, joue aussi en faveur de la protection du cyberconsommateur, au service de leur confiance mutuelle dans le système.

751. – Hors du cas particulier, prévu par l'article L 139-19 III du Code monétaire et financier, dans lequel un consommateur fraude en déclarant faussement une opération non autorisée - cette situation replaçant la responsabilité sur la tête du payeur -, le prestataire reste donc toujours responsable des opérations de paiement non autorisées⁵⁵⁴.

752. – Jusqu'à récemment, la jurisprudence faisait peser sur les prestataires de services de paiement la *preuve* de la fraude ou de la négligence de l'utilisateur du moyen de paiement, de façon à établir un cadre de confiance pour les parties de la transaction commerciale. Plusieurs

⁵⁵³Selon UFC-Que Choisir, certaines banques réclameraient systématiquement un dépôt de plainte que la directive européenne n'impose pas, leur délai de remboursement semblerait osciller de 15 jours à 3 mois sans distinction du montant de la fraude, et les frais liés à la fraude ne seraient que trop rarement remboursés au consommateur.

V. Que choisir, Fraude à la carte bancaire, 7 sept.2011, disponible sur <https://www.quechoisir.org/actualite-fraude-a-la-carte-bancaire-plainte-non-obligatoire-n9765/>

⁵⁵⁴Com, 2 oct. 2007, n°05-19-899, *Bull.* 2007, IV, n°208 ; *JCP*, janv.2008, n°6, comm. BAZIN Eric.

V. aussi Civ., 1^{re} ch, 28 mars 2008, n°07-10186, *D* 2008, 1136, obs. AVENA-ROBARDET ; *RTD Com*, 2008, 607, obs. LEGAIS D.

arrêts de la Cour de Cassation sont venus remettre en question la notion de négligence du payeur, aboutissant ainsi à un éventuel renversement de la preuve, au risque de saper la confiance acquise envers le système.

B. UNE JURISPRUDENCE ASSURANT LA CONFIANCE DANS LE SYSTÈME DE PAIEMENT À DISTANCE

753. – L'application des textes par la jurisprudence s'est toujours faite dans le sens d'une stimulation de la confiance du consommateur : de nombreuses décisions ont condamné les banques à rembourser les payeurs n'ayant pas autorisé les opérations litigieuses.

754. – Depuis un arrêt du 2 octobre 2007⁵⁵⁵, la jurisprudence est constante dans son application stricte des articles L 133-18 et L 133-19 du Code monétaire et financier : le prestataire de services de paiement peut se dédouaner de sa responsabilité si, et seulement si, il a de bonnes raisons de soupçonner une fraude de l'utilisateur. La charge de la preuve lui incombe conformément à l'article L 133-23 dudit code qui dispose « lorsqu'un utilisateur de services de paiement nie avoir autorisé une opération de paiement [...], il incombe à son prestataire de services de paiement de prouver que l'opération en question a été authentifiée, [...] et qu'elle n'a pas été affectée par une déficience technique ou autre ». Si le consommateur nie avoir donné son autorisation, il revient au service de paiement de démontrer le contraire, sachant que ne constitue pas une preuve de son autorisation l'utilisation de ses identifiants⁵⁵⁶. De même, lorsque le moyen de paiement est doté d'un dispositif de sécurité renforcé (type 3DSecure), celui-ci ne suffit pas à démontrer que le payeur a confié à d'autres personnes ses données confidentielles, quoique cela ait permis la réalisation des opérations litigieuses⁵⁵⁷. La Cour de Cassation⁵⁵⁸ rappelle fréquemment que le droit impose au prestataire de services de paiement de prouver la négligence grave du client.

755. – Cette preuve de la fraude ou de la négligence grave du payeur n'est pas de démonstration facile. La notion de négligence, en particulier, trop vague, n'est pas retenue par la jurisprudence : laisser sa propre carte bancaire, dans une sacoche à l'intérieur de son propre

⁵⁵⁵ Com., 2 octobre 2007, n°05-19.899, La Poste c/ Mme Marie-Claude X.

⁵⁵⁶ Com., 28 mars 2018, n° 16-20.018, Société caisse de Crédit Mutuel de Beauvais c/M.Y, *Gaz. Pal.*, 15 mai 2018, n°17, p. 20, comm. LASSERE CAPDEVILLE ; *LEDB*, 2 mai 2018, MATHEY Nicolas.

⁵⁵⁷ V. dans ce sens Amiens, 1^{re} ch. civ., 7 avril 2017, n°15/02794.

Et Com, 13 février 2019, n°17-23139.

LASSERRE CAPDEVILLE J. « Confirmation de jurisprudence en matière de phishing », *LEDB*, 1^{er} avril 2019, n°4, p.7.

⁵⁵⁸ Com., 18 janv. 2017, n°15-18.102, Société caisse de Crédit Mutuel de Wattignies c/ M.Franck X ; MATHEY N., « Nouvelle décision en matière de phishing », *LEDB*, 2 juillet 2018, n° p. 4.

véhicule, stationné en face de son propre domicile, lui-même déserté pour cause de vacances, ne constitue pas une faute lourde commise par le titulaire⁵⁵⁹.

756. – Si la doctrine donne certes quelques exemples de comportements jugés négligents - inscription sur la carte bancaire du numéro de code associé, opposition tardive en cas de paiement à distance - il est cependant difficile au service de paiement d'apporter les preuves correspondantes, ce qui explique qu'en matière de vente à distance la responsabilité des opérations non autorisées pèse très peu sur le consommateur, lequel se trouve, de fait, protégé et exempt de toute responsabilité financière.

757. – Pourtant, deux arrêts du 25 octobre 2017⁵⁶⁰ et du 28 mars 2018⁵⁶¹ témoignent d'un possible changement de cap de la Cour de Cassation, laquelle semble revenir sur une jurisprudence constante, jusqu'alors favorable aux consommateurs et sévère pour les banques⁵⁶². La Cour a en effet jugé, le 28 mars 2018, qu'un consommateur, victime d'hameçonnage⁵⁶³, n'a pas été attentif quant à la provenance du courriel lui ayant été adressé, ce message comprenant des fautes d'orthographe. Il a ainsi commis une négligence. En qualifiant ainsi la négligence du consommateur de faute grave elle applique l'article L 133-16 du Code monétaire et financier, lequel impose à l'utilisateur de services de paiement de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses données de sécurité personnalisées et, notamment, de ne pas les divulguer à n'importe qui. Dès lors que le payeur communique « naïvement » ses données de sécurité personnalisées, il commet une imprudence grave le rendant responsable. Si, jusqu'alors, c'était au prestataire qu'il incombait de démontrer la fraude du payeur ou sa négligence grave, l'arrêt soulève une possible présomption de défaillance du payeur alors que l'instrument de paiement est doté d'un dispositif de sécurité élevé⁵⁶⁴.

758. – Ce retournement jurisprudentiel vers la présomption de négligence grave des titulaires de moyens de paiement dotés de données de sécurité personnalisées, inquiète le professionnel autant que le consommateur. L'interrogation porte sur la position future de la

⁵⁵⁹ Com., 21 sept. 2010, n°09-16534.

⁵⁶⁰ Com, 25 oct. 2016, n°1327, caisse fédérale du crédit mutuel Nord Europe c/Mme Caroline X.

⁵⁶¹ Com, 28 mars 2018, n°16-20.018 ; MATHEY N., « Service de paiement : fraude et négligence grave », *LEDB*, 2 mai 2018, n°5 p.3 ; BERLAUD Catherine, « Responsabilité de la banque en cas d'hameçonnage : il ne faut pas exagérer », *Gaz. Pal.*, 30 avril 2018, n°16, p. 39.

⁵⁶² CAPRIOLI Eric A., « Fraude à la carte bancaire par hameçonnage : une nouvelle tendance se dessine », 24 juillet 2018, *L'usine digitale*, consulté sur <https://www.usine.digitale.fr/article/fraude-a-la-carte-bancaire.hameconnage-une-nouvelle-tendance-se-dessine.N723269>

⁵⁶³ L'internaute reçoit un message qui imite celui d'une entreprise réelle.

⁵⁶⁴ CAPRIOLI Eric A., « Fraude à la carte bancaire par hameçonnage : une nouvelle tendance se dessine » *op.cit.*

Cour de Cassation dès la mise en place des obligations - à venir - concernant l'authentification forte renforcée, dont on peut se demander si elles n'acteront pas définitivement la présomption de négligence du consommateur en cas de fraude? Les auteurs des directives européennes sur les moyens de paiement les avaient-ils rédigées dans cet esprit ? Les textes européens et nationaux n'ambitionnaient-ils pas plutôt d'assurer un climat de confiance dans les moyens de paiement afin de développer le commerce électronique, outil de croissance au sein des Etats membres ? Il convient ainsi de suivre les prochaines décisions de la Cour en la matière, afin d'évaluer si elles rendent chancelant, ou non, l'édifice patiemment construit jusqu'alors.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

759. – Dans l'univers du cyberspace, la confiance des parties dans les moyens de paiement par voie électronique est capitale pour l'essor du e-commerce. Le législateur a pris conscience très tôt de cette nécessité.

760. – Alors que la carte bancaire a été conçue pour régler des achats physiques dans l'univers du commerce « traditionnel », elle est devenue le moyen de paiement le plus commun en matière de vente en ligne. Or, dans ce cadre, son principal inconvénient repose sur son usage possible par un utilisateur différent de son titulaire, les opérations de paiement non autorisées ainsi produites risquant de constituer un frein au développement du commerce électronique. Le législateur a su développer en conséquence une politique de sécurité suivant deux axes, d'une part en contraignant les prestataires de services de paiement à fournir des outils sécurisés permettant d'authentifier le payeur, donc de réduire le risque de fraude et, d'autre part, en choisissant de faire peser sur ces prestataires la responsabilité des opérations non autorisées. Fluidifier, en confiance, les transactions par voie électronique est à ce prix.

761. – L'exigence de moyens technologiques de sécurité, imposée aux prestataires de services de paiement, ne devrait cependant pas conduire à occulter le principe spécifique de leur responsabilité. Si les prestataires ont, certes, la charge de l'authentification du payeur, cette obligation qui leur est faite ne devrait pas, en cas de fraude, s'échanger, en quelque sorte, contre la présomption actée de la négligence du consommateur, sous peine de saborder un édifice basé sur la confiance.

CONCLUSION DU TITRE 1

762. – Permettre la pratique du e-commerce dans un environnement sécurisé, par la mise en place d'un contrat et de moyens de paiement adaptés à la voie électronique, a assuré la nécessaire mise en confiance des parties dans le processus même de la vente en ligne. L'encadrement de leur relation, fourni par les textes juridiques, fonde l'engagement confiant du cybercommerçant et du cyberconsommateur. Les co-contractants peuvent ainsi s'appuyer sur des règles, traditionnelles ou spécifiques, leur garantissant des échanges en ligne aussi sécurisés que des transactions traditionnelles, dans « l'environnement sain » qui, seul, participe à l'essor du commerce électronique.

763. – Avoir confiance dans le contrat électronique ne suffit pas à stimuler le e-commerce. Le droit doit encore assurer la protection particulière de chaque acteur, selon ses attentes spécifiques. A cette condition, chacune des parties pourra s'engager résolument par voie électronique.

TITRE 2

UNE PROTECTION JURIDIQUE SPÉCIFIQUE DE CHACUN DES ACTEURS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

764. – Les deux acteurs principaux du commerce électronique ont des attentes différentes à son sujet. L'entreprise perçoit cette approche nouvelle du commerce comme le moyen de développer son chiffre d'affaires sur un territoire infini, tandis que le consommateur y trouve l'opportunité de procéder à des achats à toute heure du jour ou de la nuit, sans avoir à se déplacer, peut-être au meilleur prix, en profitant d'un choix jamais égalé. Aussi, au-delà de la confiance qu'apporte le contrat par voie électronique dans le système du commerce en ligne, son essor passe par la protection des intérêts de chaque partie, entendus non pas comme ceux de l'un opposés à ceux de l'autre, mais plutôt comme spécifiques à chacun. De la même façon que les textes fondateurs de l'encadrement du commerce électronique - la directive sur le commerce électronique et la loi LCEN - encouragent son développement en donnant confiance aux deux parties de cette nouvelle relation commerciale, la protection spécifique de chaque acteur ne doit pas être comprise dans un rapport de force entre les deux, mais dans l'intérêt du commerce, en apportant la confiance nécessaire à tous.

765. – Aussi convient-il de délimiter les attentes de chacun, afin de relever la protection spécifique indispensable mise en place à cet effet par les textes.

766. – Si l'entreprise de vente en ligne se livre avant tout à une activité de commerçant, elle utilise néanmoins des outils d'exploitation inédits ou originaux, en tout cas différents de ceux qui servent à l'exploitation commerciale traditionnelle - le site marchand, le nom de domaine, notamment. Ces actifs incorporels, qui s'appuient sur ses efforts, ses investissements et sur sa capacité d'innovation intellectuelle, constituent son *patrimoine incorporel*, que les règles juridiques doivent protéger pour répondre aux attentes fortes de la cyber-entreprise (Chapitre 1).

767. – Pour sa part, si le consommateur en ligne est, certes, d'abord et avant tout, un consommateur « ordinaire », il évolue dans un espace dématérialisé. La voie électronique ne lui est pas plus familière, très éloignée de ses repères et l'on peut dresser un répertoire de ses peurs : invisibilité du produit, méconnaissance de son vendeur, risque d'achats compulsifs, sollicitation accrue, tant d'autres encore... Dès lors, pour l'engager en confiance dans l'achat en

ligne, le législateur souhaite le responsabiliser en lui apportant toutes les informations utiles à son choix, afin qu'il en reste le maître (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LA PROTECTION JURIDIQUE DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L'ENTREPRISE

768. – Parce que le commerce électronique évolue dans la nouvelle économie de l'information et de la communication, le patrimoine de la cyber-entreprise se transforme. Moins éloigné qu'il n'y paraît du modèle de la boutique physique, attirante dans un local spacieux, le commerçant sur internet adopte un site marchand attractif, aussi bien référencé que possible et il utilise des programmes informatiques performants. Ces outils, qui forment le socle d'exploitation de l'entreprise, sont les nouveaux actifs incorporels nécessaires à son développement, définis comptablement comme des actifs identifiables et non monétaires, dépourvus de substance physique, ayant vocation à participer au cycle d'exploitation de l'entreprise.

769. – L'ensemble de ces éléments, qui forme le patrimoine incorporel de l'entreprise de vente en ligne, a deux fonctions : il lui permet, d'une part, d'exercer le commerce électronique - il est l'outil de l'exploitation sans lequel aucun commerce en ligne ne serait envisageable - et, d'autre part, de valoriser son activité - donc de la monnayer. Au regard de l'importance de ce patrimoine incorporel, en terme d'investissement et de valeur économique, de nombreuses règles le protègent. Si tel n'était pas le cas, quelle confiance pourrait avoir l'entreprise dans le concept du e-commerce ? Accepterait-elle-même d'investir dans le développement d'une activité de vente en ligne ?

770. – Pour encourager l'entreprise à se livrer au commerce par voie électronique, le droit défend doublement son patrimoine : d'une part il reconnaît sa valeur économique en qualifiant juridiquement le fonds de commerce électronique (Section 1) et, d'autre part, il assure sa protection en tant qu'outil de l'exercice commercial (Section 2).

SECTION 1 – LA RECONNAISSANCE D’UN FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

771. – En droit national, un marchand physique crée son fonds de commerce. Le droit de propriété que détient le commerçant lui permet à tout moment de le valoriser en le cédant, en tout ou en partie. Cet actif incorporel est, de tradition, composé d’éléments corporels et incorporels (matériel, enseigne, clientèle, etc.).

772. – Le patrimoine du commerçant en ligne évolue, en privilégiant et/ou en multipliant les éléments incorporels, du fait de son activité spécifique : à ses éléments traditionnels viennent s’en ajouter de nouveaux - le nom de domaine, le site marchand, les logiciels, les bases de données, etc.- qui modifient le contour de l’exploitation. Aussi est-il légitime, malgré la diversité et la nouveauté de ces composants, que soit reconnu à l’entreprise de vente en ligne le statut juridique de son « fonds de commerce » électronique (§1).

773. – Cette reconnaissance du fonds de commerce électronique donne sa valeur à l’exploitation, laquelle peut être ainsi cédée comme entité indépendante, et elle conditionne le droit applicable pour une cession en toute sécurité. Néanmoins, il convient de regretter l’absence de prise en compte de la spécificité du fonds électronique par les règles juridiques générales encadrant la cession d’un fonds de commerce électronique (§2).

§1 : DU FONDS DE COMMERCE TRADITIONNEL AU FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

774. – Protéger la cyber-entreprise passe avant tout par reconnaître qu’elle exploite un fonds de commerce, sur lequel elle détient un droit de propriété. En l’absence de règles spécifiques, les règles générales trouvent pleinement à s’appliquer quant à déterminer un fonds de commerce électronique.

775. – La notion de fonds de commerce a inspiré de nombreux textes, dans la littérature française - de la description du magasin par Balzac à la peinture du modèle de « grand magasin » chez Zola - comme dans la doctrine juridique. Le « fonds de commerce » du 19ème siècle n’est pas né de rien⁵⁶⁵ mais d’une notion antérieure - le « fonds de boutique » du 18ème siècle -, elle-même issue de pratiques commerciales post-moyenâgeuses permettant de

⁵⁶⁵ LAMANDA Vincent, « *Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir !* » 34^{ème} Colloque Deauville, 5 avril 2009, *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n°155, p. 49.

reconnaître une valeur au dit fonds. Dès le XIXe siècle, « l'achalandise »⁵⁶⁶ devient l'élément indispensable pour définir le fonds de commerce. C'est la loi du 17 mars 1909⁵⁶⁷ relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce qui, précisément, le consacre tel que nous le connaissons aujourd'hui : il est un bien incorporel, composé de divers éléments corporels et incorporels, qui dispose de sa propre nature, indépendante de celle de chacun de ses composants.

776. – Ainsi convient-il dans un premier temps de s'interroger sur la définition d'un fonds de commerce (A) avant de démontrer comment cette notion classique s'applique à l'activité du e-commerce (B).

A. LA DÉFINITION DU FONDS DE COMMERCE

777. – Aucune définition légale du fonds n'a jamais été donnée : les contours de cette notion ont été précisés par la doctrine et la jurisprudence. Si le commerce, depuis la fin du XIXe siècle jusqu'aux années 2000, a certes connu des évolutions capitales dans son mode d'exercice, l'apparition de l'internet a transformé, en profondeur et brutalement, sa perception⁵⁶⁸. La question s'est posée de savoir si l'exploitation du commerçant en ligne pouvait être considérée comme celle d'un fonds de commerce, que l'on dénommerait alors fonds de commerce électronique, par référence à son procédé technique ?

778. – Le fonds de commerce fait l'objet des articles L 141-5 et suivants du Code de commerce, issus de la loi du 17 mars 1909, lesquels visent un fonds de commerce *traditionnel* : la notion, peu actualisée, résultant de ces articles ne prend pas en considération les formes plus récentes de ce fonds, liées à l'économie numérique. En l'absence de définition légale du fonds de commerce il convient de se référer aux définitions données par la doctrine.

779. – Georges Rippert, dans son traité élémentaire de droit commercial⁵⁶⁹ écrit que « le fonds de commerce est une propriété incorporelle consistant dans le droit à la clientèle qui est attaché au fonds par les éléments servant à l'exploitation ». Selon la définition plus affinée de Gérard Cornu⁵⁷⁰ le fonds de commerce est « l'ensemble corporel (matériel, outillage, marchandises) et incorporel (droit au bail, nom, enseigne, brevets et marques, clientèle et

⁵⁶⁶ La clientèle.

⁵⁶⁷ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

⁵⁶⁸ GOUACHE J.B, BEHAR-TOUCHAIS M., Fonds de commerce 2019 : ce qu'il faut savoir, Ed. Législatives, 3^e éd., 600 p.

⁵⁶⁹ RIPERT Georges, *traité de droit commercial*, t.1, LGDJ, 2000.

⁵⁷⁰ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, édition PUF, 2016.

achalandage) qui, appartenant à un commerçant ou à un industriel et réuni pour lui permettre d'exercer son activité, constitue une universalité juridique et un meuble incorporel soumis à des règles particulières ». Nombre d'auteurs s'entendent à voir dans un fonds de commerce un ensemble de biens affectés à l'exercice d'une activité commerciale.

780. – Indiscutablement, la vente en ligne implique le recours à des moyens matériels et humains et rien ne semble donc interdire de rattacher le fonds virtuel à cette notion de fonds de commerce. La jurisprudence a affiné la notion en imposant la présence d'une clientèle personnelle⁵⁷¹, propre au commerçant et licite et elle rappelle fréquemment que le fonds de commerce est un « ensemble d'éléments de nature à attirer la clientèle intéressée par le produit vendu ou la prestation de service offerte en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a fait pour l'acquérir, le maintenir, le développer »⁵⁷².

B. VERS UN FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE

781. – Cette définition s'applique tout autant au fonds de commerce traditionnel qu'à la vente par voie électronique. Le site marchand et le magasin physique ont tous deux pour ambition de conquérir des clients et de développer leur chiffre d'affaires en s'appuyant sur des éléments divers. Même si certains auteurs jugent dépassée⁵⁷³ la notion unique de clientèle, elle reste pourtant la clé de la définition du fonds de commerce, quelles que soient les modalités de l'exploitation, quoiqu'au risque de ne plus correspondre à la réalité de l'économie numérique.

782. – Il est d'usage de différencier la clientèle de l'achalandage qui, lui, vise les clients « de passage ». Si de nombreux clients fréquentent occasionnellement, au gré du hasard de leur « navigation », les vitrines virtuelles des sites marchands tandis que d'autres consommateurs ont plutôt l'habitude d'acheter en ligne sur des sites précis, attirés par une configuration, une présentation, une facilité d'utilisation, un service après-vente ou un professionnalisme à leur goût, la réunion de tous semble bien constituer une clientèle. En somme, les clients choisissent un site en fonction du travail fourni par la cyber-entreprise pour les capter et les fidéliser. Cet ensemble de personnes, conquises occasionnellement ou définitivement fidèles, constitue une

⁵⁷¹ V. Cass plèn., 24 avril 1970, n°68-10.914.

⁵⁷² Paris, 4 oct. 2000, 1998/26.846, DERRUPPE J. « La propriété commerciale des franchises », *Les Petites Affiches*, 16 nov. 2000, n°229, p. 11.

Civ. 3^e ch, 19 septembre 2006, n°05-18365.

⁵⁷³ SAVARY Olivier, « L'avènement d'un véritable fonds du XI^e siècle se fera par l'adoption d'une conception unitaire », *Les Petites Affiches*, 30 avril 2009-n°86-P 56 ID : PA200090043066.

clientèle au même titre que celle développée par le sérieux, l'amabilité et toutes les qualités généralement exigées du commerçant traditionnel.

783. – Au fil du temps, la Cour de cassation a précisé les caractéristiques de la clientèle attachée au fonds, en exigeant qu'elle revête un caractère personnel, actuel et licite.

784. – 1/ Le critère *personnel* a suscité bien des controverses en matière de commerce traditionnel⁵⁷⁴ avant de devenir une notion stable. Ces controverses ont alimenté un débat du même ordre en matière de vente en ligne quand il s'est agi de déterminer si la clientèle d'une cyber-entreprise lui appartenait vraiment. L'interrogation est née du fait qu'une vitrine virtuelle n'est accessible que grâce à la double présence d'un fournisseur d'accès à internet (FAI) et d'un hébergeur qui permettront sa visibilité en texte et en image. L'hébergement peut être réalisé sur un serveur appartenant à une tierce personne ou à l'entreprise elle-même. Certains auteurs, ayant établi un parallèle avec la buvette du champ de courses⁵⁷⁵, laquelle ne dispose pas de clientèle personnelle puisqu'elle dépend des heures d'ouvertures de l'hippodrome, ont estimé que la clientèle d'un site marchand était plutôt la propriété des fournisseurs d'accès ou des hébergeurs. Pourtant, ce raisonnement analogique ne tient pas⁵⁷⁶, pour deux raisons : d'une part, le consommateur ne contracte pas avec l'hébergeur - qu'il ne connaît pas - et, d'autre part, le double intermédiaire du FAI et de l'hébergeur est techniquement obligatoire. Le client de l'hébergeur est de toute évidence la cyber-entreprise - et non le consommateur - qui possède donc cette clientèle personnelle nécessaire à l'existence de son fonds.

785. – Le cas particulier de la vente sur une *plateforme électronique* peut susciter des interrogations quant à la propriété de la clientèle puisque le site marchand est alors hébergé sur cette plateforme, laquelle dispose de sa propre adresse, de son propre nom de domaine : face à son écran, en pratique, le client recherche d'abord l'adresse de la plateforme puis le nom de la boutique virtuelle dans laquelle il souhaite acheter un bien. Peut-on prétendre alors que la clientèle appartient au site marchand qui loue sa place sur une place de marché ou sur une plateforme ? Il est possible de raisonner par analogie avec l'exemple de la galerie marchande, qui regroupe en son sein plusieurs commerces de détail. Il est clair que chaque commerçant

⁵⁷⁴ V. par ex. la jurisprudence faisant référence aux boutiques présentes dans des enceintes commerciales, dans des galeries marchandes, ou dans des champs de courses pour lesquelles il n'est pas toujours reconnu une clientèle personnelle. V. aussi la jurisprudence relative au franchisé : Civ., 3^e ch., 27 mars 2002, n° 00-20.732 ; FORT G., « Le franchisé a-t-il une clientèle ? », Jurispilote, 10 oct. 2011, disponible sur <https://www.legavox.fr>).

V. également la jurisprudence des stations-services : Com, 27 février 1973, n° 71-10653, *bull. com.*, n° 101, p. 86.

⁵⁷⁵ Ass.Plén., 24 avril 1970, n° 68-10914.

⁵⁷⁶ DECOCQ Georges, STOFFEL-MUNCK Philippe, « Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir - l'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n° 155, p. 52.

dispose de sa propre clientèle - quoiqu'il règle un loyer au gestionnaire de l'ensemble immobilier, et quand bien même une grande surface drainerait en partie vers lui le passage des clients - dès lors que lui-même garde une pleine autonomie de gestion⁵⁷⁷. Autrement dit, le site figurant sur une plateforme de vente semble pouvoir conserver une clientèle propre à condition qu'il maîtrise, par exemple, ses prix de vente ou le choix des produits qu'il expose.

786. – 2/ La clientèle doit être *actuelle*⁵⁷⁸. Quoique les sites marchands ou les noms de domaine se voient cédés au vu de chiffres d'affaire *probables ou espérés*, parfois seulement *potentiels*, il n'en reste pas moins que la comptabilité des cyber-entreprises ne peut mentionner que des chiffres d'affaires très réels. Pour cette raison, certains auteurs préfèrent employer le terme de commerce électronique à celui de commerce virtuel, l'idée de virtualité générant une possible confusion avec une activité comprise comme irréaliste ou inexistante⁵⁷⁹.

787. – 3/ Enfin, sur le mode du commerce traditionnel, la vente électronique doit être *licite* : elle ne peut concerner des produits illicites, ou interdits - tabac ou médicaments sur ordonnance par exemple⁵⁸⁰.

788. – Outre l'existence d'une clientèle, élément indispensable à la qualification d'une exploitation de fonds de commerce, un autre élément déterminant, quoique non indispensable, s'invite dans le commerce physique : le bail commercial - et le bénéfice de son statut spécifique. Si, en la matière, le décret du 30 septembre 1953⁵⁸¹ visait à assurer la pérennité et la stabilité du fonds de commerce, son intérêt appliqué au commerce électronique est plus nuancé. D'une part, l'adresse physique n'est pas obligatoire, ou sans grande importance, pour un fonds virtuel et, d'autre part, les règles empêchant la résiliation brutale d'une location semblent peu applicables à un hébergement d'une activité électronique. En l'état de l'article L 145-1 du Code de commerce, transposer le statut des baux commerciaux - protecteur des seuls « locaux » de l'entreprise - à l'hébergement du nom de domaine, semble impossible : si le site est certes « hébergé » par un prestataire de service - l'hébergeur -, lequel consent un espace à l'entreprise, cette dernière peut changer d'hébergeur sans que son activité commerciale ne s'en trouve freinée. Aussi, il nous semble impossible d'assimiler l'hébergement à une location d'un

⁵⁷⁷ Civ., 3^e ch., 24 janvier 1996, n°94-10322.

⁵⁷⁸ V. pour ex. Com, 3 juin 2014, n°13-21345.

⁵⁷⁹ DUBOS Bruno, *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, 2008, Thèse droit privé, Université de Toulouse 1.

⁵⁸⁰ V. notre développement sur la vente encadrée de certains produits néfastes à la santé du consommateur.

⁵⁸¹ Décret n°53-960 du 30 sept. 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal.

magasin physique. Il ne s'agirait plus de « lire la loi au regard des exigences de la modernité »⁵⁸², ce serait plutôt la dénaturer.

789. – Par conséquent, même en l'absence de bail commercial, rien n'empêche d'attribuer une clientèle - ayant les caractéristiques imposées par la jurisprudence - au commerçant électronique, qualifiant ainsi son activité de « fonds de commerce électronique ». Dès lors, qu'il s'agisse d'une entreprise « brick and mortar » ou d'un « pure player », elle possède certains droits, dont le droit de propriété, lequel lui permet, notamment, de céder son fonds de commerce électronique.

790. – Néanmoins, nous constatons une absence de prise en considération de la spécificité du fonds électronique par les règles juridiques traditionnelles qui encadrent la cession du fonds de commerce virtuel.

§2 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE PEU ADAPTÉ À LA CESSION DU FONDS ÉLECTRONIQUE

791. – Un commerçant traditionnel peut s'engager dans divers contrats portant sur le fonds dont il est propriétaire : il peut tirer profit de la vente de cet actif en signant, notamment, un acte de cession de fonds de commerce. La reconnaissance du fonds électronique permet au cybercommerçant, son propriétaire, de le céder en totalité, ou en partie par éléments distincts, comme un fonds de commerce traditionnel.

792. – Cette cession est une opération d'importance pour l'entreprise que le droit se doit d'encadrer parfaitement afin d'apporter toute confiance à l'entrepreneur. Or, dans le cas du commerce électronique, certaines règles semblent inadéquates.

A. UNE POSSIBLE CESSION DU FONDS ÉLECTRONIQUE

793. – *La cession du fonds de commerce* dans son ensemble est régie par la loi du 17 mars 1909⁵⁸³, modifiée par celle du 29 juin 1935⁵⁸⁴, relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, codifiée dans les articles L 141-1 et suivants du Code de commerce, et par les dispositions propres à chacun de ses éléments spécifiques, elles-mêmes définies, notamment, par le Code de la propriété intellectuelle. Nous étudierons simplement, à ce stade,

⁵⁸² GAUTIER P.Y., « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, chron. 2839.

⁵⁸³ Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

⁵⁸⁴ Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce.

les règles visant le fonds dans sa globalité, laissant temporairement de côté l'aspect spécifique relatif à chaque élément du fonds.

794. – Lors d'une cession de fonds, la démarche initiale consiste à *évaluer son prix*. Les méthodes aboutissant à une telle évaluation sont plurielles. Si, en matière de fonds traditionnel, une référence classique porte principalement sur un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé, cette donnée manque de pertinence en regard de l'activité commerciale de vente en ligne : elle ne suffit pas à donner une idée de la réalité, pas plus que le critère habituel de la rentabilité, lequel ne constitue qu'une source d'évaluation, parmi d'autres, mieux adaptées à la spécificité du e-commerce⁵⁸⁵, qu'il s'agisse du trafic sur le site, de son potentiel, de la qualité de son référencement, de la valeur économique de son nom de domaine et/ou de la base de données de ses clients. Ces paramètres, dont la nouveauté et la volatilité ne facilitent pas l'élaboration d'une formule à laquelle se référer simplement, sont pourtant majeurs. Par ailleurs, les intentions des acquéreurs sont variées : si certains désirent plutôt acheter le nom de domaine et son référencement, qu'ils estiment de qualité, d'autres sont davantage intéressés par telle base de données - pour eux prometteuse - de la cyber-entreprise, ce qui produira des estimations fort différentes.

795. – Le caractère disparate de ces critères multiples rend délicat l'établissement du prix d'un fonds électronique, plus encore lorsque l'estimation repose (parfois) exclusivement sur le *potentiel* du fonds virtuel, ce qui a pu amener certaines entreprises à connaître de lourdes désillusions⁵⁸⁶. Cette difficulté n'interdit cependant nullement ni la cession du fonds virtuel ni celle de ses éléments pris séparément.

796. – Une confusion doit être évitée entre la cession d'un site marchand et la cession d'un fonds de commerce électronique, toutes deux parfaitement envisageables mais soumises à des règles différentes. La cession du site, en tant qu'élément spécifique du fonds de commerce électronique, ne peut comprendre celle de la clientèle : il s'agirait alors de la cession d'un fonds de commerce électronique, aux conséquences juridiques et fiscales importantes, encadrée par des règles spécifiques. Parmi ces dernières, nous relevons que celles se référant, notamment, au lieu du siège du fonds ne nous semblent pas adaptées au commerce électronique.

⁵⁸⁵ VINCENT Thibault, 23 août 2012, Calculer le prix d'un site : la méthode pour estimer la valeur d'un site web ou d'un blog, disponible sur : <https://www.monetilab.fr/calculer-prix-site-methode-commentestimer-valeur-site-web-blog/>

⁵⁸⁶ Pour ex. Yahoo a racheté Kelkoo 475 millions d'euros en 2004, par référence au potentiel de développement du site, avant de le revendre pour moins de 100 millions d'euros trois plus tard, après effondrement de la rentabilité du site (référence Thibault Vincent, *Ibid.*)

B. DES RÈGLES INADÉQUATES

797. – Les règles prévoyant *les modalités de cession* du fonds de commerce posent, concernant l'activité du cyber-commerçant, de nombreuses questions quant à la confiance que peut apporter cette notion comme outil de protection de son patrimoine incorporel.

798. – Les énonciations devant figurer dans un acte de vente, gages de sécurité juridique, mises à la charge du vendeur, sont répertoriées dans l'article L 141-1-I du Code de commerce. Aucune obligation de mentionner les éléments spécifiques du fonds virtuel - qu'il s'agisse du nom de domaine, des contrats d'hébergement ou de référencement, des logiciels ou de tout autre élément du site internet - ne figure au sein de cet article. Ne sont prévues par ledit code que les modalités de rédaction d'un acte de cession de fonds traditionnel. L'omission des mentions visées à l'article L 141-1-I du Code de commerce est sanctionnée par une simple nullité de l'acte, relative et facultative, cette nullité ne pouvant être demandée que par l'acquéreur, pour le protéger, et seulement dans l'année de la vente⁵⁸⁷. L'absence d'énonciations portant sur les éléments essentiels au commerce électronique, pourtant capitales à notre sens, ne peut être sanctionnée sur la base de l'article précité. Il conviendrait d'étendre certaines mentions obligatoires aux spécificités du e-commerce pour protéger davantage le fonds électronique.

799. – L'ubiquité naturelle du e-commerce, souvent soulignée, contribue par ailleurs à rendre inapplicables certaines règles traditionnelles. Il en est ainsi des nombreux textes faisant référence au « lieu d'exploitation » du fonds cédé, que la vente en ligne ne permet pas d'établir au sens classique du terme. A ce titre, il convient de mentionner :

- le Code général des impôts, qui prévoit qu'un acte de cession de fonds de commerce soit enregistré auprès du service de l'enregistrement du lieu d'exploitation du fonds vendu,
- les articles L 141-12 et suivants du Code de commerce, selon lesquels il existe, pour les créanciers du vendeur, un droit de faire opposition au paiement du prix de vente, qui se réfèrent à la publicité de la cession dans un journal d'annonces légales du lieu du département dans lequel le fonds est exploité,

⁵⁸⁷Com, 3 juin 1980, n°78-15996.
Com, 1^{er} déc. 1992, n°90-14578.
Com, 27 avr. 2011, n° 10-14813.

- la loi du 2 août 2005⁵⁸⁸, complétée par son décret d'application du 26 décembre 2007⁵⁸⁹, qui a mis en place un droit de préemption au profit des communes pour la cession d'un fonds de commerce situé dans un périmètre de sauvegarde déterminé géographiquement,
- le régime obligatoire de la publicité légale dans le département du siège du fonds,
- la législation relative au privilège de vendeur qui nécessite une inscription auprès du Greffe du Tribunal de Commerce dont dépend le fond exploité.

800. – Une autre inadaptation au commerce électronique des textes applicables réside dans la clause habituelle de non-rétablissement à l'encontre du vendeur, qui n'a plus lieu d'être dans une cession de fonds virtuel : si une abondante jurisprudence a reconnu la légalité d'une telle clause, à condition qu'elle soit limitée dans le domaine de l'activité, dans le temps, et dans l'espace, cette dernière limitation, appliquée au fonds de commerce en ligne, semble inappropriée. Il sera alors plus judicieux, afin de protéger l'acquéreur d'une éventuelle concurrence, d'interdire au vendeur la création ou la reprise d'un site similaire à celui du fonds cédé.

801. – Une analogie avec le fonds forain - qui ne dispose pas davantage d'un lieu d'exploitation - a pu être évoquée, en référence à ses règles spécifiques : la publicité obligatoire à l'occasion de sa cession doit paraître, non dans le département de son lieu d'exploitation, mais dans celui dans lequel le vendeur est inscrit au Registre du commerce et des Sociétés. Cette règle pourrait être appliquée à la cession du fonds virtuel, à la (très grande) restriction près que de nombreuses cyber-entreprises ne sont pas inscrites en France. Ce raisonnement par analogie ne peut donc être satisfaisant et il ne corrige en rien l'insécurité juridique créée par l'absence de règles spécifiques.

802. – L'assimilation du fonds de commerce virtuel au fonds traditionnel pose une autre interrogation juridique en matière de *nantissement du fonds*, lequel, régi par l'article L 142-1 du Code de commerce, a été mis en place par la même loi du 17 mars 1909, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. Le nantissement est une sûreté indivisible, une garantie conventionnelle sans dépossession du bien qui porte sur le fonds dans son intégralité. L'utilité de ce mécanisme est de permettre au commerçant d'investir, de contracter des prêts, notamment pour l'achat du fonds, en donnant une garantie prioritaire à ses créanciers.

⁵⁸⁸ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

⁵⁸⁹ Décret n°2007-1827 du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux. (R 214-1 à R 214-16 du code de l'urbanisme).

La loi du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat⁵⁹⁰ a permis d'étendre le nantissement au fonds artisanal.

803. – L'article L 142-2 du Code de commerce⁵⁹¹ donne une liste limitative des éléments du fonds de commerce susceptibles d'être compris dans le nantissement, dans laquelle aucune référence n'est faite aux éléments qui créent la valeur du fonds de commerce électronique, qu'il s'agisse du nom de domaine, du site commercial ou des données personnelles. Faut-il alors comprendre que ces composantes ne peuvent faire l'objet de l'assiette d'un nantissement ? Si tel était le cas, les professionnels pourraient y percevoir une forme de frein au développement de leur activité en ligne, à l'encontre de la volonté du législateur, européen et national. Quant au formalisme du nantissement, il ne convient pas davantage à l'activité électronique : le privilège de nantissement doit être déposé au Greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité et nous avons évoqué à maintes reprises combien toute notion géographique s'accommodait mal d'une vente par voie électronique naturellement transfrontière.

804. – Le nantissement a été créé pour permettre aux entreprises d'investir, de se développer, d'emprunter en donnant en garantie leur fonds de commerce à leurs créanciers. Aussi, conviendrait-il impérativement d'adapter les textes afin de supprimer l'insécurité juridique quant à l'assiette et à la validité même du nantissement pris sur un fonds de commerce électronique.

805. – Quoique *toutes* les règles juridiques ne soient pas parfaitement adaptées au commerce en ligne, elles permettent cependant de qualifier l'activité de l'entreprise de « fonds de commerce électronique », ce qui accorde une reconnaissance économique à son patrimoine, principalement incorporel, et attribue un droit de propriété à son détenteur.

806. – L'autre protection assurée par le droit repose sur celle de ce patrimoine, crucial et spécifique, représenté par le nom de domaine, le site marchand ou le système informatique, pris en leur qualité d'outils d'exploitation de l'entreprise.

⁵⁹⁰ Loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

⁵⁹¹ C. com., art L 142-2 dispose : « sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d'un fonds de commerce : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés. [-] . A défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage [-] ».

SECTION 2 – LES MOYENS JURIDIQUES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L'ENTREPRISE

807. – La cyber-entreprise adapte, améliore, complète et renforce constamment son patrimoine incorporel afin de se démarquer de ses concurrents en apportant une innovation constante. Son site marchand doit être attractif, vivant et évolutif pour donner envie au consommateur de déambuler dans ses pages web, porteuses de caractéristiques spécifiques, de couleurs, de logos, de graphismes identifiés comme « les siens ». Le cyber-commerçant attire à lui son client par un nom de domaine savamment choisi. Le site marchand fonctionne grâce à un système informatique performant, reposant sur des logiciels assurant sa visualisation et la collecte des données personnelles de ses clients.

808. – Si la nécessité du recours à la création intellectuelle n'est certes pas nouvelle dans le monde du commerce, la spécificité du patrimoine intellectuel de l'entreprise en tant que moteur du e-commerce lui donne une importance particulière. Parmi les milliers de sites commerciaux exposés sur la Toile, la cyber-entreprise doit faire preuve d'une originalité plus singulière encore si elle espère que soit remarqué le sien, alors que, parallèlement, le cyberspace porte en lui la marque de l'obsolescence rapide des biens immatériels. Parce que la création et l'innovation sont les deux poumons du commerce électronique, au prix d'un processus inlassable, leur protection s'avère plus indispensable encore.

809. – Ce nouveau patrimoine incorporel, fruit des nouvelles technologies de l'information et de la communication, fonde l'existence et le développement de la cyber-entreprise: l'accès à toute information, à tout contenu, tout le temps et partout, favorise l'essor du commerce électronique.

810. – Pourtant, ce lieu « merveilleux » de libre circulation de l'information possède sa face sombre, porteuse de risques pour l'entreprise qui exerce le e-commerce, au prix de sa confiance dans l'« environnement sain » qu'elle appelle de ses vœux. Le danger recouvre deux formes différentes. D'une part, il devient plus facile pour les concurrents de s'appropriier le patrimoine intellectuel d'autrui, la numérisation favorisant cette accapARATION : la violation des droits intellectuels de l'entreprise - par le copiage d'un site, d'un nom de domaine, par telle ou telle contrefaçon - ne pose malheureusement pas de problèmes techniques insurmontables. D'autre part, il est aussi possible de commettre des infractions, des attaques contre les systèmes

techniques - notamment informatiques - permettant de pénétrer les entrailles de l'entreprise, par malveillance ou par cupidité. Globalement, le nouveau patrimoine de l'entreprise numérique est sans doute plus difficile à garder, ou à défendre, que ses anciens locaux physiques, fermés à double tour.

811. – Aussi, indépendamment des moyens technologiques dont dispose la cyber-entreprise pour protéger son propre patrimoine, il convient de démontrer comment elle peut bénéficier d'un environnement juridique relativement protecteur de son site, principalement fondé sur des règles sanctionnant la contrefaçon (§1), comment, malgré l'absence de textes juridiques spécifiques, elle utilise le droit des marques pour protéger son nom de domaine (§2) et comment, enfin, les attaques frauduleuses contre son système informatique sont pénalement réprimées (§3).

§1: UNE PROTECTION JURIDIQUE CONTRE LA CONTREFAÇON DU SITE

812. – Aussitôt qu'une œuvre est rendue œuvre de l'esprit, le code de la propriété intellectuelle confère à son auteur le droit d'autoriser ou non sa reproduction. Dès lors que le site internet est reconnu œuvre de l'esprit, toute action en contrefaçon du titulaire des droits sur le site lui est autorisée (B). Il convient de préciser, au préalable, quelles sont les conditions et les modalités de l'application du régime protecteur au site commercial, après l'avoir défini et qualifié d'œuvre de l'esprit (A).

A. LE SITE EST UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT SOUS CONDITION D'ORIGINALITÉ

813. – L'œuvre fait l'objet de l'attention du législateur ou du juriste depuis de nombreuses années. Le droit européen, le droit national, s'intéressent « *aux œuvres de l'esprit* ». La Convention de Berne⁵⁹² vise « *les œuvres littéraires et artistiques* ».

814. – Dans la société de l'information, laquelle englobe le commerce par voie électronique, le législateur européen a harmonisé le droit applicable aux œuvres⁵⁹³ par l'adoption de notions cadres, évolutives, en laissant le soin au législateur national d'en

⁵⁹² Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886.

⁵⁹³ Directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 29 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

déterminer les modalités d'application⁵⁹⁴. L'œuvre, si elle respecte certaines conditions, est rendue œuvre de l'esprit, ce qui a pour effet de conférer à son auteur des droits et les moyens juridiques de sa protection.

815. – Les interrogations sont nombreuses. Qu'entend-on ainsi par œuvre de l'esprit ? Peut-elle viser un site ou l'un de ses éléments spécifiques ? S'agit-il de chacun des éléments composant individuellement le site, ou de l'ensemble qu'ils réalisent ?

816. – Le Code de la propriété intellectuelle, qui régit les œuvres de l'esprit, n'en donne aucune définition et ne fait qu'apporter une liste *non exhaustive* d'éléments pouvant être ainsi qualifiés. Sans délimitation formelle, cette notion peut donc parfaitement recouvrir des œuvres issues des nouvelles technologies. L'absence de précision quant au genre et à la forme de l'œuvre de l'esprit ouvre la protection à une multitude de créations : le législateur incite à la créativité. Les articles L 112-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle donnent une liste d'œuvres de l'esprit si peu exhaustive qu'il est possible de faire évoluer cette notion et d'attribuer, sous conditions d'originalité et de mise en forme, ce qualificatif à de nombreuses créations présentes⁵⁹⁵ dans l'univers numérique, particulièrement sur un site commercial⁵⁹⁶.

817. – La jurisprudence a déterminé deux critères permettant de qualifier une œuvre d'« œuvre de l'esprit » : sa concrétisation et son originalité. Sa concrétisation repose sur l'aboutissement et la matérialisation d'une idée : en principe, un projet ou une idée non concrétisée ne peuvent être reconnus comme œuvre de l'esprit, l'innovation des uns, principalement numérique, se nourrissant des idées (non concrétisées) des autres⁵⁹⁷. Quant à l'originalité, l'irruption des nouvelles technologies en a fait évoluer le concept avec le temps.

1. Le site et ses différents éléments

818. – Le site marchand est la vitrine ouvrant sur la connaissance d'une marque, d'une enseigne, construit pour vendre et faire consommer, en direct et en temps réel, ou par l'entremise de commerces physiques associés (brick and mortar). Un site internet est un ensemble de pages web, préalablement créées, spécifiques à l'entreprise, reliées entre elles par

⁵⁹⁴Loi n°2006-961 du 1^{er} Août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, modifiée par la loi du 28 juillet 2011 (loi de transposition de la directive 2001/29/CE du 29 mai 2001).

⁵⁹⁵ GAUTIER P.Y., *Propriété littéraire et artistique*, 6^{ème} éd., PUF, 2012, n°55 à 188.

⁵⁹⁶ GAUDRAT Ph., « Forme numérique et propriété intellectuelle », *RTD Com 2000*, chron. p.910 -2001.

HILTY R., « L'avenir du droit d'auteur dans le dilemme numérique », *RLDI*, janv.2005, p.49.

⁵⁹⁷ BROSSARD Ch., DURNERIN Philippe, « L'absence de protection des idées par le droit d'auteur », *Gaz. Pal.*, 1988, 1, p.89.V. pour ex. de concrétisation Paris, 4^e ch., 26 oct.2005, *JCP*, obs. CARON.

des hyperliens. Il est accessible grâce à un nom de domaine, lequel amène à son adresse, et il est hébergé sur un serveur lui permettant d'être visité par les consommateurs⁵⁹⁸. Le site, entité à part entière, est donc composé, notamment, de pages spécifiques, de logiciels et de bases de données.

a. Les éléments composant le site : une diversité d'œuvres

819. – Les pages web du site, propres à chaque entreprise, permettent sa présentation esthétique. A cette fin, la cyber-entreprise a le choix de plusieurs univers pour les configurer :

Le monde visuel

820. – Les créateurs du site marchand font appel à du texte, des images, des photographies - de biens meubles, immeubles ou de personnes -, des photomontages⁵⁹⁹, des logos, des graphismes, des dessins, des croquis, des séquences audiovisuelles - définies comme des séquences animées d'images sonorisées ou non. Chaque élément pris séparément, ou chaque ensemble d'éléments, permettra de distinguer l'entreprise par son site. L'article L 112-2 7^e et 8^e du Code de la propriété intellectuelle détermine comme œuvre de l'esprit les dessins et les œuvres graphiques. Concernant les œuvres photographiques ou graphiques, il convient de préciser qu'elles sont souvent appelées composites, c'est-à-dire incorporées à une œuvre déjà existante, telle que définie par l'article L 113-2 du Code de propriété intellectuelle.

Le monde sonore

821. – Une ambiance sonore peut être associée au site marchand. La palette de créativité est sans limite, qu'il s'agisse de sons bruts, de bruitages, des sons dans la nature⁶⁰⁰, ou de compositions musicales, mais aussi de chansons, d'interprétations ou de voix pures. Concernant les œuvres sonores, le droit d'auteur dont bénéficie le titulaire de la création se cumule avec le droit voisin dont bénéficie un éventuel interprète. L'article L112-2 5^e du Code de propriété intellectuelle intègre les compositions musicales dans la liste des œuvres de l'esprit. Les discours et les interviews figurant sur un site sont également des œuvres sonores⁶⁰¹.

⁵⁹⁸ CAHEN Murielle, Protection de votre site internet en cas de contrefaçon, consulté sur <https://www.murielle-cahen.com/publications/p.protection.asp>

⁵⁹⁹ Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 mai 2012, *RLDI*, juin 2012, n°2772, obs. COSTES.

⁶⁰⁰ Paris, 4^e ch., 6 oct.1979, *D* 1981, 190 ; *RTD Com* 1980, p.346, obs. FRANCON.

⁶⁰¹ Paris, 28 janv.2004, *IRPI*, 2004, n°11, p.643.

Le monde olfactif

822. – Il est facile de parfumer une boutique physique et de nombreuses marques ont adopté cette pratique⁶⁰². La fragrance sert alors à mémoriser l'enseigne ou la marque au même titre qu'un décor, une couleur ou un logo, la sollicitation de l'odorat cherchant à mettre en valeur le produit. Dans le domaine du commerce électronique, que l'on supposerait éloigné de telles ambitions, la volonté de certaines entreprises d'associer un site à une odeur est pourtant présente⁶⁰³. Dès lors, une composition de parfum pourra-t-elle être déclarée œuvre de l'esprit ? Nous rappelons la jurisprudence actuelle, constante, qui refuse de voir dans une formule une œuvre de l'esprit⁶⁰⁴.

823. – Outre l'aspect esthétique, un site fonctionne grâce à une technicité performante.

La technique du site

824. – L'*arborescence* d'un site marchand, c'est-à-dire sa structure, est édictée suivant les considérations et les besoins de son titulaire. L'apparente liberté de parcours du visiteur dans l'arborescence multimédia n'est qu'illusoire⁶⁰⁵. S'il est vrai que le multimédia permet une lecture non linéaire, non chronologique, le visiteur n'a le choix qu'entre différents parcours, tous préalablement prévus par le créateur du site. Le *fonctionnement* des sites est assuré par l'utilisation de certains *logiciels*, d'autres pouvant fournir d'autres tâches, notamment le traitement de données à caractère personnel. Une *base de données* sert à stocker des informations - sur une personne ou sur un objet - dont l'accumulation pourra faire l'objet d'une utilisation ultérieure au prix d'un traitement lié à l'emploi de logiciels spécifiques. L'usage d'un logiciel permet selon Jean Christophe GALLOUX⁶⁰⁶ de « fournir un service numérique, et tout service numérique qui peut être décrit comme une succession d'étapes élémentaires de traitement de l'information peut être mis en œuvre par un logiciel ». En pratique, nombre de sites fonctionnent de façon identique mais tout site internet est susceptible d'intégrer des logiciels particuliers adaptés à des choix stratégiques et commerciaux innovants, spécifiques à

⁶⁰² Pour ex. les points de vente « Abercrombie » sont repérables depuis le trottoir grâce au parfum répandu à l'intérieur du magasin.

⁶⁰³ Le SMS odorant est possible depuis la création de l'OPhone qui permet d'envoyer une odeur sur un autre OPhone grâce à des cartouches de parfum contenues dans l'appareil. La base de données compterait plus de 10 000 senteurs. Exhaliaa créé une clé USB, le service iSampler, à offrir à un client qui, lors de son branchement, ouvre une page web avec la diffusion d'un parfum lié à une marque.

⁶⁰⁴ Civ., 10 déc.2013, n° 11-19.872.

V. dans ce sens COUSIN-HENNIN, « Quelle protection pour la fragrance du parfum ? », 20 déc. 2014, disponible sur village-justice.com

V. aussi PAGES Bernard, « La protection de la fragrance d'un parfum par le droit d'auteur », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2013, n° 353.

⁶⁰⁵ NOTAISE J., BARDA J. et DUSANTER O., *Dictionnaire du multimédia*, 2^e éd., AFNOR, 2001, 903 p.

⁶⁰⁶ GALLOUX Jean Christophe, « Brevets d'invention, logiciels : accélérateurs ou freins à l'Internet ? », in *Propriété intellectuelle et commerce électronique*, Actes de colloque n°20, Litec, 2001, ISBN : 2-7111-3284-6.

chaque entreprise, l'imagination de l'informaticien n'ayant pas plus de limite que celle du commerçant.

825. – La question s'est posée de savoir si le logiciel et la base de données, éléments spécifiques composant le site, constituaient une œuvre de l'esprit. La liste non exhaustive du Code de la propriété intellectuelle a évolué au gré du développement des nouvelles technologies, par l'intégration, notamment, des logiciels - par la loi n°94-361 du 10 mai 1994 portant transposition de la Directive (C.E.E) n° 91-250 du Conseil des Communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs et modifiant le Code de la propriété intellectuelle.

826. – Le logiciel est défini par l'annexe 1 de l'arrêté du 22 décembre 1981⁶⁰⁷ comme « l'ensemble des programmes, et éventuellement la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitements de l'information ». Jusqu'à la Directive européenne du 14 mai 1991⁶⁰⁸ une incertitude planait sur le point de savoir s'il fallait soumettre le logiciel au droit d'auteur ou à la législation relative aux brevets. Selon une partie de la doctrine le droit des biens, conçu pour des choses corporelles, ne pouvait s'appliquer à des choses incorporelles du type logiciel⁶⁰⁹. La loi du 10 mai 1994 a levé toute ambiguïté en assimilant le logiciel à une œuvre de l'esprit, décision conforme à l'opinion de la Doctrine classique qui définit l'invention industrielle comme celle « qui ressort de l'habileté de l'homme à dominer la matière ». Ainsi défini comme une œuvre de l'esprit, œuvre de langage⁶¹⁰ sous sa composante « code source » - suites de termes ayant une signification spécifique - comme sous son « code forme » - série de chiffres traduisant le code source pour l'ordinateur -, le logiciel bénéficie sous certaines conditions de la protection afférente.

827. – L'article L 112-3 du Code de la propriété intellectuelle modifié par la loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998⁶¹¹, transposant la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996, s'attache à la protection juridique des bases de données. Hier, le commerçant disposait d'une « base de données » plus que succincte, sous la forme d'un

⁶⁰⁷ Arrêté du 22 décembre 1981, Enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *Bull. des bibliothèques de France (BBF)*, 1982, n°6, p.355-358 disponible en ligne :

<http://bbf.enssib.fr/consulter/bbf-1982-06-0355-009>

⁶⁰⁸ Directive n°91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, abrogée par la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

⁶⁰⁹ *Dictionnaire permanent droit des affaires*, Editions Législatives et administratives, Paris, chapitre : Logiciels.

⁶¹⁰ *Dictionnaire Permanent droit des affaires, op. cit.*

⁶¹¹ Loi n°98-536 du 1^{er} juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

répertoire de clients listant quelques modestes informations à son sujet - nom, adresse et téléphone. Aujourd'hui, la connaissance de la clientèle devient plus fine et plus complète, donc largement plus précieuse, grâce aux techniques de récupération des informations relatives aux clients, appelées collecte et traitement des données à caractère personnel. Le nom, l'adresse postale et l'adresse IP des clients, mais aussi leurs goûts personnels, la nature de leurs recherches sur le net, le détail de leurs acquisitions récentes et tant d'autres informations, peuvent être répertoriés. Les spécialistes du «Big data » reconnaissent tous la valeur marchande des masses colossales de données collectées ainsi dénommées et tous s'accordent à penser que cette valeur croît fortement aussitôt qu'elles donnent lieu à traitement et analyse⁶¹². Les bases de données constituent dès lors un élément important de tout fonds électronique. Elles bénéficient d'une double protection : en qualité d'œuvre de l'esprit et par un droit sui generis⁶¹³.

b. Le site, une entité qualifiée d'œuvre multimédia

828. – Enfin, le site peut être considéré dans son intégralité, comme une œuvre à part entière, objet d'une protection.

829. – Le site est défini comme une œuvre multimédia qui rassemble sur un même support plusieurs œuvres. A la différence d'une peinture ou d'un dessin pouvant ne recouvrir (sommairement) qu'un art unique, le site devient *multimédia*, par son appel à tous les sens. De nombreux auteurs ont proposé une définition de la création multimédia⁶¹⁴. Nous retiendrons celle de J. COLOMBAIN⁶¹⁵ comme « l'association de textes, de sons et d'images sur ordinateur (CD-ROM, sites web, etc.) » et celle du Syndicat National de l'édition⁶¹⁶ comme « une œuvre incorporant sur un même support un ou plusieurs des éléments suivants : texte, son, images fixes, images animées, programmes informatiques, dont la structure et l'accès sont régis par un logiciel permettant l'interactivité ». La Cour de Cassation la définit comme « une création complexe, réunissant, après mise en forme automatique, un ensemble de textes, d'images fixes et/ou animées et/ou de musique, accessible en ligne ou sur un support. Elle

⁶¹² LOUBIERE Paul, 28 sept.2014, Vos données personnelles sur internet peuvent valoir de l'or, *Challenges*, disponible sur www.challenges.fr, 28/09/2014

⁶¹³ CNIL, 19^e rapport d'activité, *Petites Affiches*, 2 août 1999, n°152, p. 3.

Le site internet considéré comme une base de données – TGI Caen, réf., 15 sept.2005, *PIBD*, 2006, 825, III, 193.

Données de réservations en ligne - Paris, Pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, Ryanair, *D.*2012, 1060, obs. MANARA.

⁶¹⁴ MALLET –POUJOL Nathalie, *La création multimédia et le droit*, 2^{ème} éd., LexisNexis, coll. Droit@litec, 2003, 228 p.

⁶¹⁵ COLOMBAIN Jérôme, *La cyberculture*, Milan, coll CULT.STE.ADULTE, 1997, p. 59, ISBN : 978-2-84113-525-7.

⁶¹⁶ MALLET-POUJOL Nathalie, « *La création multimédia et le droit* », *op.cit.* p 148.

nécessite de ce fait l'usage d'un matériel adéquat (lecteur CD, écran ordinateur ou télé) ainsi que de logiciels particuliers »⁶¹⁷.

830. – En résumé, au prix de l'élargissement du champ d'application de l'article L 112-2 du Code de propriété intellectuelle, de nombreuses créations, d'une part, et le site pris dans sa globalité, d'autre part, peuvent être qualifiés d'œuvres de l'esprit, à la condition de correspondre aux critères de *forme* et d'*originalité* précisés par la jurisprudence.

2. Les critères de matérialisation et d'originalité du site ou de ses éléments

831. – Dès lors qu'une œuvre est matérialisée et originale, elle peut prétendre au qualificatif d'œuvre de l'esprit. Des droits sont alors conférés à son auteur, notamment celui d'agir contre toute contrefaçon.

Le site et/ou ses éléments doivent être aboutis, *matérialisés*, pour être protégés :

832. – L'article L 112-1 du Code de la propriété intellectuelle est à l'origine de cette exigence jurisprudentielle. L'entreprise qui utilise sur son site une idée, un thème ou un concept n'est pas titulaire de droits spécifiques. Cette idée, ce thème ou ce concept doivent être matérialisés, formalisés dans une structure. La jurisprudence n'hésite pas à reconnaître dans le site cette qualité d'œuvre mise en forme. Le Tribunal de Commerce de Paris, dans une décision du 9 février 1998⁶¹⁸, a reconnu le caractère d'œuvre de l'esprit originale à une présentation d'offres de services sur un site internet. La Cour de Cassation⁶¹⁹ a définitivement entériné l'attribution de ce caractère à un site internet pris dans sa globalité, permettant ainsi sa protection par le droit d'auteur.

833. – Il est donc acquis que, outre le site lui-même, tous ses éléments - visuels, sonores ou autres - peuvent prétendre, dès leur matérialisation, à cette qualification d'œuvre de l'esprit. La concrétisation totale de l'élément n'est pas nécessaire, pourvu que l'œuvre soit suffisamment matérialisée et non à l'état de simple projet.

834. – La concrétisation de l'œuvre ne suffit pas à faire d'elle une œuvre de l'esprit protégée, encore faut-il qu'elle dénote une originalité. La jurisprudence est foisonnante dans ce

⁶¹⁷ Civ., 1^{re} ch, 28 janv. 2003, n° 00-20.294, D. 2003, 1688 ; CCE, avr. 2003, n°4, comm. CARON C.

⁶¹⁸ T. Com, Paris, 9 févr. 1998, Cybion c/ Qualstream.

⁶¹⁹ Civ., 1^{re}, 12 mai 2011, n° 10-17.852, Vente.privee.com c/ Sté Club privé.

domaine puisque dans toute action en contrefaçon le défendeur s'efforce de convaincre la Juridiction saisie de l'absence d'originalité de l'œuvre présumée contrefaite.

Le site ou/et ses éléments doivent être *originaux* pour être protégés :

835. – Qu'entend-on par une œuvre originale ? Que recouvre l'originalité d'un site, d'une œuvre multi médias ou de ses éléments - logiciel ou base de données, notamment ? Comment la jurisprudence a-t-elle adapté cette notion à l'économie du commerce électronique ?

836. – La Convention de Berne de 1886⁶²⁰ pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, texte fondateur en matière de propriété intellectuelle, avait donné une définition traditionnelle de l'originalité comme étant un critère *subjectif* faisant référence à l'empreinte de *la personnalité de l'auteur de l'œuvre*. Selon l'article L 112-4 du Code de la propriété intellectuelle l'œuvre de l'esprit est une création à caractère original.

837. – L'impératif d'originalité a évolué avec l'apparition des œuvres de l'esprit dans le domaine des nouvelles technologies. En effet, s'il paraît (relativement) aisé de reconnaître et de distinguer l'originalité d'une œuvre artistique « classique » - les œuvres littéraires, musicales ou photographiques doivent revêtir l'empreinte de la personnalité de leur auteur, ou du moins un effort créatif, c'est-à-dire son travail purement personnel -, il n'en est pas de même en matière d'œuvre immatérielle : sa qualification reste plus incertaine - elle dépend de l'appréciation du Juge - et il est difficile de définir juridiquement l'originalité d'une matière en perpétuel mouvement.

838. – La Cour d'Appel de Paris⁶²¹ a ainsi refusé le caractère d'originalité à des conditions générales de vente figurant sur le site de la société « vente.privée.com », en considérant que ce document était constitué d'un écrit banal, sans originalité ni dans la forme ni dans la composition, qu'il ne se singularisait pas d'autres textes juridiques ou notices techniques rencontrés sur le marché des produits de consommation courante, qu'il démontrait un savoir-faire certain, un effort intellectuel mais aucun travail créatif marqué du sceau de la personnalité de son auteur. Les créations automatisées, fréquentes dans le monde numérique, ne sont pas considérées comme originales dès lors que la main de l'homme est absente. L'originalité des bases de données peut être constituée par le choix ou la disposition des

⁶²⁰ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, art. 2.3.

De multiples révisions au cours du XX^{me} siècle se sont prolongées par une dernière modification en 1979.

La Convention de Berne est un des documents fondateurs de la protection de la propriété intellectuelle. La convention est ouverte à tous les Etats.

⁶²¹Paris, 4^e ch., sect. A, 28 sept. 2008, n° 07-3338, Vente.privée.com c/Kalypso.

matières⁶²² mais celle des logiciels est difficile à rapporter au vu du caractère technique de l'œuvre.

839. – Par ailleurs, originalité n'est pas synonyme d'invention. En matière de nouvelles technologies cette distinction s'impose. Les tribunaux veillent à différencier ces deux notions en précisant que « la technicité ne peut se confondre avec la créativité et l'originalité qu'implique la création d'une œuvre de l'esprit »⁶²³. La technicité fonctionnelle, définie comme un savoir-faire, ne démontre pas nécessairement l'originalité de l'auteur: le fait de ne pas agir strictement selon les directives de son employeur, de reprendre autrement des graphismes déjà réalisés précédemment par des tiers, ne constitue pas une œuvre originale réalisée par un employé.

840. – La composition du site étant hétérogène, certaines œuvres peuvent répondre au critère d'originalité, et d'autres non.

841. – Le site marchand pris dans son intégralité est reconnu original par la Cour de Cassation⁶²⁴, dès lors que son auteur a combiné certains éléments entre eux. L'auteur du site doit faire preuve de « parti-pris créatif »⁶²⁵. L'originalité, la créativité, se nichent dans la composition, la forme ou le graphisme du site, qui lui permettent de se démarquer de ses concurrents. C'est ainsi que « La création originale d'une présentation d'offres de services sur un site internet donne droit à la protection envisagée »⁶²⁶.

842. – Confrontées à l'apparition d'œuvres inédites dans le domaine numérique, les juridictions ont semblé faire évoluer leur appréhension du critère d'originalité⁶²⁷: « L'originalité n'est pas la nouveauté, contrairement au terme employé dans certains domaines tels que les brevets ou les dessins, elle n'est pas le mérite ni un genre. Elle reflète la personnalité de l'auteur ». La Cour de Cassation, par l'arrêt Babolat du 7 mars 1986⁶²⁸, a remplacé l'originalité du subjectif - l'empreinte de la personnalité de l'auteur - par l'originalité de l'objectif - l'apport

⁶²² GRYNBAUM Luc, LE GOFFIC Caroline, MORET-HAIDARA Lydia, *Droit des activités numériques*, op.cit, p. 281.

⁶²³ Paris, 4^e ch., 5 avr. 1993, *JCP E* 1994, I, 357, n°2 ; obs. VAVANT et LE STANC.

⁶²⁴ Civ., 1^{re} ch., 12 mai 2011, n°10-17.852, Sté Vente.privee.com c/ Sté Club.prive.

V. dans ce sens BEM Anthony, « Contrefaçon de site internet : obligation des juges d'analyser les éléments originaux », Legavox, 20 juillet 2011 ; POLLAUD-DULIAND F., « Originalité. Appréciation, Pouvoir souverain des juges du fond. », *RTD Com.* 31 déc. 2011.

⁶²⁵ Paris, 29 mars 2013, Bulletin Documentaire (PIBD) 2013, n°984, III, 1202.

⁶²⁶ T. Com Paris, 9 févr. 1998, Cybion c/Qualstream.

⁶²⁷ BONACINA-LHOMET Jeanne, février 2012, Le critère d'originalité en droit d'auteur : critique d'une modification indirecte de l'appréciation sociologique de l'art, disponible sur <http://www.e.juristes.org>

V. aussi Civ, 1^{re} ch., 13 nov. 2008, n° 06-19.021 ; KOUAHOU Yves, « La dissociation de l'originalité et de l'empreinte de la personnalité de l'auteur pour protéger une œuvre », disponible sur village-justice.com

⁶²⁸ Ass. Plén., 7 mars 1986, n°83-10.477, bull. 1986 A.P. n°3, p.5.

intellectuel. Ainsi, le code-source d'un logiciel, assimilé à une écriture littéraire, est seulement compris comme un apport intellectuel et non plus comme un apport personnel de son auteur : il est donc désormais possible de reconnaître dans le logiciel une œuvre de l'esprit présentant un caractère original⁶²⁹.

843. – La Cour de Justice de la Communauté Européenne dans une décision du 16 juillet 2009⁶³⁰ a estompé cette évolution en définissant une œuvre originale comme une « création intellectuelle propre à son auteur », dans laquelle l'auteur a pu « exprimer son esprit créateur de manière originale », en cherchant à concilier l'apport intellectuel et l'empreinte personnelle de l'auteur du logiciel.

844. – L'originalité d'une œuvre est ainsi appréciée au cas par cas par les juges et, quoiqu'elle soit parfois difficilement démontrable dans le monde numérique, elle profite pleinement au site commercial. Attribuer la qualité d'œuvre originale à un site marchand dans sa globalité, comme à ses éléments pris individuellement, confère des droits à son auteur et lui assure la protection afférente.

B. LE SITE, UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT QUI CONFÈRE DES DROITS D'AUTEUR

845. – Protéger une œuvre est un encouragement à la création et à l'innovation, en confiance.

846. – La justification de cette protection a évolué au fil du temps. Si certains refusent la nécessité d'accorder au créateur de l'œuvre des prérogatives (au motif que la production intellectuelle était à son sommet durant le Quattrocento italien sans que le droit d'auteur n'existe alors), le droit de la propriété intellectuelle est reconnu depuis de nombreuses années. Deux approches de sa construction et de sa légitimité se sont confrontées. Au XVIIe siècle, John Locke étend la propriété naturelle de l'individu à son œuvre, justifiant ainsi un droit de propriété éternelle sur celle-ci. Au XVIIIe siècle, Jeremy Bentham développe une autre conception, utilitariste, liant la légitimité du droit protecteur à l'utilité économique. Le droit français

⁶²⁹ Civ., 1^{re}, 17 oct. 2012, n°11-21.641.

⁶³⁰ CJCE, 16 juillet 2009, Aff. C-5/08, Infopac International A/S c/ Danske Dapblades Forening.

emprunte ses propres principes à ces deux théories : le droit moral est éternel et l'utilité sociale de l'œuvre confère des droits patrimoniaux limités dans le temps⁶³¹.

847. – Ce n'est qu'au siècle des Lumières que le droit d'auteur a connu son développement en France, appuyé sur la perception de la valeur du produit de la pensée. Si les lois de 1791 et 1793 ne donnent un droit d'auteur qu'à *certain*s auteurs, il fallut attendre la loi du 11 mars 1957⁶³² pour généraliser le droit d'auteur à *tout* auteur. Il devint alors un véritable droit de propriété. En France, le titre II du Code de la propriété intellectuelle confère certains droits aux auteurs d'œuvres de l'esprit.

848. – Les économistes justifient le « monopole » attribué par les droits de la propriété intellectuelle par la nécessaire incitation à la création. Dans les années 80, les nouvelles technologies de l'information et de communication sont venues impacter le droit de la propriété intellectuelle. Les photocopies, les copies, analogiques puis numériques⁶³³, ont suscité des controverses quant à sa philosophie et son fondement. Si la légitimité des droits de propriété intellectuelle ne semble pas remise en cause, elle est parfois discutée dans la société de l'information, ce lieu de grand danger pour le patrimoine intellectuel de l'entreprise. Le principe de la libre circulation des biens et des services vient heurter l'équilibre entre la liberté de chacun et les droits de l'auteur d'une œuvre - le téléchargement de musique sur des plateformes ou l'accès à des articles de presse figurant comme exemples emblématiques de cet équilibre à trouver dans la société de l'information. Le législateur ne semble pas, pour l'instant, revenir sur le principe de la propriété intellectuelle des auteurs⁶³⁴, lequel n'a cependant pas bonne presse dans le monde numérique.

849. – La protection de la propriété intellectuelle repose sur un fondement européen : elle est visée par l'alinéa 2 de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 118 du TFUE prévoit l'intervention du Parlement européen et du Conseil pour établir des mesures relatives à la propriété intellectuelle, tant au niveau de la création de droits de propriété intellectuelle, qu'au niveau de la coordination ou du contrôle de ces droits.

⁶³¹ BENHAMOU Françoise, FARCHY Joëlle, 2014, «Les fondements théoriques du droit d'auteur », in *Droits d'auteur et copyright* p.24 à 35, disponible sur <https://www.cairn.info/droit-d-auteur-et-copyright--9782707182754-page-24-htm>

⁶³² Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

⁶³³ Analogique et numérique, notions de bases, consulté sur Fcosinus.free.fr

« Le principe de l'analogie est de reproduire le signal à enregistrer (audio, vidéo, ...) sous forme similaire sur un support (magnétique en général). En numérique, le signal analogique à enregistrer est converti en numérique grâce à un convertisseur [...].Après cette conversion le signal n'est plus qu'une suite de « 0 » et de « 1 », c'est-à-dire un signal à deux amplitudes au lieu d'une infinité en analogique. »

⁶³⁴ V. la nouvelle Directive adoptée le 12 septembre 2018 par le Parlement européen et en cours de processus législatif, sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

La directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information a été transposée par la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI.

850. – Appliqué au site marchand du cyber-commerçant, le principe de la protection de l'oeuvre par des droits conférés à son auteur pose certaines interrogations, notamment quant à l'identification dudit auteur : la création d'un site est complexe et la participation d'intervenants multiples brouille les pistes. Or l'auteur, et lui seul, bénéficie des deux droits⁶³⁵, patrimonial et moral, qui composent le droit d'auteur.

851. – Il convient de souligner qu'une personne morale ne peut être l'auteur d'une oeuvre de l'esprit - à l'exception de l'oeuvre collective, dans laquelle la contribution de plusieurs intervenants ne permet pas de distinguer le travail de chacun⁶³⁶. L'entreprise, en tant que personne morale, n'est donc jamais titulaire des droits patrimoniaux sur l'oeuvre, ce qui n'est pas sans incidence économique ni sans risque juridique et la conduit, dans de nombreux cas, à devoir acquérir, ce que rien n'empêche, lesdits droits auprès de leur auteur⁶³⁷. Compte tenu des investissements considérables engagés dans le domaine des nouvelles technologies (logiciels, bases de données, etc.), une adaptation de cette règle de personnalisme semble nécessaire afin d'apporter d'avantage de sécurité à l'entreprise personne morale.

1. L'identification de l'auteur du site (ou de ses éléments) – ou du titulaire des droits d'auteur

852. – Il revient donc à l'entreprise de déterminer l'auteur du site. Si le législateur ne confie pas à l'entreprise le droit d'auteur sur son site marchand, il lui donne cependant les moyens légaux d'en acquérir les droits patrimoniaux, donc de ne pas violer les droits des tiers, ce qui pourrait lui être reproché sans ladite acquisition. Ainsi préservée face à l'auteur, l'entreprise est libre de faire valoir ses droits face, par exemple, à tout concurrent mal intentionné, à tout contrefaisant, le droit lui apportant la sécurité juridique nécessaire à sa confiance.

⁶³⁵ CPI., art.121-1.

⁶³⁶ Civ., 1^{re} ch., 15 janvier 2015, n°13-23.566, Orqual/Tridim et autres, *Propriété Industrielle*, mars 2015, n°3, comm. BOUCHE N.

⁶³⁷ V. « Affaire Orqual/Tridim : sur la qualité d'auteur d'une personne morale, le principe de personnalisme et l'oeuvre collective », CHERON Antoine, 16 fév.2015, disponible <https://www.village-justice.com/articles/Affaires-Orqual-Tridim-sur-qualite,18925.html>

853. – A celui, personne physique, qui réalise le site est confié le droit d’auteur. Or, un site n’est pas nécessairement créé par l’entreprise seule: il peut être produit par le commerçant - à titre personnel - mais aussi par des salariés, voire un prestataire de services, lequel peut à son tour sous-traiter certains éléments à des professionnels spécialisés. Certains auteurs⁶³⁸ distinguent par ailleurs deux types de créations insérées au sein d’un site : celles qui sont nouvelles et celles qui, préexistant au site, ont été reprises pour lui être intégrées. Cette distinction, qui rend parfois complexe l’établissement de la paternité du site, crée une réelle insécurité juridique.

854. – Il convient alors de préciser les règles permettant d’identifier précisément le titulaire de ces droits.

855. – L’entreprise peut être naturellement titulaire des droits d’auteur lorsque le cyber-commerçant, personne physique *titulaire du site*, le réalise par lui-même. Il en est l’auteur et en détient les droits. C’est le cas de l’entreprise de taille modeste dans laquelle le titulaire du site peut, personnellement, sans l’aide de salariés ou de prestataires de services, créer son propre texte, ses propres photographies, ses propres mélodies ou fonds sonores. L’auteur doit seulement veiller à ne pas violer les droits que des tiers pourraient détenir sur des éléments incorporés à son site.

856. – La situation la plus fréquente recouvre celle de l’entreprise, personne morale, qui ne pouvant être l’auteur d’une œuvre, devra en acquérir les droits. Quoique le principe soit source de difficultés, elle n’en dispose pas moins des moyens juridiques pour y parvenir. C’est le cas des plus grandes structures, dans lesquelles le titulaire du site sollicitera naturellement certains employés de l’entreprise pour réaliser des éléments y figurant - la nature multimédia du site internet pouvant rendre les intervenants fort nombreux - ou fera appel à une agence spécialisée.

857. – Selon la règle, les salariés d’une entreprise sont titulaires des droits de propriété sur leurs propres œuvres, à l’exception des logiciels⁶³⁹ - soumis à un régime dérogatoire -, dont l’employeur⁶⁴⁰ conserve la titularité. L’entreprise veille donc, en cas, notamment, de départ de l’employé, à devenir titulaire des droits sur l’œuvre : la rupture du contrat de travail n’enlève

⁶³⁸ HUET Jérôme, « Le site internet : gisement de droits de propriété intellectuelle ? » in *Commerce électronique et propriété intellectuelle*, Actes de colloque IRPI, n°20, Litec, 2001, ISBN : 2-71111-3284-6, 234 p.

⁶³⁹ Définis par la Directive 91/250/CCE du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d’ordinateurs.

⁶⁴⁰ CPI., art. L 111-9.

ni la paternité de l'œuvre ni les droits d'auteur afférents⁶⁴¹. Cependant, les salariés qui n'ont soumis qu'une idée, ou un thème, sans les *concrétiser*, sont des exécutants agissant sur ordre et ne possèdent aucun droit d'auteur : ne sont qualifiés d'auteurs que les salariés ayant apporté leur « empreinte personnelle »⁶⁴².

858. – Si le salarié a créé l'œuvre, le titulaire du site devra lui en acheter les droits, ce qui lui permettra alors de les exploiter, voire de les céder lui-même ultérieurement. Ainsi toute exploitation par l'entreprise d'œuvres créées par un salarié nécessite au préalable l'établissement et la signature d'un contrat de cession des droits d'auteur du salarié respectant l'article L 131-3 du Code de la propriété intellectuelle⁶⁴³. Le droit permet la cession partielle ou totale et le contrat doit indiquer précisément les droits cédés : représentation, reproduction, traduction, édition, etc. Les modalités d'exploitation sont renseignées et délimitées quant à leur étendue, leur destination (presse, intranet, internet, public), quant au lieu et à la durée⁶⁴⁴. Le paiement des droits d'auteur n'est pas laissé à la discrétion des parties : l'article L 132-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit une rémunération proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation ou, dans des cas exceptionnels, une rémunération forfaitaire⁶⁴⁵, en accord avec le salarié, si la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre. Toute rémunération dérisoire est un motif d'annulation de la transaction.

859. – Devant les difficultés posées en la matière par le droit d'auteur français qui associe droits patrimoniaux cessibles et droits moraux inaliénables, il a été évoqué le recours à d'autres principes, notamment ceux du « copyright » américain, lequel ne prévoit pas le droit moral dans tous les états de l'Union et selon lequel toute œuvre créée dans le cadre d'un *work made for hire* appartient à l'entreprise, et non au salarié qui l'a créée.

860. – La mise en œuvre du régime juridique de l'*œuvre collective* au sein d'une cyber-entreprise peut apporter une réponse à la difficulté soulevée par la paternité de l'œuvre numérique. Définie par l'article L 113-2 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle, ladite œuvre est créée sur l'initiative d'une personne, physique ou morale - l'entreprise - qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et sous son nom (à l'instar du dictionnaire). La jurisprudence établit que « pour qualifier une œuvre collective il est nécessaire, d'une part,

⁶⁴¹ CPI., art. L 111-1 al. 3.

⁶⁴² MALET-POUJOL Nathalie, *La création multi-média et le droit*, op. cit.

⁶⁴³ Soc., 7 janv. 2015, n°13-20.224

⁶⁴⁴ CPI., art. L 131-3.

⁶⁴⁵ CPI., art. L 131-4 alinéa 2.

qu'elle soit créée et organisée sous l'autorité d'un maître d'œuvre et, d'autre part, que l'apport des participants ne puisse être individualisé »⁶⁴⁶. Définir cette œuvre collective - qui assure la titularité des droits à l'entreprise - n'est pas sans difficulté du fait de sa proximité avec les notions d'œuvre composite ou de collaboration⁶⁴⁷.

861. – Si le droit donne, certes, les moyens juridiques au cybercommerçant d'acquérir, en tant que personne morale, les droits patrimoniaux de ses salariés, la procédure de cession, globalement délicate, ne semble pas apporter l'entière sécurité que l'entreprise appelle de ses vœux. Il serait judicieux qu'un texte vienne préciser l'éventuelle procédure, unique et simplifiée, d'acquisition des droits qui, seule, supprimerait les litiges nombreux survenant lors de la cessation du contrat de travail.

862. – Faute de compétences internes suffisantes en son sein, l'entreprise peut enfin confier à un tiers, prestataire spécialisé (agence-web ou web-agency), la conception, la réalisation et le développement de son site internet, en tout ou partie. Qui détient alors les droits patrimoniaux sur l'œuvre ainsi réalisée ?

863. – Le contrat de commande ne confère pas les droits patrimoniaux et moraux de l'auteur au titulaire du site. Le site web appartient à celui qui l'a développé, non à celui qui l'exploite : ce dernier n'acquiert, par le paiement de ses honoraires au prestataire, que le droit d'utiliser l'œuvre créée par la web-agency.

864. – Pour déterminer l'auteur du site, les tribunaux relèvent qu'il convient de chercher *qui a fait quoi* ⁶⁴⁸? Un client, ayant donné quelques instructions portant sur des points de détail ou fourni, notamment, quelques photographies, sans avoir apporté d'indications précises ni sur la présentation des différentes pages, ni sur l'agencement des éléments qui les composent, ni sur le graphisme, l'animation ou l'arborescence favorisant la consultation du site, ne sera pas déclaré l'auteur du site.

⁶⁴⁶ Versailles 24 mars 2004, CT 0004.

⁶⁴⁷ L'œuvre collective diffère de deux notions :

- De l'œuvre de collaboration, notamment audiovisuelle ou multi média, créée par plusieurs participants - personnes physiques. Les droits d'auteur appartiennent à tous les co-auteurs qui les exercent d'un commun accord, notamment en cas de cession, à la manière d'une indivision.

- De l'œuvre composite, créée à partir de l'œuvre préexistante d'un auteur, mais sans sa collaboration : cette création suppose une œuvre ancienne reprise dans une œuvre nouvelle. L'entreprise souhaitant exploiter sur son site une œuvre composite s'assurera d'avoir acquis les droits sur l'ancienne, elle aura préalablement identifié les matériaux protégés par la propriété littéraire et artistique et elle veillera à respecter le droit moral de l'auteur de l'œuvre ancienne : est ainsi reconnue comme atteinte à une œuvre filmée la superposition d'un logo.

⁶⁴⁸ TGI Paris, Civ., 10 nov. 2011, n°10/07568, SARL VICTORIAA c/sté LINKEO.COM commenté sur www.legalis.net

865. – Il est dès lors indispensable pour l'entreprise envisageant de confier la création d'un site à un prestataire d'élaborer un *contrat de réalisation*⁶⁴⁹ analysé, sur un plan technique, comme un contrat de développement (création de certains éléments logiciels : arborescence entre les diverses pages, compatibilité du site avec les navigateurs, organisation de bases de données, outils d'actualisation, etc.) et sur le plan juridique comme un contrat d'entreprise. Certaines mentions⁶⁵⁰ sont indispensables dans le contrat de réalisation⁶⁵¹, gommant l'insécurité juridique qui risquerait de compromettre la cession du site marchand. Il est fréquent que l'agence, ou le prestataire de services, conserve la propriété du savoir-faire développé pour la création du site objet du contrat, ce qui lui permettra de réutiliser librement les éléments logiciels et le code développés spécifiquement pour le client.

866. – En outre, le droit moral de l'auteur est imprescriptible et inaliénable. L'entreprise non titulaire des droits d'auteur devra donc être particulièrement vigilante quant aux modifications ultérieures apportées au site : elles respecteront l'œuvre, ce qui pose la question de la possibilité de transformer le site sans en demander l'autorisation expresse à son concepteur.

867. – En conclusion, face à l'incertitude et à la difficulté avérées quant à l'identification de l'auteur du site, il nous semblerait judicieux, sans modifier en profondeur le droit d'auteur, que soit organisée une procédure simplifiée spécifique à l'acquisition des droits - des salariés et/ou des web master - pour confier à l'entreprise tous les droits nécessaires à la protection de son site.

868. – Etre titulaire des droits d'auteur assure au cybercommerçant l'exploitation sereine et contrôlée de son site, et permet aussi de disposer des moyens juridiques contre toute violation de ses droits par des tiers.

⁶⁴⁹ HOLLANDE Alain, LINANT DE BELLEFOND Xavier, *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, 6^e éd., Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 2008, 480 p., ISBN : 978-2-247-06642-1.

⁶⁵⁰ L'assignation en contrefaçon du client de la web-agency se produit fréquemment lorsqu'il souhaite faire héberger, ou entretenir, son site par un autre prestataire, le créateur revendiquant alors son droit d'auteur.

Le contrat de commande sera établi avec précision, il mentionnera notamment l'objet de la convention, et les tâches confiées au prestataire seront listées avec minutie. Si l'entreprise donne des directives importantes, autres qu'accessoires, les inscrire au sein du contrat se révélera judicieux pour revendiquer les droits d'auteur sur le site, en cas de procédure ultérieure en contrefaçon. Il sera clairement convenu que le client pourra apporter des modifications et faire évoluer son site au fil du temps. De plus, chaque droit d'auteur cédé sera mentionné distinctement et le domaine d'exploitation des droits cédés devra être limité quant à son étendue, sa destination, son lieu et sa durée - obligations devant figurer dans tout contrat de cession de droits d'auteur - et toute clause de cession totale et illimitée pourra être réputée non écrite par le magistrat.

⁶⁵¹ TRIAILLE Jean Paul, « Le contrat de création d'un site web », *Auteurs et Média*, 1998 n°4.

2. L'action de l'entreprise titulaire des droits d'auteur contre la contrefaçon de son site

869. – Le titulaire des droits d'auteur sur le site peut, notamment, en autoriser ou en refuser la reproduction, par toute personne et par tout moyen.

870. – Le monde numérique a connu une telle évolution technologique en matière de méthodes de reproduction - de la copie à la photocopie, de la copie analogique à la copie numérique - que le site, en partie ou en totalité, est désormais facilement « copiable »⁶⁵²⁻⁶⁵³.

871. – Or, l'acquisition des droits patrimoniaux⁶⁵⁴ de l'auteur par le titulaire du site, codifiés aux articles L 122-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, permet à l'entreprise ayant cause de se fonder sur l'article L 122-4 dudit code, qui stipule « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite », pour engager une action judiciaire contre un contrefaisant.

872. – L'article L 122-3 du même Code définit la reproduction comme « une fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte ». Même si l'article vise un support matériel, la jurisprudence a cependant permis, malgré cette restriction, que soit considérée comme une reproduction, au sens juridique, toute reproduction sur support numérique⁶⁵⁵.

873. – La Directive n° 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle a été transposée par la loi du 11 mars 2014⁶⁵⁶, laquelle renforce la lutte contre la contrefaçon. La loi du 11 mars 2014 a modifié le Code de la propriété intellectuelle afin d'améliorer la protection des œuvres de l'esprit - donc

⁶⁵² Sur Internet, de nombreuses pages web proposent « comment copier un site » : le déroulement de la procédure est expliqué, commenté, détaillant comment installer un logiciel « aspirateur » de site, de pages HTML » (tel que HTTrack en open source) qui va télécharger le site complet - images et textes -, le temps de téléchargement dépendant de la grosseur du site.

⁶⁵³ Pour ex. V. « Comment copier un site web », consulté sur <https://www.google.fr/amp/s/fr.m.wikihow.com/copier-un-site-web%3famp=1>

⁶⁵⁴ Le droit de *représentation*, défini à l'art. L 122-2 du CPI, permet la communication de l'œuvre au public. Dans le cadre des nouvelles technologies le mode de communication recouvre évidemment des formes inconnues jusqu'alors, notamment la diffusion par internet, sur un site marchand. Le droit de *reproduction*, défini à l'art. 122-3 du CPI, s'applique à la technique permettant de divulguer l'œuvre au public. La reproduction d'un site peut être intégrale ou partielle suivant les moyens techniques employés, en particulier lorsque la cyber-entreprise décide de changer de support de diffusion. Le droit de *destination*, défini à l'art. L 131-3 du CPI, donne à l'auteur le contrôle de l'exploitation de l'œuvre, de sa distribution et de son usage : une photographie cédée par son auteur pour intégrer un catalogue papier de l'entreprise ne pourra pas être reprise et diffusée par ladite entreprise sur son site internet si elle n'a pas acheté les droits correspondants. Le droit de *suite*, défini à l'article L 122-8 du CPI, vise exclusivement les œuvres d'art ou plastiques qui sont rarement des composantes d'un site de vente en ligne.

⁶⁵⁵ Crim., 5 fév. 2008, n° 07-81387, *RIDA* 2008, n°216, p.451 ; *JCP*, 12 mars 2008, n°11.

⁶⁵⁶ Loi n°2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

le site de l'entreprise à ce titre. Le législateur, européen et national, souhaite ainsi lutter contre le *pillage* de la propriété intellectuelle, quel que soit son support, numérique notamment.

874. – *La contrefaçon* d'un site internet, ou des éléments qui le composent, se définit comme la violation d'un droit patrimonial, ou moral, de l'auteur. L'infraction est constituée par la copie, la reproduction ou l'édition illicite, quelle qu'en soit la forme, d'une œuvre de l'esprit protégée par le droit d'auteur et sans l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants droits ou ayants cause.

875. – Les faits caractérisant la contrefaçon varient suivant la nature de l'œuvre contrefaite : les écrits sont victimes de plagiat, les œuvres multimédia ou musicales de reproduction illégitime, la mise en ligne d'une œuvre d'*uploading*⁶⁵⁷. Concernant cette dernière, peuvent faire l'objet d'une copie le site complet, plusieurs de ses éléments, voire un seul. La reproduction peut être totale ou partielle et son support importe peu : la copie sur papier d'une page d'un site Web est considérée comme une contrefaçon⁶⁵⁸. L'article L 122-4 du Code de la propriété intellectuelle définit les faits de contrefaçon d'une œuvre de l'esprit comme une représentation, une reproduction intégrale ou partielle, une traduction, une adaptation, une transformation, un arrangement ou une reproduction. La contrefaçon dite non flagrante est laissée à l'appréciation des tribunaux.

876. – Le site original ou ses éléments sont protégés : leur reproduction, partielle ou totale, est donc interdite sans l'accord de l'entreprise titulaire des droits d'auteur. La reproduction à l'identique ne pose évidemment pas le moindre problème d'appréciation : le « copier-coller », notamment, est une contrefaçon qui génère peu de souci d'interprétation.

877. – L'imitation, plus subtile, contraint les tribunaux à une comparaison entre les œuvres. La reproduction de la *forme* sera recherchée avant tout : un simple thème commun ne constitue pas une contrefaçon. La Cour de Cassation pose le principe de la contrefaçon par ressemblance, et non par différence⁶⁵⁹. Le Tribunal de Commerce de Paris a ainsi recherché les similitudes entre les présentations d'offres de services proposées sur deux sites concurrents de vente en ligne⁶⁶⁰. Dans cette affaire, il s'agissait d'établir si le site d'une entreprise nouvelle devait son apparence à la copie de celui d'une autre, plus ancienne et partiellement concurrente :

⁶⁵⁷ DUPUY Michel, NOWAK Laura, *Le droit de la propriété littéraire et artistique droit d'auteur et droit voisin*, 3^e éd., Enrick B. Editions, coll. Lexifiche, 2018, 24 p., ISBN : 978-2-35644-273-4.

⁶⁵⁸ TGI Paris, 29 mai 2002, *Lamy droit des affaires* 2002 n°3331.

⁶⁵⁹ Civ., 1^{re} ch, 25 mai 1992, n°90-19460.

⁶⁶⁰ T. Com. Paris, 9 février 1998, affaire Cybion c/Qualstream.

des phrases, des paragraphes, des présentations communes, voire de simples inversions ont été relevés, lesquels ont permis de conclure à l'existence d'une reproduction partielle.

878. – L'entreprise qui, afin d'assurer la protection de son travail, porte plainte pour contrefaçon de son site - ou de l'une des œuvres le composant - a la charge de la preuve de l'infraction. Cette preuve est libre et apportée par tout moyen. L'entreprise qui engage une demande en contrefaçon de son site est supposée, jusqu'à preuve du contraire, titulaire des droits du site qu'elle exploite, cette présomption simple lui permettant d'assigner en contrefaçon un concurrent qui en imite une partie, ou la totalité, sans avoir à prouver qu'elle est bien propriétaire des droits violés⁶⁶¹.

879. – Dans le cadre d'une action en contrefaçon d'un site, le défendeur cherchera, lui, à établir la *non-originalité* de l'œuvre contrefaite - en l'occurrence le site marchand - en vertu du principe selon lequel une œuvre non originale ne peut être protégée.

880. – L'entreprise, titulaire des droits d'auteur, peut engager une action civile et/ou pénale en contrefaçon.

881. – L'action *civile* en matière de contrefaçon se fonde sur l'article L 122-4 du Code de la propriété intellectuelle : le contrefacteur peut être condamné à des dommages-intérêts, fixés à l'appréciation du juge⁶⁶², prenant en compte divers éléments parmi lesquels les conséquences économiques négatives, le manque à gagner, les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le préjudice moral de l'auteur lésé. Si les décisions de justice ne séparent pas toujours le préjudice moral de celui des droits patrimoniaux⁶⁶³, la tendance est à l'indemnisation plus importante de ces derniers. En matière de contrefaçon de sites marchands il sera nécessaire, notamment, de démontrer une fréquentation réduite du site lésé, démonstration facilitée par les moyens techniques permettant à la plupart des sites de comptabiliser le nombre de leurs visiteurs. Pour mieux protéger encore le site de vente en ligne une action en référé est possible⁶⁶⁴ afin de faire cesser rapidement l'infraction⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Il est judicieux, en pratique, pour l'entreprise s'estimant contrefaite de faire constater par acte d'Huissier ou par un agent de l'Agence de la Protection pour les Programmes l'acte de contrefaçon.

⁶⁶² CPI, art. L 331-1-4.

⁶⁶³ BLONDIAU Alexandre, *L'indemnisation des préjudices causés par la Contrefaçon*, Mémoire master 2 Recherche Propriété industrielle et artistique, Paris I Panthéon Sorbonne, 2008.

⁶⁶⁴ CPI., art. L 716-6.

⁶⁶⁵ Les actions civiles sont présentées devant les Tribunaux de Grande Instance, seuls compétents en matière de violation des droits d'auteur et dix T.G.I ont été désignés par le décret du 9 octobre 2009⁶⁶⁵ fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle: Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nanterre, Nancy, Paris, Rennes, Strasbourg et Fort de France.

882. – Une action *pénale*⁶⁶⁶ peut aboutir à la reconnaissance *d'un délit de contrefaçon*. La peine encourue⁶⁶⁷ est lourde : 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende, voire davantage si le délit a été commis en bande organisée ou suite à une récidive.

883. – Cependant, la difficulté d'application de toute sanction provient à nouveau de l'ubiquité d'Internet, laquelle confère certes au site une accessibilité planétaire, mais le rend confronté à une concurrence également planétaire, posant la question de l'identité du contrefaisant, du droit applicable et de la juridiction choisie.

884. – Dans le cas où le caractère *original* du site - ou d'une de ses composantes - copié ne serait *pas* reconnu, l'entreprise dispose d'autres armes juridiques pour attaquer son concurrent « indélicat » : la concurrence déloyale ou le parasitisme.

3. L'action en concurrence déloyale ou le parasitisme

885. – L'absence d'originalité du site, ou de l'une de ses composantes, empêche son rattachement à la notion d'œuvre de l'esprit. Cependant, la notion de concurrence déloyale offre une protection selon le principe de la responsabilité délictuelle. L'entreprise peut engager une action en *concurrence déloyale* contre un concurrent usurpateur sur le fondement des articles 1240 et 1241 (anciens 1382 et 1383) du Code civil.

886. – Les *abus*, la *confusion* et le *parasitisme*, sont sanctionnés par le même code et la responsabilité civile délictuelle (article 1240 et suivants du Code civil). L'œuvre d'une entreprise, quand elle n'est pas protégée par le droit d'auteur, peut être librement reproduite par une autre, à condition qu'aucun risque de *confusion* ne soit induit dans l'esprit de la clientèle : la jurisprudence⁶⁶⁸ refuse de reconnaître un acte de concurrence déloyale dans le fait, pour une société, d'avoir recopié sur son propre site l'intégralité des conditions générales de vente d'une autre, au motif que le document contractuel n'engendrait aucune confusion possible entre les deux entreprises concurrentes. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît que la copie de conditions générales de vente figurant sur un site marchand caractérise un acte de parasitisme, puni par des dommages et intérêts - le *parasitisme* consistant à s'approprier sans le moindre coût le savoir-faire et l'expérience d'une entreprise concurrente.

⁶⁶⁶ CPI, art. L 335-1 et s.

⁶⁶⁷ CPI, art. L 335-2.

⁶⁶⁸ Paris, 4^e ch., sect. A , 24 sept. 2008, n°07/03336, Vente.privée.com c/ Kalypso.

887. – En résumé, dès lors que l'entreprise possède les droits d'auteur sur son site et sur tous ses éléments, le droit lui donne les moyens de protéger son patrimoine intellectuel, essentiel à son développement dans l'univers numérique. Le constat de la création du site rendue complexe par le recours à des intervenants multiples rend l'identification de son auteur délicate. Des règles ou une procédure adéquate pourraient apporter plus de clarté, consolidant la sécurité - donc la confiance - de l'entreprise en la matière.

888. – Si le législateur assure la protection du site marchand, l'entreprise peut protéger son nom de domaine - cet élément vital pour son exploitation commerciale, pourtant laissé à la merci de la concurrence en l'absence de règles propres et spécifiques - par le biais de la réglementation de la marque.

§2 : LA PROTECTION DU NOM DE DOMAINE PAR LE DROIT DES MARQUES

889. – Le nom de domaine est d'une importance capitale pour l'entreprise : la marque est reliée au consommateur par l'adresse où elle s'expose, elle-même matérialisée sur Internet par le nom de domaine. Sans le nom de domaine le consommateur n'atteint pas la marque, qui ne peut dès lors pas diffuser l'innovation de l'entreprise. Marque, innovation et nom de domaine sont donc intimement liés, raison pour laquelle ils doivent faire l'objet d'une protection dans l'intérêt de la cyber-entreprise.

890. – Certains auteurs reconnaissent que « l'innovation d'aujourd'hui est le futur de demain »⁶⁶⁹. L'innovation doit être ici comprise non pas comme une technique - que valorise le brevet⁶⁷⁰ - mais comme une atmosphère, une ambiance, un environnement, donc comme un réel facteur de compétitivité au service de la différenciation entre telle cyber-entreprise et telle autre : elle recouvre dès lors une dimension commerciale. L'innovation est définie par des économistes comme « la mise en œuvre d'un produit (bien ou service) ou d'un procédé nouveau sensiblement amélioré, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques de l'entreprise, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures »⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ MARTIN –BARITEAU Florian, « La marque au service de l'innovation, droit et innovation », in Jacques MESTRE et Laure MERLAND (eds), *Droit et Innovation*, Aix en Provence, Presse universitaire d'Aix Marseille, 2013, p.173.

⁶⁷⁰ Protégée par le droit des brevets.

⁶⁷¹ OCDE, *Manuel d'Oslo : Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, 3^{ème} éd., OCDE éditions, 2005, p.54.

891. – L'intérêt de l'innovation ne repose, fondamentalement, que sur sa diffusion. Or la marque est, pour l'entreprise, un vecteur de cette diffusion. L'entreprise a donc pour objectif que cette marque devienne, aux yeux du consommateur, une référence⁶⁷². Alors que la réservation d'un nom de domaine ne confère aucun droit au titre de la propriété intellectuelle, le dépôt de la marque permet sa protection grâce au droit d'antériorité. Aussi, afin de sécuriser dans les meilleures conditions ces deux éléments capitaux permettant à l'entreprise de s'attacher une clientèle, il convient qu'elle traite leur protection concomitamment, en enregistrant un nom de domaine similaire à la marque déposée.

892. – La marque, en tant que monopole économique et juridique, depuis longtemps encadrée par le législateur, devient alors la meilleure protectrice du nom de domaine, lui-même non protégé par des règles de droit de propriété intellectuelle (A) autant que des mots-clés participant au référencement du site commercial (B).

A. MODALITÉS DE PROTECTION DU NOM DE DOMAINE PAR LA MARQUE

893. – Il convient d'abord de brièvement mentionner le fonctionnement du nom de domaine. En 2014 il en était recensé 275 millions dans le monde, chacun pouvant être comparé au numéro de téléphone : là où celui-ci permet de contacter un interlocuteur, celui-là rend possible de joindre un ordinateur, le Data Source Name - DSN - jouant le rôle d'annuaire⁶⁷³. L'ICANN - organisme mondial qui gère les noms de domaines - rappelle que « pour contacter une personne sur internet, vous devez taper une adresse sur votre ordinateur - un nom ou un numéro. Cette adresse doit être unique afin que les ordinateurs sachent où trouver les uns et les autres [-] »⁶⁷⁴. Limpidement, le nom de domaine joue donc le rôle d'un nom, mais également celui d'une adresse. L'enjeu pour l'entreprise est important⁶⁷⁵, le choix du radical et des codes d'activité génériques (.com) ou géographiques (.fr)⁶⁷⁶ conditionnent sa visibilité sur Internet.

⁶⁷² MARTIN-BARITEAU Florian, « La marque au service de l'innovation, droit et innovation », *op.cit.*

⁶⁷³ SAUVAGE Sébastien, C'est quoi un DSN ? Comment ça marche les noms de domaines ?, disponible sur <http://sebsauvage.net>

⁶⁷⁴ Définition donnée par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers - ICANN - sur son site officiel.

⁶⁷⁵ La clarté du nom doit être prioritaire, le rendant facilement mémorisable. Chaque ordinateur relié à Internet dispose d'une adresse IP (adresse de protocole) qui localise, certes, le serveur sur le réseau. Mais cette adresse IP est difficile, pour ne pas dire impossible, à mémoriser avec sa composition de chiffres séparés par des points : pour faciliter la tâche des internautes, le Domain Name System (DSN) permet d'associer à la série de lettres qui forme le nom de domaine la série de chiffres.

⁶⁷⁶ Le nom de domaine se divise en trois parties qui ont toutes une signification et se lit de droite à gauche :

-le *suffixe*, ou Top Level Domain(TLD), donne une indication sur l'activité exercée ou sur la géographie du site. Nous citerons « .com » ou « .fr ».

894. – Le nom de domaine n'est pas défini juridiquement alors qu'il est un élément clé du site marchand. Sans nature propre établie par le législateur, il ne peut être protégé convenablement. Cette « anomalie », sans doute liée à sa gestion par une organisation internationale privée, rend difficile pour l'Union européenne ou pour tout Etat membre de lui consentir un régime juridique propre.

895. – Néanmoins, une jurisprudence tend à accorder au titulaire du nom de domaine un droit « d'antériorité », lui permettant de l'opposer à un tiers ou à une marque non encore déposée, son exploitation effective du nom de domaine, non générique, étant exigée⁶⁷⁷. A contrario donc, sans exploitation pas de droit d'opposition. Selon la Cour de cassation « L'enregistrement d'un nom de domaine en soi, sans utilisation réelle de ce nom de domaine, ne constitue pas un acte de contrefaçon. Pour être contrefaisant un nom de domaine doit nécessairement correspondre à un site web actif afin que puisse être analysé le caractère similaire ou identique des produits »⁶⁷⁸. En conséquence, enregistrer un nom de domaine sans exploiter le site afférent laisse toute possibilité à un tiers d'utiliser un nom de domaine similaire. La protection juridique du nom de domaine est encore fragilisée par l'exigence de la jurisprudence qu'il ne soit pas constitué de termes descriptifs ou génériques, lesquels supprimeraient alors toute protection⁶⁷⁹. Le paradoxe repose sur le fait qu'un nom de domaine formé de termes génériques soit enregistré légalement mais qu'il ne donne aucun droit à son titulaire de s'opposer à sa copie par un concurrent. Par ailleurs, les organismes en charge de sa réservation n'ayant pas pour mission de vérifier si le nom choisi est déjà protégé par un droit de propriété intellectuelle (marque, droit d'auteur, etc.), le risque est important qu'il porte atteinte à un droit antérieur détenu par un tiers⁶⁸⁰. Un nom de domaine mal choisi peut ainsi engendrer, a posteriori, des conséquences désastreuses - condamnation en contrefaçon ou en concurrence déloyale, transfert dans le cadre d'une procédure extrajudiciaire UDRP (ICANN) ou Syreli (AFNIC). Enfin, si son enregistrement est effectué pour une période déterminée, sans prolongation, il retombe dans le domaine public et peut être réutilisé par un tiers concurrent.

-le *radical*, ou second niveau, d'importance majeure, relève de la partie la plus commerciale, celle que les internautes doivent retenir pour se diriger vers un site.

-« *www* », enfin, signe la présence du document recherché sur le réseau web.

La cyber-entreprise dispose de deux classes de suffixes :

- Les *géographiques*, appelés ccTLD (country club Top Level Domain) reliés à un code géographique (.fr, .eu...),
- Les *génériques* - reliés à un code d'activité : .com, .org... - appelés gTLD (generics Top Level Domain).

⁶⁷⁷ TGI, Nanterre, 4 nov. 2002, n°01/07878, Sté TEMENIS c/Association Afac,

⁶⁷⁸ V. aussi TGI Paris, 6 juil.2006, CDim c/Aaassur.

⁶⁷⁹ Versailles, 12^e ch., 17 juill.2012, n°11/01111.

V. aussi Bastia, civ., 20 mars 2013, n°2011/00867, A c/Iris Média et B.

⁶⁸⁰ TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 2 mars 2017.

896. – Ainsi, quoique le nom de domaine dispose de l'ébauche d'un « statut », élaboré par les tribunaux pour répondre à une nécessité pratique, il n'en demeure pas moins sans régime juridique propre, ce qui n'est pas sans conséquence quant à la confiance à laquelle aspire l'entreprise dans son activité commerciale électronique. Dès lors que l'entreprise fait appel au droit des marques, le Code de la propriété intellectuelle lui procure par contre à cet effet des outils juridiques sûrs.

897. – Si la marque peut être analysée comme un signe distinctif, et le nom de domaine comme une adresse textuelle dirigeant vers un site, ces deux éléments, quoique parfaitement distincts, n'en sont pas moins deux clés du développement économique de l'entreprise.

898. – L'Union européenne, ayant tôt pris conscience de l'importance de la marque, a cherché à plusieurs reprises à harmoniser les législations nationales, afin qu'une marque enregistrée puisse jouir de la même protection dans la législation de chaque Etat membre⁶⁸¹. Par la création d'un titre européen, le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993⁶⁸², plusieurs fois modifié, permet à la marque de rayonner sur toute l'Union par son uniformisation⁶⁸³.

899. – Aussi, en l'absence d'une réglementation juridique spécifique relative, soit au nom de domaine, soit aux mots clés facilitant le référencement, l'entreprise peut recourir au principe d'antériorité de la marque pour protéger son adresse virtuelle.

1. Deux notions distinctes : le nom de domaine n'est pas une marque

900. – Au prix d'une vraie gymnastique intellectuelle, la tentation a été forte - mais sans effet - de rattacher ou d'assimiler le nom de domaine à des notions existantes de droit commun.

⁶⁸¹ Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques

⁶⁸² Règlement (CE) n°40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire.

⁶⁸³ Depuis la Convention de Paris, le législateur européen s'est saisi du droit sur les marques suivant deux objectifs qui tendent à converger. D'une part, il a souhaité rapprocher, *harmoniser* les législations des Etats membres sur les marques par plusieurs directives intervenues à cet effet : la directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988, la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, et la directive 2015/2436 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. D'autre part, il a créé une marque *communautaire* avec le Règlement (CE) n°40-94 du Conseil du 20 décembre 1993, modifié par le Règlement 207/209 du Conseil du 26 février 2009, modifié par le Règlement (UE) 2015/2424 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2015 modifiant le règlement (CE) n°207/1009 du Conseil sur la marque communautaire.

901. – Marque et nom de domaine sont étroitement liés. Certains⁶⁸⁴ se sont posé la question de savoir si un nom de domaine pouvait être assimilé à une marque⁶⁸⁵. Si le dépôt de la marque est limité géographiquement et s'il ne vise que certaines classes d'activités⁶⁸⁶, préalablement choisies par son titulaire, l'enregistrement du nom de domaine, lui, ne connaît pas de frontière : ces deux notions ne se superposent donc pas, alors même que le nom de domaine peut devenir une marque et la marque un nom de domaine. Par conséquent l'enregistrement du nom de domaine - qui ne donne qu'un droit de jouissance, exclusif et temporaire, à son titulaire - ne peut être confondu avec le *dépôt* de la marque, lequel confère à son propriétaire un droit subjectif de propriété.

902. – Quant à la protection du nom de domaine, elle ne se profile, comme nous l'avons démontré, que par une jurisprudence prudente, cherchant à conférer à son titulaire, non un droit de propriété, mais opposable aux tiers.

903. – En résumé, le nom de domaine, sans ce statut juridique réel qui lui conférerait une protection efficace, « cohabite » avec le droit des marques, lui-même reconnu et harmonisé au sein de l'Union. Sans chercher à comparer deux notions incomparables, il est malgré tout possible d'affirmer que le législateur s'est davantage préoccupé de la marque que du nom de domaine. Les signes constitutifs d'une marque sont établis, les droits conférés par la marque sont déterminés. L'article 10 al. 1 de la directive 2015/2436 du 16 décembre 2015 rappelle que l'enregistrement d'une marque confère à son titulaire un droit exclusif sur celle-ci. L'article L 713-1 du Code de propriété intellectuelle dispose que « l'enregistrement de la marque confère à son titulaire un droit de propriété [...] ». Ainsi le droit subjectif accordé à son titulaire interdit à un tiers la reproduction et l'usage de sa marque sous quelque forme que ce soit. Ce principe communautaire permet de pallier au risque engendré par l'absence de reconnaissance et de protection du nom de domaine par le législateur. Savoir différencier ces deux éléments immatériels, marque et nom de domaine, n'empêche donc pas de reconnaître la capacité de l'un - la marque - à soutenir la protection de l'autre - le nom de domaine.

⁶⁸⁴ VERBIEST Thibault « Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? », *CCE*, n°4, avril 2008, éd. 10.

⁶⁸⁵ BOCHURBERG Lionel, « Internet et commerce électronique », 1^{re} éd., Delmas, 2001, 352 p., ISBN : 978-2-247-04176-3.

⁶⁸⁶ Une marque se dépose dans des catégories et sur un territoire.

2. Le principe d'antériorité de la marque comme protection du nom de domaine

904. – La marque vient « au secours » du nom de domaine dès lors, notamment, que l'entreprise dépose sa marque concomitamment avec l'enregistrement du nom de domaine qui la reproduit.

905. – Une entreprise ayant déposé une marque, imaginée puis choisie pour évoquer son environnement, sa culture, ses principes, son essence même, dispose des moyens juridiques de protéger ce signe au titre de la propriété intellectuelle. Le principe selon lequel le droit protège le premier dépôt d'une marque, permet sa défense. Les articles L 713-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle confèrent au titulaire de la marque différents droits, notamment celui d'interdire sa reproduction sous quelque forme que ce soit. L'entreprise a par conséquent la capacité d'interdire à un tiers d'utiliser sa marque comme nom de domaine dès lors qu'il existe un risque de confusion dans l'esprit du public⁶⁸⁷ et, ce faisant, elle « réserve » à son profit le nom de domaine reproduisant sa marque.

906. – Même si l'article L 45-2 du Code des postes et des communications électroniques vise l'attribution du nom de domaine par l'office d'enregistrement (AFNIC pour .fr) au demandeur éligible qui, le premier, en a fait la demande - selon le principe dit « du premier arrivé premier servi » -, un refus d'enregistrement ou de renouvellement d'un nom de domaine portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle - notamment la marque - peut être prononcé. Selon ce code, seule une personne ayant un intérêt légitime et étant de bonne foi⁶⁸⁸ - elle ne doit ni tromper le consommateur ni nuire à la marque⁶⁸⁹ - pourra utiliser un nom de domaine proche d'une marque. La jurisprudence semble peu constante dans la reconnaissance de l'intérêt légitime ou de la bonne foi et, même si la Cour de Cassation⁶⁹⁰ a pu faire référence à l'article L 45-2 du code précité au profit du titulaire du nom de domaine « champagne-sergehenriot.fr » qui utilisait de bonne foi son nom patronymique malgré l'existence d'une marque de champagne Henriot, il reste difficile pour un titulaire de nom de

⁶⁸⁷ Com., 5 juin 2019, n°17-22.132, sté Dataxy c/ département Saône et Loire,

⁶⁸⁸ La mauvaise foi du demandeur ou du titulaire d'un nom de domaine peut prendre la forme de toute spéculation sur celui-ci - enregistrement en vue de le vendre, de le louer ou de le transférer - sans exploitation effective, ou en vue de nuire à la réputation du titulaire d'un intérêt légitime ou d'un droit reconnu sur ce nom ou sur un nom apparenté, ou dans le but de profiter de la renommée du titulaire d'un intérêt légitime en créant une confusion dans l'esprit du consommateur.

⁶⁸⁹ L'art. R 20-44-46 du CPCE explicite les caractères d'intérêt légitime et de mauvaise foi. L'intérêt légitime d'un demandeur réside dans le fait d'utiliser « ce nom de domaine, ou un nom identique ou apparenté, dans le cadre d'une offre de biens ou de services, ou de pouvoir démontrer qu'il s'y est préparé ; d'être connu sous un nom identique ou apparenté à ce nom de domaine, même en l'absence de droits reconnus sur ce nom ; de faire un usage non commercial du nom de domaine ou d'un nom apparenté sans intention de tromper le consommateur ou de nuire à la réputation d'un nom sur lequel est reconnu ou établi un droit ».

⁶⁹⁰ Com, 21 juin 2011, n° 10-23.262, sté Champagne Henriot et autre c/sté Champagne Serge Henriot.

domaine de démontrer son intérêt légitime face à une marque enregistrée depuis de nombreuses années⁶⁹¹.

907. – Ainsi le dépôt d'une marque, en conférant un droit de propriété⁶⁹², interdit à un tiers d'enregistrer le même signe comme nom de domaine. En France, la jurisprudence applique le principe d'antériorité de la marque⁶⁹³ sur la réservation du nom de domaine⁶⁹⁴, que le nom de domaine soit en .fr ou en .com : la marque française reste protégée par son antériorité⁶⁹⁵, ce qui interdit sa reproduction en nom de domaine dans l'Etat de son dépôt.

908. – Par ailleurs, une entreprise qui aurait déposé une marque mais qui aurait oublié de l'enregistrer en nom de domaine, se verrait protégée contre les tiers⁶⁹⁶ qui reproduiraient son nom de marque en nom de domaine dans les mêmes classes d'activité et sur la même zone géographique que celle de son enregistrement⁶⁹⁷.

909. – Enfin, les marques notoires disposent d'un régime favorable. Dans le cas de notoriété, l'entreprise peut être protégée quelle que soit l'activité de son concurrent : l'article L 713-5 du Code de propriété intellectuelle sur la reconnaissance des marques notoires

⁶⁹¹ Versailles, civ.12^e ch, 14 mars 2017, n°15/08491, sté Dataxy c/le département SAONE ET LOIRE.

⁶⁹² CPI, art L 713-1 et s.

⁶⁹³ CPI, art. L 714-4.

⁶⁹⁴ TGI Bordeaux, ord. Réf, 22 juillet 1996, Apeso et Atlantel c/Icare et rêve, *Gaz. Pal*, 13-15 avril 1997, p 33.

⁶⁹⁵ TGI Paris, 22 février 2000, Relais et Châteaux c/ Grandes Etapes Françaises.

V. aussi TGI Paris, 18 mai 2006.

⁶⁹⁶ Si la reproduction est faite à l'identique - la marque et le nom de domaine portent le même nom ou, plus généralement, le même signe - et si les produits ou services fournis sont similaires, les tribunaux vont reconnaître la contrefaçon de la marque sans rechercher le risque de confusion. Dans le cas d'une imitation du signe de la marque, ne la rendant pas entièrement identique, les magistrats recherchent les éléments de nature à entraîner un risque de confusion et la Cour de Cassation (Cass, 25 mars 2014, n° 13-13690) a rappelé le principe selon lequel la contrefaçon s'apprécie par rapport au risque de confusion dans l'esprit d'un consommateur moyen. L'usage du nom de domaine doit être effectif, en renvoyant vers un site commercial, car la confusion, donc l'atteinte à la marque, sont impossibles si le nom de domaine n'est pas utilisé commercialement. Enfin le risque de confusion ne se produit que si le nom de domaine guide le consommateur vers un site qui vend des produits similaires ou identiques à ceux de la marque.

⁶⁹⁷ L'article L 45-2 du Code des Postes et des Communications Electroniques vise l'attribution du nom de domaine par l'office d'enregistrement (AFNIC pour .fr) au demandeur éligible qui, le premier, en a fait la demande. Le refus de l'enregistrement ou du renouvellement d'un nom de domaine portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle peut être prononcé, sauf si le demandeur justifie d'un *intérêt légitime et agit de bonne foi*. Cette exception au droit de la marque et à l'article L 713-6 du CPI participe d'une protection, modeste, du nom de domaine. L'article R 20-44-46 (modifié par le décret n° 2015-1317 du 20 octobre 2015) du CPCE explicite les caractères d'intérêt légitime et de mauvaise foi. *L'intérêt légitime* d'un demandeur réside dans le fait d'utiliser « *ce nom de domaine, ou un nom identique ou apparenté, dans le cadre d'une offre de biens ou de services, ou de pouvoir démontrer qu'il s'y est préparé ; d'être connu sous un nom identique ou apparenté à ce nom de domaine, même en l'absence de droits reconnus sur ce nom ; de faire un usage non commercial du nom de domaine ou d'un nom apparenté sans intention de tromper le consommateur ou de nuire à la réputation d'un nom sur lequel est reconnu ou établi un droit* ». La jurisprudence ne semble pas constante dans la reconnaissance de l'intérêt légitime et même si la cour de Cassation a pu faire référence à l'article L 45-2 du CPCE au profit du titulaire du nom de domaine « champagne-sergehenriot.fr » qui utilisait de bonne foi son nom patronymique malgré l'existence d'une marque de champagne Henriot, il reste selon nous difficile pour un titulaire de nom de domaine de démontrer son intérêt légitime face à une marque enregistrée depuis de nombreuses années (Versailles,

12^e ch, 14 mars 2017, n°15/08491, sté Dataxy c/le département SAONE ET LOIRE.)

La *mauvaise foi* du demandeur ou du titulaire d'un nom de domaine peut prendre la forme de toute spéculation sur celui-ci - enregistrement en vue de le vendre, de le louer ou de le transférer - sans exploitation effective, ou en vue de nuire à la réputation du titulaire d'un intérêt légitime ou d'un droit reconnu sur ce nom ou sur un nom apparenté, ou dans le but de profiter de la renommée du titulaire d'un intérêt légitime en créant une confusion dans l'esprit du consommateur

s'appliquant sur internet⁶⁹⁸, la marque notoire Milka a pu interdire à une couturière dénommée Milka d'utiliser son propre patronyme comme nom de domaine.

910. – Une pratique désormais répandue, le typosquatting, mérite notre attention : le typosquatteur enregistre un nom de domaine similaire à un nom déjà réservé mais en y insérant, délibérément, une erreur de frappe ou une faute d'orthographe lesquelles, commises à leur tour par des internautes inattentifs ou pressés, les dirigeront aussitôt vers le site malhonnête, détournant ainsi une partie de la clientèle de l'entreprise agressée. Il a pu être jugé par la Cour d'appel de Paris que la pratique illicite du cybersquatting, subtilement affinée en typosquatting⁶⁹⁹, constitue une contrefaçon de la marque et du site internet considéré comme une oeuvre collective⁷⁰⁰ : enregistrer « rueducommerc.com » ou « rueducommrce.com » est un acte de typosquatting répréhensible⁷⁰¹.

911. – Quant à la protection du nom de domaine par le dépôt d'une marque similaire, une réflexion et une précision s'imposent :

912. – La marque est déposée pour un ou plusieurs types d'activité (les classes), dans une ou plusieurs zones géographiques. Ces contraintes géographiques et d'activité ne sont pas un handicap majeur pour la protection du nom de domaine dans l'Union européenne.

913. – Il est tout à fait envisageable de déposer une marque auprès des Offices nationaux des Etats dans lesquels l'entreprise souhaite commercer dans la mesure où le droit des marques a été harmonisé par les directives européennes⁷⁰². Quoique les législations nationales conservent un pouvoir d'interprétation et de décision quant au droit des marques, le droit européen tend à parfaire leur harmonisation et à rapprocher leur système de fonctionnement de celui de la marque européenne.

914. – Affirmer que le nom de domaine est sans frontière n'est que partiellement exact, dans la mesure où ces frontières sont matérialisées, de fait, par la langue du site, la monnaie de paiement et les lieux de livraison indiqués⁷⁰³. Le problème que peut soulever la notion

⁶⁹⁸ Versailles, 12^e ch., 27 mars 2006, n^o , *RLDI* 2006/16, n^o466, Affaire Milka.

⁶⁹⁹ CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet : droit français et européen, op. cit.*

V. aussi TOUATI Arnaud, « Typosquatting : faut-il prévoir un nouveau cadre juridique pour lutter contre cette cybermenace ? » *Actualités du droit*, 28 juin 2018.

⁷⁰⁰ Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 30 nov.2011, web vision c/Trokers,

⁷⁰¹ TGI Paris, ord . réf., 10 avril 2006, aff. rue du commerce c/Brainfire Group.

V. aussi Lyon, 3^e ch, sect. B, 31 janv.2008, n^o06/05922, aff. www.pneus-online.com

⁷⁰² BINCTIN Nicolas, « Le droit de la propriété intellectuelle », in Association Henri Capitant, *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, collectif, 1^{re} éd. LGDJ, coll. Hors collection, 2016, p.64.

⁷⁰³ HAAS Marie-Emmanuelle, « La marque dans l'économie numérique », in *INPI La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, p.155, disponible sur

géographique de la marque est solutionné par le double système de dépôt au sein de l'Union, fondé sur une évolution législative récente⁷⁰⁴. L'entreprise dispose désormais de deux possibilités (cumulatives) pour déposer sa marque : elle peut choisir le dépôt auprès d'un ou plusieurs offices nationaux - sa marque sera protégée sur ce(s) territoires -, elle peut opter pour la marque européenne, protectrice dans tous les Etats membres. La marque de l'Union européenne est un titre unitaire qui s'applique aux 28 Etats, par lequel elle est protégée de la même façon au sein de tous les pays membres⁷⁰⁵. Par extension, le nom de domaine qui lui est attaché bénéficie de la même protection.

915. – L'enregistrement dans certaines classes d'activité, spécifiques, ne protégera, certes, le nom de domaine que dans ces activités : pour qu'un nom de domaine reproduisant une marque soit reconnu coupable de contrefaçon⁷⁰⁶, il faut qu'il vise un domaine d'activité similaire à celui de la marque et qu'il existe un risque de confusion auprès du public⁷⁰⁷.

916. – Par ailleurs, l'entreprise se doit de choisir, outre un radical de nom de domaine reproduisant sa marque, un suffixe de nom de domaine - géographique (.fr,...) ou générique (.com...) ⁷⁰⁸. Il convient de rappeler que le règlement (CE) n°733/2002 et le règlement n°874/2004 de la Commission du 28 avril 2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions de domaine de premier niveau .eu et les principes applicables en matière d'enregistrement, donnent une extension européenne aux entreprises par le nom de domaine « .eu »⁷⁰⁹. Les modalités d'enregistrement de ce nom de domaine, uniformisées dans tous les Etats membres, lui procurent un rayonnement dans toute l'Union européenne.

917. – En résumé, en l'absence d'une réglementation spécifique⁷¹⁰ relative au nom de domaine, élément important de l'actif immatériel de la cyber-entreprise, le principe consistant

https://www.inpi.fr/sites/default/files/pi_et_transformation_economie_numerique_inpi-imprimable.pdf

⁷⁰⁴ Règlement (CE) 40/94 du 20 décembre 1993 modifié par le Règlement (UE) 2015/2424 du 16 décembre 2015 modifiant le régime sur la marque communautaire, formant le chapitre VII du Code de la propriété intellectuelle inséré par l'ordonnance n°2001- 670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du Code de propriété intellectuelle et du Code des postes et des communications électroniques,

⁷⁰⁵ HAAS Marie-Emmanuelle, « La marque dans l'économie numérique », *op.cit.*

⁷⁰⁶ Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 nov.2011, *RLDI* 2011/78, n°2595.

⁷⁰⁷ Paris, pôle 5, 2^e ch., 4 décembre 2016, *RLDI* 2016/122, n°3896.

⁷⁰⁸ V. la note 599 pour plus d'explication sur la composition du nom de domaine.

⁷⁰⁹ Comme l'Afnic gère le .fr, l'EURID gère le .eu disposant de sa propre politique d'enregistrement défini par le législateur européen.

⁷¹⁰ Le titulaire d'un nom de domaine ne semble pas disposer d'un droit de propriété : il ne bénéficie que d'une jouissance temporaire, l'enregistrement auprès du bureau d'enregistrement ne courant que pour une durée limitée. Quant à son renouvellement possible, il ne préjuge pas davantage d'un droit de propriété puisqu'en cas d'oubli dudit renouvellement, le nom de domaine est perdu pour son titulaire. Cette absence de droit de propriété de son titulaire sur le nom de domaine ne lui enlève cependant pas son caractère de bien - toute valeur patrimoniale n'étant pas nécessairement le siège d'un droit de propriété - et elle n'affecte pas la faculté de sa cession : la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans une décision du 18 septembre

à reconnaître un droit exclusif au titulaire d'une marque, permet de protéger l'entreprise du risque de voir attribuer à un concurrent un nom de domaine reproduisant sa propre marque.

918. – De la même façon que le droit des marques protège le nom de domaine, l'application de ce droit assure la protection des « mots clés », éléments capitaux du référencement du site de la cyber-entreprise.

B. LE DROIT DES MARQUES PROTECTEUR DES MOTS CLÉS

919. – Le choix, par la cyber-entreprise, des mots-clés permettant, par l'entremise des moteurs de recherche, de diriger le consommateur directement vers leur site, est une étape stratégique de leur développement.

920. – La question s'est posée de savoir s'il était légal pour un prestataire proposant des systèmes de publicité payants (Google Adwords, par exemple) de vendre des mots clés reproduisant une marque, c'est-à-dire de choisir le nom d'une marque comme mot clé ? L'enjeu est de taille dans la mesure où, à partir des mots clés, un affichage de liens commerciaux renvoie à des sites de sociétés concurrentes. La jurisprudence s'est longtemps montrée hésitante : le prestataire était condamné pour acte de contrefaçon pour avoir utilisé le signe d'une marque sans son autorisation⁷¹¹ (art. L713-2 du Code de la propriété intellectuelle), à moins que les tribunaux ne refusent de constater sa quelconque responsabilité⁷¹². Un arrêt de la Cour de la Justice de l'Union Européenne⁷¹³ a résolu l'interrogation en spécifiant : d'une part que le prestataire d'un service de référencement (un moteur de recherche) ne peut être retenu responsable au motif qu'il ne joue aucun rôle actif, c'est-à-dire qu'il n'utilise pas le signe de la marque dans une activité commerciale et, d'autre part, que l'annonceur commet un acte de contrefaçon en réservant les mots clés appartenant à un tiers pour des produits et services identiques à ceux de la marque. Dans cette affaire, la Cour a dit pour droit que l'annonceur agit

2007, aff. Paeffgen GmbH c/Allemagnen, mentionne le droit de céder le nom de domaine. Pour sa part, la charte de nommage de l'Afnic prévoit la possibilité de sa transmission volontaire. Ainsi, parce qu'il est un bien, même en l'absence de droit de propriété, le nom de domaine peut faire l'objet d'une cession.

⁷¹¹ TGI Nanterre, 2 mars 2006, Hôtels Méridien c/ Google France.

V. aussi Aix en Provence, 7 déc. 2007, TXD industries c/ Google.

TGI Paris, 4^e section, 14 févr. 2006, n°04/05745.

Dans cette affaire le Tribunal en 1^{re} instance a interdit l'utilisation des mots clés Viton, Vuitton. Jugement confirmé par la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2006, n°05/00968.

CJUE, 23 mars 2010, aff.C-236/08

Civ, 13 juill.2010, n°06-20.230.

⁷¹²TGI Paris, 8 déc.2005, Kertel c/Google et a.

⁷¹³CJUE, 23 mars 2010, aff.C-236/08, Google France SARL et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA ; COUSIN G. « Usage de la marque d'autrui en tant que mot clé sur internet », 1^{er} fév. 2011, *Lettre des réseaux* ; SCHAFFNER M., *JCP E*, 1^{er} avril 2010, n°13-14 ; D.2010, 885, obs. MANARA C. ; CCE, 2010, comm. N°132 CARON C.

dans un cadre commercial. En tout état de cause il revient aux juridictions nationales d'apprécier les faits, au cas par cas, pour rechercher s'il y a risque ou non d'atteinte à la fonction d'indication d'origine. En ce sens, le Code de la propriété intellectuelle protège les mots clés des marques, quoiqu'ils puissent désormais être utilisés par des tiers, les annonceurs étant contraints pour leur part d'indiquer le terme « annonce » sur chaque lien renvoyant à un concurrent⁷¹⁴.

921. – Indépendamment de l'utilisation non autorisée d'une partie ou de la totalité du site commercial et/ou du nom de domaine, éléments fondateurs du patrimoine immatériel de l'entreprise, cette dernière doit faire face à un risque d'une nature différente : l'attaque de son système informatique. Si des textes réglementaires permettent de la sanctionner, l'anonymat et le caractère transfrontière de l'Internet rendent leur efficacité souvent aléatoire.

§3 : UN SOUTIEN PROTECTEUR DE L'ENTREPRISE CONTRE LES ATTAQUES DE SON SYSTÈME INFORMATIQUE

922. – Toute entreprise fondée sur le commerce électronique s'est nécessairement adaptée aux nouvelles technologies informatiques et numériques. Que l'on évoque sa gestion financière, celle de sa clientèle ou de sa vitrine virtuelle, toute son activité est informatisée, numérisée, au prix de beaucoup d'énergie, de temps et d'argent. Les systèmes informatiques se révèlent des éléments vitaux pour le professionnel, déterminants pour son développement. L'absence de connexion internet, le blocage du site marchand, le vol de données à caractère personnel et tout autre type d'attaque⁷¹⁵ peuvent être économiquement désastreux. Hier, s'il voulait s'approprier les actifs de l'entreprise, le délinquant devait pénétrer physiquement dans les lieux pour commettre ses infractions, le vol et la destruction étant les plus courantes. Aujourd'hui, l'atteinte aux nouveaux actifs incorporels, dématérialisés, de l'entreprise peut s'opérer à distance sans la moindre effraction des locaux. L'anonymat et l'utilisation des voies de communication dans le cyberspace rendent possibles des agressions aussi nombreuses que sophistiquées contre les actifs incorporels de l'entreprise. Celle-ci se trouve confrontée à une délinquance d'un type nouveau, reposant sur un large arsenal, notamment, de logiciels malveillants, souvent issus des profondeurs du Darknet, cet internet obscur, caché, sur lequel

⁷¹⁴ Com, 25 sept.2012, 11-18.110.

V. aussi Com, 13 juill.2010, n°06-20.230, Google France c/ Sté Louis Vuitton Malletier.

⁷¹⁵ V. pour un aspect technique : ACISSI, *Sécurité informatique : apprendre l'attaque pour mieux de défendre*, sept. 2017, 5^e éd., ENI, coll. Epsilon.

séviennent des réseaux criminels recourant à tous les outils nécessaires à une attaque informatique⁷¹⁶.

923. – Si elle n'est pas légalement définie, la cybercriminalité désigne « tout fait illégal commis au moyen d'un système ou d'un réseau informatique ou de tout autre réseau physique connexe ou en relation avec un système informatique »⁷¹⁷. L'ONU la définit comme « tout comportement illégal faisant intervenir des opérations électroniques qui visent la sécurité des systèmes informatiques et des données qu'ils traitent ». Pour l'OCDE, la cybercriminalité renvoie à « tout comportement illégal ou contraire à l'éthique ou non autorisé qui concerne un traitement automatique de données et/ou de transmission de données ». Sont ainsi concernés les accès non autorisés à un ordinateur, à un réseau, à un disque dur ou à des fichiers de données électroniques. Le Rapport du groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité de 2014⁷¹⁸ précise qu'« il s'agit davantage d'une manière d'opérer particulière particulière qui, utilisant ou ciblant un système d'information facilite la commission de l'infraction, puisqu'un simple clic informatique suffit pour passer à l'acte ou atteindre à distance la victime potentielle, même si la mise en scène et les techniques utilisées sont souvent très élaborées, en démultipliant les effets, en permettant, simultanément, d'attaquer de nombreuses cibles et en bénéficiant de la rapidité de propagation que permet l'outil tout en assurant une certaine impunité à son auteur, qui bénéficie, le plus souvent, d'un anonymat fortement protégé et de l'extranéité qui résulte de la localisation des serveurs et du lieu de stockage des données des principaux prestataires d'Internet ». Dans sa première recommandation, le rapport contre la lutte sur la cybercriminalité propose la définition suivante : « La cybercriminalité regroupe toutes les infractions pénales tentées ou commises à l'encontre ou au moyen d'un système d'information et de communication, principalement Internet ».

924. – Si le système informatique est crucial pour toute entreprise, il l'est plus spécifiquement encore pour celle qui a pour objet le e-commerce car il constitue son indispensable outil de travail. Sa haute performance est le gage du fait que le client ne se dirige pas vers un concurrent : certains l'analysent comme « le reflet du service proposé au client »⁷¹⁹,

⁷¹⁶ V. QUEMENER Myriam, *Le droit face à la disruption numérique*, 1^{re} éd., Gualino, coll : Hors collection, p.71, ISBN : 978-2-297-06980-9.

L'auteur évoque ce « monde de l'économie souterraine » dans lequel il est possible « de réaliser des investigations dans la clandestinité du début jusqu'à la fin ».

⁷¹⁷ Loi n°2014-006, 19 juin 2014 sur la lutte contre la cybercriminalité.

⁷¹⁸ Ministère de la Justice, ROBERT Marc, février 2014, *Protéger les internautes- Rapport sur la cybercriminalité*, 482 p. disponible sur : <https://ladocumentationfrancaise.fr>.

⁷¹⁹ BROT Olivier, 29 sept.2015, E-commerce : l'expérience client passe par la visibilité de vos systèmes informatiques, consulté sur : <https://www.journaldunet.com/solutions/expert/62245/e-commerce---l-experience-client-passe-par-la-visibilite-de-vos-systemes-informatiques.shtml>

raison pour laquelle le cyber-commerçant se doit d'éviter « l'échec » de son site marchand s'il veut assurer la pérennité de son entreprise. Les systèmes informatiques, après avoir permis l'essor du commerce électronique, ont profité en retour de son propre développement – appuyé sur le net - pour assurer le leur.

925. – L'histoire des ordinateurs est récente, depuis 1951, date de commercialisation du tout premier appareil au bureau de recensement américain⁷²⁰, jusqu'aux années 1977-1978 qui voient l'apparition des micro-ordinateurs grand public. L'histoire des infractions qui leur sont associées a donc pris sa source il y a peu.

926. – Le profil des délinquants, appelés pirates, est hétérogène mais, qu'il s'agisse du facétieux cherchant, par amusement, à « craquer » un système, de l'escroc désireux de détourner de l'argent, ou du malveillant souhaitant nuire par intérêt, par principe ou par idéologie, tous ont un point commun : leur habileté à utiliser les technologies nouvelles des voies de communication, sans qu'ils soient nécessairement férus d'informatique. Pour l'essentiel, du loup solitaire à l'organisation structurée, la délinquance « en ligne » s'attaque plutôt aux cyber-entreprises en vue de monnayer les données qu'elles possèdent, détourner leurs fonds ou nuire à leur e-réputation.

927. – Les cyber-commerçants constituent une cible de choix compte tenu du recours aux systèmes informatiques et aux réseaux qu'ils utilisent dans leur activité de commerce électronique, en particulier ceux qui assurent le paiement à distance. Il est difficile de comptabiliser l'ensemble des infractions commises contre les systèmes informatiques des entreprises de vente à distance en regard du faible nombre de plaintes déposées : les entreprises préfèrent souvent la discrétion à la communication, leur volonté délibérée de garder secrète toute cyberattaque préservant leur réputation auprès du consommateur, tout affaiblissement de réputation abaissant sa confiance.

928. – Si ce risque incontestable peut constituer un réel danger pour les deux acteurs de la relation commerciale, il est indispensable, afin de stimuler spécifiquement la confiance du professionnel dans cet espace, si ce n'est dangereux, au moins inquiétant, de lui donner d'une part les armes juridiques pour combattre les attaques dites informatiques - « La cyber sécurité constitue un enjeu majeur du XXI^{ème} siècle et concerne les entreprises comme les Etats

⁷²⁰V. Histoire de l'informatique, disponible sur : histoire.info.online.fr/ordinateurs.html.

[...] »⁷²¹ - et, d'autre part, de tendre vers un consensus général de lutte contre ce fléau⁷²². En ce sens, la volonté affirmée du législateur, européen et national, d'agir contre la cybercriminalité peut servir de garantie de confiance au professionnel.

929. – Après avoir répertorié les outils des pirates et leurs modes opératoires, susceptibles d'affecter gravement le fonctionnement de la cyber-entreprise par des atteintes à son système informatique (A), nous nous attacherons à démontrer l'engagement du législateur, notamment quant à la prise en compte des enjeux économiques de la lutte contre cette délinquance (B) avant d'établir la détermination de l'Union européenne face à ce fléau (C).

A. L'ÉTAT DES LIEUX DE LA DIVERSITÉ DES ATTAQUES CONTRE LES SYSTÈMES INFORMATIQUES

930. – Les pirates informatiques disposent d'outils évolutifs leur donnant les moyens de mettre en œuvre des procédés d'attaque spécifiques⁷²³. Bloquer d'un simple clic le fonctionnement d'une entreprise de vente en ligne, extirper ses données, détruire à distance et en un temps record son système informatique : l'imagination des cyber-voyous ne connaît pas de limite et les exemples abordés dans cette étude ne prétendent pas à l'exhaustivité.

1. Des outils d'attaque évolutifs

931. – Les concepteurs malveillants des attaques contre les entreprises ne manquent pas d'inspiration quant aux moyens employés pour parvenir à leurs fins.

932. – Le *cheval de Troie* tient son nom du légendaire épisode de « l'Iliade » d'Homère selon lequel les Grecs, ne parvenant pas à pénétrer dans la capitale des Troyens, décidèrent d'offrir à ses habitants un cheval en bois, ce stratagème permettant à leurs propres soldats, cachés à l'intérieur de l'animal, d'investir la cité ennemie.

933. – En reproduisant ce modèle, le cheval de Troie des cybercriminels est un programme masqué, dissimulé dans un autre, qui ne se réplique pas lui-même - à la différence du virus - mais qui a la capacité d'ouvrir une porte dérobée (*backdoor*) dans laquelle il peut s'engouffrer (malwares) ou par laquelle il rend possible l'accès à des utilisateurs

⁷²¹ QUEMENER Myriam, *Le droit face à la disruption numérique*, op. cit., p 68.

⁷²² OHGLUSSEN Charles, « L'avance des cybercriminels sur le droit », *Le petit Juriste*, 21 août 2015.

⁷²³ FEARL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd., Dalloz, coll.Praxis Dalloz, p 911.

malveillants⁷²⁴. Le malware⁷²⁵ ZeuS a ainsi causé d'importantes pertes financières auprès de différentes banques par un vol organisé dont le montant a approché 100 millions de dollars, et SpyEye a permis de dérober des identifiants bancaires. L'ouverture d'une pièce jointe peut être fatale après l'envoi d'un email du type Love-Letter-for-you.tx. Quant à CryptoLocker - autre cheval de Troie, de type rançongiciel -, il menace de détruire des données si une rançon n'est pas payée, à l'instar de JIGSAW, capable de vider un disque dur en 72 h dans les mêmes conditions.

934. – Le *virus* se déplace en toute discrétion au sein du système informatique. Il intègre un programme, un fichier exécutable. Il a la capacité de se propager d'un ordinateur à un autre en les infectant successivement mais il ne se développe qu'au moment de l'exécution du programme sain. Sous forme de pièces jointes, il cause de lourds dégâts. Les virus semblent être les premiers responsables des attaques envers les entreprises (23% des entreprises concernées)⁷²⁶. Quant au *ver*, il se propage sans intervention humaine et contamine nombre d'e-mails.

935. – Ce type d'outil a permis, en moins de 24 heures, de bloquer des dizaines de milliers d'ordinateurs, dans l'attente du paiement d'une rançon, sur toute la planète. Le virus WannaCry s'en est pris, notamment, à FedEx, à Renault France et au service national de santé du Royaume-Uni. Les PME sont, désormais, particulièrement sujettes à ces attaques pendant lesquelles le « *ransomware* » chiffre les données des entreprises, les rend donc inutilisables, jusqu'à ce que la cible accepte de payer une rançon lui permettant - parfois - de les récupérer.

936. – Le Club de la Sécurité de l'Information Français - CLUSIF⁷²⁷ - ayant enquêté sur les menaces informatiques et les pratiques de sécurité en France en 2012, avance des chiffres éloquentes : « les infections par virus restent la première source d'incidents d'origine malveillante pour les entreprises (23% des entreprises concernées), avant les vols ou disparitions de matériels (19%). Quant aux attaques logiques ciblées, elles n'ont concerné que 3% des entreprises, de même que les fraudes informatiques ou touchant aux systèmes de télécommunication. On dénombre aussi 2% d'entreprises concernées par des actes de dénigrement ou d'atteintes à l'image, autant d'intrusions sur les systèmes d'information, ainsi

⁷²⁴ V. <https://www.commentcamarche.com/contents/1234-chevaux-de-troie-informatique>

⁷²⁵ Logiciel malveillant.

⁷²⁶ QUEMENER Myriam, *Le droit face à la disruption numérique*, op.cit., p.77.

⁷²⁷ CLUSIF, rapport 2012, *Menaces Informatiques et Pratiques de Sécurité en France*, éd.2012.

qu'1% d'entreprises victimes de sabotages physiques ». D'après cette même enquête, seules 6% des entreprises déposent plainte suite à un incident de sécurité.

937. – Le *logiciel espion*, appelé aussi « mouchard » ou « *spyware* », est un logiciel malveillant qui s'installe sur un ordinateur afin de collecter puis de transférer des informations sur ce qu'il voit (informations personnelles, ou autres, de toute nature...) en adaptant au monde numérique le travail ancestral de l'espion ordinaire.

938. – Le droit positif prend en compte une double dimension - un outil et un mode opératoire - sans distinguer la sanction entre producteurs et utilisateurs desdits instruments : la détention, la cession, la mise à disposition ou la production de virus informatiques sont punies par le code pénal⁷²⁸ de la même façon que les infractions qu'elles participent à commettre.

939. – Recourant à ces outils, principalement disponibles dans le *darknet*, les modes opératoires revêtent aussi des formes diverses.

2. Des modes opératoires multiples

940. – Il est possible de différencier les modes opératoires malveillants selon qu'ils utilisent des procédés basés sur la technique - le déni de service - ou qu'ils s'appuient plutôt sur l'ingénierie sociale - l'escroquerie, le *phishing*. Nous évoquerons succinctement quelques exemples.

941. – Le *phishing* - contraction de *fishing* (pêcher) et de *phreaking* (piratage de lignes téléphoniques), souvent traduite par *hameçonnage* -, désigne le procédé consistant à usurper l'identité de la cyber-entreprise et à adresser à ses clients un mail leur demandant de bien vouloir se connecter, via un lien hypertexte, à une fausse page web intégrant, par exemple, un faux formulaire, à compléter par leurs données personnelles⁷²⁹, ainsi captées frauduleusement. Il peut être alors aisé de détourner, au profit du pirate, des paiements dus au cyber-commerçant.

942. – La demande de *rançon* est ce procédé consistant, pour le cyberdélinquant, à faire chanter l'entreprise-cible en la menaçant de divulguer au public les vols de données qu'il lui a fait subir, ou à bloquer son système informatique après l'avoir crypté. Le paiement d'une rançon au voyou permettrait alors d'acheter son silence ou d'obtenir de lui la clé de décryptage rétablissant le système informatique.

⁷²⁸ CP., art.323-3-1.

⁷²⁹ <https://www.commentcamarche.com/contents/65-le-phishing-hameconnage>

943. – Le *pharming*, issu de la fusion du *phishing* et du *farming* (exploité)⁷³⁰, est cette attaque consistant à modifier la conversion faite par un serveur DSN en adresse IP : le trafic vers un site marchand est détourné au profit d'un faux site ayant l'apparence du vrai.

944. – Sans nous attarder sur un quelconque développement technique, il convient de relever que les systèmes informatiques des entreprises - particulièrement ceux des acteurs de la vente en ligne, dont ils fondent la vie économique - peuvent être atteints de façons multiples par nombre d'actes malveillants affaiblissant toute confiance du professionnel dans l'environnement sain qui lui est nécessaire. Endiguer complètement ces attaques semble un objectif hors de portée. Elles sont la face noire des nouvelles technologies et du cyberspace qui portent le commerce électronique, et elles évoluent avec un temps d'avance sur tous les moyens de protection envisageables. Afin que l'entreprise ne considère pas ce fléau comme une fatalité, sentiment peu propice à sa confiance dans le concept du commerce électronique, le législateur a très tôt souhaité lui montrer son engagement à ses côtés dans la lutte contre cette délinquance. Cette volonté s'accomplit, principalement, par la dotation de règles pénales lui permettant d'engager toute action judiciaire.

B. LA SANCTION DES INFRACTIONS CONTRE LES SYSTÈMES INFORMATIQUES

945. – Les pirates informatiques auteurs d'attaques contre les cyber-entreprises françaises sont, de toute évidence, basés n'importe où sur la planète. Aussi convient-il, avant de considérer comment le droit positif assure la protection de ladite entreprise en sanctionnant les infractions informatiques, d'exposer le principe de territorialité de la loi pénale.

946. – La cybercriminalité est porteuse d'une spécificité originelle en ce qu'elle s'applique à des infractions commises à distance, parfois (souvent) depuis l'étranger, donc par des auteurs difficilement identifiables : il convenait dès lors d'adapter les règles de territorialité. La loi n° 2016-73 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, vient faciliter l'application du droit pénal aux infractions informatiques. En effet, dès lors que « tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou

⁷³⁰ *Qu'est-ce que le farming et comment l'éviter ?* consulté sur <https://www.kaspersky.fr/resource-center/definitions/pharming>

d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République »⁷³¹. La loi pénale française trouve ainsi à s'appliquer dans de nombreuses situations⁷³².

947. – Si le commerçant physique peut être l'objet d'agressions physiques, le commerçant en ligne devient la proie potentielle de délinquants devenus virtuels... quoique leurs délits soient très réels.

948. – Les dispositions spécifiques, liées à l'informatique, prévues par la première loi nationale de répression des actes de criminalité informatique, dite loi Godfrain⁷³³, incriminent les infractions commises contre le système de traitement automatique des données (STAD). Si aucune définition légale n'en a été donnée, il est cependant possible de se référer à celle proposée par le Sénat lors des débats parlementaires : « tout ensemble composé d'un ou de plusieurs unités de traitement, de mémoire, de logiciels, de données, d'organes d'entrées-sorties et de liaisons, qui, concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs de sécurité ». En référence à cette formulation, un réseau de carte bancaire, un disque dur, un ordinateur ou un site internet sont des STAD, que nous évoquerons en tant que « systèmes informatiques ».

949. – La loi n°88-19 du 5 janvier 1988, dite loi Godfrain, a établi l'arsenal pénal permettant de sanctionner les attaques visant les STAD, en introduisant les articles 323-1 à 323-7 au sein du Code pénal⁷³⁴. Au sujet de cette loi, il a pu être dit qu'« on accuse souvent le législateur d'agir en retard. S'agissant des infractions visant les systèmes de traitement automatisé de données, cette critique n'est pas fondée. La loi Godfrain, qui a pris le soin de ne pas être associée à une technologie particulière, est régulièrement adaptée au développement des activités humaines dans le cyberspace. De ce fait, elle n'a pas pris une ride⁷³⁵ ». Si les articles 41 à 46 de loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ont apporté quelques améliorations - notamment en aggravant certaines peines - ils n'ont pas remis en cause le dispositif législatif. Cette loi a introduit un nouvel article L 323-3-1 dans le

⁷³¹ CP, art. 113-2-1 modifié par la loi n°2016-73 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁷³² Une cyberattaque peut atteindre plusieurs entreprises de nationalités diverses, se pose alors la question du choix de la loi.

⁷³³ Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, dite loi Godfrain.

⁷³⁴ CAPRIOLI Eric A., « Introduction au droit de la sécurité des systèmes d'information (SSI) », in *Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007, p.72.

⁷³⁵ Général Watin-Augouard, « La loi Godfrain au plus près de l'actualité criminelle », observatoire Fic.com, 23 déc. 2014, consulté sur :

<https://observatoire-fic.com/la-loi-godfrain-au-plus-pres-de-lactualite-cybercriminelle-par-le-general-darmee-2s-watin-augouard/>

Code pénal qui condamne l'importation, la détention, la cession, la mise à disposition de tout matériel permettant de commettre une attaque du système informatique. D'autres apports législatifs sont venus compléter la loi Godfrain ; la loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 a modifié l'article 323-3 du Code pénal, palliant ainsi à l'impossibilité, jusqu'alors, de qualifier l'infraction constituée par le vol de données, en l'absence de « soustraction » d'un bien à autrui.

950. – En 1999, le système de codification des infractions informatiques du secrétariat général d'Interpol en recensait près de 30 types, tous n'ayant certes pas trait au e-commerce⁷³⁶. L'OCDE⁷³⁷ divise les infractions concernant les cyber-entreprises en deux catégories : le sabotage des systèmes informatiques et l'intrusion au sein dudit système⁷³⁸. Il convient de démontrer comment l'arsenal pénal français permet de sanctionner l'ensemble de ces attaques.

1. La répression du sabotage des systèmes informatiques

951. – Le sabotage est fréquemment défini comme une forme de vandalisme informatique. S'il peut n'avoir pour but que la simple malveillance, il n'en constitue pas moins un outil d'enrichissement apprécié des cyber-délinquants. L'arsenal pénal distingue l'attaque ciblée sur le système de traitement automatisé des données de celle dirigée vers les données dans le système informatique.

a. Le sabotage du système informatique global

952. – Le cyber délinquant peut choisir pour cible le système informatique complet, son but étant alors « l'échec » du site, lequel est rendu inaccessible. Parmi toutes les formes possibles d'attaque, nous ne prendrons que quelques exemples, démontrant que le code pénal, principalement adapté par la loi dite Godfrain, permet de sanctionner les infractions informatiques dans leur ensemble.

953. – Une infraction spécifique, le *déni de service*, consiste soit à saturer le site par l'envoi en masse de requêtes submergeant le serveur au point qu'il ne puisse alors plus répondre aux requêtes réelles, soit à exploiter une faille du système afin de le rendre inutilisable⁷³⁹. Le but du délinquant étant de « bloquer » le site marchand⁷⁴⁰, son indisponibilité engendre

⁷³⁶ LIANG Jiamshung, *Criminalité informatique*, Diplôme professionnel supérieur en sciences de l'information et des Bibliothèques, ENSSIB, 1999.

⁷³⁷ OCDE, *La fraude liée à l'informatique : analyse des politiques juridiques Organisation de coopération et de développement économiques*, éd. Paris OCDE 1996, coll. Politique d'information, d'informatique et de communication.

⁷³⁸ BOOS Romain, *La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des Etats*, Thèse Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine, 9 déc. 2016.

⁷³⁹ V. <http://www.commentcamarche.com/contents/52-attaque-par-deni-de-service>

⁷⁴⁰ Selon que le site est rendu indisponible à partir d'une même et seule adresse IP ou à partir de multiples serveurs il s'agit d'une attaque DOS - Denial of Services - ou DDOS pour Distributed Denial Of Services.

évidemment de lourdes pertes financières pour la cyber-entreprise, lui fait courir le risque de voir le consommateur se diriger sur un site concurrent et nuit à sa réputation.

954. – Ce sabotage du système informatique est sanctionné par l'article 323-2 du code pénal issu de la loi Godfrain qui dispose que « le fait d'entraver ou de fausser le fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ». L'élément matériel de l'infraction est constitué par le dysfonctionnement du système attesté par un constat. Un acte positif doit être réalisé par l'auteur de l'infraction⁷⁴¹. L'élément moral est l'intention d'entraver le système informatique. L'article 323-5 prévoit des sanctions complémentaires à caractère dissuasif envers l'auteur de l'infraction, notamment l'interdiction d'exercer dans le domaine informatique⁷⁴².

955. – Le cyber délinquant ne s'introduit pas dans le STAD par son acte de déni de service. Il reste à l'extérieur du système, en submergeant le serveur de demandes jusqu'à son arrêt total : l'article 323-1 du Code pénal, visant l'accès au système, ne lui est donc pas applicable, l'infraction n'étant pas constituée au vu du texte.

b. Le sabotage des données contenues dans des systèmes informatiques

956. – L'une des grandes richesses des cyber-entreprises repose sur les données de leurs clients, ce « nouvel or noir » facilement monétisable. Cette accumulation de pépites n'a pas échappé au cyber délinquant, lequel ambitionne d'utiliser ces mêmes données pour son propre compte, à des fins diverses : revente de fichiers, de cartes bancaires sur le darknet, utilisation des données pour des achats en ligne, etc.

957. – Les données figurant au sein des systèmes informatiques font clairement l'objet d'une extrême convoitise de la part des pirates. Le livre blanc de la Fédération du E-Commerce

⁷⁴¹Poitiers, 5 avr. 1994.

⁷⁴² CP, art. 323-5 dispose : « les personnes physiques coupables des délits prévus au présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 ;

2° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ;

3° La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit, à l'exception des objets susceptibles de restitution ;

4° La fermeture, pour une durée de cinq ans au plus, des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;

5° L'exclusion, pour une durée de cinq ans au plus, des marchés publics ;

6° L'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ;

7° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'art. 131-35 du CP. »

et de la Vente à Distance (FEVAD⁷⁴³), avance des chiffres corroborant leur caractère attractif auprès des cyber-délinquants: « 23 000 données volées par attaque en moyenne, une perte de données toutes les 6h30 et, en 3 ans, une augmentation de 67% du vol de données »⁷⁴⁴.

958. – Infecter le système par un malware⁷⁴⁵ a pour but le sabotage du système en supprimant des fichiers indispensables à son fonctionnement, en détruisant ou en détournant des données : « Il existe différents types de malwares : les virus, les vers, les chevaux de Troie ou les bombes logiques ; certains se chargent en mémoire, d'autres infectent directement le disque dur. Les virus se répliquent et se propagent en s'insérant dans d'autres logiciels. Les vers se répandent directement entre ordinateurs souvent par email, partage de fichiers ou Internet. Les chevaux de Troie quant à eux permettent de prendre la main sur l'ordinateur infecté ou de récupérer des informations de sa victime »⁷⁴⁶. Par le chantage au vol de données, ou ransomware, le maître-chanteur menace de divulguer la totalité des données piratées faute de paiement de la rançon exigée. La cyber-entreprise peut être victime d'un *défaçage* de son site⁷⁴⁷, matérialisé par l'atteinte à des données de fonctionnement, notamment visuelles⁷⁴⁸ : l'aspect original est alors remplacé par des messages ou des vidéos s'en prenant à l'entreprise, ou la ridiculisant, dans un but de malveillance pure ou dans l'intention de la rançonner.

959. – L'article 323-3 alinéa 1 du Code pénal dispose que « Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ».

960. – Réprimer les actes multiples constituant des sabotages informatiques est donc possible. A cette fin, la loi dite Godfrain conserve son caractère actuel, ce qui démontre l'effectivité du droit positif au service de la protection des actifs du cybercommerçant.

⁷⁴³ FEVAD : association créée en 1957 qui rassemble et fédère l'ensemble des acteurs du e-commerce et de la vente à distance quel que soit leur secteur d'activité.

⁷⁴⁴FEVAD, Livre blanc : *cybersécurité et e-commerce*, octobre 2016, disponible sur https://www.fevad.com/wp-content/uploads/2016/11/FEVAD_Livre-Blanc_vf.pdf

⁷⁴⁵ Qu'est-ce qu'un virus informatique et un antivirus ? – Altospam consulté sur : <https://www.altospam.com/glossaire/virus.php>

Un virus informatique est un programme écrit dans le but de se propager sournoisement et rapidement à d'autres ordinateurs. Il perturbe plus ou moins gravement le fonctionnement de l'ordinateur infecté

⁷⁴⁶ Antivirus, malware et virus informatique, <https://www.altospam.com/glossaire/virus.php>

⁷⁴⁷ BOOS Romain, *La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des Etats*, *op.cit.*

⁷⁴⁸ CAPRIOLI Eric A. « Le « défaçage » de site sanctionné pénalement », *Comm.com. électr.*, n°3, mars 2009,

2. La répression de l'intrusion dans un système informatique

961. – Le fait de s'introduire dans le système informatique d'une entreprise peut obéir à plusieurs motivations, entre l'envie de révéler les failles d'un système - dans l'espoir de passer pour un héros de l'informatique - et l'intention de nature malveillante. Quelle que soit leur ambition, les délinquants disposent de leur boîte à outils habituelle, remplie, notamment, de logiciels et de virus toujours plus élaborés, souvent accessibles en vente « libre » sur le darknet.

962. – La loi Godfrain a souhaité donner aux victimes les moyens légaux permettant de sanctionner les attaques informatiques basées sur l'accès, puis le maintien, dans les « lieux » non autorisés.

a. Définition et répression de l'accès

963. – Le fait de pénétrer dans un système informatique et de s'y maintenir sans aucune autorisation est défini par certains auteurs comme « un casse »⁷⁴⁹. Les deux principaux procédés d'intrusion dans un STAD sont le cheval de Troie - plus particulièrement la pièce jointe, infestée, qui contamine l'ordinateur à son ouverture en donnant au délinquant un accès non autorisé - et l'usurpation d'identité - d'une personne habilitée à pénétrer le système.

964. – La concurrence déloyale ou l'espionnage industriel⁷⁵⁰ recourent, notamment, à l'accès non autorisé.

965. – L'article 323-1 du Code pénal dispose : « Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 60 000 € d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende. [...] ».

966. – Ce texte ne donne aucune définition de l'accès frauduleux, ni d'aucun procédé qui le rendrait possible. Pourtant la question portant sur la fraude s'est posée dès lors que le site pénétré se révélait *insuffisamment* protégé. Cette interrogation a donné lieu à un débat et à une hésitation jurisprudentielle. La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 5 avril 1994⁷⁵¹, a d'abord rejeté l'exigence d'une base de données sécurisée pour relever l'infraction, au motif

⁷⁴⁹ *Le Lamy droit du numérique, op.cit.*, p 1560.

⁷⁵⁰ Crim, 22 nov. 2005, n°05-82.200.

⁷⁵¹ Paris, 11^e ch. corr. Section A, 5 avril 1994, *Les Petites Affiches*, n°80 du 5 juill. 1995, chron. J. Huet; *JCP E*, 1995, I, 461, obs. VIVANT M., LESTANC C.

qu'il suffit « que le maître du système ait manifesté l'intention d'en restreindre l'accès aux seules personnes autorisées [...] ». Puis, dans un arrêt du 30 octobre 2002⁷⁵², la même Cour a considéré « qu'il ne peut être reproché à un internaute d'accéder ou de se maintenir dans les parties des sites qui peuvent être atteintes par la simple utilisation d'un logiciel grand public de navigation, ces parties de site, qui ne font par définition l'objet d'aucune protection de la part de l'exploitant du site ou de son prestataire de services, devant être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès ». Il semblait donc qu'en l'absence d'un système de protection, l'infraction d'accès frauduleux n'était pas constituée. Cependant, en 2009, la Cour d'Appel de Paris⁷⁵³ juge à nouveau « qu'un trouble manifestement illicite est constitué, alors même que l'accès aux données n'est pas limitée par un dispositif de protection ; qu'il suffit que le maître du système ait manifesté l'intention d'en restreindre l'accès aux seules personnes autorisées. » Comment, en l'absence de système protégé, le maître du système manifeste-t-il alors son intention d'en restreindre l'accès?

967. – Dans l'affaire dite « Bluetouff »⁷⁵⁴, en 2014, la Cour d'Appel de Paris⁷⁵⁵ retient l'absence d'accès frauduleux dans un STAD du fait d'une intrusion rendue possible grâce à une défaillance technique du système, mais elle condamne le prévenu pour *maintien frauduleux* après qu'il a constaté la présence d'un contrôle d'accès par l'existence d'un code et d'un mot de passe. La Cour de Cassation en 2015 confirme la décision⁷⁵⁶. Cette affaire présente l'intérêt de distinguer l'accès frauduleux du maintien frauduleux. Ainsi, accéder au système informatique d'une entreprise en profitant d'une faille technique ne constitue pas une infraction, tandis que s'y maintenir sans autorisation, alors même qu'il est insuffisamment protégé, la constitue dès lors que son auteur a pris conscience (élément intentionnel) de son erreur, notamment en parcourant l'arborescence des fichiers et en en déduisant que lesdites données ne doivent pas lui être accessibles : si l'intrusion n'est pas frauduleuse, le maintien le devient⁷⁵⁷.

968. – L'installation d'une *keylogger* a suscité d'autres interrogations quant à l'intrusion ou non dans un système informatique. Cette technique consiste à déposer dans un terminal un logiciel espionnant, à l'insu des utilisateurs, les frappes du clavier, les codes

⁷⁵² Paris, 12^e ch., sect.A, 30 oct. 2002, aff. Antoine C. c/ Ministère Public, société Tati (affaire Kitettoa), *Comm. Com. Electr.* 2003, comm.5, GRYMBAUM L.

⁷⁵³ Paris, 2^e ch., 9 sept. 2009, Affa.Damien B. c/ Forever Living Products France, *Comm.Com. Elect.* 2009, comm.120, CAPRIOLI Eric A.

⁷⁵⁴ BASTIEN D. « Que nous enseigne l'affaire Bluetouff ? », 22 juill. 2014, disponible sur village.justice.com

⁷⁵⁵ Paris, pôle 4, 10^e ch., 5 févr. 2014, n°13/04833 affaire Bluetouff, *CCE* n°4, avr. 2014, comm. 40, CAPRIOLI Eric A.

⁷⁵⁶ Crim, 20 mai 2015, n°14-81.336 (aff. Bluetouff).

⁷⁵⁷ Il convient de noter que la Cour dans l'affaire Bluetouff a condamné « l'intrus » pour « vol » de données. Malgré l'utilisation de ce terme par la plus haute juridiction, il convient de rappeler que la notion pénale de vol nécessite une soustraction de la chose ; or, dans le cas de copie de données par un délinquant, le fichier reste en possession de son propriétaire.

d'accès, etc, cette « surveillance » permettant ensuite d'accéder aux courriels. Pour la Haute juridiction il s'agit bien d'une intrusion sans autorisation et non d'une simple capture des caractères de frappe⁷⁵⁸.

969. – En cas d'intrusion ayant eu pour conséquence soit « une suppression ou la modification des données » soit « une altération du fonctionnement du système⁷⁵⁹ » le législateur a prévu une peine spécifique de deux ans d'emprisonnement ou de 30 000 € d'amende, peine plus lourde que celle évoquée à l'alinéa 1 de l'article 323-1⁷⁶⁰.

b. Définition et répression du maintien

970. – S'installer dans une banque de données à la manière d'un « promeneur » est interdit depuis la loi Godfrain du 5 janvier 1988⁷⁶¹.

971. – L'article 323-1 du code pénal sanctionne le maintien frauduleux dans le système informatique au même titre que l'accès⁷⁶². Le maintien frauduleux découle d'une absence d'autorisation. Dès lors, comment qualifier le maintien dans le système suite à une erreur d'accès ? L'accès par inadvertance - en l'absence de volonté, donc d'élément moral - ne constitue pas une infraction, mais le maintien - après avoir pris conscience du « mauvais chemin emprunté » - devient frauduleux⁷⁶³. L'interrogation porte aussi sur le fait de déterminer à partir de quel moment ce « maintien » est avéré. Il devient une infraction aussitôt que l'intrus s'aperçoit qu'il n'a pas l'autorisation d'accéder ou de se maintenir dans le système - s'il lui est, par exemple, demandé la communication de codes de sécurité.

972. – L'arsenal pénal national est donc effectif. Face à la mosaïque d'infractions commises contre leurs systèmes informatiques, les entreprises ne sont pas démunies. Elles peuvent s'appuyer sur les dispositions du droit pénal, lequel a su s'adapter aux attaques de leurs actifs incorporels, en particulier des systèmes informatiques indispensables à leur bon fonctionnement. Au-delà des textes répressifs, l'Etat redouble d'efforts en instaurant des services spécialisés dans le domaine de la cyberdélinquance, qu'il s'agisse des enquêteurs en

⁷⁵⁸ Crim, 16 janv.2018, n°16-87.168.

⁷⁵⁹ CP, art.323-1 al 2.

⁷⁶⁰ CAHEN Murielle, Intrusion dans un système informatique, consulté sur https://www.murielle-cahen.com/publications/p_intrusion.asp

⁷⁶¹ Loi n° 88-19, 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, dite loi Godfrain.

⁷⁶² BOULOC B., « Le maintien frauduleux dans un STAD », *RTD Com*, 31 déc .2015.

⁷⁶³ V. Crim, 20 mai 2015, n° 14-81.336 (affaire Bluetouff).

technologie numérique de la Gendarmerie ou des investigateurs en cybercriminalité de la Police.

973. – Cependant, si cette effectivité du droit national, parfois incomplète - aucune infraction pénale ne vise spécifiquement à ce jour l'utilisation des spams -, n'est pas douteuse, plusieurs interrogations se posent quant à son efficacité. Dans son rapport annuel le Ministère de l'Intérieur⁷⁶⁴ mentionne que les attaques n'ont, certes, pas poursuivi leur forte croissance, mais qu'elles persistent en 2018. Par ailleurs, il semble difficile de mesurer les atteintes « cybercriminelles » contre les systèmes informatiques, les entreprises étant peu nombreuses à porter plainte afin de protéger leur e-réputation.

974. – La lourdeur et la lenteur des procédures font, à leur corps défendant, le jeu de la cyber délinquance. Surtout, le caractère d'extranéité - si répandu - de la cyberattaque empêche l'application du droit national. Débusquer un délinquant utilisant des relais (*botnets* ou *proxies*) dissimulés, nécessite la collecte de preuves souvent localisées à l'étranger. Or le droit pénal, en tant que représentant de la souveraineté d'un Etat, n'autorise pas toutes les investigations en dehors de ses frontières nationales. Enfin, parce qu'une même infraction peut relever de plusieurs droits alors que tous les Etats ne sont pas dotés d'une même législation⁷⁶⁵, ces disparités sont un avantage dont peuvent aussi profiter les délinquants. Le droit national, par conséquent, n'apporte pas, malgré son effectivité, tous les outils qui permettraient aux entreprises de voir sanctionnés les auteurs des attaques dont elles sont victimes. C'est pourquoi l'Union européenne, ayant pris conscience de ce fléau, a choisi de mener une lutte commune contre la cybercriminalité.

C. LES LIMITES DU DROIT NATIONAL : LA CONTRE-ATTAQUE DE L'UNION EUROPEENNE

975. – Pour l'ancien Président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, « les cyberattaques sont parfois plus dangereuses pour la stabilité des démocraties et des économies que les fusils et les chars »⁷⁶⁶. En 2018, 80% des entreprises européennes ont connu un incident lié à la cybercriminalité⁷⁶⁷ : s'y opposer est devenu une des priorités de la

⁷⁶⁴ Ministère de l'Intérieur, 2019, *L'état de la menace liée au numérique*.

Disponible sur : www.interieur.gouv.fr/Actualites/communiqués/L-Etat-de-la-menace-liee-au-numerique-en-2019

⁷⁶⁵ PEREIRA Brigitte, « La lutte contre la cybercriminalité : de l'abondance de la norme à sa perfectibilité », *Revue internationale de droit économique*, 2016, 3, t.XXX, p. 387 à 409.

⁷⁶⁶ Allocution lors du discours sur l'état de l'Union de septembre 2017.

⁷⁶⁷ Source : Ministère de l'Intérieur, 2019, *L'état de la menace liée au numérique*, *op.cit.*

Commission. Au risque de voir freiné l'essor de l'économie numérique en général, du commerce électronique en particulier, et de saper toute confiance dans son environnement, l'Union européenne ne pouvait se permettre de ne pas traiter ce fléau. Elle est donc intervenue, afin de devenir « le chef de file de la cybersécurité à l'horizon 2025, afin d'assurer, dans le cyberspace, un climat de confiance et la protection des citoyens, des consommateurs et des entreprises et afin de permettre un Internet libre et régi par le droit »⁷⁶⁸. Cette stratégie européenne au service du recul de la cyberdélinquance n'est certes pas fondée sur un « droit pénal européen », mais elle démontre la volonté affirmée des Autorités. Les actions de l'Union européenne en la matière sont nombreuses. Elles reposent, notamment, sur un effort de coopération entre Etats ou organismes⁷⁶⁹.

976. – Par ailleurs, au plan international, une convention sur la cybercriminalité a été signée par 45 Etats le 23 novembre 2001, à Budapest⁷⁷⁰, tous ne l'ayant pas ratifiée. Son préambule affirme ses objectifs en précisant que ses signataires (67 à ce jour) sont « convaincus de la nécessité de mener, en priorité, une politique pénale, commune destinée à protéger la société de la criminalité dans le cyberspace, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par l'amélioration de la coopération internationale », et également « convaincus que la présente Convention est nécessaire pour prévenir les actes portant atteinte à la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes informatiques, des réseaux et des données ainsi que l'usage frauduleux de tels systèmes, réseaux et données, en assurant l'incrimination de ces comportements, tels que décrits dans la présente Convention, et l'adoption de pouvoirs suffisants pour permettre une lutte efficace contre ces infractions pénales, en facilitant la détection, l'investigation et la poursuite, tant sur le plan national qu'au niveau international, et en prévoyant des dispositions matérielles en vue d'une coopération internationale rapide et fiable ».

977. – Il ne s'agit nullement de mettre en place un droit pénal international mais d'harmoniser certaines catégories d'infractions - non pas leur sanction - et de prévoir une coopération. La Convention de Budapest est le premier traité international dédié aux infractions liées à l'informatique.

Disponible sur : www.interieur.gouv.fr/Actualites/communiqués/L-Etat-de-la-menace-liee-au-numerique-en-2019

⁷⁶⁸ Jüri RATAS, Sommet numérique de Tallinn de septembre 2017.

⁷⁶⁹ Pour ex. V. la Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union.

⁷⁷⁰ La loi n°2005-493 du 19 mai 2005 approuve la Convention sur la cybercriminalité.

978. – Le succès du recours à l'arsenal pénal existant est parfois incertain, compte tenu de l'anonymat et de la volatilité de cyber-délinquants dont le terrain de jeux est planétaire. Pourtant, son existence même permet de sanctionner l'ensemble des infractions informatiques. L'ancienneté relative de la loi Godfrain ne constitue aucunement un obstacle, tant sa grande intelligence fut d'appréhender les infractions dans leur globalité. Afin de faire face à leur recrudescence, l'Union Européenne a choisi d'axer la lutte contre la cybercriminalité - au moins en ce qui concerne les infractions liées aux données - autour de la prévention des risques. Le règlement général pour la protection des données à caractère personnel⁷⁷¹ a ainsi posé les contraintes mises à la charge des cyber-entreprises : évaluer les risques et mettre en place des procédures et des mécanismes de sécurité. Aussi lourdes que soient ces obligations, elles se révèlent un moyen efficace de lutte contre la cyber-délinquance, la responsabilisation des entreprises ayant pour elles un effet collatéral de protection et non celui - que l'on aurait pu redouter - d'obstacle à leur développement.

⁷⁷¹ Règlement n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, dit RGPD.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

979. – L'actif incorporel de la cyber-entreprise occupe une place centrale, déterminante, dans son développement, fondé sur l'innovation. Si les moyens de communication issus des nouvelles technologies assurent son succès, ils n'en sont pas moins porteurs de risques. Face à la copie de son site commercial ou à celle de son nom de domaine, le code de la propriété intellectuelle apporte à l'entreprise les moyens juridiques lui permettant de défendre son patrimoine. Parce que le cyber-commerçant se voit confronté à des attaques informatiques de plus en plus virulentes, mettant à mal cette autre part de son patrimoine, quelle que soit l'effectivité de la réglementation nationale, une coopération européenne semble indispensable pour lutter contre ce fléau. Elle permettrait de fonder plus solidement, au profit de l'entreprise, le socle de confiance indispensable au développement du commerce électronique.

980. – Donner confiance à l'entreprise dans le commerce électronique, par la protection de son patrimoine incorporel qu'elle a construit dans la société de l'information, ne suffit pas. Assurer, parallèlement, la confiance du consommateur dans ce mode de commerce en protégeant son consentement, son choix de contracter, bref, en lui donnant la maîtrise sur son consentement répond à la même impérieuse nécessité.

CHAPÎTRE 2

LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR PAR DES RÈGLES SPÉCIFIQUES

981. – Le consommateur est défini, pour la première fois, par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, dite loi Hamon⁷⁷², transposant la directive n°2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »⁷⁷³. Le e-commerce a engendré un consommateur d'un nouveau type que nous dénommons cyberconsommateur, ou e-consommateur, caractérisé par son engagement par voie électronique. Si la voie numérique permet de brouiller les frontières entre les consommateurs réels et les « proconsommateurs »⁷⁷⁴ nous choisissons d'entendre par cyberconsommateur toute personne physique qui agit à des fins non professionnelles.

982. – La volonté de protéger le consommateur n'est certes pas contemporaine de l'ère numérique. Elle est plutôt, depuis longtemps, le fruit d'un consensus général selon lequel cet acteur économique est considéré « en situation de faiblesse »⁷⁷⁵. Une forme de postulat exprime que le rapport entre le professionnel et le consommateur est déséquilibré, notamment en matière de connaissance, ce qui doit conduire le législateur, par des méthodes diverses, à rétablir ledit équilibre. Dans le monde numérique, la « faiblesse » du consommateur est plus manifeste encore : elle résulte à la fois de la distance qui le sépare de l'entreprise avec laquelle il contracte au moyen d'une technologie particulière lui offrant l'opportunité, en quelques secondes, de se livrer à un acte d'achat, et de la nature spécifique de la société de l'information, avide, pour la valeur qu'elles représentent, de ses données personnelles. L'éloignement entre les deux acteurs de la relation commerciale et le recours à des outils informatiques inédits ne sont pas les seuls responsables du déséquilibre. L'achat de biens ou de prestations par voie électronique suscite des interrogations d'un autre ordre, fondées sur la gestion des traces laissées par le consommateur sur Internet et des risques qu'il encourt en conséquence. L'exploitation des données à caractère personnel, cette ressource originale née des nouvelles

⁷⁷² La loi n°2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, dite Loi Hamon.

⁷⁷³ Cette définition légale figure dans l'article liminaire du code de la consommation.

⁷⁷⁴ Les « proconsommateurs » sont des particuliers qui vendent en ligne de façon habituelle, en récoltent un certain revenu, sans respecter les obligations liées à toute activité économique. En quelque sorte ils sont des consommateurs professionnels.

⁷⁷⁵ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^{ème} éd., DALLOZ, coll. précis, 2010, p. 2.

technologies de la société de l'information, engendre des inquiétudes quant à la vie privée des consommateurs.

983. – Deux théories⁷⁷⁶ s'opposent quant aux méthodes assurant la protection, en général, du consommateur. Si certains Etats - les Etats-Unis notamment, fidèles à leur conception économique du marché - développent une approche libérale d'autorégulation, les autorités européennes ont, pour leur part, préféré adopter une orientation associant à la régulation organisée une autorégulation fondée sur la création de codes de bonne conduite, applicables par les entreprises. Nous nous attacherons exclusivement aux règles juridiques spécifiques posées par le législateur en faveur de cette régulation organisée.

984. – Face à ce triple défi - lié à la distance, à la technologie et aux données - nous constatons que le législateur souhaite responsabiliser le consommateur en privilégiant son information, au service de sa confiance. Il entend ainsi élever son niveau de connaissance afin qu'il dispose de l'entière maîtrise de ses décisions au moment d'acheter en ligne et de confier ses données personnelles. Fournir toutes les informations nécessaires aux consommateurs afin qu'ils opèrent un choix avisé quand ils passent un acte d'achat, « c'est admettre qu'ils sont capables de défendre eux-mêmes leurs intérêts »⁷⁷⁷. Si les règles traditionnelles de protection du consommateur s'appliquent, naturellement, au commerce électronique, le législateur, qui souhaite assurer son développement, opte, dans ce cadre spécifique, pour une information à toutes les étapes de la transaction. Une exigence de transparence et de loyauté confère à l'information sa qualité et son efficacité dans le consentement du consommateur.

985. – En droit européen et national, l'information est conçue comme un moyen de redonner au consommateur d'une part la maîtrise de son engagement dans l'acte d'achat (section 1) et, d'autre part, celle de la collecte et du traitement de ses données à caractère personnel (section 2).

⁷⁷⁶ DREXEL Josef, Le commerce électronique et la protection de consommateurs, *Revue internationale de droit économique* 2002/2 (t.XVI), p. 405-444.

⁷⁷⁷ CALAIS -AULOY Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 24-25.

SECTION 1 – UNE INFORMATION À TOUTES LES ÉTAPES DU CONTRAT

986. – Le déficit d'informations engendre, partout, la méfiance⁷⁷⁸. Le doute constitue le frein le plus puissant à l'acte d'achat. L'information est donc nécessaire pour « stabiliser les attentes des consommateurs et créer la confiance dans les contrats »⁷⁷⁹.

987. – Les causes de la faiblesse du consommateur dans une transaction électronique reposent sur son manque de connaissance des produits et de son « droit ». Face à lui, le professionnel profite d'un avantage indéniable, que nul ne peut lui reprocher, mais dont les conséquences en terme de déséquilibre, méritent d'être corrigées : il connaît parfaitement son contrat - il le propose -, il connaît parfaitement ses produits - il les vend - et sa qualité de professionnel lui apporte une meilleure connaissance du droit. Ce rapport a pu être décrit comme « une asymétrie informationnelle »⁷⁸⁰.

988. – L'infériorité de connaissance du consommateur⁷⁸¹ a donné lieu à pléthore de textes législatifs, censés réduire sa vulnérabilité. Ainsi, l'obligation d'information devient un instrument du droit de la consommation pour protéger le consommateur⁷⁸², pour lui redonner un pouvoir sur ses décisions. Des règles concrètes sont adoptées pour le protéger contre « les risques que les méthodes modernes de commercialisation lui font courir »⁷⁸³. Dans l'hypothèse d'un achat en ligne, ces « méthodes modernes » sont reconnues porteuses de risques jusqu'alors inédits : le cyberconsommateur n'identifie plus un magasin physiquement matérialisé, mais une boutique virtuelle hors de tout repère géographique ; il n'est plus confronté à un produit, mais à sa photographie ou à sa description ; quand est venu l'instant de passer à l'acte d'achat, il recourt à un matériel informatique, à un téléphone ou à une tablette, dont l'usage lui est plus ou moins familier et qu'il manipule plus ou moins habilement.

989. – Ces risques ne peuvent s'analyser que comme des réticences de sa part à recourir au e-commerce, par la méfiance qu'ils induisent. C'est pour gommer cet obstacle que le législateur contraint l'entreprise à fournir au cyberconsommateur un nombre plus grand

⁷⁷⁸ FORTICH Silvana, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, Thèse de doctorat droit privé, Université Panthéon-Assas, 24 fév. 2016, p.134.

⁷⁷⁹ REICH N., « Droit et confiance », *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 423/19, p.171.

⁷⁸⁰ JACQUEMIN H., *Contrat et Immatériel*, Bruylant, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 2015, p.62.

⁷⁸¹ CHAZAL Jean-Pascal, *vulnérabilité et droit de la consommation*, *op. cit.*

⁷⁸² FORTICH Silvana, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, *op. cit.* p.141.

⁷⁸³ SERLOOTEN P., « Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t.27, 1979, p. 135.

d'informations, elles-mêmes dites renforcées, qu'il faut comprendre comme trouvant leur source dans le droit commun de la consommation autant que dans des règles spécifiques aux contrats passés à distance et par voie électronique.

990. – Alors que l'obligation d'information précontractuelle corrige en somme la distance qui sépare les acteurs de la transaction commerciale (§1), toutes les erreurs liées à une manipulation hasardeuse de l'outil technique sont évitées par l'information apportée au consommateur tout au long du processus le conduisant à conclure le contrat et à donner son consentement avisé, en confiance (§2). Après avoir recherché les éléments d'information délivrés au consommateur afin de le rendre maître de son consentement, nous pourrions alors nous interroger sur la réelle efficacité de la politique de l'information (§3).

§1 : DES INFORMATIONS PRÉCONTRACTUELLES PLÉTHORIQUES

991. – Le fait que le cyberconsommateur soit considéré alternativement comme un consommateur traditionnel, ou comme un consommateur pratiquant la vente à distance ou, enfin, comme un consommateur utilisant le contrat électronique, explique que le formalisme informatif soit multiple. Il convient donc avant tout de répertorier les principales sources de ces informations précontractuelles.

992. – La directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de vente à distance met en place une obligation d'information spéciale précontractuelle. En droit national, l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 a modifié les articles L 121-16 et suivants anciens du code de la consommation portant diverses informations à fournir spécifiquement pour les ventes à distance. La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique prend en compte la protection du consommateur qui s'engage par voie électronique. Dans son considérant 7 elle mentionne sa volonté de « garantir la sécurité juridique et la confiance du consommateur ». Cette directive a été transposée tardivement par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, laquelle confirme l'application de la législation des contrats à distance aux contrats par voie électronique. Enfin, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite loi Chatel, a contribué à parfaire l'information du client. La Directive du 25 octobre 2011⁷⁸⁴ relative aux droits des consommateurs modifiant, à la lumière de

⁷⁸⁴ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

l'expérience acquise⁷⁸⁵, la Directive du 20 mai 1997, a repris l'essentiel des textes anciens tout en accentuant la protection du client, notamment par un allongement du délai du droit de rétractation. La directive a pour objectif « de contribuer, en atteignant un niveau élevé de protection du consommateur, au bon fonctionnement du marché intérieur en rapprochant certains aspects des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux contrats conclus entre les consommateurs et les professionnels ». L'écrasante majorité des voix ayant voté cette directive⁷⁸⁶ est la preuve tangible de la volonté européenne de protéger le consommateur dans l'objectif du développement du commerce. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014⁷⁸⁷, dite loi Hamon, relative à la consommation, a transposé la directive 2011 dans le code de la consommation. Outre la création des actions de groupe, elle a tenté de rééquilibrer les relations entre consommateurs et professionnels par l'amélioration et le renforcement des droits contractuels des premiers, en attribuant notamment des pouvoirs accrus à l'autorité chargée de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Le droit français offre désormais un niveau de protection comparable au cyberconsommateur et au consommateur traditionnel, parfois même plus élevé en faveur du premier.

993. – La réglementation se compose donc de textes européens et français, insérés au sein du Code civil, du Code de la consommation, lesquels ont pour objectif d'assurer au consommateur une « protection élevée », principalement grâce à la mise à sa disposition de nombreuses informations, censées lui permettre de donner un réel consentement. La transparence et l'information sont ainsi reconnues comme les deux clés de la confiance.

994. – Par ailleurs, postulant qu'un consommateur informé est un client confiant, l'Union Européenne s'est dotée de plusieurs outils d'information, parmi lesquels l'agenda du consommateur - dont les rôles, divers, s'étendent de la promotion de sa sécurité au renforcement de la connaissance de ses droits - et le programme Consommateurs 2014-2020 - qui développe notamment la notion de son information⁷⁸⁸.

995. – Les informations précontractuelles peuvent être classées en deux catégories : celles instaurées par la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁷⁸⁹, conférant toute

⁷⁸⁵ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Poursuite de l'harmonisation de la directive sur les droits des consommateurs », *RTD eur.* 2011.p. 497.

⁷⁸⁶ 615 voix pour, 16 contre et 21 abstentions.

⁷⁸⁷ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁷⁸⁸ http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/fr/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.5.1.html

⁷⁸⁹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

transparence quant à l'identité des acteurs du site (A), et celles devant être communiquées au consommateur dans le cadre de la transaction commerciale (B).

A. UNE TRANSPARENCE SUR L'IDENTITÉ DES ACTEURS DU SITE

996. – Dès 1881 la loi sur la liberté de la presse a mis en place l'obligation d'identifier les responsables d'une publication. Le site marchand étant considéré comme une publication établie par un professionnel en vue de communiquer sur des produits ou des services à destination du public, il est légitime que l'article 6-III.1 de la loi LCEN contraigne tout éditeur de service de communication au public, donc d'un site, à mettre à sa disposition un standard ouvert indiquant l'identité de l'éditeur et de l'hébergeur du site.

997. – Dès 1999, l'OCDE, par une recommandation sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique⁷⁹⁰ avait suggéré de fournir au consommateur des informations concernant l'entreprise avec laquelle il s'engage. Parce qu'identifier son co-contractant est rassurant, la transparence sur l'entreprise est affirmée par l'article 19 de la loi LCEN⁷⁹¹ : aux obligations traditionnelles liées à la vente par correspondance, elle en associe d'autres, supplémentaires, concernant l'identité des professionnels numériques.

998. – Dès lors, l'anonymat et l'impersonnalité de la transaction sont évacués. En cas de conflit, le consommateur sait à quel interlocuteur s'adresser et où retourner le produit. Cette forme de dissolution du virtuel est la première étape, fondamentale, de l'information précontractuelle, donc le premier indicateur de la mise en confiance du consommateur.

1. L'identification des divers intervenants au sein d'un site

999. – Il convient d'abord d'établir quels sont les intervenants, au sein du site marchand, visés par la loi LCEN, dont l'identité doit être révélée au consommateur.

L'éditeur

1000. – Le législateur n'ayant pas défini l'éditeur, ce dernier a fait l'objet de plusieurs précisions⁷⁹². La jurisprudence a tenté de tracer son contour, afin de le différencier de

⁷⁹⁰ OCDE, Recommandation du Conseil relatives aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, 9 déc. 1999, consulté sur : www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/prod/Guidelines_final_fr.pdf

⁷⁹¹ Modifié par la loi n°2011 -525 du 17 mai 2011 (art 177).

⁷⁹² MARGNOUX Pierre-Yves, 3 juillet 2009, Editeur de site internet : un métier dangereux ? , consulté sur : www.journaldunet.com,

l'hébergeur. Le Tribunal de Grande Instance de Paris, dans une ordonnance de référé du 9 février 2009⁷⁹³, en donne une définition négative : « n'est pas éditeur ni celui qui ne peut pas intervenir de quelque manière que ce soit sur la création du site, ni celui qui ne peut exercer un contrôle préalable ou qui ne peut ajouter quelque valeur au site avant d'en assurer un hébergement ». Autrement dit, un éditeur de site est la personne physique ou morale, participant activement à la création du site, qui détermine le contenu mis en ligne⁷⁹⁴ et qui peut intervenir sur ce contenu. Lorsque le cybercommerçant crée lui-même son site marchand, sans appel à un tiers, il en est l'éditeur mais, s'il recourt à l'aide d'une tierce personne, celle-ci devient le réalisateur du site et donc son éditeur.

1001. – Doit être communiqué au consommateur le nom de l'éditeur : s'il s'agit d'une personne physique, ses nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription. Si l'éditeur est une personne morale, seront fournis sa dénomination, ou sa raison sociale et son siège social, son numéro de téléphone et, s'il s'agit d'une entreprise assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social.

1002. – L'indication du nom de l'éditeur, figurant en pratique dans les mentions légales du site, a l'intérêt de nommer clairement le responsable du contenu du site⁷⁹⁵. Cette information facilite l'action du consommateur en cas de litige.

Le directeur et le co-directeur de publication

1003. – Conformément à l'article 92 -2 de la loi n° 82-642 du 29 juillet 1982, tout service de communication au public par voie électronique est tenu d'avoir un directeur de publication. Si dans la presse écrite le directeur de publication souffle la ligne éditoriale et contrôle tout ce qui est publié, son rôle est plus complexe en matière d'information et de communication numériques⁷⁹⁶ car il lui revient de surveiller toutes les publications figurant sur le site y compris, s'il s'agit d'un site interactif, celles issues d'internautes dont les commentaires

⁷⁹³ TGI Paris, ord. Réf., 9 Févr. 2009, Limberley P. C/ Cincent B., Sivit, Univerpodcast, MySpace Inc, ZePeople, iTunes Store

⁷⁹⁴ TGI Paris, ch. civ., du 15 avril 2008, 08-01371.

⁷⁹⁵ TGI Nanterre, ord. réf., 7 mars 2008, consulté sur :

<http://www.juriscom.net>

⁷⁹⁶ L'article 93-2 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle contraint tout service de communication au public par voie électronique d'avoir un directeur de la publication.

pourraient être constitutifs d'infractions⁷⁹⁷. Le plus fréquemment, l'éditeur d'un site est considéré comme le directeur de publication.

1004. – S'il est une personne physique, son nom doit être clairement mentionné. Si l'éditeur est une société, un responsable de publication est désigné, qui peut être le Président, le Gérant ou le représentant légal, dont le nom est indiqué. Le directeur de publication, en sa qualité de responsable du contenu du site, s'assure de sa légalité et notamment de ce qu'il ne porte aucune atteinte aux droits des tiers, faute de quoi sa responsabilité est engagée⁷⁹⁸. Naturellement, en cas de diffamation, ou d'atteinte à la vie privée, il peut être condamné⁷⁹⁹.

L'hébergeur du site marchand

1005. – L'hébergeur⁸⁰⁰, défini par la loi LCEN, est une personne, physique ou morale, offrant à la disposition des éditeurs une place sur son serveur informatique leur permettant de stocker des signaux, des écrits, des images, des sons ou des messages de toute nature. Son rôle est purement technique⁸⁰¹ et consiste à faciliter l'usage du site par les internautes. Compte tenu de sa fonction, la loi LCEN lui a conféré une quasi irresponsabilité civile et pénale sur les contenus des sites hébergés⁸⁰². Néanmoins, l'internaute peut l'informer des éléments illicites qu'il relève afin que l'hébergeur suspende promptement leur diffusion. En ce sens, le cyberconsommateur doit être informé de son identité.

1006. – Ses coordonnées - son nom, sa dénomination sociale, son adresse et son numéro de téléphone - sont indiquées au consommateur.

Le cybercommerçant

1007. – Afin de faire face aux spécificités de la vente à distance, la loi LCEN contraint l'entreprise à communiquer ses coordonnées complètes au consommateur.

1008. – Doivent être indiqués sur le site marchand les noms, les prénoms ou la dénomination sociale pour les personnes morales, l'adresse physique à laquelle l'entreprise est

⁷⁹⁷ CAHEN Murielle, Responsabilité du directeur de la publication : même en cas d'externalisation ? consulté sur : <https://murielle-cahen.com/publications/responsabilite-editeur.asp>

⁷⁹⁸ La responsabilité est visée par les articles 42 et 43 de la loi du 29 juillet 1881, relative à la liberté de la presse.

⁷⁹⁹ TGI Nanterre, 1^{re} ch., 28 avril 2011, aff. Corse presse – Nice Matin/Clovis C.

⁸⁰⁰ La différenciation entre l'éditeur et l'hébergeur est primordiale en matière de responsabilité. En effet, contrairement à l'éditeur du site, l'hébergeur n'est pas tenu responsable des propos et/ou images illégaux figurant sur le site, la loi ne lui ayant pas donné une obligation générale de surveillance de son contenu mais ne lui ayant imposé qu'une simple obligation de supprimer les indications illicites ou d'en interdire l'accès dès leur connaissance. Sa responsabilité civile et pénale ne peut être engagée que si, des faits litigieux lui ayant été notifiés, il n'a pas réagi promptement pour les supprimer.

⁸⁰¹ CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, D.2010, AJ 885, obs. MANARAC.

Civ, 1^{re} ch., 17 fév.2011, n°09-67.896, sté UGC images c/ sté Dailymotion.

⁸⁰² V. pour ex. Com, 5 mai 2009, n°08-11.672, sté Dw c/ sté Ebay Europe

établie, son adresse électronique, ses coordonnées téléphoniques, le montant de son capital social et l'adresse exacte de son siège social. Afin de donner la possibilité au consommateur de vérifier l'existence juridique de l'entreprise, cette dernière fait part de son numéro d'identification au Registre du Commerce et des Sociétés ou au Répertoire des Métiers. Le cas échéant, elle indique son numéro de TVA, le nom et l'adresse de toute autorité lui ayant délivré une autorisation et son titre professionnel. Elle mentionne les règles professionnelles dont dépend son activité lorsqu'elle est réglementée. Il n'est ainsi pas possible d'être vendeur en ligne sous un pseudonyme⁸⁰³.

1009. – Toutes ces informations confèrent un peu de réalité au monde virtuel : le consommateur sait à qui s'adresser en cas de difficulté, il peut vérifier l'existence de son co-contractant, il a donc la capacité de s'interroger et de se renseigner avant de s'engager, jusqu'à devenir un consommateur actif.

1010. – Le droit français, en exigeant que figure le numéro de téléphone de l'entreprise commerçante, est plus contraignant que la directive européenne sur le commerce électronique, laquelle n'imposait qu'une obligation de communication d'une adresse électronique. Le droit national offre ainsi deux possibilités au client pour prendre contact avec le vendeur : le mail et le téléphone.

1011. – Il convient de préciser que l'article L 111-1 du Code de la consommation impose également à tout professionnel de communiquer, préalablement à un contrat de vente ou de services, ses coordonnées (nom, numéro de téléphone, adresse, ou siège social) au consommateur. Cette obligation figure ainsi dans la partie dudit code relative aux contrats à distance et dans celle relative aux contrats en général.

1012. – Les modalités de diffusion de ces informations obligatoires conditionnent leur efficacité.

2. Le formalisme de la mise à disposition des informations relatives à l'identité des acteurs du site

1013. – Les technologies électroniques revêtent souvent un caractère éphémère dès qu'elles ne sont pas reçues sur un support durable. La loi LCEN a souhaité pallier cet inconvénient. L'article 6 de la loi LCEN, exigeant la transparence sur les identités des éditeurs

⁸⁰³ Paris, 2^e ch., 6 nov. 2009, Anouar A. c/ L'Oréal consulté sur : <https://www.legalis.net>

et des hébergeurs, prévoit une mise à disposition des informations par un « standard ouvert ». Quant à son article 19, visant les coordonnées du commerçant, il impose une mise à disposition moyennant un accès « facile », « direct » et « permanent »⁸⁰⁴ réalisé par l'intermédiaire d'un « standard ouvert »⁸⁰⁵, c'est-à-dire une somme d'informations sous forme de textes, d'images, de sons... rendues publiques sans condition d'accès ou de mise en œuvre, que le consommateur doit pouvoir atteindre d'un simple clic, sans devoir utiliser un logiciel, ou un matériel spécial, afin d'être informé. En pratique, l'accès direct passe par la page d'accueil et par toutes les pages du site marchand. L'obligation d'un accès permanent, enfin, impose que ne soit jamais supprimé l'accès aux mentions relatives au commerçant.

1014. – Face au développement du m-commerce - le commerce sur téléphone mobile - la question s'est posée de savoir si les informations relatives aux identités des participants d'un site marchand devaient également figurer sur les applications - définies comme des logiciels téléchargeables sur une plateforme mobile⁸⁰⁶ -, compte tenu de la place limitée dont elles disposent. La loi LCEN visant toute « communication au public en ligne », les applications mobiles sont, par conséquent, également tenues par l'obligation d'identification de leur éditeur et du professionnel pour lequel elles sont développées.

1015. – Si la loi LCNE a assorti le non-respect des informations relatives à l'identité de l'hébergeur et de l'éditeur d'une sanction pénale⁸⁰⁷, il est à regretter qu'en matière de non-respect des obligations d'informations visées à l'article 19 de la loi LCNE, relatives à l'identité du commerçant, aucune ne soit expressément prévue.

1016. – Afin de renforcer l'efficacité de cette information, le Code de la consommation⁸⁰⁸ confère toutefois un certain pouvoir d'enquête à la Direction Générale de la Concurrence et de la Consommation et de la Répression des Fraudes - DGCCRF. Son rôle de contrôle s'est accru avec la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, par l'instauration, notamment, d'un pouvoir de sanction administrative. La DGCCRF a créé un Service National des Enquêtes, composé de cyber-enquêteurs ayant une mission de veille et de contrôle des sites marchands, dans le souci de protéger efficacement l'information du consommateur. L'organisme public constate dans un rapport de 2012⁸⁰⁹, que

⁸⁰⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art.19.

⁸⁰⁵ Loi LCEN, art. 4.

⁸⁰⁶ CAHEN Murielle, Règles juridiques pour les applications mobiles, consulté sur <http://www.murielle-cahen.com/publications/application.asp>

⁸⁰⁷ L'art.6 de la loi LCEN prévoit une sanction pouvant être d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

⁸⁰⁸ C. consom., art L 511-3 et s.

⁸⁰⁹ DGCCRF, Bilan 2012, accessible sur le site de la DGCCRF.

suite à un contrôle de 15 199 sites de commerce électronique (VAD et information) ont été établis 226 procès-verbaux et 3 516 avertissements. Selon la DGCCRF, « un site qui ne comporte pas ces informations de base est un site qui, potentiellement, est susceptible de chercher à tromper les consommateurs en organisant son injoignabilité en cas d'absence de livraison », ce manquement pouvant être sanctionné par une amende administrative⁸¹⁰, dont il semble néanmoins qu'elle soit de peu d'effet⁸¹¹.

1017. – En résumé, la transparence quant à l'identité des différents professionnels intervenant dans la vente par voie électronique assure une forme de protection du consommateur, lequel peut, malgré son éloignement, procéder aux recherches qu'il estime nécessaires concernant ce professionnel⁸¹² et lui adresser questions et/ou réclamations. Ces contraintes d'information se révèlent rassurantes pour le consommateur, qui en vérifiant les coordonnées des professionnels dispose des armes nécessaires pour se méfier des adresses postales pouvant dissimuler des entreprises fantômes.

1018. – Si la communication de l'identité des intervenants et du commerçant est un encouragement à la confiance du consommateur, elle n'est pas la seule information nécessaire dans le cadre d'une transaction par voie électronique. Afin de consolider la maîtrise de son consentement par une information appropriée, le législateur impose que soient communiquées au consommateur, dès avant son consentement, les conditions générales contractuelles.

B. LA TRANSPARENCE SUR LES CONDITIONS GÉNÉRALES CONTRACTUELLES

1019. – Les règles protectrices basées sur l'information s'inspirent de la recommandation sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique de l'OCDE⁸¹³ qui préconise de fournir au consommateur, notamment, des informations concernant les biens ou les services objets de la transaction⁸¹⁴, et toutes les

⁸¹⁰ DGCCRF, *Les nouveaux pouvoirs conférés à la DGCCRF entrent pleinement en application*, communiqué de presse du 8/10/2014, n°095, consulté sur proxyminefi.diffusion.finances.gouv.fr

⁸¹¹ KABLAN Serge, OULAI Arthur, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », *McGill Law Journal*, vol.54, n°4, winter, 2009, p.627-668 disponible sur <https://id.erudit.org/iderudit/039647ar>

⁸¹² Avec le numéro SIRET il est aisé de rechercher certaines informations juridiques et économiques concernant une entreprise sur le site www.infogreffe.fr.

⁸¹³ OCDE (2016), *La protection du consommateur dans le commerce électronique*, Editions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255272.fr>.

Document révisant les Recommandations initiales de 1999.

⁸¹⁴ DREXL Josef, « Mondialisation et société de l'information Le commerce électronique et la protection des consommateurs », in *Revue internationale de droit économique* 2002/2-3, t.XVI, p. 401 à 444.

conditions contractuelles. Par ailleurs, l'information sur le droit de rétractation, dont l'apport se révèle capital dans le développement du e-commerce, donne au consommateur un pouvoir singulier. En pratique, toutes ces informations sont intégrées sur la page du produit et au sein des conditions générales de vente⁸¹⁵ ou d'utilisation⁸¹⁶. En sus de l'exigence légale de la bonne foi des parties, relative à tous les contrats, le consommateur, en détenant ainsi une information loyale et claire préalablement à son acte d'achat, a toute latitude de s'engager ou non. Il devient alors un consommateur actif et responsable.

1. L'exigence de nombreuses informations

1020. – L'offre du professionnel sur internet doit être lisible et compréhensible, d'autant que la vente entre absents nécessite certaines précautions. Les informations obligatoires, énoncées par les articles L 221-5, L 221-14, L 111-1 du Code de la consommation et l'article 1127-1 du Code civil, ont pour objet de renseigner le consommateur sur ce qu'il achète, sur les caractéristiques du bien ou du service commandé, sur son prix, sur les conditions et le délai de la livraison et sur les garanties dont il bénéficie : il s'agit de donner l'information importante au co-contractant et d'attirer son attention sur certains points⁸¹⁷ pour qu'il soit entièrement maître de son consentement.

Les informations relatives aux caractéristiques essentielles du bien ou du service - au prix et aux moyens de paiement - à la durée du contrat - et à la durée minimale des obligations.

1021. – Avant de passer sa commande, tout cyberconsommateur qui conclut un contrat par voie électronique doit être informé par le professionnel des caractéristiques essentielles du bien ou du service objet de la commande⁸¹⁸ - selon le modèle de la vente traditionnelle. Cependant, un contrat à distance, entre absents, nécessite davantage de précisions concernant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des produits ou services, apportées au moyen de photos, de fiches techniques ou autres, par lesquels le professionnel décrit précisément le bien ou le service vendu. De fait, les mentions indiquant que les informations données ou les photographies présentées ne sont communiquées qu'à « titre indicatif » relèvent de la catégorie des clauses abusives : le professionnel est lié par ce que voit, ou lit, le consommateur et seules des différences minimales entre l'information apportée et la réalité avérée sont admises par les

⁸¹⁵ « La différence entre les CGU et les CGV essentielle tient à leur objet », v. <https://www.legalplace.fr/guides/difference-entre-cgu-cgv/>

⁸¹⁶ Les Conditions Générales d'Utilisation visent plus particulièrement les modalités d'utilisation d'un site ou d'une application mobile ; elles indiquent notamment comment créer un compte ou poster du contenu.

⁸¹⁷ COUTURIER G., « Les finalités et les sanctions du formalisme », disponible sur <https://www.lextenso.fr/defrenois/AD2000DEF880N1>

⁸¹⁸ C.consom., art. L 221-14.

tribunaux⁸¹⁹. Ainsi, la clause suivante a été jugée abusive : « Les photographies des produits floraux présentés (sur le site internet) sont une suggestion et ont une valeur indicative, non contractuelle. (...) Les photographies étant une suggestion et n'ayant qu'une valeur indicative, le client est informé et accepte que le produit floral livré pourra être différent de la photographie » et « il pourra donc exister des différences par rapport à la photographie d'illustration, y compris, dans le nombre ou la taille des fleurs, mais le produit livré sera de qualité et de valeur équivalente. En cas de différence substantielle, le client en sera informé et il pourra modifier ou annuler sa commande »⁸²⁰.

1022. – Sur le modèle de toute offre de vente, le Code de la consommation⁸²¹ rend obligatoire *l'indication du prix* pour chaque bien ou prestation de service soumis à la vente en ligne, le commerçant ayant l'obligation de vendre au prix indiqué. Néanmoins, si le prix affiché est anormalement bas, voire dérisoire, suite à une erreur grossière, ou si le consommateur se révèle de mauvaise foi en étant parfaitement conscient de l'erreur d'affichage sur le net, l'appréciation de ce prix est laissée à la discrétion du juge. Ces erreurs manifestes⁸²² s'immiscent fréquemment dans des sites marchands.

1023. – Le consommateur doit être parfaitement conscient du fait qu'il est en train de passer une commande avec une obligation de paiement⁸²³, cette précision étant rendue nécessaire par l'existence de sites de publicité laissant croire à une certaine gratuité. Le professionnel doit ainsi s'assurer que l'internaute a bien saisi le caractère payant de l'opération⁸²⁴ : au moment de conclure la vente, le consommateur doit voir s'afficher sur le site une formule du type « commande avec obligation de paiement », laquelle a le mérite de la clarté et sert à différencier une publicité d'un contrat de vente, le risque d'erreur dû à une mauvaise compréhension étant majoré dans l'achat en ligne⁸²⁵.

1024. – Pour une meilleure compréhension le prix est affiché clairement, sans ambiguïté, en euros, mentionnant la taxe sur la valeur ajoutée et son taux en vigueur. En cas de réduction de prix ou de solde, le professionnel indique le prix de base et le prix réduit. Afin de protéger

⁸¹⁹ TGI Paris, 1^{re} ch, sct soc., 4 fév. 2003, Aff. Association F c/ S.A. P. S.A .V.

⁸²⁰ TGI Grenoble, 4 novembre 2013.

⁸²¹ C. consom., art. L 113-3. art. L221-14, art. L 111-1.

⁸²² Le site les 3 Suisses donnait 50 % de rabais sur tous les articles de son catalogue via un code promotionnel et, en 2009, il offrait un téléviseur pour 179,99 euros au lieu de 1 799,99 euros. Les commandes ont été annulées. La FNAC, pour sa part, mettait en vente un appareil photo NIKON pour 249,90 euros au lieu de 1 249,90 euros.

⁸²³ C.consom.,art. L 221-14.

⁸²⁴ C. consom., art. L 221-14.

⁸²⁵ Sans cette indication du caractère payant de la vente, le commerçant peut être condamné pour pratique commerciale trompeuse.

le consommateur, des contrôles réguliers sont effectués par la DGCCRF, le professionnel devant pouvoir démontrer à tout moment la réduction annoncée.

1025. – Des plateformes - telles qu'étudiées précédemment - ont pour objet de comparer les prix annoncés par différents vendeurs d'un même produit ou service. Certains de ces comparateurs de prix peuvent ne répertorier que des sites intégrés à leur écosystème, ou des sites partenaires, leur fiabilité restant alors à démontrer, au détriment de la confiance du consommateur. Afin d'éviter un manque de neutralité, la loi Hamon⁸²⁶ du 17 mars 2014 relative relative à la consommation et la loi pour une République Numérique du 7 octobre 2016⁸²⁷ ont renforcé la protection du cyberconsommateur par une obligation de transparence des informations fournies sur ces plateformes de comparateurs de prix. Ainsi, doivent être indiquées, dès lors qu'un certain seuil est dépassé, « l'existence ou non d'une relation contractuelle ou de liens capitalistiques avec les personnes référencées, l'existence ou non d'une rémunération par lesdites personnes et, le cas échéant, l'impact de celle-ci sur le classement des contenus, biens ou services proposés⁸²⁸ ». Ainsi, certains auteurs voient dans cette mesure une contrainte peu acceptable pour « les plateformes à révéler l'ensemble des liens contractuels ou capitalistiques noués avec les acteurs référencés⁸²⁹ », c'est-à-dire une obligation excessive dévoilant leur fonctionnement interne, alors qu'une telle obligation n'existe pas pour les produits mis en tête de gondole dans les grandes surfaces.

1026. – Si des accessoires au prix - les frais de port, par exemple - s'ajoutent, ils font l'objet d'une mention particulière, afin que le consommateur connaisse avec exactitude le montant total de sa commande. Figurent aussi dans l'offre les moyens de paiement acceptés par le site commerçant : Mastercard, Paypal... La durée de l'offre est indiquée, et l'offre elle-même disparaît dès lors qu'elle est rendue inaccessible sur le net.

Informations relatives aux délais de livraison et au transport du produit.

1027. – Connaître la date de la livraison de sa commande est un élément crucial pour la confiance du client dans le e-commerce : sur internet, l'acheteur ne repart pas avec la marchandise dans son sac, comme il en a l'habitude quand il ressort d'une boutique physique. Le délai de livraison, et son coût, peuvent donc conditionner la décision d'achat et faire passer,

⁸²⁶ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁸²⁷ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République Numérique.

⁸²⁸ *Op.cit.*

⁸²⁹ DOUVILLE Thibault, CHONE-GRIMALDI Anne-Sophie, 16 janv.2016, « Loi numérique : pourquoi imposer un « principe de loyauté des plate-formes » est une attaque injustifiée à l'encontre des entreprises du numérique », consulté sur : <https://www.atlantico.fr/decryptage/2542222/loi-numerique-pourquoi-imposer-un-principe-de-loyauté-des-plates-formes-est-une-attaque-injustifiée-a-l-encontre-des-entreprises-du-numerique-thibault-douville-anne-sophie-chone-grimaldi->

ou non, à l'acte d'achat⁸³⁰. Par ailleurs le consommateur pourrait légitimement craindre de régler une facture mais de ne pas recevoir le bien ou le service en retour.

1028. – Les articles L 111-1 et L 216-1 du Code de la consommation imposent en conséquence au professionnel d'informer le consommateur, préalablement à la vente, d'une date de livraison du bien ou de l'exécution du service. Un simple délai⁸³¹, voire des mentions du type « au plus tard... » répondent aux exigences législatives⁸³². Cependant, indiquer qu'un bien sera livré « avant Noël » et ne pas respecter ce délai est assimilé à une publicité trompeuse⁸³³. En outre, le professionnel ne peut en aucun cas mentionner un délai de livraison indicatif, cette clause étant présumée abusive⁸³⁴. Enfin, à défaut d'indication d'une date ou d'un délai, il doit livrer ou s'exécuter au plus tard 30 jours après la conclusion du contrat (article L 216-1 du Code de la consommation issu de la loi Hamon), ce délai relativement court renforçant la protection du consommateur. La mention d'un « délai moyen » est considérée comme abusive par les Tribunaux⁸³⁵. Les juges estiment que la promesse, sur le site, d'un délai de livraison particulièrement court est une invitation à l'acte d'achat, ce qui induit, s'il n'est pas respecté, que l'entreprise puisse être sanctionnée⁸³⁶. Dans la situation où le produit acheté subit une rupture de stock, elle entraîne nécessairement le non-respect du délai de livraison : le professionnel doit en informer son client lequel, conservant son entière liberté, peut alors demander la résolution du contrat, obtenir un remboursement et, quoique certains contrats proposent dans cette situation l'envoi d'un produit « équivalent », le refuser. L'article L 216-1 réécrit par la loi Hamon du 17 mars 2014 a renforcé la sanction en l'absence du respect de ces informations précontractuelles⁸³⁷.

1029. – La volonté de rendre le consommateur maître de son consentement conduit à lui donner l'opportunité, en cas de non-respect des délais, de résoudre le contrat, soit par lettre recommandée avec accusé de réception, soit par un écrit sur tout autre support durable, après mise en demeure restée infructueuse⁸³⁸. A réception de cette résolution, le cybercommerçant est tenu de rembourser l'intégralité de la somme versée par le consommateur, dans un délai de 14 jours à compter de la date à laquelle le contrat a été dénoncé, faute de quoi des intérêts au

⁸³⁰ DORKENOO Cindy, COHEN-HADRIA Yael, *Réussir son e-commerce- Les 5 étapes pour créer, développer et vendre*, Paris, Eyrolles, 2018, ISBN : 978-2-212-56741-0.

⁸³¹ C. consom., art. L 216-1

⁸³² Paris, 2 oct. 2013, *RJDA*, 2004, n°152.

⁸³³ Crim, 11 déc. 2007, n°07-82-903.

⁸³⁴ C. consom., art. R 132-2 7°.

⁸³⁵ TGI Bordeaux, 11 mars 2008, UFC Que choisir c/ Cdiscount, *CCE* 2008, n°68, note Debet.

⁸³⁶ Lyon, 7^e ch., 7 mars 2007, aff.03/54613, *CCE* 2007, n°84, note Debet.

⁸³⁷ 3 000 € pour une personne physique à 15 000 € pour une personne morale.

⁸³⁸ C. consom., art. L 216-2.

taux légal s'appliquent. Ce faisant, le législateur assure clairement le choix - donc la confiance - du consommateur qui a la possibilité d'attendre la réception de sa commande ou de résoudre⁸³⁹ le contrat de vente pour cause d'inexécution.

1030. – Certains sites marchands offrent aux consommateurs la possibilité de suivre leurs commandes par un onglet « suivi de commande » ou par un numéro téléphonique relié à leur propre service-client, non surtaxé⁸⁴⁰, car ce suivi, qui n'est en rien obligatoire - quoique de nombreux sites l'adoptent par souci de transparence et de mise en confiance - ne doit rien coûter au client.

1031. – Au coeur de la gestion de l'entreprise dédiée au commerce électronique, la problématique du *transport* des biens échangés est fondamentale, pour le professionnel comme pour le consommateur: la vente en ligne n'est concevable qu'assortie d'un service efficace et rapide et les promesses des e-commerçants en la matière sont chaque jour plus percutantes, basées sur des délais chaque jour raccourcis.

1032. – Le commerçant doit informer le consommateur du coût du transport. Par ailleurs, il doit préciser d'une part le nom de la partie qui supportera les frais de renvoi du bien en cas de rétractation et, d'autre part, le coût de ce retour si le bien, par sa nature, sa taille ou son poids, ne peut être normalement réexpédié par le service postal : cette information transparente quant aux frais éventuels mis à sa charge assure la confiance du cyberconsommateur.

1033. – Lorsque la commande, parfaitement expédiée par le commerçant, n'est pourtant pas parvenue à son destinataire, le professionnel - qui doit fournir la preuve de son envoi au consommateur - a l'obligation de la réexpédier : le commerçant est responsable de la bonne exécution du contrat, peu importe qu'il soit ou non le transporteur de la commande⁸⁴¹. Nous avons déjà relevé que, contrairement au Code de commerce⁸⁴², le Code de la consommation⁸⁴³ confère une responsabilité *de plein droit* au commerçant en cas de mauvaise exécution des obligations de livraison résultant des contrats à distance : le cybercommerçant est ainsi responsable envers le consommateur du bon acheminement des biens acquis, quelle que soit la défaillance éventuelle de l'intermédiaire (transporteur, poste, etc.).

⁸³⁹ Anéantissement rétroactif.

⁸⁴⁰ C. consom., art. L 113-5.

⁸⁴¹ C. consom., art. L 221-15.

⁸⁴² C. com., art. 132-7.

⁸⁴³ C. consom., art. L 221-15.

1034. – Ce principe, qui évite au consommateur d’avoir à porter ses réclamations auprès d’interlocuteurs multiples, s’est vu reprocher par de nombreux intervenants professionnels - à l’occasion des discussions ayant conduit à l’adoption de la loi Chatel du 3 janvier 2008⁸⁴⁴ - de lui assurer une protection exorbitante. Il a primé néanmoins, au motif que cette facilité accordée à l’internaute est un des socles du développement du commerce électronique, sur la base de la confiance.

1035. – Comme précisé précédemment, malgré la défaillance d’un tiers transporteur - la Poste ou autre - le commerçant est tenu responsable de la bonne exécution des conditions du contrat vis-à-vis de son client⁸⁴⁵. Une clause exemptant le professionnel de toute responsabilité en cas de grève totale ou partielle des transporteurs ou des services postaux est ainsi jugée abusive⁸⁴⁶. Le risque de perte ou d’endommagement du colis n’est donc supporté ni par le transporteur, ni par le client mais par le commerçant ; le consommateur qui connaît un problème de livraison n’a un interlocuteur unique : le vendeur.

1036. – Cette responsabilisation du professionnel, sans rapport au droit commun, renforce évidemment la protection du consommateur, le risque ne lui étant transféré qu’à partir de la prise de possession du bien. Une exception subsiste, visée par l’article L 221-15 du Code de la consommation, si le consommateur choisit un transporteur autre que celui proposé par le commerçant : le risque de perte et d’endommagement est alors transféré au consommateur dès la remise du bien au transporteur.

1037. – Enfin, le cybercommerçant verra sa responsabilité dérogée en cas de force majeure et toute latitude lui est laissée de s’entourer de professionnels de confiance afin d’éviter une action en responsabilité de plein droit. Les dispositions de l’article L 221-15 du Code de la consommation étant d’ordre public, il est impossible au commerçant de limiter sa responsabilité dans les conditions contractuelles et toute mention contraire est une clause abusive et déclarée non écrite. Cette responsabilité de plein droit protège le consommateur. Aussi lourde soit-elle pour le cybercommerçant, par son caractère d’ordre public, il ne peut s’en exonérer par une clause quelconque.

1038. – En pratique, lorsque le consommateur reçoit un *colis abimé* il a le choix de refuser d’en prendre possession - en le laissant au transporteur et en indiquant sur le bon de

⁸⁴⁴ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁸⁴⁵ Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, *Jurisdata*, n°2008-045782 ; Contrats, conc. Consom. 2008, comm. 288, obs. G. Raymond.

⁸⁴⁶ TGI Bordeaux, 11 mars 2008.

livraison le motif de son refus - ou de le réceptionner, en disposant alors d'un délai de 10 jours pour informer le vendeur, lequel est tenu responsable de l'endommagement du bien. La commission des clauses arbitraires recommande l'élimination de celles qui obligent le consommateur à souscrire une assurance couvrant les dommages causés pendant le transport⁸⁴⁷, ces clauses étant jugées abusives, le professionnel étant toujours responsable de la bonne exécution du contrat.

Les informations relatives aux garanties légales et contractuelles

1039. – Chaque information donnée au sujet des garanties, et des modalités de leur de mise en œuvre, contribue à rassurer le cyberconsommateur. Imposer au professionnel ce rappel des garanties - dans les conditions générales de vente ou d'utilisation - consolide la protection du consommateur puisque nombre de clients, s'ils n'en connaissaient pas l'existence, seraient prêts à contracter d'inutiles assurances facultatives.

1040. – L'article L 111-1 du Code de la consommation impose au professionnel d'informer le client de l'existence des garanties légales⁸⁴⁸. Tout acquéreur d'un bien bénéficie de deux garanties légales : la garantie légale de *conformité* et la garantie légale des *vices cachés*. Certains professionnels instaurent, au-delà de ces garanties obligatoires, une garantie facultative contractuelle, sorte de garantie commerciale⁸⁴⁹. Si elle n'a aucun caractère obligatoire, la loi Hamon encourage les professionnels à la développer.

1041. – Le Code de la consommation dispose que « le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existants lors de la délivrance ». Cette garantie légale de conformité est mise en œuvre lorsque les biens livrés ne correspondent pas à la description du vendeur (qu'elle ait été apportée par un écrit ou une photographie, notamment) ou aux qualités décrites par le vendeur. Si ladite garantie n'est pas spécifique à la vente en ligne, la rappeler dans des conditions générales de vente aide à renforcer la confiance du consommateur : informé de la démarche à accomplir pour la réparation ou le remplacement d'un bien défectueux, il redoute moins l'éloignement naturel du commerçant s'il sait comment activer les garanties légales, d'autant que leur délai d'application est de deux ans à compter de la livraison du bien.

⁸⁴⁷ CCA, Recommandation n° 07-02, Contrat de vente mobilière conclue par internet, BOCCRF du 24 déc. 2007.

⁸⁴⁸ C. consom., art. L 221-5 et Art. L 111-1.

⁸⁴⁹ SFEZ Betty, DELEPORTE Bénédicte, 19 juin 2014, E-commerce : les nouvelles obligations légales nécessitant une mise en conformité des sites web disponible sur <https://www.village-justice.com/articles/commerce-les-nouvelles-obligations,17180.html>

1042. – Toute mention réduisant cette garantie est abusive⁸⁵⁰ et la Commission des clauses abusives a recommandé la suppression de celles laissant penser au consommateur que cette garantie légale est subordonnée à d'autres conditions⁸⁵¹, notamment une assurance supplémentaire.

Les informations relatives aux modes de règlement des litiges, notamment à la possibilité de recourir à un médiateur de la consommation.

1043. – Si l'article L 111-1 du Code de la consommation prévoit l'information quant au recours possible à un médiateur, l'article L 221-5 du même code, qui vise celle concernant les modes de règlement des litiges, nous semble plus déterminante dans la mise en confiance du consommateur, susceptible de s'interroger sur la façon de procéder en cas de litige avec un cybercommerçant géographiquement éloigné de son propre domicile. Le législateur, en contraignant le professionnel à informer son client de l'existence des différents modes de règlement de ces litiges - notamment de la procédure extrajudiciaire⁸⁵² et de ses modalités d'accès - conforte la sérénité du consommateur : ce dernier sait que, si un problème survient, il pourra s'adresser à un médiateur ou à une plateforme de règlements des conflits et que sera ainsi évité tout conflit de loi ou de juridiction.

1044. – Dans ce même esprit, toutes les clauses attributives de compétence sont également illégales dans tout contrat passé avec un consommateur⁸⁵³, malgré leur fréquence soutenue.

1045. – L'article 14 du règlement n°524/2013 du 21 mars 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, qui a institué la plateforme des règlements en ligne des litiges - RLL - issus de vente sur internet, impose que les cyber-commerçants établis dans l'Union placent sur leur site internet de façon facilement accessible, un lien électronique vers cette plateforme⁸⁵⁴.

1046. – Certaines plateformes, agréées par la Commission européenne au vu de leur équité, de leur efficience et de leur accessibilité, disposent de leurs propres règles et procédures, rapides et moins coûteuses qu'une procédure judiciaire, pour permettre au consommateur et à

⁸⁵⁰ TGI Bordeaux, 11 mars 2008, 3703/2008.

⁸⁵¹ CCA, recommandation n°07-0299 sur le fondement de la garantie légale de conformité.

⁸⁵² C. consom., art. L 111-1 et L 221-5-6°.

⁸⁵³ Paris, 2^e ch., 12 février 2016, n°25/08624, Facebook Inc c/Monsieur X., CCE, juin 2016, n°6, étude 12, MAILHE F.

⁸⁵⁴ Cette obligation ne semble pas respectée par tous les sites, en effet, seuls 28% des cyber-commerçants mentionnent sur leur site internet le lien de la plateforme (source : Commission européenne, étude "Règlement en ligne des litiges : moissonnage des sites Internet des commerçants européens" - Novembre 2017).

l'entreprise de solutionner un litige en ligne. La facilité d'accès et d'utilisation, dans toutes les langues européennes, est un véritable outil à la disposition du consommateur européen contribuant à assurer, en toute sécurité, sa maîtrise sur son acte d'achat.

2. L'information spécifique relative au droit de rétractation

1047. – Tout - ou presque - se vend en ligne. Cette affirmation n'a pas toujours été une évidence : beaucoup avaient pu penser que les produits nécessitant un essayage, des chaussures par exemple, seraient impossibles à proposer sur le net⁸⁵⁵. Pourtant SARENZA, site commercial de vente de chaussures en ligne, s'est targué d'avoir réalisé un chiffre d'affaires de près de 200 millions d'euros en 2015 et son président, Stéphane Treppoz, vise 500 millions d'euros en 2019⁸⁵⁶. Auteurs ou commentateurs n'avaient simplement pas *imaginé* - cette situation ne s'étant encore jamais présentée, à cette échelle, dans l'histoire du commerce - qu'acheter un produit sans l'avoir d'abord essayé ne pose aucun problème dès lors que le consommateur dispose de l'atout maître fourni par les textes : le droit de retourner le produit acheté, le droit de rétractation.

1048. – Si quelques boutiques physiques acceptent parfois le retour de la marchandise vendue et consentent soit à son remboursement soit à un avoir sur un achat futur, il ne s'agit pour elles que d'un geste commercial, sans rapport avec l'obligation spécifique de la vente en ligne : le législateur a compensé l'infériorité de connaissance du consommateur en ligne en lui offrant le droit de changer d'avis, après avoir vu et testé le produit, en exerçant donc son droit de rétractation. Ce test ou cet essayage ne doivent cependant pas conduire à abîmer le bien, afin qu'il puisse être remis en vente par le commerçant.

1049. – Le consommateur en ligne serait-il alors mieux protégé qu'un consommateur traditionnel ?

1050. – Le droit de rétractation a été mis en place par la directive du 20 mai 1997⁸⁵⁷ concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, abrogée par la directive du 25 octobre 2011⁸⁵⁸ relative aux droits des consommateurs, et codifié aux articles

⁸⁵⁵ RIEFFEL Rémy, *Révolution numérique, révolution culturelle ?*, 1^{re} éd., Gallimard, coll. Folio actuel, n°159, 2014, ISBN : 9782070451722.

⁸⁵⁶ TORRE Marina, En 2016, 50% du chiffre d'affaires de Sarenza sera réalisé à l'étranger, consulté sur <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/distribution/en-2016-50-du-chiffre-d-affaires-de-sarenza-sera-realise-a-l-etranger-512891.html>

⁸⁵⁷ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance.

⁸⁵⁸ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

L 221-16 et suivants du Code de la consommation, lequel contraint le professionnel à informer le consommateur de l'*existence* de ce droit et des *modalités* de son exercice afin d'en assurer l'efficacité. Ce droit s'applique à de nombreux biens et services, à des produits soldés, déstockés ou d'occasion. La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, qui transpose la directive du 25 octobre 2011, a étendu à 14 jours le délai de rétractation. Elle contraint le professionnel à mettre à la disposition du consommateur un formulaire-type de rétractation.

1051. – Avant de définir la nature et d'étudier les conséquences juridiques de cette arme décisive au service de la maîtrise totale de l'acte d'achat du cyberconsommateur, il convient de préciser les obligations d'information, relatives au droit de rétractation, mises à la charge du professionnel.

Les diverses obligations d'information relatives au droit de rétractation

1052. – Afin de rendre possible le recours à ce droit de rétractation et de garantir son efficacité, l'article L 221-5 du Code de la consommation impose au professionnel qu'il fournisse de nombreuses informations à son sujet. Ainsi doit-il communiquer au consommateur, de manière lisible et compréhensible, l'existence du droit de rétractation, ses conditions, son délai et ses modalités d'exercice. Afin de s'assurer de la clarté de l'information, le décret du 17 septembre 2014⁸⁵⁹ établit un modèle de formulaire de rétractation et un avis d'information type concernant l'exercice de ce droit, annexés à l'article R 221-1 du Code de la consommation.

1053. – Pour emporter sa confiance, le consommateur n'a pas à justifier son choix de se rétracter. Pour renforcer encore cet avantage décisif, et rendre ce droit efficace, doivent lui être communiqués, au préalable de son acte d'achat, des éléments nombreux :

▪ *Le délai de rétractation*

1054. – Le principe, codifié à l'article L 221-18 du Code de la consommation, repose sur un délai de 14 jours accordé au consommateur pour exercer son droit, courant à compter de la réception du bien, ou du jour de la conclusion du contrat de prestation de services. Il s'agit de jours calendaires : tous les jours comptent, fériés et chômés inclus. Cependant, si le délai de rétractation se termine un jour férié ou chômé, il est prolongé jusqu'au jour ouvrable suivant.

⁸⁵⁹ Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'informations précontractuelles et contractuelles des consommateurs et au droit de rétractation.

1055. – Ce délai a été jugé anormalement long par certains professionnels, lesquels estiment subir le bon vouloir du cyberconsommateur. Pourtant l’invocation même de cet argument est sans doute la démonstration de son impact favorable quant à la confiance, démonstration d’autant plus éclatante que ce délai légal est parfois allongé volontairement, par le professionnel, au profit de son client.

1056. – L’absence d’information quant à ce droit est lourdement sanctionnée par 12 mois de prolongation comptant à l’expiration du délai initial mais, dès que le professionnel s’exécute, le délai de 14 jours court à compter du jour où le consommateur en a été informé.

▪ *Les modalités d’exercice du droit*

1057. – Pour pouvoir l’utiliser, le client doit être informé des modalités d’exercice de son droit de rétractation. A cette fin, la directive du 25 octobre 2011 a instauré une obligation de mise à disposition d’un formulaire-type de rétractation que le consommateur doit compléter. Le décret d’application, du 17 septembre 2014, de la loi Hamon fournit au professionnel un type d’avis d’information relatif à toutes les obligations concernant la rétractation et un formulaire-type de modèle de rétractation, lesquels facilitent le recours à son droit par l’acheteur en ligne. La rétractation n’est cependant pas nécessairement adressée au commerçant par l’intermédiaire dudit formulaire, lequel n’est qu’une possibilité, non une obligation : le client peut donc faire part de la mise en exercice de son droit par tout moyen - ledit formulaire, un courrier, voire l’espace-client du site si les conditions générales de vente le prévoient. Il lui faudra néanmoins veiller à conserver une preuve de l’exercice de son droit dans les délais car la charge de la preuve lui incombe.

1058. – Concernant la conclusion d’un contrat électronique selon une technique de communication à distance qui impose des contraintes d’espace et de temps - téléphone mobile, etc. - , il a été jugé que le professionnel doit indiquer au préalable les conditions, le délai et les modalités d’exercice du droit de rétractation, le formulaire pouvant faire l’objet d’un envoi par une autre source⁸⁶⁰.

1059. – Par ailleurs, afin de lui laisser le choix d’exercer son droit, toutes les informations sur le coût du retour des biens doivent être communiquées au cyberconsommateur et, si tel n’est pas le cas, ledit coût sera transféré au professionnel. Au-delà de cette obligation

⁸⁶⁰ CJUE, 23 janv. 2019, aff. 430/17.

légale, certaines enseignes s'engagent davantage en faveur de leur client en acceptant, par avance, de supporter l'intégralité des coûts de renvoi.

1060. – Si le consommateur doit être informé des frais à payer dans le cas où une prestation de services a commencé avant la fin du délai de rétractation, pour prix du commencement de cette prestation⁸⁶¹, le commerçant ne peut en aucun cas demander une indemnité compensatrice d'utilisation à l'occasion du retour d'un bien⁸⁶².

▪ ***L'absence du droit de rétractation ou de la perte de ce droit***

1061. – Le consommateur doit se voir informé des conditions dans lesquelles le droit de rétractation peut ne pas être exercé, en application de l'article L 221-28 du Code de la consommation, et des circonstances dans lesquelles il peut le perdre, ledit article donnant la liste exhaustive des contrats pour lesquels le droit de rétractation ne peut s'appliquer :

- les contrats de fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation, à la demande du consommateur et après renoncement à son droit - a contrario, sans accord exprès ou renoncement, la rétractation reste possible.
- la fourniture de services dont le prix dépend d'une fluctuation sur le marché financier.
- la fourniture de biens personnalisés, ou confectionnés à la demande du consommateur - la rétractation annulant la vente, les produits renvoyés ne sauraient ultérieurement être revendus par le commerçant. La notion de biens personnalisés est estimée de façon restrictive par la Haute juridiction : le choix par l'acquéreur de deux options à l'occasion de l'achat d'un véhicule à moteur - une couleur et un système spécifique de sécurité - ne constitue pas une personnalisation du bien⁸⁶³.
- la fourniture de biens susceptibles de se détériorer, ou de se périmer.
- la fourniture de biens descellés par le consommateur ne pouvant être renvoyés pour des raisons d'hygiène, de protection de la santé publique ou de traçabilité - tels les produits vendus en ligne par les pharmacies.

⁸⁶¹ C. consom., art. L 221-5.

⁸⁶² CJCE, 3 sept. 2009, aff. C-489/07, Pia Mesner c/Firma Stephan Krüger, comm. ROUSSET G., *JCP E*, 10 déc. 2009, n°50; STOFFEL-MUNCK, *CCE*, 1^{er} juin 2010, n°6.; PAISANT Gilles, *JCP*, 16 nov. 2009, n°47.

⁸⁶³Civ, 1^{re} ch., 17 janv. 2018, n°17-10.255.

- la fourniture de produits qui, devant être mélangés avec d'autres, en deviennent indissociables.
- certaines fournitures de boissons alcoolisées et sous certaines conditions.
- les travaux d'entretien, ou de réparation, réalisés chez le consommateur.
- les fournitures d'enregistrements audio, vidéo ou de logiciels informatiques descellés après livraison.
- les fournitures de journaux, périodiques, magazines - à l'exception des abonnements.
- les contrats conclus lors d'enchères publiques.
- les prestations de service d'hébergement⁸⁶⁴, de transport de biens, de location de voiture, de restauration ou d'activités de loisirs, dès lors qu'elles sont fournies avec une date précise ou une période déterminée.
- les fournitures de contenu numérique non fourni sur un support matériel dont l'exécution a commencé après accord et renoncement au droit de rétractation.

1062. – Ces exceptions au droit de rétractation se justifient par la volonté de conserver un certain équilibre économique entre le professionnel et le cyberconsommateur dans des transactions spécifiques portant essentiellement sur des produits ou des services dont la consommation est immédiate. Protéger le vendeur s'impose, dans des situations particulières, à condition que le consommateur soit impérativement averti au préalable de l'absence de droit de rétractation⁸⁶⁵. Le consommateur ne pourra dès lors, en aucun cas, « revenir en arrière », même après une erreur de sa part, dans la gestion - par exemple - d'une date de réservation pour un voyage, un spectacle ou la location d'une voiture qui, si elle devait être annulée, deviendrait rapidement porteuse de conséquences économiques et de gestion trop lourdes pour le cybercommerçant. La vigilance du consommateur sera donc d'autant plus grande qu'il lui sera impossible, *dans ces cas spécifiques*, de revenir sur sa commande, sa protection étant alors jugée moins importante que la considération de l'intérêt économique de l'entreprise.

⁸⁶⁴ Civ, 1^{re} ch., 25 nov. 2010, n°09-70.833, sté Go Voyages, comm. DEBET Anne, CCE, 2001, n°4.

⁸⁶⁵ C. consom., art. L 221-5 5°.

La nature juridique et les conséquences pratiques du droit de rétractation

1063. – La question s’est posée de savoir si le droit de rétractation dans les ventes à distance est une condition suspensive - empêchant la formation du contrat - ou résolutoire - annulant le contrat déjà formé. La directive du 20 mai 1997⁸⁶⁶ spécifie que le droit de rétractation a pour effet d’éteindre les obligations des parties. Il affecte donc un contrat déjà formé. Sa rétractation implique que le consommateur se retrouve dans la situation de ne pas avoir passé le contrat.

1064. – Ce pouvoir conféré au consommateur en ligne de revenir sur un consentement donné tout à fait légalement, sans vice, nous semble unique dans le monde contractuel. Il est l’un des éléments fondateurs, selon nous, du développement du e-commerce, car il confère au consommateur les pleins pouvoirs sur son acte d’achat. Il n’est même plus question d’un consentement avisé, puisque même non vicié, le consommateur peut le retirer sans justification.

1065. – Le modèle-type concernant l’exercice du droit de rétractation, figurant en annexe de l’article R221-3 du Code de la consommation, préconise d’informer le consommateur des conséquences et des effets pratiques de la rétractation quant à la restitution du bien et à son remboursement.

1066. – Concernant son retour, des interrogations ont porté sur l’état du bien rendu. Tester un bien, l’essayer, n’affectent pas le droit de rétractation. Dans la logique de l’arrêt Mesner⁸⁶⁷, l’article L 221-23 du Code de la consommation dispose que la responsabilité du consommateur ne sera engagée qu’en cas de dépréciation du bien dans le cadre d’une utilisation autre que celle nécessaire à établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du produit. L’utilisation du produit⁸⁶⁸ n’est pas un obstacle à son retour au commerçant : le consommateur dispose de tout le temps nécessaire pour tester le produit acquis. Sa protection semble ainsi garantie, puisqu’il sera très difficile au commerçant de refuser le retour du bien, quoique essayé et sorti de son emballage⁸⁶⁹.

1067. – Le commerçant peut prévoir, dans ses conditions générales de vente, des modalités de retour des produits. S’il impose fréquemment que soit joint à l’envoi un numéro de retour pour tracer la commande, l’obtention de ce numéro doit être facile et sans frais pour

⁸⁶⁶ Directive 1997/7/CE du 20 mai 1997, art. 6.

⁸⁶⁷ CJCE, 3 sept. 2009, aff. C -489/07.

⁸⁶⁸ Tribunal de police Andelys 10/12/2004.

⁸⁶⁹ CJUE, 6^e ch., 27 mars 2019, C-681/17, *Slewo c/Sascha Ledowski*.

Un matelas dont le film de protection a été retiré après la livraison peut faire l’objet de l’exercice du droit de rétractation, la CJUE estimant que le professionnel est en mesure de prendre des dispositions pour une nouvelle commercialisation du produit.

le consommateur. La mention indiquant qu'en l'absence de ce numéro le droit de rétractation ne sera pas pris en compte, est une clause abusive : la jurisprudence refuse de conditionner la validité du droit de rétractation à l'obtention d'un numéro de retour⁸⁷⁰. Certains commerçants exigent un retour du produit dans son emballage d'origine. Cette clause est valable s'il n'est pas précisé que l'emballage ne doit avoir été ni ouvert ni descellé, puisque cette mention ferait obstacle à la possibilité d'essayer et tester le produit. Concernant certains biens très spécifiques, cette exigence du professionnel quant à la non-ouverture de l'emballage est cependant reconnue : au nom du risque élevé de copie - en matière de DVD, CD ROM, CD - ou de l'hygiène à garantir - pour les produits cosmétiques.

1068. – Quant à l'obligation de remboursement, elle assure l'efficacité du droit de rétractation.

1069. – Après réception du produit, le commerçant rembourse le consommateur. Cette obligation, codifiée à l'article L 221-24 du Code de la consommation, a pour effet de ne faire supporter au consommateur aucune conséquence financière, ce qui, sans contrainte pécuniaire, lui laisse l'entière maîtrise d'exercer son droit. Il convient de rappeler que le consommateur doit se retrouver dans la même situation que s'il n'avait pas passé le contrat en ligne. Le commerçant est tenu de rembourser l'intégralité des sommes versées par le client, y compris les frais de livraison⁸⁷¹, lesquels ne peuvent donc être conservés par le professionnel. Dans le cas où le consommateur, ayant acquis divers articles, ne fait jouer son droit de rétractation que pour certains d'entre eux, le remboursement des frais d'expédition peut ne pas lui être restitué entièrement et, selon un avis de la DGCCRF de novembre 2008, le principe est le suivant⁸⁷² : si les frais de port sont forfaitaires, ils ne sont pas remboursés et s'ils sont proportionnels au nombre d'articles commandés, ils sont remboursés au prorata.

1070. – Le remboursement des produits retournés doit intervenir au plus tard 14 jours après la réception de la rétractation. En matière de contrats de fourniture de biens, le délai de 14 jours court dès que le client fournit une preuve de son expédition, ce qui peut contraindre le cybercommerçant à devoir rembourser le consommateur avant même qu'il ait réceptionné le produit en retour et qu'il ait donc pu vérifier l'état du bien retourné. Aussi, lui est-il possible de différer le remboursement à la réception du produit. Enfin, pour conforter la confiance du consommateur, le législateur a prévu de majorer le remboursement avec des intérêts de retard,

⁸⁷⁰ TGI Bordeaux, 11 mars 2008, n°3703/2006.

⁸⁷¹ CJUE, 15 janv. 2010, aff. - C-511/08.

⁸⁷² V. <http://www.conso.net/content/acheter-sur-internet-en-10-questions-responses>

afin de l'assurer d'un règlement rapide. Celui-ci s'opère, en principe, avec le moyen de paiement qui a servi à la transaction initiale, sauf accord contraire du consommateur et sans frais supplémentaire pour lui.

1071. – L'information quant à l'existence du droit de rétractation, d'une part, et son exercice, d'autre part, sont certainement les pierres angulaires du développement du e-commerce, par l'indiscutable maîtrise qu'ils donnent au consommateur quant à son acte d'achat et donc par la mise en confiance qu'ils lui procurent. L'exercice de ce droit est parfois considéré par le vendeur comme à son détriment, dans la mesure où il subit la volonté du consommateur et son éventuel comportement s'il abuse de ce droit sans limite - à l'exception de la mauvaise foi ou de l'enrichissement sans cause. Comment démontrer qu'un consommateur a simplement emprunté un produit sans jamais avoir eu l'intention de l'acquérir ? Pourtant, l'efficacité de ce droit de rétractation au service de l'activité des cyber-commerçants est précisément actée par la réussite d'acteurs du commerce en ligne dont nul n'aurait pu imaginer le succès. Loin d'être le frein redouté par certains, et malgré son coût jugé parfois exorbitant, le droit de rétractation donne une maîtrise quasi complète du consommateur sur son acte d'achat en ligne sans réduire les opportunités de développement des cyber-commerçants, donc sans entamer leur propre confiance.

3. Les modalités de mise à disposition des conditions générales contractuelles

1072. – L'efficacité de la méthode choisie par le législateur - l'information comme gage de confiance du cyberconsommateur et comme outil de sa responsabilisation - dépend, en partie, des modalités de sa mise à disposition et de sa loyauté. Fournir l'instrument ne dispense pas de donner les moyens d'y recourir. Le consommateur doit pouvoir accéder facilement à toutes les informations, il doit pouvoir les comprendre et les consulter à tout moment, avant sa décision d'achat. Le législateur a prévu des obligations en ce sens.

Un formalisme précis à respecter

1073. – Le Code de la consommation⁸⁷³ informe sur les modalités pratiques de l'information : la mise à disposition des conditions contractuelles est réalisée par écrit - papier ou électronique - ou sur tout support durable - « tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement afin de pouvoir s'y reporter

⁸⁷³ C. consom., art. L 221-11.

ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »⁸⁷⁴. L'usage d'un standard ouvert⁸⁷⁵ semble être une bonne pratique, le consommateur ayant accès à ces informations sans devoir disposer d'un matériel spécifique et sans aller rechercher l'information sur d'autres pages web que celles du site consulté. Dans l'esprit du législateur, il convient que l'accès à l'information puisse perdurer dans le temps afin de contrer la dématérialisation du commerce électronique.

1074. – Si ces informations obligatoires ne sont accessibles que par l'intermédiaire d'un lien hypertexte communiqué au consommateur, elles sont réputées ne pas avoir été fournies, ni reçues. La CJUE⁸⁷⁶ indique qu'elles doivent être « fournies » à l'internaute⁸⁷⁷ : tout ce qui pourrait s'apparenter à un "parcours" à suivre pour prendre connaissance des conditions générales n'est donc pas une mise à disposition, l'internaute n'ayant pas à être tenu de voyager sur le web pour les débusquer puis les lire. En pratique, ces informations précontractuelles sont accessibles dès la page d'accueil avec une visibilité depuis toutes les pages du site.

1075. – L'article 1127-1 du Code civil prévoit que le professionnel met « à disposition les stipulations contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ». L'article 1125 dudit code, quant à lui, dispose que « la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des stipulations contractuelles ou des informations sur des biens ou des services ».

1076. – La charge de la preuve, en matière de respect des obligations précontractuelles, notamment de leur bonne mise à disposition, pèse sur le professionnel⁸⁷⁸. C'est pourquoi, en pratique, le consommateur devra cocher une case du type « j'ai lu et accepté les conditions générales de vente » avant de passer commande et après avoir pris connaissance du document. Idéalement - c'est le cas de nombreux sites marchands -, le consommateur ne peut poursuivre son processus de commande tant que cette case n'est pas cochée, mais dès qu'elle l'est, et pas avant, les conditions générales d'utilisation ou de vente sont opposables à l'internaute⁸⁷⁹.

⁸⁷⁴ C. consom., art. L 222-4.

⁸⁷⁵ Wikipédia définit le standard ouvert comme « *tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre* ».

⁸⁷⁶ CJUE, 3^e ch, 5 juillet 2012, aff. C- 49/11, Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer, comm. GAZIN Fabienne, *Europe*, Août 2012, n°8 .

V. aussi AUBERT DE VINCELLES Carole, « Chronique droit européen des obligations », *RTD Eur*, 31 déc. 2012.

⁸⁷⁷ MANARA Cédric, *Droit du commerce électronique*, LGDJ, coll Systèmes, 2013, 184 p., ISBN : 978-2-275-03786-8.

⁸⁷⁸ C. consom., art. L 221-7.

V. Com., 28 avr. 1998, *RTD civ.* 1999, 81, obs. J. Mestre.

1077. – La forte progression des achats sur téléphone mobile impose que le m-consommateur⁸⁸⁰ soit aussi bien protégé que le e-consommateur. Malgré le peu d'espace disponible sur l'écran de son terminal, certaines informations relatives aux caractéristiques essentielles des produits ou des services, à leur prix, à la durée du contrat et au droit de rétractation, doivent être apportées au consommateur, de façon lisible et compréhensible, avant la conclusion du contrat.

1078. – En pratique, les CGV/CGU figurent généralement en bas de page du site marchand, ce qui les rend aisément accessibles à qui veut en prendre connaissance à partir de toutes les pages du site.

Une communication lisible et compréhensible

1079. – Si le consommateur doit d'abord disposer de l'accès à l'information, il est nécessaire qu'il puisse ensuite la comprendre, disposant alors d'une totale maîtrise de son engagement.

1080. – Les articles L 111-1 et L 221-5 et L 221-11 du Code de la consommation exigent du professionnel qu'il communique vers le client de « manière lisible et compréhensible ». Sa propre liberté est entière dès lors que les informations obligatoires sont mises à la disposition du consommateur par tout moyen adapté à la technique de communication à distance.

1081. – La doctrine affirme « qu'un texte lisible est un texte intelligible, c'est-à-dire aisément compréhensible »⁸⁸¹. Par analogie, cette exigence d'intelligibilité semble pouvoir s'appliquer au contrat. Le terme « *lisible* » peut être pris d'abord dans son sens typographique : les conditions générales doivent être rédigées dans une langue comprise du consommateur - afin que cette parfaite compréhension garantisse le climat de confiance -, utilisant des caractères typographiques lisibles et dans un format permettant l'enregistrement ou l'impression (HTML/PDF). La loi du 4 août 1994⁸⁸², dite loi Toubon, impose la langue française dans de nombreux documents mis à disposition du consommateur (offre, mode d'emploi, factures, etc.). Dans le cas d'un site destiné au consommateur français, la langue française est requise⁸⁸³.

⁸⁷⁹ Paris, , 2^e ch, Pôle 523 mars 2012, Ryanair c/ Opendo.

⁸⁸⁰ Nom donné au consommateur qui achète par un téléphone mobile

⁸⁸¹ FLÜCKIGER Alexandre, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Nouveaux cahiers du Conseil*, cahier n°21, consulté sur www.conseil-constitutionnel.fr

⁸⁸² Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

⁸⁸³ Crim, 3 nov. 2004, n°03-85-642, *Bull. crim.*, n°266 ; *RTD com.* 2005, 432, obs. Bouloc.

1082. – Mais le sens des termes « lisible et compréhensible » nous paraît avoir un rapport plus étroit avec l'intelligibilité. Les conditions générales doivent être comprises de tous. Or, si le texte est composé d'expressions simples il risque de manquer de précision. A l'inverse, s'il est alourdi par trop de détails, il devient obscur pour le consommateur, voire difficile à comprendre, alors qu'il a pour unique objectif de lui donner toutes les clés nécessaires à l'élaboration de son consentement. Selon la doctrine, les détails appellent les détails⁸⁸⁴. Jusqu'à quel point est-il alors opportun de développer la liste des informations à communiquer sans redouter qu'un texte lisible ne devienne d'abord confus, puis incompréhensible, donc parfaitement inefficace ?

1083. – Désormais informé, puis ayant accepté les conditions générales contractuelles, le consommateur passe à l'acte d'achat. Un contrat par voie électronique s'établit ainsi entre le commerçant et le consommateur, régi par les textes en vigueur et les conditions générales de vente ou d'utilisation. Des règles spécifiques sont alors applicables en matière de conclusion du contrat par voie électronique afin de s'assurer que le client passe une transaction en toute connaissance de cause et non par un clic intempestif.

§2 : DES INFORMATIONS POUR LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

1084. – La simplicité apparente de l'outil informatique dédié au service du consommateur est, paradoxalement, la cause de sa dangerosité potentielle. C'est parce que le « simple clic » est désarmant de commodité qu'il se révèle, parallèlement, une source d'erreur commune. Afin de réduire ce risque, la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2014 a introduit dans le Code civil deux outils venus encadrer la conclusion du contrat électronique : d'une part des règles d'information quant au processus aboutissant à la conclusion du contrat électronique (A) et, d'autre part, des règles de forme spécifiques protectrices à respecter, permettant ainsi de s'assurer du consentement avisé du consommateur lors de la conclusion de ce contrat (B).

⁸⁸⁴ PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Publications du Centre de philosophie du Droit, 1988, p.26.

A. UN MODE D'EMPLOI DU PROCESSUS MENANT À LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

1085. – L'article L 1127-1 du Code civil impose à l'auteur d'une offre, et ce dès avant la conclusion du contrat, d'informer le consommateur sur certains points spécifiques :

1086. – Doivent d'abord lui être indiquées les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique. Le professionnel doit exposer au consommateur comment sélectionner dans le panier le produit ou le service souhaité, comment payer et avec quels moyens de paiement.

1087. – Puis le consommateur doit être informé des moyens techniques lui permettant d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger. Avant de donner son consentement à l'offre qu'il a reçue, le consommateur doit pouvoir vérifier le détail de sa commande, le prix total à payer et il lui faut être en mesure de corriger des erreurs possibles. Cette technique appelée du « double clic » est mise en place pour protéger le cyberconsommateur : il prend le temps de donner son acceptation après vérification de sa commande.

1088. – Aussi, afin de protéger le cyberconsommateur du risque d'un clic intempestif ou malencontreux, l'engageant au-delà de son désir, l'achat sur internet passe par deux étapes indispensables, dont la dénomination pourrait laisser penser, à tort, qu'il ne s'agit que de la répétition du même geste : l'article 1127-2⁸⁸⁵ du Code civil a mis en place l'obligation du *double clic* pour valider toute commande.

1089. – Le *premier clic*, lequel permet de passer commande, laisse toute latitude au consommateur d'en vérifier le détail, notamment son prix total, ses références ou ses éléments déterminants - par exemple les horaires, s'il s'agit de billets de train, ou d'avion. L'internaute visualise sa commande grâce au récapitulatif fourni et, à ce stade, des moyens techniques sont mis à sa disposition lui donnant encore la possibilité d'en modifier le contenu, voire de tout abandonner. Parce que l'achat sur le net repose sur l'utilisation d'un outil technologique élaboré et parce que le consommateur peut se révéler maladroit, mal à l'aise ou peu familier avec la

⁸⁸⁵C. civ., art. 1127-2 : « Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès. »

technique, le législateur a souhaité lui laisser toute possibilité de rectification, afin de lui assurer qu'il ne commettra pas d'erreur.

1090. – Ce n'est qu'à la seconde étape, dénommée *deuxième clic*, que le client confirme définitivement sa commande, cette étape de confirmation exprimant son acceptation. Cette contrainte exigée du professionnel - demander une *double* manifestation de la volonté de son client - est dérogatoire du droit commun car, à notre connaissance, elle n'est réclamée pour la passation d'aucun autre contrat.

1091. – Pour parfaire la maîtrise de son engagement, l'article L 221-14 du Code de la consommation impose au professionnel de faire apparaître enfin, avant le clic ultime du consommateur, la mention « commande avec obligation de paiement »⁸⁸⁶.

1092. – Toutes ces précautions ont pour unique objet d'empêcher le consommateur de souscrire trop vite, au nom d'un malentendu, d'une erreur de saisie, d'incidents techniques non maîtrisés ou de manipulations ratées. Pour les mêmes raisons et au titre de la même protection, tout produit *ajouté* à une commande doit faire l'objet de la procédure du double clic⁸⁸⁷.

1093. – L'article 1127-3 du Code civil prévoit cependant deux exceptions à cette obligation du double clic. Elles concernent les ventes conclues par échange de courriers électroniques et celles entre professionnels s'ils l'ont exclue volontairement. Cette protection du double clic, d'ordre public, vise donc exclusivement les consommateurs du *Business to Consumer - BtoC*.

1094. – L'information se poursuit par l'envoi d'un accusé réception de la commande par le vendeur et par voie électronique, c'est à dire par courriel, et "sans délai injustifié". En pratique un automate envoie immédiatement, dès réception de la commande, ledit récépissé au consommateur, informé du fait que sa commande est bien prise en compte. Cette confirmation doit être présentée sur un support durable, qu'il s'agisse d'un écrit - sur papier ou par mail -, d'une clé USB, d'un DVD ou d'un CD-Rom. Puis, le consommateur doit se voir informé de l'archivage éventuel du contrat et des conditions à son accès⁸⁸⁸. La position du cyberconsommateur est là encore préférable à celle du consommateur traditionnel, le délai

⁸⁸⁶ C. consom., art. L 121-19-3.

⁸⁸⁷ TGI Bordeaux, 11 mars 2008, UFC Que Choisir c/ C Discount.

⁸⁸⁸ L'article L 213-1 du code de la consommation oblige le professionnel à archiver tous les contrats électroniques dont le montant est égal ou supérieur à 120 € - cette obligation évitant au consommateur de conserver sur papier toutes les preuves de ses achats correspondants, le professionnel devant être en position de lui communiquer le contrat à sa demande. Le client doit pouvoir accéder à son contrat et le consulter pendant 10 ans à compter de la date de livraison du bien ou de la fin de l'exécution du service. Toute clause contraire en matière de responsabilité de conservation du contrat ou des CGV est réputée illicite.

d'archivage impartit aux contrats électroniques étant bien supérieur à celui imposé par l'article L 110-4 du Code de commerce - 5 ans pour les contrats commerciaux⁸⁸⁹.

1095. – Enfin, le consommateur doit être informé des règles professionnelles auxquelles est soumis ledit professionnel et des modalités de leur consultation par voie électronique (chartes, labels...). L'adhésion de l'entreprise à telle charte⁸⁹⁰ ou tel label démontre au consommateur la volonté du professionnel de se soumettre à des règles respectueuses du client.

1096. – La mise en confiance du consommateur est ainsi provoquée par une information sur le processus de la finalisation du contrat, mais aussi par l'article L 1127-2 du Code civil qui provoque une vraie « métamorphose⁸⁹¹ », au sens de la transformation de la conclusion du contrat par voie électronique d'une forme en une autre.

B. UNE INFORMATION RENFORCÉE PAR UN FORMALISME CONTRACTUEL SPÉCIFIQUE

1097. – Le contrat par voie électronique, quoiqu'inséré au sein du Code civil, est porteur de suffisamment de spécificités pour qu'il doive, dans l'intérêt de la protection du consommateur, reposer sur un processus de conclusion lui-même spécifique. L'article 1127-2 du Code civil conditionne la validité même du contrat à l'existence de la mise en place de ces moyens techniques donnant la possibilité de vérifier le détail de la commande, de son prix et de corriger d'éventuelles erreurs avant de donner son acceptation définitive par le procédé du double clic. En cela, la forme nouvelle de l'acceptation vient appuyer l'information dans son rôle de mise en confiance du consommateur.

1098. – Le contrat s'établit donc, exceptionnellement et volontairement, en deux étapes : dans un premier temps, le consommateur vérifie le détail de sa commande et de son prix avant, dans un second temps, de la confirmer, exprimant ainsi son acceptation par le double clic.

1099. – Le législateur a choisi ce processus de conclusion dans l'intérêt du consommateur, pour s'assurer de son consentement avisé, en attirant son attention, en

⁸⁸⁹ FERAL-SCHUHL Christine, *Cyberdroit le droit à l'épreuve de l'internet*, 6^e éd., Dalloz, coll. Praxis Dalloz, 2010, p. 137, ISBN-13 : 978-2247101207

⁸⁹⁰ V. par ex. La charte de la FEVAD disponible sur son site.

⁸⁹¹ DE LERTIER-LESTRADE Bérénice, *Métamorphose de l'acte juridique*, LGDJ, Presse de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2011.

ralentissant son acte d'achat afin qu'il le maîtrise parfaitement, en pleine conscience, en pleine confiance. Le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique avait suggéré une méthode d'acceptation de l'offre un peu différente, plus rassurante encore pour le consommateur, parce que nécessitant, au grand dam des entreprises, un de temps de réflexion plus long: plusieurs échanges de mails entre le vendeur et le consommateur étaient prévus au lieu de deux clics, mais cette proposition fut abandonnée car jugée comme desservant excessivement les intérêts des cyber-commerçants. L'acte d'achat ne s'accommode ni de la lenteur ni de la tergiversation, au risque de voir le consommateur se lasser de son « envie d'acheter ».

1100. – Cette spécificité de la forme de l'acceptation contraste avec le principe du consensualisme des contrats. L'article 1101 du Code civil confère un caractère consensuel au contrat en général, lequel se forme dès la rencontre de l'offre et de l'acceptation avec une entière liberté quant à sa forme. Certains auteurs voient dans cette « métamorphose » de l'acceptation un affranchissement du consensualisme de droit commun, allant jusqu'à penser qu'il s'agit là d'un formalisme nouveau⁸⁹², non pas d'une simple adaptation du mécanisme du consentement au monde numérique, mais bien de sa transformation véritable.

1101. – Si le législateur a choisi de « bouleverser » le consensualisme au nom d'une protection renforcée du cyberconsommateur en lui accordant quelques secondes supplémentaires de réflexion, la question se pose de la pertinence réelle de ce laps de temps globalement dérisoire.

1102. – La politique de mise en confiance du consommateur dans l'« environnement sain » du commerce électronique, repose donc d'une part sur son information et d'autre part, sur un formalisme protecteur.

1103. – Face à ce flot continu d'obligations informatives, il n'est pas interdit de s'interroger quant à l'efficacité de la politique de l'information comme moyen de responsabiliser le consommateur et d'assurer ainsi son consentement non équivoque. Une telle abondance confère-t-elle au consommateur la maîtrise réelle de son engagement ?

⁸⁹² *Ibidem.*

§3 : LES LIMITES DE L'INFORMATION

1104. – Les auteurs des différents textes instaurant l'exigence de l'information du consommateur ont fondamentalement postulé que sa mise en confiance et sa responsabilisation reposaient sur la communication d'éléments multiples. Un tel consommateur, si clairement et si largement informé, dont on a corrigé la position de faiblesse initiale face au professionnel, peut se livrer sans risque à la transaction commerciale au sein du cyber espace.

1105. – L'apport de l'information en tant qu'outil de protection du cyberconsommateur n'est pas discutable - le marché ne progresserait sans doute pas si les consommateurs n'avaient pas confiance -, mais il n'est pourtant pas sans limite. Les raisons en sont multiples.

1106. – - Les sources de l'information apportée au consommateur sont issues de différentes législations, venues se superposer sans annuler les précédentes, à la manière d'un empilement : la directive 2000, transposée par la loi LCEN, a été complétée, modifiée, par la directive 2011, elle-même transposée par la loi Hamon. Certaines règles, spécifiques aux obligations liées aux contrats de vente à distance, en côtoient d'autres, spécifiques aux contrats électroniques, sans s'affranchir de celles des contrats en général, au risque, parfois, que la même soit posée par plusieurs textes, mais libellée différemment.

1107. – Ce foisonnement de textes, de portée générale ou d'objet spécifique, nationaux et européens, ne contribue pas à favoriser leur pleine lisibilité par les acteurs auxquels ils s'adressent⁸⁹³. Il devient alors aussi difficile pour les cyber-entreprises de les appliquer entièrement que pour le consommateur de se les approprier toutes. Le rapport de la Commission européenne⁸⁹⁴ sur l'application de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative au droit de la consommation relève dans sa conclusion qu'il conviendrait d'envisager à la fois une simplification des exigences existant en matière d'information et un allègement des contraintes pesant sur les professionnels, en particulier sur les petites et moyennes entreprises, lesquelles les jugent disproportionnées et souvent hors d'atteinte.

1108. – Une proportion plutôt réduite - 30% environ - des sites marchands est estimée conforme à la législation en matière de mentions légales et de conditions générales de vente⁸⁹⁵. La Commission européenne, dans le cadre de l'évaluation de l'application de la directive 2011,

⁸⁹³ MAHI-DISDET Djamila, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, Thèse Droit privé, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 13 décembre 2011, consulté sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00911671>

⁸⁹⁴ Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative au droit de la consommation, du 23 mai 2017, *op.cit.*

⁸⁹⁵ V. lesechos.fr, mentions légales sur internet : 30% des sites français en règle, 14 nov.2017.

a coordonné une opération « coup de balai » menée par 27 Etats membres afin de vérifier si les professionnels respectaient les exigences en matière d'informations précontractuelles définies par la directive 2011 ; il en est ressorti - résultat encourageant - que si seulement 37% des sites web étaient conformes à la législation avant la directive, 88 % d'entre eux s'y conformaient ensuite.

1109. – - L'information est certes nécessaire afin de rendre le consentement du consommateur avisé, mais il convient de relever que les conditions générales contractuelles sont généralement des contrats d'adhésion, par nature non négociables puisqu'établis au préalable par le vendeur. Si cet aspect n'enlève pas à l'information son rôle de « remise à niveau de connaissance » du consommateur - il dispose de l'entière possibilité de passer ou non un acte d'achat en toute connaissance de cause -, aucun moyen n'est en sa possession lui permettant de faire *évoluer* des conditions qu'il jugerait inopportunes. Le fait que les clauses abusives fassent l'objet de contrôle et de sanction n'interfère en rien sur l'évidence du constat d'un consommateur sans capacité de discussion.

1110. – - Le consommateur doit, certes, accepter les conditions générales contractuelles. Pourtant rien n'assure qu'il en a bien pris connaissance - tout laisse même penser le contraire... Il pourrait n'avoir coché la case "J'accepte..." que dans le seul but de poursuivre rapidement le chemin qui, sur le net, le mène (enfin) à sa commande : aucun paramètre technique ne permet de s'assurer de l'ouverture de l'icône relative aux conditions contractuelles. Combien sont, parmi les internautes, ceux qui lisent les CGV, sans doute aussi rébarbatives que nécessaires, avant de passer commande ? En prennent-ils le temps ? L'information trouve ses limites dans « la diligence du créancier de l'information, c'est-à-dire dans son obligation de s'informer »⁸⁹⁶.

1111. – Dans l'hypothèse (peu fondée) où le consommateur moyen aurait lu l'ensemble des conditions générales de vente, quel crédit lui accorder quant à sa totale compréhension des termes et des notions juridiques nécessairement employés, quant à leur présentation générale et à leur typographie en particulier, quant à la somme de pages recensant les obligations exigées par les textes, pourtant à son service exclusif. Peut-on dès lors encore évoquer une information lisible, compréhensible, intelligible ? Se référer à différentes études⁸⁹⁷ relatives à la qualité de lecture sur un terminal électronique et à la compréhension du lecteur sur ce type de

⁸⁹⁶ FORTICH Silvana, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon – Assas, 24 févr. 2016, disponible sur <http://www.theses.fr/2016PA020007>

⁸⁹⁷ TRICOT André, ROUET J.F., *Les hypermédias approches cognitives et ergonomiques*, Hermès Science Publications, juill. 1998, p. 67 à 74.

support apporte un éclairage intéressant: il en ressort que le lecteur de documents de ce type perd le fil de sa lecture, se noie dans l'information, « surfe sur les documents »⁸⁹⁸, qu'il produit une lecture rapide sans s'attacher au contenu. Si, à la difficulté de cet effort intellectuel dû au scrolling (défilement)⁸⁹⁹, s'ajoute celle liée au déchiffrement d'un texte en caractères minuscules, recourant à un vocabulaire spécialisé, une interrogation quant à la pertinence de la transparence de l'information en tant qu'élément suffisant pour forger le libre choix de la transaction électronique n'est pas vaine.

1112. – - La protection du consommateur est juridiquement assurée par la transparence de l'information, acquise, notamment, par la directive du 25 octobre 2011 et la loi du 17 mars 2014. La limite de cette protection tient, paradoxalement, à la volonté peu soutenue du consommateur de prendre à son compte ce que le législateur a prévu en sa faveur, avec la noble ambition de le rendre aussi averti que responsable. Certains auteurs estiment en conséquence que le consentement du consommateur demeure discutable, raison pour laquelle ils ont émis des propositions afin d'améliorer l'information précontractuelle au sein des conditions générales de vente⁹⁰⁰. Pour réduire sa complexité, une information minimale pourrait être reprise sous forme d'icônes, ou de résumé sur le site marchand et un décryptage effectué de façon participative pourrait voir le jour avec une mise en ligne extérieure au site. Afin de remédier à l'absence de réflexion et d'inciter à la consultation des dites conditions, un envoi écrit à chaque consommateur pourrait faire prendre conscience de leur importance, la commande ne pouvant intervenir qu'après réception de ce document. Cette dernière proposition conforterait certes la protection du consommateur mais elle se heurterait aux intérêts des professionnels en ralentissant l'engagement du client dans le commerce électronique. Or, patience et longueur de temps sont les premiers ennemis de la vente en ligne : la formation⁹⁰¹, voire l'éducation des consommateurs par les pouvoirs publics, s'impose comme une réelle nécessité.

1113. – Concernant le « double clic », son principe permet de retarder l'acte d'achat par une réflexion théorique en attirant l'attention du consommateur sur son engagement à venir. Les obligations de communication après la passation de commande rassurent le client et le mettent en confiance. Globalement, les informations imposées par le législateur permettent de

⁸⁹⁸ *Ibidem*.

⁸⁹⁹ LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Le droit du commerce électronique*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005, p.37.

⁹⁰⁰ MANARA Cédric, *Droit du commerce électronique*, *op.cit.*

⁹⁰¹ La DGCCRF met régulièrement à disposition des consommateurs des fiches techniques ou des guides accessibles depuis son site afin de les protéger en leur apprenant quelques automatismes.

faire du consommateur un client actif, informé et maître de son acte d'achat, par la transparence qu'elles apportent. Néanmoins, le consommateur lui-même est la limite principale de l'information, aussi complète et transparente soit-elle. Sans sa volonté de saisir les opportunités qui lui sont fournies par les textes, il aura du mal à jouer le rôle actif que souhaite lui donner le législateur.

1114. – Pourtant, faut-il faire grief au législateur de souhaiter responsabiliser le e-consommateur au moyen d'une information importante, si ce dernier, en choisissant souvent de « cliquer » sur la mention « j'accepte les conditions générales » sans se soucier de les lire, ne profite pas de cette responsabilisation qui lui est offerte pour compenser sa faiblesse ?

1115. – Le monde de l'économie numérique est friand de l'information que véhiculent les données à caractère personnel, si recherchées pour alimenter le moteur du commerce électronique. Confronté à l'inflation de leur collecte et de leur traitement, le consommateur pourrait légitimement craindre de se voir dépossédé de sa vie privée. Le législateur, européen et national, a donc choisi de contraindre le professionnel à informer, à communiquer avec la personne concernée par cette collecte et ce traitement, avec l'ambition de conférer à l'individu le pouvoir de refuser, ou non, d'être fiché. Dans ce sens, il lui donne l'information nécessaire pour devenir une personne responsable.

SECTION 2 – UNE INFORMATION QUANT AUX DROITS SPÉCIFIQUES POUR UNE MAÎTRISE DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

1116. – Nous avons analysé précédemment le RGPD sous l'angle de la responsabilisation de l'entreprise, à laquelle le législateur assure la liberté de collecter et de traiter des données à caractère personnel, dans le but d'affiner sa connaissance du consommateur mais à condition qu'elle y procède dans le respect de la personne concernée. Il convient de s'attacher désormais aux règles juridiques qui, pour parfaire la mise en confiance du cyberconsommateur, encouragent plus particulièrement son information quant aux droits qu'il détient sur ses propres données personnelles, information destinée à lui en donner la maîtrise de la collecte et du traitement.

1117. – La société du Big Data est, intuitivement, souvent perçue comme dangereuse pour la vie privée du citoyen, donc pour celle du consommateur en particulier. Chacune des traces, qu'elles soient volontairement déposées en complétant tel formulaire ou déduites de visites sur tel site internet, constitue le ferment d'une donnée personnelle, circulant librement sur la toile. Tout individu pressent que cette donnée sert sans doute à quelque chose (qui le dépasse), ou à quelqu'un (dont il ne connaît rien) et, chaque jour, des révélations médiatiques semblent confirmer cette intuition. Face à cette frénésie de collecte et de traitement, le consommateur peut se sentir démuni, comme l'otage d'enjeux qu'il ignore, effrayé par l'intrusion qu'il redoute dans sa vie privée, dont il croit déceler les signes. Or le commerce électronique se nourrit de ces données toujours plus nombreuses tandis que, symétriquement, la perplexité, voire l'inquiétude du consommateur à cet égard ne sauraient forger sa confiance. La divergence d'intérêt ne peut être favorable à l'ensemble.

1118. – Les législateurs, européens et nationaux, conscients de ce risque particulier né de la nature même de la société de l'information, ont souhaité protéger le consommateur en lui permettant de jouer un rôle actif sur ses propres données personnelles. Pour ce faire, ils sont convenus de lui attribuer des droits, lesquels lui donnent les moyens, notamment, de s'opposer sous condition à l'utilisation de ces données, de demander leur rectification ou leur effacement de tel fichier. Ces multiples droits, source de transparence et d'autodétermination ou de responsabilisation du consommateur, en lui conférant la maîtrise sur ses données, doivent le

protéger et ainsi ôter son appréhension - instinctive - quant à cet aliment de base du commerce électronique.

1119. – Or, quels que soient les droits conférés au consommateur, nouveaux ou anciens, sans une information sur leur existence, méconnus, ils seraient de peu d'utilité à son service. C'est pourquoi le Règlement du 27 avril 2016⁹⁰², dit RGPD, consacre un chapitre III aux Droits de la personne concernée : les articles 12 à 14 reprennent en particulier les informations et les communications que le responsable du traitement est tenu de lui fournir. Certains droits ont été repris des législations précédentes, d'autres inventés afin de consolider la confiance. En droit national, la loi Informatique et libertés a été remaniée à plusieurs reprises, notamment par la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données à caractère personnel, l'ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018 la mettant en conformité avec le RGPD.

1120. – Afin de renforcer la maîtrise de la personne concernée sur ses données, le législateur établit son efficacité en exigeant des responsables du traitement l'application d'un principe de double transparence, l'une quant à l'obligation d'informer sur le traitement, l'autre quant à celle de communiquer sur l'existence des droits des personnes concernées. La transparence est la clé devant susciter la confiance dans les processus applicables au consommateur en les lui rendant compréhensibles, d'une part, en lui offrant la possibilité de les contester, d'autre part. Quoique la transparence n'ait pas été définie, le G29 en a livré une orientation pratique dans des lignes directrices au sujet du règlement du 27 avril 2016, lesquelles serviront d'appui à nos propos.

1121. – Assurer la confiance du consommateur en l'informant et en lui proposant les armes juridiques nécessaires à la maîtrise de ses données n'est pas une ambition datant seulement de l'adoption du Règlement du 27 avril 2016⁹⁰³ applicable dans l'Union européenne depuis le 25 mai 2018. Dès 1979 en effet, le Parlement européen avait adopté une résolution dans laquelle il affirmait que « toute personne ayant sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat membre a le droit de faire effacer des données illicitement collectées et de faire procéder à la rectification des données concernant sa personne qui seraient imprécises ou inexacts ainsi

⁹⁰² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

⁹⁰³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit RGPD.

qu'à l'information des tiers auxquels elles auraient été communiquées »⁹⁰⁴. La loi Informatique et libertés avait elle aussi consacré certains droits à la personne concernée.

1122. – Parallèlement, les lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel, élaborées par l'OCDE en 1981, énonçaient un « principe de la participation individuelle » selon lequel leur titulaire devrait avoir un droit d'accès sur ses données, cette prérogative ayant été reprise par la directive abrogée n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles.

1123. – Nous nous attacherons d'abord à relever comment la transparence prend forme dans l'information fournie par le responsable du traitement à la personne concernée (§1) avant de nous intéresser à la façon dont ces informations diverses et l'exercice de ses droits lui confèrent la maîtrise de ses données (§2).

§1 : LA NOTION DE TRANSPARENCE DANS L'INFORMATION ET LA COMMUNICATION SUR LES DROITS DES PERSONNES CONCERNÉES

1124. – Les informations adressées à la personne concernée par un traitement de données, pour être efficaces, doivent être concises, transparentes, compréhensibles et aisément accessibles ; elles sont véhiculées grâce à des termes clairs et simples qui procurent, notamment aux enfants, une meilleure compréhension sur un sujet technique et juridique complexe ; elles sont fournies « par écrit ou par d'autres moyens y compris, lorsque c'est approprié, par voie électronique » ; elles peuvent être orales quand la personne concernée en fait la demande ; elles sont fournies gratuitement.

1125. – Le G29⁹⁰⁵ précise les conditions de transparence exigées par le RGPD et reprises par la loi Informatique et libertés, lesquelles déterminent la qualité, donc l'efficacité, de l'information fournie. Il faut ainsi comprendre par « concises et transparentes » des informations et communications présentées de façon efficace et succincte « afin d'éviter de noyer d'informations la personne concernée ». Elles doivent être différenciées des conditions générales de vente et peuvent faire l'objet, sur le site, d'une présentation ou d'une rubrique spécifique. Des informations sont « compréhensibles » quand la majorité du public est capable de les comprendre, le responsable du traitement devant utiliser la connaissance qu'il a de ses clients pour savoir comment s'adresser à eux : le professionnel, l'enfant ou le consommateur

⁹⁰⁴ Résolution 8 mai 1979, *JOCE* 5 juin 1979, n° C-140, p. 34.

⁹⁰⁵ Groupe de Travail « Article 29 », Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, *op.cit.* p.7.

moyen ne sont ainsi pas familiers des mêmes termes. L'« accessibilité aisée » impose que la personne concernée n'ait pas à devoir rechercher les informations, mais qu'elle puisse au contraire y accéder rapidement si elles sont, par exemple, disposées dans une déclaration de confidentialité, dans un endroit unique. La « clarté et la simplicité » expriment que soient évités les termes juridiques, spécifiques ou complexes. Une grande attention est réclamée par le RGPD lorsque l'information et/ou la communication s'adresse(nt) à des enfants ou à d'autres personnes vulnérables. L'information et la communication orale, possibles, ne peuvent concerner que des données non confidentielles, le G29 estimant que le responsable du traitement doit permettre à la personne concernée de réécouter les messages préenregistrés.

1126. – Les articles 12 à 14 du RGPD, repris par l'article 48 de la loi Informatique et libertés, spécifient les informations devant être apportées aux personnes dont les données sont collectées (identité du responsable du traitement, droits de la personne concernée...), chacune étant considérée d'égale importance. L'information est fournie soit au moment où les données sont obtenues - si elles sont collectées directement auprès de la personne (par un formulaire) - soit dans un délai raisonnable d'un mois maximum - si elles sont obtenues indirectement. Quand le texte européen pose que le responsable du traitement doit « fournir », il entend que la personne concernée soit dirigée vers un endroit unique dans lequel elle trouve toutes les informations obligatoires. Le G29 rappelle que la transparence exigée par le RGPD en matière d'information et de communication n'est pas exclusive d'une communication linguistique mais qu'elle peut prendre la forme d'icônes. En pratique, les sites disposent d'un onglet « politique de confidentialité des données personnelles » accessible depuis chacune de ses pages. Rendre limpide un sujet complexe est une opération difficile. Amener à la lecture le consommateur est aussi malaisé : ce terme « fournir » n'en préjuge en rien. Aucune obligation de contrainte, technique ou autre, n'est à mettre en place - alors qu'il aurait pu être envisagé un système d'affichage obligatoire sur le terminal de l'intéressé le poussant à en prendre réellement connaissance.

1127. – Cette exigence de transparence est soumise à l'Autorité de contrôle nationale, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), également chargée des sanctions en cas de manquement, qui s'est vue par ailleurs dotée par le RGPD, au-delà de son rôle naturel de vérification ou de contrôle de la protection des données, d'une mission d'accompagnement et de conseil. L'Autorité a donc un double rôle, d'aide au public - en facilitant toutes les démarches visant à faire reconnaître ses droits, notamment par la mise à disposition de fiches éducatives - et de sensibilisation du public. Alors que la pertinence du site

de la CNIL en matière « d'éducation » de l'internaute doit être relevée, l'interrogation se pose quant au nombre de consommateurs connaissant l'existence et l'utilisation possible de cette excellente source d'information.

1128. – Si le principe de transparence est ainsi rendu obligatoire lors de l'information de la personne concernée par le traitement de ses données, il convient d'établir quels sont les droits qui lui sont accordés afin de lui en donner le réel contrôle.

§2 : LES DROITS DES PERSONNES CONCERNÉES ET LEUR INFORMATION

1129. – La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 et la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, dite loi Informatique et libertés, avaient déjà prévu l'attribution à la personne dont les données personnelles étaient collectées d'un droit d'information, d'un droit de s'opposer, d'un droit d'accès et d'un droit de rectification les concernant. Ces droits ont été confirmés par le nouveau texte européen. En outre, afin de renforcer la maîtrise du consommateur sur ses données personnelles le RGPD a créé en sa faveur de nouveaux droits : à la portabilité, à l'oubli et à la limitation du traitement. Cette somme de droits spécifiques, décrits dans le chapitre III du RGPD, et transposée dans le droit national par la loi Informatique et libertés réécrite par l'ordonnance 2018-1125 du 12 décembre 2018 dans son chapitre II, doit donner les outils juridiques favorables au comportement actif de la personne concernée. Le RGPD et la loi Informatique et libertés mettent à la charge du responsable du traitement, interlocuteur clé de la personne concernée, l'obligation de lui fournir l'information quant à l'existence de ses droits. Il convient de démontrer sur quels droits spécifiques s'appuie la volonté du législateur de rendre au consommateur la maîtrise sur ses données personnelles.

A. LE DROIT À L'INFORMATION

1130. – Le droit à l'information des personnes concernées est capital en ce qu'il conditionne l'ensemble des autres⁹⁰⁶. Il s'agit de reconnaître à toute personne un droit de regard sur ses propres données.

⁹⁰⁶ BANCK Aurélie, *RGPD : la protection des données à caractère personnel*, 1^{re} éd., Gualino, coll. Droit en Poche, 2018, p.50.

1131. – La confiance de l'internaute en matière de traitement des données personnelles ne peut être acquise que par l'assurance d'une transparence quant à ce traitement que nous avons précédemment évoqué. A cette fin, l'article 13 du règlement et l'article 48 de la loi Informatique et libertés contraignent le responsable du traitement des données personnelles à fournir, au moment de leur collecte auprès de l'intéressé :

- l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ou de son représentant : un adresse, un numéro de téléphone facilitent la prise de contact et l'exercice du droit ;

- les finalités du traitement et son fondement juridique⁹⁰⁷. La transparence oblige à dévoiler la nature des informations collectées, à quelle fin, et sur lequel des six fondements, prévus par le RGPD, s'appuie le traitement. Dès lors que le consentement de la personne concernée lui est demandé, le droit à l'information offre au consommateur le choix - c'est-à-dire « une manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée et univoque »⁹⁰⁸ - d'accepter que ses données soient, ou non, collectées puis traitées.

- la mention des destinataires des données, auxquels elles sont adressées ;

- la mention de la possibilité de leur transfert et des garanties mises en place pour le sécuriser. La personne concernée est informée d'un éventuel transfert vers un pays tiers non membre de l'UE bénéficiant, ou non, d'une décision d'adéquation ou de garanties appropriées, autrement dit du même degré de sécurité envers le traitement des données que sur le territoire européen.

- la durée de conservation de ses données ou, lorsque cela n'est pas possible, les critères utilisés pour la déterminer ;

- l'information relative à tous les droits reconnus à la personne - droit d'accès aux données, de rectification ou d'effacement, de limitation de traitement, d'opposition au

⁹⁰⁷ Le traitement repose exclusivement sur un fondement prévu par l'article 6 du RGPD transposé à l'article 5 de la loi Informatique et libertés. Cet article conditionne la licéité du traitement à au moins une des conditions suivantes : - le consentement de la personne concernée au traitement de ses données pour une ou plusieurs finalités spécifiques - la nécessité du traitement pour l'exécution du contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à sa demande, - la nécessité du traitement pour le respect d'une obligation légale, - la nécessité du traitement pour la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique, - la nécessité du traitement pour l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, - la nécessité du traitement aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données, notamment lorsqu'elle est un enfant.

⁹⁰⁸ RGPD, art. 4-11.

traitement, droit de portabilité ; cette information lui permettant d'en avoir connaissance afin de les exercer.

- l'information relative au droit d'introduire une réclamation auprès de la CNIL ; c'est l'occasion pour l'individu de découvrir son existence et ses coordonnées pour une éventuelle saisine.

- la connaissance du fait que les données soient obligatoires, ou non, pour la conclusion d'un contrat et des conséquences de leur non-fourniture, le cas échéant ;

- l'information quant à l'éventuelle existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage.

1132. – Les articles 13 et 14 du RGPD visent les informations à fournir à la personne concernée selon que les données ont été collectées auprès de l'intéressé (art. 13) ou non (art. 14). Elles sont sensiblement les mêmes, l'information liée à la collecte indirecte étant renforcée concernant la catégorie et la source des données.

B. LE DROIT D'ACCÈS AUX DONNÉES

1133. – Au-delà de son information générale quant à la collecte de ses données, la personne concernée bénéficie du droit d'accès aux dites informations.

1134. – Le droit d'accès se conjugue avec le droit à l'information. Il permet à la personne, dans un premier temps, de s'adresser au responsable du traitement afin d'obtenir la confirmation de l'existence ou non d'un traitement de ses données. Pour certains auteurs le droit d'accès est précédé par un « droit à la curiosité »⁹⁰⁹. Dans un second temps, si les données sont traitées, le droit à l'accès permet à la personne concernée d'obtenir du responsable du traitement - d'un site commercial par exemple - une copie des informations qu'il détient à son sujet. Ce droit est fréquemment utilisé dans le cadre d'informations détenues par des établissements bancaires⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ FRAYSSINET J., « La protection des données personnelles », in LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, coll. Themis droit privé, 2001, n°149 et s., ISBN : 2-13-051822-2

⁹¹⁰ Il permet ainsi de comprendre, par exemple, certains refus de prêt.

1135. – Ainsi ce droit d'accès autorise à demander si des informations sont détenues. Le cas échéant, il permet d'en vérifier le contenu, de savoir, notamment, si telle personne figure dans tel fichier qui pourrait lui porter préjudice.

1136. – L'article 49 de la loi Informatique et libertés prévoit deux exceptions au droit d'accès, portant sur la collecte et le traitement de données à des fins statistiques et de recherche.

1137. – Ce droit d'accès est une des conditions à la mise en place d'autres droits - à rectification, à effacement. Il est ainsi capital dans l'intérêt de l'individu, afin de vérifier la licéité du traitement et la véracité des données. Aucune distinction n'est faite par le texte concernant la provenance des informations : sont visées les données communiquées par le consommateur lui-même autant que celles collectées indirectement.

1138. – Toute personne physique dont les données à caractère personnel sont traitées en dehors des dérogations prévues aux articles 49 à 51 de la loi 1978 peut demander au responsable des données d'exercer ce droit d'accès sans avancer un quelconque motif, pourvu qu'elle justifie de son identité⁹¹¹. Son accès doit être large pour une meilleure efficacité. Néanmoins, les demandes excessives, comprises comme trop répétitives, ou portant préjudice à un droit ou aux libertés d'autrui, sont des limites au droit d'accès. Sans précision concernant les demandes excessives ou les droits des tiers, seule la CNIL ou la jurisprudence pourront en déterminer l'application. En cas de refus de faire droit à la demande, le responsable du fichier motive sa décision et informe des voies et délais de recours, mais il s'abstient de toute réponse face à des demandes excessives. Certains fichiers, sans lien avec le commerce électronique, sont inaccessibles, les fichiers de Police notamment.

1139. – Nous soulignerons deux cas d'incapacité d'accès aux données. Concernant l'accès des mineurs à leurs données, il est exercé par leur représentant légal. Se pose la question de savoir si des ayants droits peuvent avoir accès aux informations, personnelles, détenues sur une personne décédée. Le Conseil d'état reconnaît, dans un cas précis, le bien fondé de la demande de communication des données auprès d'un assureur dès lors qu'une action en réparation de préjudice est engagée⁹¹².

⁹¹¹ CNIL, délibération n°80-10 du 1^{er} avril 1980, disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?id=CNILTEXT000017654254>

⁹¹² CE, 10^e et 9^e ch. Réunies, 7 juin 2017, 399446.

1140. – Les modalités de communication de la réponse du responsable du traitement sont prévues par l'article 15 du RGPD⁹¹³. Dans le cas d'une réponse incomplète ou inexistante, la CNIL peut être saisie. Par ailleurs, l'information ne peut revêtir la forme de codes, incompréhensibles⁹¹⁴. D'après l'ancien Directeur de la CNIL, Alex Turk, les coordonnées d'une personne figurent en moyenne dans près de 400 fichiers. Afin de permettre à chaque consommateur de prendre conscience de l'ampleur de l'enjeu, il serait sans doute opportun qu'il soit encouragé à demander l'accès à ses propres données. A cet égard nous regrettons qu'un formulaire de « demande d'accès » ne soit pas obligatoirement mis en ligne, à la disposition de chaque consommateur sur le modèle du formulaire concernant le droit de rétractation.

1141. – Après avoir eu connaissance des données collectées et de leur traitement, la personne concernée dispose d'un droit de rectification et d'un droit d'effacement de ses données. Ce dernier en particulier, appelé droit à l'oubli, a suscité controverses et discussions, avant d'être finalement consacré.

C. LE DROIT DE RECTIFICATION ET LE DROIT À L'OUBLI

1142. – Deux droits proches, mais différents, sont conférés au consommateur dont les données sont collectées puis traitées : le droit de rectification et le droit à l'effacement, ou droit à l'oubli.

1143. – Si les articles 13 et 14 du RGPD s'attachent à l'information relative au droit à rectification, l'article 16 vise plus particulièrement ce droit lui-même. En France, les articles 50 et 51 de la loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 modifiée consacrent le droit de rectification et d'effacement.

1144. – À tout moment, l'intéressé peut maîtriser ses données personnelles en demandant au responsable du traitement de les rectifier si elles sont inexactes (âge, adresse, etc.) ou incomplètes : des informations erronées ne seront ainsi plus diffusées ni utilisées. Si une erreur a pu se glisser, par exemple au sujet de l'âge de l'internaute, lors de son inscription sur un formulaire client, bloquant ainsi son accès par exemple à un site nécessitant d'être

⁹¹³ Dans un délai d'un mois à compter de la demande, sauf prolongation justifiée, le responsable du fichier fournit une copie des données faisant l'objet du traitement. L'article 15 -3 du RGPD prévoit une symétrie de communication : si l'internaute présente sa demande par voie électronique, le responsable du traitement lui répondra par la même voie.

⁹¹⁴ CNIL, 23^e rapport d'activité, 2002, p.104.

majeur, il convient à l'intéressé d'exercer son droit de rectification pour rétablir des données exactes et complètes.

1145. – Le droit de rectification disposait déjà d'une existence légale au sein de l'article 40 alinéa 1 ancien de la loi Informatique et libertés. Pour son adaptation au RGPD, l'ordonnance 2018 renvoie à l'article 16 dudit règlement, lequel dispose que « la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable de traitement, dans les meilleurs délais, la rectification des données à caractère personnel la concernant qui sont inexactes. Compte tenu des finalités du traitement, la personne concernée a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel incomplètes soient complétées, y compris en fournissant une déclaration complémentaire ». Si le responsable du fichier accède à la demande de l'internaute il notifie, conformément à l'article 19 du RGPD et à l'article 54 de la loi Informatique et libertés, les modifications apportées à tous les destinataires auxquels les données ont été adressées, à moins que la communication se révèle impossible ou qu'elle exige des efforts disproportionnés (compte tenu par exemple de l'ancienneté des données ou du nombre de personnes concernées). Le responsable du traitement peut ne pas donner suite à la demande s'il démontre son caractère manifestement infondé ou excessif. Ces limitations dans l'exercice de ce droit sont sujettes à controverse entre le responsable et l'intéressé. Qu'entend notamment le législateur par un « effort disproportionné » ?

1146. – Afin de faciliter le droit de rectification - qui ne s'applique pas aux traitements littéraires, journalistiques et artistiques - la CNIL met à disposition de chacun un formulaire de demande de rectification sur son site officiel. Il convient encore de relever le nouveau rôle de la CNIL : aider les internautes à connaître leurs droits et à les utiliser.

1147. – Le droit à l'oubli, autrement dénommé droit à l'effacement, est consacré et introduit par l'article 17 du règlement 2016. L'article 51 -I de la loi Informatique et libertés modifiée fait référence aux modalités d'application de l'article 17 du RGPD, tout en instaurant deux spécificités : le droit à l'effacement des mineurs (au moment de la collecte) et le droit à l'effacement des personnes décédées.

1148. – L'article 17 du règlement vise expressément le droit à l'oubli, reconnu comme celui de demander à faire disparaître, effacer, des informations personnelles, quoique sous certaines conditions, qu'il s'agisse, notamment, de telle photo « compromettante » sur tel réseau social, du lien entre tel nom et tel contenu gênants ou de l'élimination d'un compte client et des données associées afin de ne plus être la cible des sollicitations de tel site commercial.

1149. – L'article détaille les six situations limitatives dans lesquelles ce droit peut être mis en application : c'est le cas lorsque les données ne sont plus nécessaires au regard du traitement initial ou de ses finalités, lorsque l'intéressé retire son consentement à son sujet, lorsqu'il s'oppose à un traitement - à moins que ce dernier n'ait un motif légitime, lorsque les données ont fait l'objet d'un traitement illicite, ou qu'elles doivent être effacées pour respecter une obligation légale du RGPD ou de la loi nationale et, enfin, lorsqu'elles ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information.

1150. – Si les textes fondent, notamment, l'effacement des données sur la finalité de leur traitement, donc sur sa nature intrinsèque (selon qu'il se révèle illicite, ou inutile), le législateur a souhaité renforcer la maîtrise de la personne concernée en lui accordant un droit à l'effacement lié à sa volonté personnelle⁹¹⁵, ou au retrait de son consentement⁹¹⁶, comme par l'acceptation de son choix délibéré et sans justification, ce que certains auteurs qualifient de « pouvoir d'autodétermination de la personne concernée »⁹¹⁷.

1151. – Le droit à l'effacement est donc protecteur de la personne concernée⁹¹⁸, en lui accordant une maîtrise sur ses données personnelles. Il n'est cependant pas absolu et le RGPD pose des limites « justifiées par la défense de l'intérêt général »⁹¹⁹. Le texte fournit des exemptions aux six cas prévus en posant des limites à l'accès au droit à l'oubli, lequel ne pourra pas être reconnu si le traitement est nécessaire au vu du droit à la liberté d'expression et d'information ou afin de respecter une obligation légale. Si la justification de ces limites repose sur l'idée que l'intérêt général prime sur l'intérêt particulier de la personne concernée, l'évocation spécifique de la notion de liberté d'expression ouvre une imprécision, dangereuse pour le consommateur qui pourrait se voir refuser un tel droit au nom d'une liberté d'expression définie de façon extensive.

1152. – Lorsque les données ont été transmises à des tiers, le responsable du traitement doit leur notifier la demande d'effacement de la personne concernée, conformément à l'article 19 du RGPD, à moins qu'une telle communication se révèle impossible ou qu'elle exige des efforts disproportionnés, cette obligation devant ainsi être analysée comme de moyens et non de résultat.

⁹¹⁵ *Ibidem*.

⁹¹⁶ RGPD, art. 17-1.

⁹¹⁷ Le Lamy droit du numérique, *op. cit.*

⁹¹⁸ RGPD, considérant 65.

⁹¹⁹ *Le Lamy droit du numérique*, Partie 2 Numérique et Libertés, Division 3 Les droits de la personne concernée, Chap. le droit à la maîtrise de ses données, sect. 3 Le droit à l'effacement, p. 16 et s.

1153. – On peut associer au droit à l’effacement celui au déréférencement, introduit et consacré par la CJUE⁹²⁰, laquelle a obligé la société Google à ne plus lier le nom d’une personne concernée à un état de saisie immobilière, la Cour ayant exigé une procédure de déréférencement. Celui-ci consiste, sans supprimer le contenu de tel site, à effacer l’association du nom de la personne concernée avec tel lien vers telle page. Ce droit permet de demander aux moteurs de recherche, notamment, de supprimer certains résultats de recherche associés à un nom. Ce déréférencement n’étant fondé que sur le « gommage » du lien et nullement sur celui du contenu du site, il convient alors que la personne exerce, le cas échéant, son droit à l’effacement. Concernant ses modalités d’exercice, certains moteurs de recherche (Google, Mozilla, etc.) mettent à disposition un formulaire de demande de suppression de résultats de recherche, dont il est regrettable qu’il ne soit pas rendu obligatoire, au même titre que celui portant sur le droit de rétractation. La personne concernée doit indiquer par divers moyens - courriels, courriers- les données qu’elle souhaite voir effacer (photos, textes, etc.) ce qui se révèle souvent un parcours long et infructueux auprès de nombreux sites, la CNIL pouvant être saisie en cas de refus. Ce droit se heurte à la liberté d’expression⁹²¹.

1154. – La loi Informatique et libertés modifiée apporte deux considérations spécifiques permettant de renforcer la maîtrise de la personne intéressée sur ses données : le droit à l’oubli des mineurs et celui des personnes décédées.

1155. – S’il a bien été une préoccupation du RGPD⁹²², la loi pour la République numérique du 7 octobre 2016 a spécifiquement développé un droit à l’oubli pour les mineurs au sein de l’article 40 de la loi Informatique et libertés, en mettant en place une information renforcée et une procédure accélérée pour l’exercice de ce droit. Il s’agit d’« une procédure accélérée spécifique avec des délais réduits et une intervention plus rapide de la CNIL »⁹²³. L’ordonnance 2018 a repris le principe dans l’article désormais devenu 51-II Alinéa 1^{er} de la loi 1978 qui dispose que : « En particulier, sur demande de la personne concernée, le responsable du traitement est tenu d’effacer dans les meilleurs délais les données à caractère personnel qui ont été collectées dans le cadre de l’offre de services de la société de l’information lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte. Lorsqu’il a transmis les

⁹²⁰ CJUE, 13 mai 2014, aff C-131/12, Google Spain SL C/Agencia Espanola de proteccion de datos et Mario Costeja Gonzalez, *Dalloz actualités*, 21 mai 2014, obs. CONSTANTIN L ; *D.* 2014, 1476, note BENABOU V. et ROCHFELD J ; *JCP*, 30 juin 2014-26, note sous arrêt MARINO L. ; *JCP E*, 12 juin 2014, n°24, note GRIGUER M.

⁹²¹ V. BEM A., « La primauté de la liberté de la presse sur les droits à l’oubli et du déréférencement sur internet », 1^{er} juin 2016, disponible sur <https://www.legavox.fr>

⁹²² V. RGPD, considérant 65.

⁹²³ Le Lamy droit du numérique, *op. cit.*

données en cause à un tiers lui-même responsable de traitement, il prend des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, compte tenu des technologies disponibles et des coûts de mise en œuvre, pour informer le tiers qui traite ces données que la personne concernée a demandé l'effacement de tout lien vers celles-ci, ou de toute copie ou de toute reproduction de celles-ci ». En l'absence de réponse favorable, en cas de non-effacement, la CNIL, une fois saisie, doit se prononcer sur la demande dans un délai réduit à trois semaines à compter de la date de sa réception.

1156. – La demande doit être faite par le mineur, ou par le mineur devenu majeur, pour des données collectées pendant sa minorité. Il convient de rappeler que le RGPD a laissé une marge de manoeuvre aux Etats membres leur permettant de choisir l'âge de la majorité du consentement des mineurs pour accepter seuls la collecte de leurs données personnelles. L'ordonnance de 2018 a choisi de fixer l'âge du consentement des mineurs à 15 ans : en-deçà, le traitement n'est licite que si le consentement est donné par le mineur concerné et le ou les titulaire(s) de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur.

1157. – La loi Informatique et libertés modifiée prévoit enfin, dans son article 85- III, que « tout prestataire d'un service de communication au public en ligne informe l'utilisateur du sort des données qui le concernent à son décès et lui permet de choisir de communiquer ou non ses données à un tiers qu'il désigne ».

1158. – Elle complète ainsi le RGPD en mettant en place un *droit à l'oubli de la personne décédée*. La mort biologique doit pouvoir s'accompagner - ultime maîtrise sur les données personnelles - d'une mort numérique, jusqu'alors non actée. Or l'ouverture d'un compte client ou l'inscription sur les réseaux sociaux sont, par nature, autant de données communiquées par une personne concernée... vivante. Jusqu'à la promulgation de la loi pour une République numérique, seuls les administrateurs de sites ou de réseaux pouvaient déterminer le sort des profils contenant des données personnelles et il s'avérait bien difficile de savoir si tel compte ne fonctionnait plus du fait du décès de son titulaire ou pour toute autre raison. Les données d'une personne décédée avaient été reconnues par le Conseil d'Etat⁹²⁴ comme strictement personnelles et les membres de la famille ne pouvaient y avoir accès au nom du décédé : le compte numérique était protégé par le respect de la vie privée, lequel comprend le droit au secret des correspondances et celui à l'image. Il a fallu attendre la loi pour une

⁹²⁴ CE, CHR, 8 juin 2016, n° 386525.

République numérique du 7 octobre 2016⁹²⁵ pour que le législateur formalise la mort numérique par un texte.

1159. – Les articles 84 à 86 de la loi Informatique et Libertés organisent d'une part la mise en place d'une forme de testament dédié au devenir des données à caractère personnel et, d'autre part, le sort des données du décédé et les droits de ses héritiers, en l'absence de toute directive de sa part à ce sujet. L'article 85 pose le principe de l'extinction des droits sur les données au décès de la personne concernée. La possibilité est accordée à la personne concernée, de son vivant, de définir des directives générales ou particulières⁹²⁶ quant à la conservation et à l'effacement de ses données personnelles. L'article 85-1 alinéa 5 de la loi 1978 dispose que « les directives générales et particulières définissent la manière dont la personne entend que soient exercés, après son décès, les droits mentionnés au chapitre II du présent titre [...] ». Les directives générales sont enregistrées par la personne auprès d'un tiers de confiance numérique certifié par la CNIL - ces directives et le nom du tiers de confiance étant inscrits sur un registre - et les directives particulières auprès du responsable du traitement concerné. La personne concernée peut modifier ou résilier à tout moment les directives déposées et désigner une personne chargée de les exécuter.

1160. – En l'absence de directives préalables au décès, les héritiers de la personne concernée bénéficient du droit d'accès du défunt et ils pourront, conformément à l'article 85-II 1^{er} de la loi 1978, accéder aux traitements des données qui concernent le décédé, obtenir communication des informations utiles à la liquidation et au partage de la succession, recevoir communication des biens numériques ou des données s'apparentant à des souvenirs de famille (transmissibles aux héritiers), faire procéder à la clôture des comptes utilisateurs du défunt, s'opposer à la poursuite du traitement des données⁹²⁷, faire procéder à leur mise à jour sans frais pour la succession.

1161. – Informer de l'existence du droit à l'oubli et des conditions de son exercice confère, jusque dans la mort, une réelle maîtrise de ses données à la personne concernée. Il convient néanmoins d'apprécier d'une part, l'efficacité de ce droit - en regard de la facilité ou non de l'exercer auprès des responsables du traitement - et, d'autre part, celle de la réponse, précisément, qu'ils apportent.

⁹²⁵ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁹²⁶ Les directives sont dites générales quand elles visent l'ensemble des données se rapportant à la personne concernée.

⁹²⁷ Le Lamy du droit numérique, *op. cit.* p. 27.

D. LE DROIT À LA LIMITATION DU TRAITEMENT

1162. – Les articles 13 et 14 du RGPD contraignent le responsable du traitement à informer la personne concernée de son droit à la limitation dudit traitement, c'est-à-dire à la possibilité de geler temporairement l'utilisation de certaines de ses données personnelles. Ce droit, prévu à l'article 18 du RGPD et repris par l'article 53 de la loi Informatique et libertés, s'exerce principalement lorsque l'internaute conteste l'exactitude de ses données. Dès lors, le responsable du traitement ne peut plus y recourir, dans l'attente de leur vérification. Inversement, si des données doivent être effacées, la personne concernée peut demander que toutes ne le soient pas : l'intéressé dispose donc de leur maîtrise en évitant leur effacement général tout en demandant la suspension provisoire de la diffusion de celles devant faire l'objet d'une vérification. La CNIL fournit sur son site officiel plusieurs exemples de cas pour lesquels la demande de limitation apparaît judicieuse, notamment celui d'une photo gênante postée sur un réseau social, que la plateforme doit retirer en attendant d'apprécier (sous un mois) s'il existe un intérêt légitime à la conserver, donc à refuser la demande.

E. LE DROIT DE S'OPPOSER AU TRAITEMENT

1163. – Maitriser ses données à caractère personnel c'est aussi, à tout moment, pouvoir refuser qu'elles figurent dans un fichier - qui ne serait pas obligatoire - ou qu'elles soient utilisées dans tel objectif précis. Le moyen le plus efficace de lutter contre la publication de données personnelles sur internet repose, de toute évidence, sur le droit de s'opposer à leur collecte et à leur traitement.

1164. – Les articles 13 et 14 du RGPD contraignent le responsable du traitement à informer la personne concernée, au plus tard au moment de la première communication, de l'existence de son droit de s'opposer au dit traitement. Les articles 21 et 22 du RGPD décrivent ce droit et l'article 56 de la loi Informatique et libertés se réfère au RGPD. Ce droit, que la loi Informatique et libertés avait consenti à la personne concernée dès son adoption, n'est pas discrétionnaire, en ce sens qu'il est subordonné à un « motif légitime ». Il est ainsi assorti de limites : si le RGPD exige que son exercice soit justifié par des raisons tenant à sa « situation particulière » il semble donc que les conditions posées par le RGPD soient moins restrictives que celles issues de la loi nationale, quoique ces deux notions soient peu explicites et qu'elles laissent planer une insécurité juridique.

1165. – La Cour de Cassation⁹²⁸ a ainsi considéré que la condition de l'existence de motifs légitimes était remplie « par le seul exercice de la faculté, pour la personne concernée, de s'opposer au traitement des données », selon une approche extrêmement... large des dits motifs.

1166. – La CNIL⁹²⁹, quant à elle, indique que le refus de faire droit à l'opposition peut relever de l'existence de motifs légitimes et impérieux à traiter des données, de la présence soit d'un contrat avec l'organisme de traitement, soit d'une obligation légale de traitement, soit de la nécessité d'un traitement indispensable à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique. En cas de consentement, il convient de retirer ce consentement et non de s'opposer. A contrario, la décision de retrait de nom et prénom, par exemple, de la base de données d'un journal, a pu être rejetée au motif de la liberté d'expression⁹³⁰.

1167. – Le droit d'opposition devient un droit discrétionnaire, conformément à l'article 21-2 du RGPD dès lors que les données personnelles sont traitées à des fins de prospection, y compris au profilage. La personne concernée peut alors s'opposer au traitement de données à des fins commerciales, sans justes motifs. En outre, l'article 21 limite les traitements de données pouvant donner lieu à l'exercice de ce droit à ceux nécessaires à l'exécution d'une mission d'intérêt public et à ceux nécessaires aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers⁹³¹.

1168. – La Cour de Cassation rappelle qu'aucun formalisme d'exercice de ce droit d'opposition n'est exigé⁹³² : la voie électronique peut être utilisée et la personne concernée ne doit supporter aucun coût financier. Le responsable de traitement dispose d'un mois à compter de la réception de la demande pour lui faire droit ou non, délai allongé de deux mois en cas de complexité du dossier. S'il ne répond pas favorablement à la personne concernée, il doit l'en informer, ainsi que de la possibilité de saisir l'Autorité de contrôle et de former un recours juridictionnel.

1169. – En matière de profilage, le législateur a souhaité mettre en place des dispositions spécifiques. La personne concernée a le droit de s'opposer à ce que son profil soit déterminé

⁹²⁸ Crim, 28 sept.2004, n°03-86.604.

⁹²⁹ V. sur le site de la CNIL, Le droit d'opposition : refuser l'utilisation de vos données.

⁹³⁰ Civ, 1^{re} ch., 12 mai 2015, n°15-17-729, *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2016, n°38, p.40, comm. PIOT P.

⁹³¹ BANCK Aurélie, *RGPD : la protection des données à caractère personnel, op. cit.* p. 51.

⁹³² Crim., 28 sept. 2004, n° 03-86.604.

exclusivement sur un traitement automatisé produisant des effets juridiques ou l'affectant, sauf si le traitement est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne et son responsable ou si elle a donné son consentement.

1170. – Ce faisant, le législateur n'a pas entendu donner tout pouvoir à l'intelligence numérique et il a choisi de conserver une place à l'intervention humaine : à tout moment la décision individuelle automatisée peut être contestée par l'intéressé. Cette noble ambition ne manque pas de susciter notre perplexité : au-delà de son séduisant aspect intellectuel, la mise en pratique, par l'internaute, de cette demande semble si fastidieuse qu'il est loisible de s'interroger sur la proportion de personnes concernées susceptibles d'y recourir.

F. LE DROIT À LA PORTABILITÉ DES DONNÉES PERSONNELLES

1171. – Les articles 13 et 14 du RGPD imposent au responsable du traitement d'informer la personne concernée du droit de portabilité qu'elle détient sur certaines de ses données personnelles.

1172. – Le nouveau règlement a choisi d'accorder aux internautes un droit à la portabilité de leurs données personnelles calqué sur le modèle de celui déjà reconnu en téléphonie. L'article 20 du RGP instaure ce nouveau droit, repris par l'article 55 de la loi Informatique et libertés. En France, la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 avait codifié le principe à l'article L 224-42-1 du Code de la consommation, lequel stipulait que « le consommateur dispose en toute circonstances d'un droit de récupération de l'ensemble de ses données ». La loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles a abrogé cet article et a créé un nouvel article 55 au sein de la loi Informatique et libertés disposant que « le droit de portabilité des données s'exerce dans les conditions prévues à l'article 20 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 ».

1173. – Ce droit offre aux personnes la possibilité d'obtenir et de réutiliser leurs données personnelles, fournies à une plateforme ou à un site, pour répondre à leur propre besoin, sans que le responsable du traitement ne puisse s'y opposer. Récupérer pour un usage personnel les données personnelles traitées et détenues par tel organisme, les stocker sur un appareil, les transférer soi-même vers tel autre organisme ou en demander le transfert par le premier directement au second, sont des opérations rendues possibles par le texte. De la même façon qu'en matière de téléphonie le client peut conserver son numéro de téléphone tout en changeant d'opérateur, l'internaute a acquis le droit de ne pas devoir modifier, notamment, l'adresse mail

à laquelle il reçoit ses courriers électroniques, s'il bascule d'un fournisseur d'accès à internet à un autre.

1174. – Suivant l'article 20 du RGPD, le droit de portabilité est limité et il ne s'exerce que si trois conditions sont réunies. Seules les données à caractère personnel fournies par la personne concernée peuvent faire l'objet d'un droit de portabilité. Ce droit ne s'applique qu'aux données traitées de manière automatisée, et seulement si le traitement est fondé sur le consentement préalable ou sur l'exécution d'un contrat conclu avec la personne concernée : sont ainsi exclues les données traitées sur une base d'intérêt légitime ou d'obligations légales. Enfin, le droit à la portabilité ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés des tiers.

1175. – Le groupe de travail européen, le G29, a explicité la notion de données fournies par l'intéressé, laquelle doit s'entendre largement, en incluant non seulement les données fournies volontairement - par le fait de remplir un formulaire ou de créer un compte en ligne comportant le nom, l'âge...- mais également celles tirées de l'observation de l'activité de la personne concernée. La personne qui a fourni des données à caractère personnel doit pouvoir les récupérer sous une forme aisément réutilisable, sécurisée, et le G29 préconise de permettre à la personne concernée de les télécharger directement. Aucun format n'est imposé par le RGPD, pourvu qu'il soit ouvert et lisible par machine, interprétable et sans restriction d'usage.

1176. – Le droit à la portabilité n'est pas exclusif des autres droits reconnus à la personne concernée - accès, opposition, etc.- lesquels pourront continuer à se voir exercés, dans la mesure où l'organisme qui transfère les données n'a pas l'obligation de supprimer de son fichier les données transférées, celles-ci pouvant être conservées pendant la durée initialement prévue.

1177. – L'article 12 du RGPD requiert du responsable du traitement qu'il fournisse à la personne concernée des informations sur les mesures prises dans les meilleurs délais, en tout état de cause dans le mois à compter de la réception de la demande, ce délai pouvant être prolongé dans les cas de situations complexes. Si aucune suite n'est apportée à sa demande, le responsable en informe l'intéressé avec les motifs de son inaction. Il l'informe également de la possibilité de saisir l'Autorité de contrôle et de former un recours devant une juridiction.

1178. – Utiliser des données « portables » assure une maîtrise supplémentaire sur ses propres données. Il convient cependant de distinguer le droit de portabilité - lequel ne porte que sur certaines données - du droit d'accès aux données - à toutes les données détenues par un organisme, pour satisfaire jusqu'à la simple curiosité.

1179. – Selon le Règlement il s’agit de renforcer le contrôle que l’individu exerce sur ses propres données⁹³³, ce qui nous semble apporter une dimension supplémentaire à sa maîtrise : consentir, accéder, s’opposer, tous ces droits acquis par le cyber consommateur ne sont pas strictement du même ordre que la portabilité. Les uns établissent une forme de rapport de force entre la personne concernée et le responsable du traitement, fondé, selon le cas, sur la vérification, le doute voire le soupçon dissimulé. Consentir, accéder, s’opposer sont des formes d’action, parfois de réaction. La portabilité est de nature différente, par la considération nouvelle qu’elle porte au « quasi propriétaire » ainsi affirmé des données personnelles, comme assis sur une forme de capital qu’il peut déplacer à sa guise. Ce droit tient une place importante dans la reconnaissance apportée aux données personnelles : elles redeviennent la propriété de leur propriétaire.

1180. – Par ce sentiment d’une maîtrise « augmentée », le législateur assure la confiance du consommateur dans la société de l’information, et il l’assure d’autant plus que la qualité de l’information et de la communication sur ces droits est fondée sur le principe de transparence. Néanmoins, nous pouvons à nouveau nous interroger sur l’utilisation réelle de ce droit par le consommateur. Sa dénomination, en particulier, ne sert sans doute pas sa cause : le sens de la « portabilité » est-il accessible à tout consommateur moyen ?

1181. – Ce droit de portabilité pose la question de la propriété des données. Faut-il encore aller plus loin dans le droit de l’intéressé sur ses données personnelles ? Autrement dit, doit-on mettre en place un droit de propriété adapté aux données qui leur feraient intégrer le patrimoine de l’individu ? La personne concernée par le traitement bénéficierait certes d’un droit de cession et elle serait alors pleinement maîtresse de ses données, mais le risque d’abus d’exploitation est à considérer⁹³⁴. Par ailleurs, une large part de la société de l’information et de la communication repose sur le marché de la donnée, au sein duquel agissent des « monopoles » qui, s’ils en tirent profit, consentent en contrepartie à un accès gratuit à nombre d’autres informations. Toute remise en cause des « règles du jeu » ne serait sans doute pas sans conséquence, autant pour les cyber-entreprises que pour les cyberconsommateurs.

1182. – Consacrer la propriété des données aurait pu passer par la possibilité de les monnayer, en payant les personnes dont les informations sont collectées. Le Sénat américain évoquait à nouveau récemment cette hypothèse, en proposant une loi fédérale contraignant les

⁹³³ RGPD, cons. 68.

⁹³⁴ MATATIA F., YAICHE M., « Etre propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir au régime traditionnel de propriété ? », *RLDI*, 2015/4, p.60.

GAFÀ à indiquer la valeur des données⁹³⁵. Le Conseil National du numérique, pour sa part, ne souhaite pas que les données personnelles soient monnayables⁹³⁶, mais certains avancent le caractère inéluctable de la valorisation des données dans un proche avenir⁹³⁷. Cette idée n'a, à ce jour, pas encore été retenue tant pour des raisons économiques - tous les acteurs de l'économie numérique n'auraient pas la capacité financière de telles acquisitions, ce qui ne pourrait que fausser les conditions de leur concurrence et mettrait donc à mal les ambitions générales de développement - que pour des raisons morales - par une forme d'assimilation implicite, sans doute inavouée, entre données personnelles et patrimoine intime : nul n'est censé vendre son âme au diable.

1183. – D'un point de vue purement économique, il ne serait pas illégitime d'imaginer rémunérer ces données - l'or n'est pas sans valeur. Mais se poserait nécessairement la question de leur prix, donc de la contrepartie - nécessairement payante - des services jusque-là gratuits fournis par les acteurs les plus puissants, dont le modèle de développement est fondé depuis l'origine sur cette apparence (cette illusion ?) de gratuité. Les internautes et les cyber-entreprises ne sont pas encore prêts à accepter un tel retournement : les internautes parce que la gratuité est consubstantielle à l'idée qu'ils ont d'Internet et à l'utilisation qu'ils en font, pas plus que les entreprises car leur stratégie, leur mode de fonctionnement et leur esprit même ont assuré, sur la base de cette gratuité apparente, leur développement. Monnayer les données risquerait par conséquent de freiner l'innovation dans la société de l'information, alors que les Autorités européennes cherchent à faire des entreprises de l'Union des fleurons dans le domaine du numérique. D'un point de vue moral, espérer une rémunération d'informations sur sa propre personne, sur son intimité, serait sans doute perçu comme aussi dangereux que le traitement des données lui-même.

1184. – Les droits, anciens et nouveaux, consentis à la personne concernée par le traitement de ses données lui apportent une maîtrise que l'on pourrait qualifier de purement textuelle, par rapport à sa maîtrise pratique, plus incertaine, qui reste selon nous à démontrer.

⁹³⁵ VERGARA Ingrid, 25 juin 2019, Le Sénat américain veut un prix sur les données, *Le Figaro*.

⁹³⁶ CNNum, « La libre circulation des données dans l'Union européenne », avril 2017.

⁹³⁷ BENSOUSSAN A., « A terme, le droit de valoriser ses propres données paraît inéluctable », *Actualités du droit*, 6 nov. 2018.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

1185. – Il n'est pas contestable que le législateur a choisi de créer la confiance du cyberconsommateur en le responsabilisant par l'information, censée rééquilibrer son manque de connaissance et compenser son éventuelle faiblesse. Informé à chaque étape de son acte d'achat, rassuré quant à l'utilisation de ses données personnelles, il dispose des moyens de devenir actif et du libre choix d'accepter ou non l'offre de l'entreprise. Cependant, produire l'information, quelle qu'en soit la qualité, ne garantit pas la qualité de sa réception. Si l'information est la condition théorique nécessaire à l'émergence d'un consommateur apte à se protéger par lui-même, elle n'est sans doute pas suffisante pour un consommateur moyen, dont nul n'est même certain qu'il la réclame à ce point. Et si la transparence est assurément le gage de l'efficacité de l'information, une forme d'accumulation de transparence, parallèle à l'accumulation d'information, conduit, paradoxalement, à obscurcir la vision du cyberconsommateur, au risque qu'il perde, noyé dans le flot, le fil de cette communication pléthorique que le législateur a patiemment tissé à son service. Le consommateur profite d'une information protéiforme, il sait tout de ses droits, il n'ignore rien de la meilleure façon de les exercer. Mais peut-être juge-t-il que tant d'information l'assaille, l'exaspère ou le freine dans son ambition principale : consommer, vite. Car internet l'a habitué, dès l'origine, à la rapidité du choix, à la rapidité du paiement, à la rapidité de la livraison, à la rapidité du retour. Ce n'est donc pas que chaque élément d'information supplémentaire l'irrite par principe, c'est qu'il le ralentit dans sa frénésie d'achat. Dès lors que le cyberconsommateur analyse, paradoxalement, chaque information en sa faveur non comme un encouragement à sa confiance mais comme un obstacle à une décision d'achat qu'il souhaite aussi instantanée que possible, comment espérer qu'il s'appropriera, « en conscience », les droits correspondants ? La « multiplication des clics » est magistralement pensée par le législateur comme le moyen d'une réflexion raisonnée, mais douloureusement vécue par le consommateur comme beaucoup de temps passé à appuyer sur des touches au risque que la bonne affaire ne lui échappe.

1186. – Néanmoins, si le consommateur ne se saisit pas de toutes les clefs de l'information qui lui sont offertes, elles créent sans nul doute un climat particulier qui le rassure, un « halo de confiance » qu'il met à profit. Les textes juridiques qui le protègent suscitent, objectivement, la confiance du cyberconsommateur, mais peut-être à son insu, car rien n'assure qu'il en demande tant. Ce que nous dénommons le « halo de confiance », impalpable et pourtant tangible, est la clef de son engagement sans crainte dans l'activité du commerce électronique : le consommateur... consomme, démonstration par l'absurde de l'efficacité des règles juridiques

portées à son profit, alors qu'elles l'encombrent parfois. Quelles que soient les motivations objectives du consommateur - que le droit assure sa confiance, qu'il crée un environnement de confiance intuitive ou qu'il n'en espère rien -, ne serait-il pas surtout attendu de lui, in fine, qu'il consomme... L'exercice du droit à rétractation, en particulier, se révèle l'arme décisive au service du cyberconsommateur, par la maîtrise quasi-absolue qu'elle lui apporte sur son acte d'achat : il en a saisi toute la simplicité, il s'est approprié tous ses avantages pour conclure, en confiance, la transaction commerciale, il en jouit sans réserve.

1187. – Son pouvoir sur ses données à caractère personnel est l'autre élément propice à stimuler sa confiance dans un univers numérique pourtant souvent considéré comme porteur de risque. Les règles juridiques assurent une information rigoureuse quant aux droits spécifiques du cyberconsommateur et aux modalités de leur exercice. Quels que soient leur lourdeur, leur degré de complexité et la somme d'exceptions qui s'y rapportent, elles participent à encadrer la relation commerciale et à installer, sans doute encore intuitivement, le cyberconsommateur dans cet environnement de confiance qui lui est nécessaire.

1188. – Il reste à vérifier si le choix du législateur de protéger le consommateur en lui offrant la maîtrise de son engagement et de ses données, par une information aussi lourde que variée, est la meilleure façon d'assurer sa protection : est-il possible, en un cercle vertueux, de créer la confiance du consommateur en lui faisant confiance ?

CONCLUSION DU TITRE 2

1189. – Le législateur a choisi d'assurer la confiance des acteurs dans le e-commerce en instaurant d'abord un contrat électronique fiable, rendant possible leur relation commerciale, elle-même encadrée par des règles juridiques solides. Face aux craintes croisées du commerçant et du cyber consommateur quant au risque relatif au moyen de paiement dématérialisé, le législateur a su façonner un environnement de confiance par l'instauration d'obligations technologiques destinées à renforcer, inlassablement, la sécurité de la transaction. Nul ne pouvant jamais promettre le « risque zéro » en la matière, le principe de responsabilité, consistant à faire supporter par l'établissement de service de paiement l'entière responsabilité de toute opération non autorisée, est le fondement de l'engagement sans crainte de chaque acteur dans la transaction commerciale sur le net.

1190. – En tentant d'apporter une réponse à la demande de protection spécifique à chacune des parties, le législateur entretient ce climat de confiance favorable au développement du e-commerce. L'innovation, commerciale ou technologique, et l'investissement dans des procédés de vente originaux, participent à la construction d'un nouveau type de patrimoine de l'entreprise, qu'elle veut protéger. Quoique certaines de ses règles, imparfaites, nécessiteraient une adaptation⁹³⁸, le droit positif assure largement cette protection des acquis incorporels de l'entreprise. Le choix du législateur de recourir à une information démultipliée, parfois jugée pléthorique, développée pour responsabiliser le consommateur dans l'exercice de son choix raisonné, nous laisse plus perplexe. Dans une société de l'information, souvent fondée sur la rupture, dont l'appréhension des enjeux et la compréhension du fonctionnement réclament une forme de « compétence » minimale, est-il raisonnable de prétendre faire confiance au consommateur moyen pour qu'il sache prendre en charge ses propres intérêts sans l'avoir, au préalable, nourri d'une « éducation » que l'on pourrait nommer « numérique » ?

⁹³⁸ V. notamment nos développements sur la cession du fonds électronique, de la protection du nom de domaine.

CONCLUSION DE LA 2^E PARTIE

1191. – Sans confiance aucune transaction économique n'est envisageable. Cette affirmation vaut d'autant plus pour le e-commerce qu'il repose sur de nouvelles technologies de la communication et de l'information, lesquelles rendent dématérialisée la relation commerciale entre les acteurs de la transaction, ce qui peut fonder leur inquiétude. De la même façon que la liberté du commerce électronique nécessite un encadrement juridique pour être garantie, la mise en confiance des acteurs du commerce en ligne réclame la mise en place de règles, afin de leur apporter la sécurité dont ils ont besoin pour échanger des biens et des services sur le net.

1192. – La sécurité de la transaction passée par voie électronique est assurée dans son ensemble, quoique les problématiques liées au paiement à distance constituent le point d'achoppement principal.

1193. – La protection de chacune des parties est la condition sine qua non qu'elles exigent pour s'engager librement dans la vente en ligne. Du point de vue du vendeur, son choix de se livrer à l'activité commerciale par voie électronique semble conforté par la protection satisfaisante de l'essentiel du patrimoine incorporel de l'entreprise que lui confèrent les textes. L'estimation du caractère avisé du consentement du consommateur nous paraît soulever certaines questions, dans la mesure où nous le considérons comme essentiellement théorique. Aussi respectable que soit cette ambition, privilégier l'information de l'acheteur comme instrument de sa confiance dans le commerce électronique ne nous semble pas la garantie de son libre choix.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1194. – L’encouragement au commerce électronique, affirmé comme un élément de stimulation de la croissance économique en Europe, s’est accompagné d’un encadrement juridique fondé sur des textes insérés dans des codes nombreux, rédigés au long d’une trentaine d’années, issus de sources diverses, européens et nationaux. La jurisprudence et la doctrine contribuent au développement du commerce électronique en apportant leur éclairage. Quant aux « petites sources » étatiques, elles jouent un rôle considérable au sein d’une matière nécessitant des compétences spécifiques. Cet ensemble, aussi protéiforme soit-il, respecte néanmoins une trame établie en poursuivant avec constance un double objectif : garantir la liberté de l’accès et de l’exercice au commerce électronique, assurer la mise en confiance des acteurs de la transaction commerciale dans un cyber espace porteur de risque et d’incertitude.

1195. – La loi LCEN, en particulier, en évitant de soumettre la pratique du e-commerce à des autorisations spécifiques, a précisément réaffirmé la liberté de son accès et de son exercice. Les activités les plus diverses peuvent ainsi être développées par voie électronique, par le plus grand nombre d’acteurs. La liberté de la communication au public, au moyen de technologies nouvelles, donne aux entreprises la capacité de s’adresser au consommateur en le sollicitant par des voies multiples, rendues possibles par l’innovation. Le droit renforce l’efficacité de la liberté lorsqu’il la conjugue avec le respect du consommateur. Nous ne considérons donc pas l’interdiction de vendre en ligne certains produits dangereux, ou la construction de règles d’encadrement de la sollicitation ciblée, comme une atteinte à la liberté : il s’agit seulement de promouvoir le développement harmonieux du e-commerce, sans que la liberté d’un acteur ne s’exerce au détriment de celle de l’autre. La liberté absolue ne serait qu’un frein au e-commerce rompant l’équilibre, souhaité par le législateur, entre les acteurs. Si son intervention est rendue nécessaire quand l’autorégulation n’est pas la norme, elle ne doit cependant ni se traduire par une marginalisation du e-commerce, ni le contraindre outrageusement, au risque de freiner son essor. Les problématiques particulières que soulèvent la fiscalité autant que l’irruption des plateformes numériques mettent en lumière l’inadaptabilité du droit traditionnel à protéger pleinement la liberté du commerce, ce qui devrait conduire à la construction d’une réglementation plus spécifique, pourtant respectueuse de l’innovation.

1196. – Assurer la confiance dans le commerce électronique est l’autre pilier sur lequel appuyer son développement. Dans cette perspective, le législateur a choisi de donner des outils juridiques fiables et sécurisés aux acteurs de la transaction dématérialisée. La possibilité

d'utiliser le contrat par voie électronique et de recourir au paiement par voie électronique, sans risque ni incertitude, a constitué la première pierre sur laquelle repose la mise en confiance dans le e-commerce. Si cette confiance partagée des acteurs dans un environnement qu'ils analysent comme sain est une condition nécessaire, elle n'est cependant pas suffisante pour convaincre chaque partie de s'investir dans la vente en ligne : le législateur doit assurer la protection particulière des intérêts de chacun. Le nouveau patrimoine incorporel que l'entreprise a construit pour exercer le e-commerce est ainsi globalement protégé par le droit. Quant au consommateur, maillon faible de la transaction plongé dans l'univers, qu'il perçoit hostile, d'internet, il se voit soutenu par une information renforcée, laquelle lui permet, théoriquement, d'affirmer un consentement avisé et de disposer de la maîtrise de son acte d'achat et du pouvoir sur ses données personnelles. Si le consommateur moyen juge parfois l'information qui lui est apportée trop dense et peu compréhensible, sa confiance est cependant clairement acquise par celle relative au droit de rétractation, laquelle représente le fondement même de la confiance du consommateur dans le commerce électronique.

1197. – Si l'on veut démontrer, par les faits sinon par les textes, que le droit remplit l'objectif de développement du commerce électronique qui lui a été assigné par l'autorité politique, en associant la liberté à la confiance, il suffit de considérer les chiffres relatifs à sa progression : ils attestent de son efficacité. En une vingtaine d'années, s'est construit un cadre solide fondé sur un entrelacs de règles traditionnelles, de règles adaptées et de règles nouvelles, sans doute incomplet et perfectible mais assurant aujourd'hui son rôle d'outil du développement du commerce en ligne. L'inéluctable évolution technologique imposera nécessairement au droit de poursuivre l'adaptation de ses règles au rythme effréné de l'innovation.

BIBLIOGRAPHIE

Les adresses internet indiquées sont celles en vigueur au jour de la consultation du document, il nous est donc impossible d'en garantir la pérennité.

1. Ouvrages, traités et manuels
2. Articles généraux et communiqués
3. Articles, revues et chroniques spécialisés
4. Jurisprudences françaises
 - Jugements des Tribunaux
 - Arrêts de Cours d'appel
 - Arrêts de Cours administratives d'appel
 - Arrêts de la Cour de cassation
 - Arrêts du Conseil d'Etat
 - Arrêts du Conseil Constitutionnel
5. Jurisprudence européenne
 - Cour de Justice de l'Union Européenne et Cour de Justice des Communautés Européennes
 - Commission Européenne
 - Cour Européenne des Droits de l'Homme
6. Questions écrites et réponses ministérielles
7. Autorité de la concurrence
8. Commission Nationale Informatique et Liberté (CNIL)
9. Ministère de l'Economie et des Finances
 - Direction Générale des Finances Publiques
 - Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
 - Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts
10. Lois, décrets, arrêtés et ordonnances
11. Règlements et directives européens
12. Notes et commentaires
13. Rapports, études, recommandations et conclusions
14. Conférences et colloques
15. Thèses et mémoires
16. Sites internet

1. Ouvrages, traités et manuels

ACISSI, *Sécurité informatique : apprendre l'attaque pour mieux de défendre*, sept. 2017, 5^e éd., ENI, coll. Epsilon.

ARPAGIAN N., *La cybersécurité*, PUF, Que sais-je, 2016.

AUGE, GILLION, HOLLIER, *Larousse du XX^e siècle*, t 3eme, Larousse, Moreau et Cie, Paris, 1930.

BANCK Aurélie, *RGPD : la protection des données à caractère personnel*, Gualino, coll. Droit en Poche, 1^{re} éd. 2018.

BENOUN Marc, *Le commerce de détail Suisse - Du colportage à l'e-commerce*, coll. Le savoir suisse, PPUR, 2015, 142 p., ISBN 978-2-88915-146-2.

BERANGER Denis, *Penser la Loi, Essai sur le législateur des temps modernes*, Gallimard, , 2018.

BIAGINI Cédric, *L'emprise numérique-Comment internet et les nouvelles technologies ont colonisé nos vies*, éd. L'échappée, 2012, 448 p., ISBN-13 978-2915830675.

BINCTIN Nicolas, « Le droit de la propriété intellectuelle », in Association Henri Capitant, *La construction européenne en droit des affaires : acquis et perspectives*, collectif, LGDJ, coll. Hors collection, 1^{re} éd. 2016.

BOCHURBERG L., *Internet et le commerce électronique*, 1^{re} éd., encyclopédie Delmas, 1999.

BOCHURBERG Lionel, *Internet et commerce électronique*, 1^{re} éd., Delmas, 2001, 352 p., ISBN : 978-2-247-04176-3.

CABRILLAC Rémy, *Introduction générale au droit*, 13^e éd., Dalloz, 2019.

CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^e éd., Dalloz, coll. précis, 2010.

CAPRIOLI Eric A., *Introduction au droit de la sécurité des systèmes d'information (SSI)* », in *Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, LexisNexis, 2007.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t.4, Les obligations, 22^e éd, PUF., 2000.

CASTETS-RENARD Céline, *Droit de l'internet : Droit français et européen*, LGDJ, coll. cours, 2012, 492 p., ISBN : 978-2-7076-1817-7.

COHEN V.D., *Les logiciels libres*, AFNOR, 2014.

Collectif, sous la direction de LOYER Sylvie et al., *Fiscal 19*, éd. Francis Lefebvre, coll. Mémento pratique, 2019.

COLOMBAIN Jérôme, *La cyberculture*, Milan, coll. CULT.STE.ADULTE, 1997, ISBN : 978-2-84113-525-7.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2016.

COSTES Lionel et al, *Le Lamy droit du numérique*, Wolters Kluwer France SAS, coll. Guide, 2018, p.597, ISBN : 978—2-7212-2089-9.

COZIAN Maurice, DEBOISSY Florence, CHADEFAUX Martial, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis. 2013/2014, coll. Précis fiscal, ISBN : 978-2-7110-1769-0.

COZIAN Maurice, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4^e éd., Lexis Nexis, 1996, ISBN : 2711004716.

CUSTODIO Aurélie, *Lancement d'un projet e-commerce pour les TPE « Brick and Mortar »*, éd. Universitaires européennes, 2018, 52 p., ISBN 3330879106.

DE BERTIER-LESTRADE Bérénice, « Acte électronique et métamorphose en droit des contrats », in *Métamorphoses de l'acte juridiques*, LGDJ Lextenso Presses de l'université, Toulouse 1 Capitole 2011, p. 49 et s.

Dictionnaire permanent droit des affaires, Droit des affaires, Editions Législatives et administratives, Paris.

DONNAT Francis, *Droit européen de l'Internet*, 1^{re} éd., LGDJ, 2018, coll. Systèmes, ISBN : 978-2-275-06118-4.

DORDOIGNE José, *Réseaux informatiques Notions fondamentales*, 7^e éd., ENI, 2017, 702 p., ISBN-13 978-2409008955.

DORKENOO Cindy, COHEN-HADRIA Yael, *Réussir son e-commerce – Les 5 étapes pour créer, développer et vendre*, Paris, Eyrolles, 2018, ISBN : 978-2-212-56741-0.

DOSSUET Jean Claude, *Histoire des Médicaments de l'origine à nos jours*, Payot, Paris, 1985, ISBN 2-228-13720-0.

DRAGON Claude, GEIBEN Didier, KAPLAN D., NALLARD Gilbert, *Les moyens de paiement – Des espèces à la monnaie électronique*, éd. Revue Banque, 1998, 504 p., ISBN 13 978-2-86325-252-9.

DUMAS J.C., LAFOURCADE P., TICHIT A., VARETTE S., *Les blockchains en 50 questions*, Dunod, 2018.

DUPUY Michel, NOWAK Laura, *Le droit de la propriété littéraire et artistique droit d'auteur et droit voisin*, 3^e éd., Enrick B.Editions, coll. Lexifiche, 2018, 24 p., ISBN : 978-2-35644-273-4.

FEARL-SCHUHL Christiane, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6^e éd., Dalloz, coll.Praxis Dalloz.

FERAL-SCHUHL Christine, *Cyberdroit - Le droit à l'épreuve de l'internet*, 6^e éd., Dalloz, coll. Praxis Dalloz, 2010, ISBN-13 : 978-2247101207.

FOREST David, *E-reputation : le droit applicable à la réputation en ligne*, Gualino, Le Droit en poche, 2014.

FRAYSSINET J., « La protection des données personnelles », in LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J., *Droit de l'informatique et de l'internet*, PUF, coll. Themis droit privé, 2001, ISBN : 2-13-051822-2.

GAUTIER P.Y., *Propriété littéraire et artistique*, 6e éd., PUF, 2012.

GEIBEN D., JEAN MARIE O., BERBIEST T., VILOTTE J.F., *Bitcoin et Blockchain, vers un nouveau paradigme de la confiance numérique ?*, Revue Banque, 2016, 126 p., ISBN-13 978-2863257302.

GERRY-VERNIERES Stéphane, *Les « petites » sources du droit – A propos des sources étatiques non contraignantes*, Paris, éd. Economica, Recherches juridiques, 2012.

GIBSON W., *Neuromancer*, ou Vernor Vinge, *True Names*, Edited by Terry Carr,

GOLA R. V., *Droit du commerce électronique – Guide pratique du e-commerce*, Gualino, 2013.

GOLTZBERG Stefan, « Chapitre III- Les sources du droit », *Les sources du droit*, 2018, p.37-85.

GOUACHE J.B, BEHAR-TOUCHAIS M., *Fonds de commerce 2019 : ce qu'il faut savoir*, Ed. Législatives, 3^e éd., 600 p.

GREENWALD Glenn, *No Place to Hide*, Metropolitan Books, Henry Holt and Compagny, LLC, 2014.

GRYNBAUM Luc, LEGOFFIC Caroline, MORLET-HAIDARA Lydia, *Droit des activités numériques*, 1^{re} édition, Dalloz, coll. Précis, 2014, ISBN : 978-2-247-07607-9.

HALLOUIN J.C., CAUSSE Hervé, *Le contrat électronique au coeur du commerce électronique - Le droit de la distribution - Droit commun ou droit spécial ?*, Université de Poitiers, coll. De la Faculté de droit et des sciences sociales, LGDJ, 2006, 234 p., ISBN-10 2275026738.

HARARI Yuval Noah, *Sapiens Une brève histoire de l'humanité*, Albin Michel, 2015.

HOLLANDE A., LINANT DE BELLEFONDS X., *Pratique du Droit de l'informatique et de l'internet*, 6^e éd., éd. Delmas, 2008.

HOLLANDE Alain, LINANT DE BELLEFOND Xavier, *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, 6^{ème} éd., Delmas, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, 2008, 480 p., ISBN : 978-2-247-06642-1.

JACOB D., *E-commerce : les bonnes pratiques pour réussir*, Edipro, 2012.

JACQUEMIN H., *Contrat et Immatériel*, Bruylant, coll. Travaux de l'Association Henri Capitant, 2015.

Karl Popper, *La société ouverte et ses ennemis*, Paris, le Seuil, 1979.

La concurrence de la société de l'information, éd. Panthéon Assas, sous la dir. De DUTEIL DE LA ROCHERE J., LJDJ, 2002.

Lamy droit du numérique, Lamy.

Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, Lamy.

LARRIEU J., *Droit de l'internet*, 2^e éd., Ellipses, 2010.

LE TOURNEAU P., *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 2014-2015.

Liberté et droits fondamentaux, collectif, sous la direction de CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE M.A, REVET Thierry, 14^e éd., Dalloz –Sirey, 2008, 860 p., ISBN-13 978-2247070932.

LISBERGER Steven, *Tron*, 1982.

LUHMANN Niklas, *La confiance, un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, coll. études sociologiques, 2000.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la distribution*, SIREY, coll. Université, 4e éd., 2017, 398 p.

MALLET –POUJOL Nathalie, *La création multimédia et le droit*, 2^e éd., LexisNexis, coll. Droit@litec, 2003, 228 p.

MANARA C., *Droit du commerce électronique*, LGDJ, 2013.

MANARA Cédric, *Droit du commerce électronique*, LGDJ, coll. Systèmes, 2013, 184 p., ISBN : 978-2-275-03786-8.

MARTIN Marc, *Trois siècles de publicité en France*, éd. Odile Jacob, 1992, 430 p., ISBN-13 978-2738101662.

MATTATIA F., *Traitement des données personnelles*, Paris, éd. EYROLLES, 2013, ISBN : 978-2-212-13594.

MATTAVIA F., *Droit d'auteur et propriété intellectuelle dans le numérique*, Eyrolles, 2017.

MESTRE J., TIAN-PANCRAZI M.E., TAGLIARINO-VIGNAL N. *et al*, *Droit commercial*, 30^e éd., LGDJ, 2016.

MORIN J.H., *La responsabilité numérique*, éd. FYP, 2014.

MOUSSERON Jean Marc, *Technique contractuelle*, Ed. Juridique Lefebvre, 1998.

NOTAISE J., BARDA J. et DUSANTER O., *Dictionnaire du multimédia*, 2^e éd., AFNOR, 2001, 903 p.

OCDE, *La fraude liée à l'informatique : analyse des politiques juridiques* Organisation de coopération et de développement économiques, édité. Paris OCDE 1996, coll. Politique d'information, d'informatique et de communication.

OCDE, *Manuel d'Oslo : Principes directeurs pour le recueil et l'interprétation des données sur l'innovation*, 3^e édition, OCDE éditions, 2005.

PERINO Luc, *Une brève histoire du médicament*, J.C. Béhar éditions, 2009, 144 p., ISBN-13 978-2915543292.

PEYREFITTE Alain, *La société de confiance, essai sur les origines et la nature du développement*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1995.

PORCHY-SIMON Stéphanie, *Droit civil 2^e année - Les obligations*, 10^e éd, Paris, éd. Dalloz, 2017.

PORTALIS Jean-Etienne-Marie, *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Publications du Centre de philosophie du Droit, 1988.

QUEMENER Myriam, *Le droit face à la disruption numérique*, 1^{er} éd., Gualino, 2018, ISBN : 978-2-297-06980-9.

RABAGNY-LAGO A., *Droit du commerce électronique*, Ellipses, 2011.

RANDOU Yves, *Le système électronique de paiement par carte à puce : de l'Electrum à la Blockchain*, éd. Independently published, 2017, ISBN13 978-1549961770.

REICH N., Droit et confiance, *Revue du marché commun et de l'Union européenne* 423/19.

RIEFFEL R., *Révolution numérique, révolution culturelle ?*, Gallimard, Folio, 2014.

RIEFFEL Rémy, *Révolution numérique, révolution culturelle ?*, 1^{re} éd., Gallimard, coll. Folio actuel, 2014, ISBN : 9782070451722.

RIPERT Georges, *Traité de droit commercial*, t.1, LGDJ, 2000.

SALAUN P., SCHWEITZER P., *Droit et économie des médias et des univers numériques – Principales notions – Réflexion*, Studyrama, 2015.

SERLOOTEN P., Les orientations nouvelles de la protection des consommateurs en droit privé français, in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t.27, 1979.

SIMONNOT PHILIPPE, *Vingt et un siècles d'économie*, éd. Les Belles Lettres, nov. 2002, ISBN : 2251442081.

TRICOT André, ROUET J.F., *Les hypermédias approches cognitives et ergonomiques*, Hermès Science Publications, juill. 1998.

VANDERCAMMEN Marc, JOSPIN-PERNET Nelly, *Introduction à la distribution*, 2^e éd., éd. De Boeck, 2013, 240 p., ISBN-13 978-2804181511.

VOGEL Louis, *L'application du droit de la concurrence au commerce électronique, la concurrence dans la société de l'information*, éd. Panthéon ASSAS, droit privé, LGDJ, 2002.

2. Articles généraux et communiqués

BARRE Nicolas, ZUCKERBERG Mark, « Nous avons besoins de règles », 12 mai 2019, *les Echos*.

BASTIEN D. « Que nous enseigne l'affaire Bluetouff ? », 22 juill. 2014, disponible sur village.justice.com

BECUWE S., BLANCHETON B., « Les grandes phases de l'histoire du commerce international », *Regards croisés sur l'économie*, 2017/2, n°21, p.11 à 21. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-regards-croises-sur-l-economie-2017-2-page-11.html>

BENJAMIN Jean et DE FILIPPI Primavera, « Les smart contracts, les nouveaux contrats augmentés », *Conseils et Entreprises, La revue de l'ACE*, 2016, consulté sur [hal archives-ouvertes.fr](http://hal.archives-ouvertes.fr) : hal-01676878.

BERDHA Pauline, BENISTI Kim, *Les plaintes contre Google auprès de la Commission Européenne*, 5 juill. 2015, consulté sur : <http://paulineberdha.fr/?p=62>

BERLIVET Luc, « Les démographes et l'alcoolisme. Du fléau social au risque de santé », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2007/3, n°95, p.93-113, disponible sur [Cairn.info](http:// Cairn.info)

BOUDET Antoine, *Le paiement en ligne demeure le premier frein à l'achat sur l'Internet*, 31 août 2000, *Les Echos*, consulté sur : <https://www.lesecho.fr/2000/08/le-paiement-en-ligne-demeure-le-premier-frein-a-lachat-sur-internet-750624>

CAPRIOLI Eric, « Fraude à la carte bancaire par hameçonnage : une nouvelle tendance se dessine », 24 juill. 2018, *L'usine digitale*, consulté sur : <https://www.usine.digitale.fr/article/fraude-a-la-carte-bancaire-par-hameconnage-une-nouvelle-tendance-se-dessine.N723269>

CHAUDET Bruno, « Donnée, information, connaissance », consulté sur <https://brunochaudet.wordpress.com>

GIUSTI Jérôme, *Les smart contracts sont-ils des contrats ?*, p.3, Consulté sur : <https://jeromegiustiblog.wordpress.com/2016/05/27/les-smart-contracts-sont-ils-des-contracts/>

GODEAU Eric, « Comment le tabac est devenue une drogue ? La société française et le tabac de 1950 à nos jours », *Vingtième siècle, Revue d'histoire*, 2009/2, n°102, p.105-115, disponible sur [Cairn.info](http:// Cairn.info)

GRUMBACH Stéphane, FRENOT Stéphane, « Les données, puissance du futur », 7 janv. 2013, *Le Monde*.

LE BOUTER Flavien, « Formes et fonctions de la confiance dans la société moderne », 24 juin 2014, consulté sur www.implications.philosophiques.org

LOUBIERE Paul, « Vos données personnelles sur internet peuvent valoir de l'or », *Challenges*, 28 sept.2014, disponible sur www.challenges.fr, 28/09/2014

METILLE Sylvain, Privacy by design, ça veut dire quoi ?, consulté sur <https://smetille.ch/2011/04/21/privacy-by-design-ca-veut-dire-quoi/>

MONTI Mario, « Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européenne », 2010, consulté sur www.sgae.gouv.fr/files/live/sites/sgae/diles/contributed/SGAE/3%20Les%20autorités%20françaises%20et%20auto%20et%20l'UE/documents/201005-Rapport-Monti.pdf

PERREAU Charlie, « Le smart contrat, un contrat qui compte triple pour les assureurs », *JDN*, 11 mai 2017, consulté sur : <https://www.journaldunet.com/economie/finance/1194298-le-smart-contract-dans-l-assurance/>

Que choisir, « Fraude à la carte bancaire », 7 sept.2011, disponible sur <https://www.quechoisir.org/actualite-fraude-a-la-carte-bancaire-plainte-non-obligatoire-n9765/>

RALLET Alain, « Commerce électronique ou électronisation du commerce ? », *Réseaux* 2001/2, n°106, p.17 à 72, Disponible sur : <https://www.cairn.info/revues-reseaux1-2001-2-page-17.htm>

TONNELIER, SARDAIN, « Responsabilité des agences de voyages en ligne », 17 sept.2014, *Les Echos*.

TORRE Marina, JULES Robert, « BrandAlley va doubler son chiffre d'affaires en 2016 », 16 juin 2015, *La Tribune*, consulté sur <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/distribution/brandaley-va-doubler-son-chiffre-d-affaires-en-2016-cyril-andrino-pdg-482720.html>

TOUATI A., OBERMAN S., « Blockchain et réglementation : des notions antinomiques ? », disponible sur <https://actualitedudroit.fr/browse/tech-droit/blockchain/8007/blockchain-et-reglementation-des-notions-antinomiques>

VINCENT Claude, « La ruée vers l'or des données personnelles », 7 mars 2013, *les Echos*, consulté sur : <https://www.lesechos.fr/2013/03/la-ruée-vers-lor-des-donnees-personnelles-336562>

VINCENT Thibault, « Calculer le prix d'un site : la méthode pour estimer la valeur d'un site web ou d'un blog », 23 août 2012, disponible sur : <https://www.monetilab.fr/calculer-prix-site-methode-commentestimer-valeur-site-web-blog/>

3. Articles, revues et chroniques spécialisés

« Cyberattaques bancaires : où en est-on ? », 27 janv. 2016, *Revue banque.fr*.

ARCELIN Linda, « Les comportements unilatéraux : les abus de domination », consulté sur : <https://cours.unjf.fr/course/view.php?id=180>.

ARMINGAUD C.E., BEAUFOUR J., SELASSE V., « RGPD an I », *Droit de l'immatériel*, juill. 2019, n°16, p. 47 et s.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Chronique droit européen des obligations », *RTDEur*, 31 déc. 2012.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Poursuite de l'harmonisation de la directive sur les droits des consommateurs », *RTD eur*.2011.p. 497.

BALIM Serge Théophile, « Une ou des « sociétés de l'information » ? », *Hermès la Revue* 2004/3, n°40, p.205 à 209. Consulté sur <https://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-2004-3-page-205.html>

BARBY Eric, « Smart contracts...Aspects juridiques ! », *Annales des Mines : Réalité industrielles*, 2017, 3, p.71-80, disponible sur [cairn.info](https://www.cairn.info)

BASTIEN Delphine, « Que nous enseigne l'affaire Bluetouff ? », 22 juill. 2014, consulté sur <https://village-justice.com/articles/Que-nous-enseigne-affaire,17436.html>

BEM A., « La primauté de la liberté de la presse sur les droits à l'oubli et du déréférencement sur internet », 1^{er} juin 2016, disponible sur <https://www.legavox.fr>

BEM Anthony, « Contrefaçon de site internet : obligation des juges d'analyser les éléments originaux », 20 juill. 2011, Legavox.

BEN Anthony « Nouvelle réglementation internet des moteurs de recherche et sites plateformes de référencement », 6 déc.2017, consulté sur : <https://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/nouvelle-reglementation-internet-moteurs-recherche-24327.html>

BENHAMOU Françoise, FARCHY Joëlle, « Les fondements théoriques du droit d'auteur », 2014, *droits d'auteur et copyright* p.24 à 35, 2014, disponible sur <https://www.cairn.info/droit-d-auteur-et-copyright--9782707182754-page-24.html>

BENSOUSSAN A., « A terme, le droit de valoriser ses propres données paraît inéluctable », *Actualités du droit*, 6 nov. 2018.

BENSOUSSAN ALAIN, « De nouvelles européennes P2B pour les plateformes en ligne », disponible sur : <https://www.alain-bensoussan.com>

BLAY- GRABARCZYK Katarzyna, « Vie privée et nouvelles technologies », *RDLF*, 2011, chron. n°7, disponible sur www.revuedlf.com

BONACINA-LHOMMET Jeanne, « Le critère d'originalité en droit d'auteur : critique d'une modification indirecte de l'appréciation sociologique de l'art. », fév. 2012, disponible sur <http://www.e.juristes.org>

BOULOC B., « Le maintien frauduleux dans un STAD », *RTD Com*, 31 déc .2015.

BROSSARD Ch., DURNERIN Philippe, « L'absence de protection des idées par le droit d'auteur », *Gaz. Pal.* , 1988, 1, p.89.

BROT Olivier, « E-commerce : l'expérience client passe par la visibilité de vos systèmes informatiques », 29 sept.2015, consulté sur :

Cabinet HAAS, SOUVRIS Jean Philippe, « Règlement e-Privacy : nouvelles recettes pour les cookies », 21 juin 2017, consulté sur : <https://www.hass-avocats.com>

CAHEN Murielle, « Protection de votre site internet en cas de contrefaçon », consulté sur <https://www.murielle-cahen.com/publications/p.protection.asp>

CAHEN Murielle, « Intrusion dans un système informatique », consulté sur https://www.murielle-cahen.com/publications/p_intrusion.asp

CAHEN Murielle, « Légalité des pop-up », consulté sur : http://murielle-cahen.com/publications/p_popup.asp

CAHEN Murielle, « Règles juridiques pour les applications mobiles », consulté sur <http://www.murielle-cahen.com/publications/application.asp>

CAHEN Murielle, « Responsabilité du directeur de la publication : même en cas d'externalisation ? », consulté sur : <https://murielle-cahen.com/publications/responsabilite-editeur.asp>

CAPRIOLI Eric A. « Le « défaçage » de site sanctionné pénalement », *Comm.com. électr.*, n°3, mars 2009.

CATALA Pierre, « Avant-projet de loi sur la communication, l'écriture et les transactions électroniques », Conférence lors de la seconde Convention des juristes de la Méditerranée, oct. 2009, p 8, consulté sur : https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/le_droit_du_commerce_electronique_-_pr_catala.pdf

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », 15 déc.2017, *Revue de droit du travail, D.*, 2007, p.19-25, hal-01665273.

CHARRIE Julia, JANIN Lionel, « Fiscalité numérique », *France stratégie*, note d'analyse mars 2015, n°26, Consultée sur https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/note-26-fs-fiscalite-numerique_0.pdf

CHERON A., « Affaire Orqual/Tridim : sur la qualité d'auteur d'une personne morale, le principe de personnalisme et l'œuvre collective », 16 fév.2015, disponible <https://www.village-justice.com/articles/Affaires-Orqual-Tridim-sur-qualite,18925.html>

CIGREF, « Economie des données personnelles les enjeux d'un business éthique », , réseau des Grandes Entreprises, oct. 2015.

Comm. UE, communiqué IP/17/4928, 22 nov. 2017, *JCP E*, n°49, 7 déc. 2017, art. 884.

COUTURIER G., « Les finalités et les sanctions du formalisme », disponible sur <https://www.lextenso.fr/defrenois/AD2000DEF880N1>

DANCER Marie, « Début de consensus en europe sur la taxation des géants du net », 16 sept.2017, consulté sur <https://www.la-croix.com/Economie/Monde/LEurope-cherche-taxer-multinationales-numerique-2017-09-16-1200877301>

DANIEL Jean Marc, « L'économie de marché : liberté et concurrence », *L'économie politique*, 2008/1, n°37, p.38 à 50 consulté sur <https://www.cairn.info/revue-l-economie-politique-2008-1-page-38.htm>

DE MAISON ROUGE Olivier, « La signature électronique », consulté sur <http://demaisonrouge-avocat.com/outils-juridiques/notes-juridiques/la-signature-electronique/>

DECOCQ Georges, STOFFEL-MUNCK Philippe, « Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir - l'avènement du fonds de commerce électronique », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009-n°155, p. 52.

DOUVILLE Thibault, CHONE-GRIMALDI Anne–Sophie, « Loi numérique : pourquoi imposer un « principe de loyauté des plateformes » est une attaque injustifiée à l'encontre des entreprises du numérique », 16 janv. 2016, consulté sur : <https://www.atlantico.fr/decryptage/2542222/loi-numerique-pourquoi-imposer-un-principe-de-loyauté-des-plates-formes-est-une-attaque-injustifiée-a-l-encontre-des-entreprises-du-numerique-thibault-douville-anne-sophie-chone-grimaldi->

DREXEL Josef, « Le commerce électronique et la protection de consommateurs », *Revue internationale de droit économique* 2002/2 (t.XVI), p. 405 -444. DOI 10.3917/ride-162-0405.

DREXEL Josef, « Mondialisation et société de l'information Le commerce électronique et la protection des consommateurs », in *Revue internationale de droit économique* 2002/2-3, t.XVI, p. 401 à 444.

DUCLERCQ J.B, « L'Iphone5S et les libertés fondamentales », *Revue générale du droit on line*, 2013, n°11257.

DUFOUR Olivia, « Gare au law shopping », *Petites affiches*, 19/11/2003, n°231, p 3.

EBRARD Quentin, « E-commerce : DSP2 change la donne de l'authentification forte », *JDN*, 8 janv. 2018.

FEVAD, « projet de règlement plateformes et utilisateurs P2B », oct. 2018, disponible sur <https://fevad.com>

FLÜCKIGER Alexandre, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Nouveaux cahiers du Conseil*, cahier n°21, consulté sur www.conseil-constitutionnel.fr

FONTANEAU, « la notion d'établissement stable et Internet », *Fiscalité européenne et Droit international des Affaires*, n°124, année 2000.

FORSTER F., « Le big Data est-il le nouvel or noir des entreprises ? », *E.D.I*, avril 2017, n°67.

FRISON-ROCHE, « Réguler les « entreprises cruciales » », *D* 2014, n°27.

GAUDRAT Ph., « Forme numérique et propriété intellectuelle », *RTD Com* 2000, chron. P.910 -2001.

GAUTIER P.Y., « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D*. 2003, chron. 2839

GAUTIER P.Y., LINANT DE BELLEFONDS X., « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP* 2000, I, 236.

Général WATIN-AUGOUARD, « *La loi Godfrain au plus près de l'actualité criminelle* », observatoire Fic.com, 23 déc. 2014, consulté sur : <https://observatoire-fic.com/la-loi-godfrain-au-plus-pres-de-lactualite-cybercriminelle-par-le-general-darmee-2s-watin-augouard/>

GOUTORBE L., « Quand les voitures autonomes rappellent la nécessité de réglementer l'AI », 31 juil. 2017, disponible sur [https ;//www.haas-avocats.com](https://www.haas-avocats.com)

GRYNBAUM L., « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », *RDC* 2005, p.582.

HAAS Marie-Emmanuelle, « La marque dans l'économie numérique », in *INPI La propriété intellectuelle et la transformation numérique de l'économie*, disponible sur https://www.inpi.fr/sites/default/files/pi_et_transformation_economie_numerique_inpi-imprimable.pdf

HILTY R., « L'avenir du droit d'auteur dans le dilemme numérique », *RLDI*, janv.2005, p.49.
<https://www.journaldunet.com/solutions/expert/62245/e-commerce---l-experience-client-passe-par-la-visibilite-de-vos-systemes-informatiquess.html>

KABLAN Serge, OULAI Arthur, « La formalisation du devoir d'information dans les contrats de cyberconsommation : analyse de la solution québécoise », *McGill Law Journal*, vol.54, n°4, winter, 2009, p.627-668 disponible sur <https://id.erudit.org/iderudit/039647ar>

LASSERRE CAPDEVEILLE J., *JCPE*, 11 sept.2017, n°37.

LASSERRE CAPDEVILLE J. « Confirmation de jurisprudence en matière de phishing », *LEDB*, 1^{er} avril 2019, n°4, p.7.

MANDIL Alexandre, « Les enjeux liés à la détermination de la Lex Societatis », 29 mars 2012, consulté sur : <https://glorieusefrance.fr/les-enjeux-lies-a-la-determination-de-la-lex-societatis-en-droit-du-commerce-international/>

MARGNOUX Pierre-Yves, « Editeur de site internet : un métier dangereux ? », 3 juill. 2009, consulté sur : www.journaldunet.com.

MARTIN-BARITEAU Florian, « La marque au service de l'innovation, droit et innovation », in Jacques MESTRE et Laure MERLAND (eds), *Droit et Innovation*, Aix en Provence, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2013.

MARTY Frédéric, « Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique », sciences Po OFCE *Working paper* n°31.

MATATIA F., YAICHE M., « Etre propriétaire de ses données personnelles : peut-on recourir au régime traditionnel de propriété ? », *RLDI*, 2015/4, p.60.

MATHEY N., « La réforme des services de paiement », *RD bancaire et financier*, 2010, étude 1.

MAULIN Romain, « Régulation des plateformes et places de marché : le droit économique à l'épreuve de l'obsolescence programmée ? », p.3, consulté sur <https://actualitesdudroit.fr/browse/affaires/droit-econo-roit-economique-a-l-epreuve-de-l-obsolescence-programme>

MAURIN Louis, « Internet : les jeux d'argent autorisés », *Alternatives économiques*, n°291-05/2010.

MICHAUD Patrick, «Etablissement stable ET numérique : Où allons-nous ? », *Etudes Fiscales Internationales*, mars 2013, disponible sur www.etudes-fiscales-interntionales.

MIGNOT V., « Fraude à la carte bancaire : la franchise abaissée à 50 euros », *CBanque*, 21 août 2017.

OHGLUSSEN Charles, « L'avance des cybercriminels sur le droit », *Le petit Juriste*, 21 août 2015.

PAGES Bernard, « La protection de la fragrance d'un parfum par le droit d'auteur », *Gaz. Pal.*, 19 déc. 2013, n° 353.

PERRETIN Florian, HAAS Gérard, « La notion d'établissement stable : une aubaine pour les GAFA ? », <https://www.haas.avocats.com>

PIEDELIEVRE Stéphane, LAIR Hélène, « La monnaie électronique après la loi du 28 janv. 2013 », *JCP E*, n°7, 14 févr. 2013, 1108.

POIROT-MAZERES Isabelle, « Les mineurs et l'addiction aux jeux d'argent et de hasard », *Droit Santé et Société*, 2016/1, n°1, p.3 à 11, disponible sur https://www.cairn.info/revue-droit-sante-et-societe-2016-1-page63.htm?try_download=1

POLLAUD-DULIAND F., « Originalité. Appréciation, Pouvoir souverain des juges du fond. », *RTD Com*, 31 déc. 2011.

RAYNOUARD A., « La loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique... ou comment disqualifier le consensualisme dans un élan d'harmonisation du droit des contrats européen sans le dire ! », *RDC* 2005, p.577.

ROUSSET Guillaume, « Vente sur internet de médicaments : des questions et beaucoup de craintes », *Petites affiches*, 16 juill. 2013, n°141, p.6.

SAUVAGE Sébastien, « C'est quoi un DSN ? Comment ça marche les noms de domaines ? », disponible sur <http://sebsauvage.net>

SAVARY Olivier, « L'avènement d'un véritable fonds du XIe siècle se fera par l'adoption d'une conception unitaire », *Petites Affiches*, 30/04/2009-n°86-P 56 ID : PA200090043066.

SELIGMAN Adam B., « Complexité du rôle, risque et émergence de la confiance », réseau 2001/4/ n°108 p.37 à 61 consulté sur https://cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RES_108_0037

SFEZ Betty, DELEPORTE Bénédicte, « E-commerce : les nouvelles obligations légales nécessitant une mise en conformité des sites web », 19 juin 2014, disponible sur <https://www.village-justice.com/articles/commerce-les-nouvelles-obligations,17180.html>

STAUB et associés, « Vote du règlement ePrivacy au Parlement européen », 2 janv.2018, consulté sur : <http://www.staub-associes.com>

STROWEL Alain, IDE Nicolas et VERHOESTRAETE Florence, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce Electronique : un cadre juridique pour l'Internet », *Journal des Tribunaux*, 17 févr. 2001, n°6000, p.133

TORRE Marina, « En 2016, 50% du chiffre d'affaires de Sarenza sera réalisé à l'étranger », consulté sur <http://www.latribune.fr/entreprises-finance/services/distribution/en-2016-50-du-chiffre-d-affaires-de-sarenza-sera-realise-a-l-etranger-512891.html>

TOUATI Arnaud, « Typosquatting : faut-il prévoir un nouveau cadre juridique pour lutter contre cette cybermenace ? » *Actualités du droit*, 28 juin 2018.

V. GRYNBAUM L, « Un décret fixe le délai de conservation des contrats conclus par voie électronique », *CEE* 2005, n°69.

VALLEE Pierre-Hugues, MACKAAY Ejan, « La confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique », *Lex electronica*, vol. 11 n°2, automne 2006.

VAN DE KERCHOVE Michel, Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie, *Informations sociales* 2005/7, n°127, consulté sur : www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-22.htm.

VANDEN BOSCH F., MATHEY N., « Le marché unique des services de paiement en Europe », *RD bancaire et financier*, 2007, dossier 18.

VERBIEST Thibault, « Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? », *CCE* n°4, avril 2008, éd. 10.

VERBIEST Thibault, CORCOS Emmanuelle, « La directive révisée sur les services de paiement (DSP2) », *Revue de droit bancaire et financier*, n°3, mai 2016, étude 17.

VERGARA Ingrid, « Le Sénat américain veut un prix sur les données », 25 juin 2019, *Le Figaro*.

VOGEL et VOGEL, « Les restrictions verticales dans la vente en ligne », 20 oct. 2014, consulté sur <https://www.vogel-vogel.com>

VOGEL Louis, « Interdiction de vente sur internet dans le cadre d'un réseau de distribution sélective : une nouvelle évolution depuis l'arrêt Pierre FABRE ? », 5 mai 2017, consulté sur : <https://www.vogel-vogel.com/interdiction-de-vente-sur-internet-dans-le-cadre-dun-reseau-de-distribution-selective-une-nouvelle-evolution-depuis-larret-pierre-fabre/>

WERY Etienne, « Google abuse-t-il de sa position dominante ? Décryptage du dossier », 19 avril 2015, consulté sur <https://www.droit-technologie.org/actualites/google-abuse-t-il-de-sa-position-dominante-decryptage-du-dossier/>

4. Jurisprudences françaises

- Jugements des Tribunaux

T. Com. Paris, 9 févr. 1998, Cybion c/Qualstream.

T. Com. Paris, 13^e 7 mai 2015.

T. Com. Paris, ord. réf., 20 janv. 2016, Buzee France C/Free.

T. Com. Paris, 22 juin 2017, union des métiers et des industries de l'hôtellerie (Umih) et Groupement national des chaines hôtelières (GNC) c/ Expedia et Hotels.com.

T. Com. Toulouse, 9 déc. 2013.

TA, Dijon, n° 98-7130, 16 avril 2002,

TA, Montreuil n°1002294, 26 janv. 2012.

TA, Paris, n°1505113/1-1, 12 juill. 2017.

TA, Paris, n°1505126/1-1, 12 juill. 2017.

TA, Paris, n°1505147/1-1, 12 juill. 2017.

TA, Paris, n°1505165/1-1, 12 juill. 2017.

TA, Paris, n°1505178/1-1, 12 juill. 2017.

TGI Bordeaux, ord. Réf, 22 juill. 1996, Apeso et Atlantel c/Icare et rêve

TGI Bordeaux, 11 mars 2008, n°3703/2008.

TGI Caen, réf., 15 sept.2005, *PIBD*, 2006, 825, III, 193.

TGI Grenoble, 4 nov. 2013.

TGI Nanterre, 2 mars 2006, HôtelsMeridien c/ Google France.

TGI Nanterre, ord. réf., 7 mars 2008.

TGI Nanterre, 1^{re} ch., 28 avril 2011, aff. Corse presse – Nice Matin/Clovis C.

TGI Paris, 22 fév. 2000, Relais et Châteaux c/ Grandes Etapes Françaises.

TGI Paris, 29 mai 2002, *Lamy droit des affaires*, 2002, n°3331.

TGI Paris, 1^{re} ch, sct soc., 4 fév. 2003, Aff . Association F c/ SAPSAV.

TGI Paris, 8 déc.2005, Kertel c/Google et a.

TGI Paris, 4^e section, 14 févr. 2006, n°04/05745.

TGI Paris, ord. réf., 10 avril 2006, aff. Rue du commerce c/Brainfire Group.

TGI Paris, 18 mai 2006.

TGI Paris, 6 juil.2006, CDim c/Aaassur.

TGI Paris, ch. civ., 15 avril 2008, n°08-01371.

TGI Paris, ord. Réf., 9 Févr. 2009, Limberley P. C/ Cincent B., Sivit, Univerpodcost, MySpace Inc, ZePeople, Itunes Store

TGI Paris, 3^e ch., 4^e section, 11 févr. 2010, *RLDI* 2010/68, n°1912.

TGI Paris, civ., 10 nov. 2011, commenté sur www.legalis.net

TGI Paris, réf., 8 août 2014, aff. CNOP c/ Enova.

TGI Paris, 3^e ch., 1^{re} sect., 2 mars 2017.

Tribunal de police Andelys 10 déc. 2004.

- Arrêts de Cours d'appel

Aix en Provence, 7 déc. 2007, TXD industries c/ Google.

Amiens, 1^{re} ch. civ., 7 avril 2017, n°15/02794.

Bastia, civ., 20 mars 2013, n°2011/00867, A c/Iris Média et B.

Lyon, 7^e ch., 7 mars 2007.

Lyon, 3^e, sect. B, 31 janv.2008, n°06/05922, aff. www.pneus-online.com

Nîmes, 1^{re} ch., 14 mars 2019, n°7./03531, SA Orange Lease c/sci Pacodel

Paris, n°13/19019.

Paris, 4^e ch., 6 oct.1979.

Paris, 4^e ch., 5 avr. 1993.

Paris, 11^e ch. corr. Section A, 5 avril 1994.

Paris, 4 oct. 2000, 1998/26.846.

Paris, 12^e ch., sect.A, 30 oct. 2002, aff. Antoine C. c/ Ministère Public, société Tati (affaire Kitetoa).

Paris, 28 janv.2004, *IRPI*, 2004, n°11, p.643.

Paris, 4^e ch., 26 oct. 2005.

Paris, 3^e ch., sect. A, 10 oct.2006, n°05-18.789.

Paris, 13^e ch., sect. B, 27 avril 2007, Anthony G. c/SCPP.

Paris, 1^e ch., 16 oct. 2007, *RDLI* 2007/32, n°1089.

Paris, 4^e ch., sect. A, 28 sept. 2008, n° 07-3338, Vente.privée.com c/Kalypso.

Paris, 2^e ch., 9 sept.2009, Affa.Damien B. c/ Forever Living Products France.

Paris, 2^e ch., 6 nov. 2009, Anouar A. c/ L'Oréal.

Paris, 25 nov.2010, n°08-22287.

Paris, Pôle 4, 9^e ch., 25 nov.2010, n°08-22287, SAS Karavel c/ M. et Mme C.

Paris, pôle 5, 1^{re} ch., 30 nov.2011.

Paris, Pôle 5, 1^{re} ch., 30 nov.2011, web vision c/Trokers.

Paris, Pôle 5, 2^e ch, 23 mars 2012, Ryanair c/ Opodo.

Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 mai 2012.

Paris, 12 sept. 2013, Gérard P.c/SNC meubles IKEA France, *JurisData* n°2013-022003.

Paris, 12 sept. 2013, Gérard P.c/SNC meubles IKEA France.

Paris, 2 oct. 2013, RJDA, 2004, n°152.

Paris, 18 déc. 2013, pôle 5, 4^e, n°13/11059.

Paris, pôle 4, 10^e ch., 5 févr. 2014, n°13/04833 affaire Bluetouff

Paris, Pôle 5, ch. 5-7, n° 2013/00714, 13 mars 2014, aff. Société BANG & OLUFSEN.

Paris, 4^e ch., pôle 5, 29 oct. 2014, n°13/11059. SARL Radio Nova c/ sté TSF Jazz.

Paris, pôle 1, 3^e ch., 2 fév. 2016, n°2014/060579.

Paris, 2^e ch., 12 fév. 2016, Facebook Inc c/Monsieur X.

Paris, pôle 5, 2^e ch., 4 déc. 2016, *RLDI* 2016/122, n°3896.

Paris, Pôle 1, 8^e ch., 10 mars 2017, n°16/03440.

Paris, Pôle 6, 10^e ch, 30 janv. 2019, n°17/15108.

Paris, n°17PA03065, 25 avril 2019.

Paris, n°17PA03066, 25 avril 2019.

Paris, n°17PA03067, 25 avril 2019.

Paris, n°17PA03068, 25 avril 2019.

Paris, n°17PA03069, 25 avril 2019.

Paris, 1-8e ch, 13 juill. 2018, n°17/20757, Sté Caudalie.

Poitiers, 5 avr.1994.

Rennes, 1^{re} ch., B, 31 mars 2000, *Légipresse*, n°172, juin 2000, III, p. 97.

Versailles n°12VE01317, 24 juin 2014.

Versailles, 12^e ch., 17 juill.2012, n°11/01111.

Versailles, 12^e ch., 27 mars 2006, *RLDI* 2006/16, n°466, Affaire Milka.

Versailles, 24 mars 2004, CT 0004.

Versailles, civ. 12^e, 14 mars 2017, n°15/08491, Sté Dataxy c/le département SAONE ET LOIRE.

- Arrêts de Cours administratives d'appel

CAA, Paris, 5^e ch., 29 mars 2007, n°04PA01833, *Revue de Droit Fiscal*, 26 juil. 20107, n°30-25.

CAA, Versailles, 24 juin 2014, n°12VE01317.

- Arrêts de la Cour de cassation

Ass. Plén, 24 avril 1970, n°68-10914.

Ass. Plén, 7 mars 1986, n°83-10477, bulletin 1986 A.P. n°3, p.5.

Cass. civ., 1^{re} ch., 8 nov. 1989, n°86-16.196.

Cass. civ., 1^{re} ch., 25 mai 1992, n°90-19460.

Cass. civ., 3^e ch., 24 janv. 1996, n°94-10.322.

Cass. civ., 1^{re} ch., 28 janv. 2003, n° 00-20.294.

Cass. civ., 1^{re} ch., 27 juin 2006, n°05-15.676.

Cass. civ., 3^e ch., 19 sept. 2006, n°05-18365.

Cass. civ., 1^{re} ch., 28 mars 2008, n°07-10186.

Cass. civ., 1^{re} ch., 13 nov. 2008, n°07-14.856, sté LCG

Cass. civ., 2^e ch., 25 juin 2009, n°08-12.248

Cass. civ., 1^{re} ch., 30 sept. 2010, n° 9-68.555.

Cass. civ., 1^{re} ch., 25 nov. 2010, n°09-70.833, sté Go Voyages.

Cass. civ., 1^{re} ch., 17 fév. 2011, n°09-6796.

Cass. civ., 1^{re} ch., 17 fév. 2011, n° 09-13202.

Cass. civ., 1^{re} ch., 17 fév. 2011, n° 09-15857.

Cass. civ., 1^{re} ch., 17 fév.2011, n°09-67.896, sté UGC images c/ sté Dailymotion.

Cass. civ., 1^{re} ch., 12 mai 2011, n° 10-17.852, Vente.privee.com c/ PMC.

Cass. civ., 1^{re} ch., 17 oct. 2012, n°11-21641.

Cass. civ., 14 déc. 2012, n°12/00311

Cass. civ., 10 déc. 2013, n° 11-19.872.

Cass. civ., 1^{re} ch., 1^{er} oct. 2014, n°13-20.024.

Cass. civ., 1^{re} ch., 15 janv. 2015, n°13-23.566, Orqual/Tridim et autres

Cass. civ., 1^{re} ch., 12 mai 2015, n°15-17.729.

Cass. civ., 1^{re} ch., 6 avril 2016, n°15-10.732.

Cass. civ., 1^{re} ch., 3 nov. 2016, n° 15-22.595.

Cass. civ., 1^{re} ch., 17 janv. 2018, n°17-10.255.

Cass. com., 3 juin 1980, n°78-15996.

Cass. com., 1^{er} déc. 1992, n°90-14578.

Cass. com., 14 mars 2006, n°03-14316.

Cass. com., 2 oct. 2007, n°05-19.899, La Poste c/ Mme Marie-Claude X.

Cass. com., 2 oct. 2007, n°05-19.899, La Poste c/ Mme Marie-Claude X.

Cass. com., 28 mars 2008, n° 16-20.018, société caisse de Crédit Mutuel de Beauvais c/M.Y.

Cass. com., 21 sept. 2010, n°09-16.534.

Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-14813.

Cass. com., 25 sept. 2012, n°11-18.110.

Cass. com., 4 déc. 2012, n°11-27.729, Société Leguide.com c/ Sté Pewterpassion.com

Cass. com., 24 sept. 2013, n° 12-14.344.

Cass. com., 3 juin 2014, n°13-21345.

Cass. com., 29 sept. 2015, n°14-13.472, Sté Selexia.

Cass. com., 8 déc. 2015, n°14-18.228, Sté Trans plus services c/ sté Leroy Merlin France

Cass. com., 18 janv. 2017, n°15-18.102, Société caisse de Crédit Mutuel de Wattignies c/ M.Franck X.

Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-15.067, aff. CAUDALIE.

Cass. com., 25 oct. 2017, n°16-11.644, caisse fédérale du crédit mutuel Nord Europe c/Mme Caroline X.

Cass. com., 28 mars 2018, n° 16-20.018, Société caisse de Crédit Mutuel de Beauvais c/M.Y.

Cass. com., 13 fév. 2019, n°17-23.139

Cass. com., 13 juill. 2010, n°06-20.230, Gooocle France c/ Sté Louis Vuitton Malletier.

Cass. crim., 22 nov. 2005, n°05-82200.

Cass. crim., 11 déc. 2007, n°07-82-903

Cass. crim., 14 mars 2006, n°05-83423.

Cass. crim., 16 janv. 2018, n°16-87.168.

Cass. crim., 20 mai 2015, n°14-81.336.

Cass. crim., 26 nov. 2014, n° 14-81888.

Cass. crim., 28 sept. 2004, n° 03-86.604.

Cass. crim., 3 nov. 2004, n°03-85-642.

Cass. crim., 5 fév.2008, n° 07-81387.

Cass. soc., .7 janv. 2015, n°13-20.224.

Cass. soc., 23 mai 2007, n°06-43 .209.

Civ., 3^e ch., 27 mars 2002, n° 00-20.732.

- **Arrêts du Conseil d'Etat**

CE, 15 juin 1942, n° 72013.

CE, 23 juin 1978, n°99444.

CE, n°22 déc. 1982, n° 26338.

CE, ord. ref., 14 fév. 2013, n°365459.

CE, 16 mars 2015, n° 370072.

CE, 5 juin 2015, n° 38-5250.

CE, 10^e et 9^e ch. Réunion, 7 juin 2017, n°399446.

CE, 31 juill. 2015, SA Rue du commerce, n°38-5250.

CE, CHR, 8 juin 2016, n° 386525.

CE, 26 mars 2018, n° 407289.

CE, 26 mars 2018, n°408886.

CE, 10^e-9^e ch. Réunion, 6 juin 2018, n°412589.

CE, 18 déc. 2018, n°405468.

CE, 18 oct. 2018, n°405468.

- **Arrêts du Conseil Constitutionnel**

Cons. const., n°81-132 DC 16 janv. 1982, loi de nationalisation, *D.*1983, 169.

Cons. const., n°85-202 DC, 16 janv. 1991, rec.14.

Cons. const., n°2001-455 DC, 12 janv. 2002, rec.49.

Cons. const., n°2012-285 QPC, 30 nov.2012.

Cons. const., n°2016-744, 29 déc. 2016.

5. Jurisprudences européennes

- Cour de Justice de l'Union Européenne et Cour de Justice des Communautés Européennes

CJCE, 21 juin 1974, aff. 2-74, Reyners.

CJCE, 9 nov. 1983, aff.322/81, Michelin c/Commission.

CJCE, 25 juill. 1991, affaire C-221/89, The Queen c/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd et autres.

CJUE, 11 déc. 2003, aff.C-322/01

CJCE, 16 juill. 2009, Aff. C-5/08, Infopac International A/S c/ Danske Dapblades Forening.

CJCE, 3 sept. 2009, aff. C-489/07

CJCE, 3 sept. 2009, C-489/07, aff. Mesner.

CJUE, 15 janv. 2010 - C-511/08.

CJUE, 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08.

CJUE, 23 mars 2010, aff.C-236/08, Google France SARL et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA.

CJUE, 23 mars 2010, C-236/08, Google France SARL et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA.

CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09.

CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10.

CJUE, 19 avril 2012, aff. C-549/10 P, Tomra Systems ASA e.a. c/ Commission européenne.

CJUE, 19 avril 2012, C-549/10P.

CJUE, 3^e ch, 5 juill. 2012, aff. C- 49/11, Content Services Ltd c/Bundesarbeitskammer.

CJUE, 30 mai 2013, aff. C-342/12, Worten-Equipamentos para o Lar c/Autoridade para as Condiçoes de Trabalho.

CJUE, 17 oct. 2013, aff.C-291/12, Mickael Schwarz c/Stadt Bochum.

CJUE, 13 mai 2014, aff C-131/12, Google Spain SL C/Agencia Espanola de proteccion de datos et Mario Costeja Gonzalez.

CJUE, 13 mai 2014, aff.C-131/12, Google Spain SL et Google Agencia Espanola de Proteccion de Datos c/Mario Costeja Gonzalez.

CJUE, 1^{er} oct. 2015, aff. C-230/14, Weltimmo c/ NAIH.

CJUE, 6 déc. 2017, aff.C-230/16, Coty Germany, RLC 2018/69 n°3340

CJUE, 6 déc. 2017, aff.C-230/16, Sté Caudalie.

CJUE, 5 juin 2018, aff. C-2018/388.

CJUE, 23 janv. 2019, aff. C-430/17.

CJUE, 6^e ch., 27 mars 2019, C-681/17, Slewo c/Sascha Ledowski.

- **Commission Européenne**

Comm. UE n°92/33, 16 déc. 1991 (IV/33-242- Yves Saint Laurent Parfums).

Comm. UE IP/01/173, 17 mai 2001.

Comm. UE IP/02/916, 24 juin 2002.

- **Cour Européenne des Droits de l'Homme**

CEDH, 11 juill. 2002, n°28967/95, C.Goodwin c/ Royaume-Uni.

CEDH, 7 fév. 2002, n°53176/99, Mikulic c/ Croatie.

CEDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, aff. Pretty c/ Royaume Uni.

CEDH, 28 janv.2003, n°44647/98, Peck c/ Royaume-Uni.

6. Questions écrites et réponses ministérielles

Question 3392/02 by Astrid THORS du 28 nov. 2002, réponse by Mr LIIKANEN du 27 janv. 2003, Official Journal of European Union, C155 E/148 du 3 juill. 2003.

Question écrite n° 12371 de M. Gérard BAILLY, publiée dans le JO SENAT du 04/03/2010, p. 498.

Réponse du Ministre de l'économie à la question de M. Olivier de CHAZEAX, JO 30 juill. 2001, p. 4395, question n°56961.

Réponse du Secrétaire d'Etat chargé de la prospective et du développement de l'économie numérique publiée dans le JO SENAT du 2 nov.2010, p. 3122.

Réponse ministérielle de M. Jean VALLEIX du 25/2/1980 n°26341 consulté sur archives.assemblee-nationale.fr/6/qst-1980-09-22.pdf

Réponse ministérielle de M. de CHAEZAUX, JO Question du 26 oct. 1998, p 5849.

7. Autorité de la concurrence

ADLC., n°07-D-07 du 8 mars 2007 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

ADLC, n°09-D-40, 22 déc. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des huiles usagées.

ADLC, n° 10-D-30 du 28 oct. 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet.

ADCL, n°10-A-29 du 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

ADLC, n°12-A-20 du 18 sept. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

ADLC, n°13-D-11 du 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique.

ADLC., n° 14-D-07 du 23 juill. 2014 relative à des pratiques de mise en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs.

ADCL, n°14-D-18 du 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne.

ADLC, n°15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution.

ADLC, n°15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

ADLC, n°18-D-23 du 24 oct. 2018 relative à des pratiques mises en œuvres dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture.

ADLC, n°19-MC-01 du 31 janv. 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société AMADEUS.

CDLC, n°06-D-24 du 24 juill. 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.

CDLC, n°06-D-28 du 5 oct. 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériels Hi-Fi et Home cinema.

CDLC, n°08-D-25, 29 oct. 2008, Aff. Pierre FABRE Dermo-cosmétique SAS.

CDLC, n°12-A-20, 18 sept. 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

8. Commission Nationale Informatique et Liberté

CNIL, décision, n°2016-007 du 26 janv. 2016.

CNIL, délibération 2015-040 du 12 févr. 2015.

CNIL, délibération formation restreinte, n°2013-420.

CNIL, délibération n° SAN-2019-005 du 28 mai 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société SERGIC.

CNIL, délibération n°02-079 du 24 oct. 2002 portant dénonciation au parquet d'infraction à la loi du 6 janv. 1978.

CNIL, délibération n°2013-420 du 3 janv. 2014.

CNIL, délibération n°2016-053 du 1^{er} mars 2016.

CNIL, délibération n°2018-051 du 15 fév.2018 autorisant Boursorama à mettre en œuvre un système d'identification par reconnaissance faciale des prospects lors d'une entrée à distance.

CNIL, délibération n°2019-093 du 4 juil. 2019 portant adoption des lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janv. 1978 modifiée.

CNIL, délibération n°80-10 du 1^{er} avril 1980 portant adoption d'une recommandation relative la mise en œuvre du droit individuel d'accès aux fichiers automatisés.

CNIL, délibération n°SAN-2019-001 du 21 janv. 2019.

CNIL, délibération n°SAN-2019-001 du 21 janv. 2019.

CNIL, délibération n° SAN-2018-011 du 19 déc.2018

9. Ministère de l'Economie et des Finances

- Direction Générale des Finances Publiques

DGFiP, Fraude TVA de type carrousel, version juin 2014, consulté sur :
<http://www.impôt.gouv.fr>

DGFiP, Fraude TVA type carrousel – mesures préventives pour se prémunir contre ce type de fraude- indices permettant de repérer des fournisseurs à risque.

- Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes

DGCCRF, Bilan 2012, accessible sur le site de la DGCCRF.

DGCCRF, *Les nouveaux pouvoirs conférés à la DGCCRF entrent pleinement en application*, communiqué de presse du 8 oct. 2014, n°095, consulté sur proxypubminefi.diffusion.finances.gouv.fr

- Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts

BOI-IS-CHAMP-60-10-10 n°90 à 110, 27-6-2014.

BOI-IS-CHAMP660-10-10 n°50, 27-6-2014.

BOI-TVA-CHAMP-20-50-40-20141016.

BOI-TVA-CHAMP-20-50-50 au XI §340 à 460.

10. Lois, décrets, arrêtés et ordonnances

Arrêté du 22 déc. 1981, Enrichissement du vocabulaire de l'informatique.

Arrêté ministériel du 28 nov. 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine, les pharmacies mutualistes et les pharmacies de secours minières à l'article L5121-5 du code de la santé public.

Décret n° 2012-1562 du 31 déc. 2012 relatif au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments et à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet.

Décret n° 2014-1061 du 17 sept. 2014 relatif aux obligations d'informations précontractuelles et contractuelles des consommateurs et au droit de rétractation.

Décret n°2005-137 du 16 fév. 2005, pris pour l'application de l'article L 134-2 du Code de la consommation.

Décret n°2007-1827 du 26 déc. 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux. (R 214-1 à R 214-16 du code de l'urbanisme).

Décret n°2008-641 du 30 juin 2008 relatif aux médicaments disponibles en accès direct dans les officines de pharmacie.

Décret n°2010-720 du 28 juin 2010 relatif à l'exercice du monopole de la vente au détail des tabacs manufacturés.

Décret n°53-960 du 30 sept. 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal.

Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce.

Loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce.

Loi n° 96-603 du 5 juill. 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat.

Loi n°57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique.

Loi n° 73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer.

Loi n°76-616 du 9 juill. 1976 relative à la lutte contre le tabagisme, dite loi Veil.

Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Loi n° 88-19 du 5 janv. 1988 relative à la fraude informatique, dite loi Godfrain.

Loi n° 91-32 du 10 janv. 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, dite loi Evin.

Loi n° 94-361 du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la Directive (C.E.E) n° 91-250 du Conseil des Communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs et modifiant le code de la propriété industriel.

Loi n° n° 94-361, du 10 mai 1994 portant mise en œuvre de la Directive (CEE) n°91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle.

Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

Loi n°98-536 du 1^{er} juill. 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données.

Loi type CNUDCI sur le commerce électronique, 12 juin 1996.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

Loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, modifiée par la loi du 28 juill. 2011 (loi de transposition de la directive 2001/29/CE du 29 mai 2001).

Loi n°2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

Loi n°2009-879 du 21 juill. 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, dite loi Bachelot.

Loi n° 2009-1674 du 30 déc. 2009 de finances rectificatives pour 2009.

Loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régularisation du secteur des jeux d'argent et du hasard en ligne.

Loi n°2013-100 du 28 janv. 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

Loi n°2014-201 du 24 fév. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'union européenne dans le domaine de la santé.

Loi n°2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, dite loi Hamon.

Loi n°2014-44 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

Loi n°2014-006, 19 juin 2014 sur la lutte contre la cybercriminalité.

Loi n° 2014-1655 du 29 déc. 2014 de finances rectificatives pour 2014.

Loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République Numérique.

Loi n°2019-759 du 24 juill. 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.

Ordonnance n° 2012-1427 du 19 déc. 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments.

Ordonnance n°2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Ordonnance n°2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes.

11. Règlements et directives européens

Directive 2000/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieure.

Directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente de produits du tabac.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques.

Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales.

Directive 2011/62/UE du Parlement européen et du conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive 2001/83/CE.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du conseil du 25 oct. 2011 relative aux droits des consommateurs.

Directive 89/104/CEE du Conseil du 21 déc. 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques.

Directive 91/250/CEE du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, abrogée par la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur.

Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance.

Directive 2001/29/CE du Parlement et du Conseil du 29 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Directive 2006/112/C du 28 nov. 2006 relative au système commun de TVA.

Directive 2008/8/CE du Conseil du 12 fév. 2008 définissant les modalités de remboursement de la TVA.

Directive 2008/118/CE du Conseil du 16 déc. 2008 relative au régime général d'accise.

Directive 2009/136/CE du 25 nov. 2009, modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et de services de communications électroniques.

Directive 2014/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes.

Directive 98/34/CE du Parlement européen et du conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juill. 1998 portant modification de la directive 98/34/CE.

Directive 2009/110/CE du Parlement et du Conseil du 16 sept. 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, dite monnaie électronique - DME.

Directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015, concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE, COM/2017/010 final-2017/03 (COD), 1^{er} janv. 2017.

Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

Règlement (CE) n°40/94 du Conseil, du 20 déc. 1993, sur la marque communautaire.

Règlement délégué (UE) 2018/389 de la Commission du 27 nov. 2017 complétant la directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation relatives à l'authentification forte du client et à des normes ouvertes communes et sécurisées de communication.

Règlement (UE) 330/2010/UE du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

12. Notes et commentaires

BAZIN Eric, note sous Com., 2 oct. 2007, n°05-19-899, *Bull.* 2007, IV, n°208 ; *JCP*, janv.2008, n°6.

BENABOU V. et ROCHFELD J, note sous CJUE, 13 mai 2014, aff C-131/12, Google Spain SL C/Agencia Espanola de proteccion de datos et Mario Costeja Gonzalez, D. 2014, 1476.

BERLAUD Catherine, note sous Com., 28 mars 2018, n°16-20.018, *Gaz. Pal.*, 30 avril 2018, n°16, p. 39.

BOUCHE N., note sous Civ., 1^{re} ch., 15 janv. 2015, n°13-23.566, Orqual/Tridim et autres, *Propriété Industrielle*, mars 2015, n°3.

BOULOC, obs. Cass. crim., 3 nov. 2004, n°03-85-642, *RTD com.* 2005, 432.

CAPRIOLI Eric A, note sous Civ., 2^e Ch., 25 juin 2009, n°08-12.248, *CCE*, nov. 2009, n° 11.

CAPRIOLI Eric A, note sous Crim., 14 mars 2006, n°05-83.423, *Revue de Droit bancaire et financier*, juill. 2006, n°4.

CAPRIOLI Eric A., note sous Paris, 2^e ch., 9 sept. 2009, Affa.Damien B. c/ Forever Living Products France, *Comm.Com. Elect.* 2009, comm.120.

CAPRIOLI Eric A., note sous Paris, pôle 4, 10^e ch., 5 févr. 2014, n°13/04833 affaire Bluetouff, CCC n°4, avr. 2014, comm. 40.

CARON C., note sous Civ., 1^{re} ch, 28 janv. 2003, n° 00-20.294, D. 2003, 1688, *CCE*, avr. 2003, n°4.

CHAGNY Muriel, note sous CDLC, décision n°07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, *RLDI* 2007/33, n°1126 ; *CCE*, mai 2007, n°5.

CONSTANTIN L., note sous CJUE, 13 mai 2014, aff C-131/12, Google Spain SL C/Agencia Espanola de proteccion de datos et Mario Costeja Gonzalez, *Dalloz actualités*, 21 mai 2014.

COSTES L., obs. CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *RTDL* 2011/76, n°2526, obs. L.COSTES.

COSTES L., obs. sous Paris, Pôle 5, 2^e ch., 11 mai 2012, *RLDI*, juin 2012, n°2772.

COUSIN G., note sous CJUE, 23 mars 2010, aff.C-236/08, « Usage de la marque d'autrui en tant que mot clé sur internet », 1^{er} fév. 2011, *Lettre des réseaux*.

DEBET Anne Paris, note sous Paris, 12 sept. 2013, Gérard P.c/SNC meubles IKEA France, n°11/10899, *CCE*, déc. 2013, n°12.

DEBET Anne, note sous Civ., 1^{re} ch., 25 nov. 2010, n°09-70.833, sté Go Voyages, *CCE*, 2001, n°4.

DECOCQ Georges, note sous CJUE, 11 déc. 2003, aff.C-322/01, *CCE*, 2004, comm.61.

DECOCQ Georges, note sous Paris, Pôle 5, 5e-7e ch., 13 mars 2014, n° 2013/00714, aff. Société BANG & OLUFSEN, *Contrats concurrence consommation*, mai 2014, n°5, comm. 18.

DERIEUX E., note sous CE, ord., réf., n°344595, sté Google Inc., *JCP*, 17 fév.2014, n°7,

DERRUPPE J., note sous Paris, 4 oct. 2000, 1998/26.846, *Les Petites Affiches*, 16 nov. 2000, n°229, p. 11.

DOUVILLE Thibault, note sous C.E. ord.réf., décision n°365459 du 14 fév. 2013, *JCP E*, 28 fév.2013, n°9.

DOUVILLE Thibault, obs. sous C.E. n° 408886 du 26 mars 2018, *D* 2018, 831.

DUPONT-LASSALLE Julie, note sous CJUE, 30 mai 2013, aff. C-342/12, Worten- Equipamentos para o Lar c/Autoridade para as Condiçoes de Trabalho, *Europe*, juill. 2013, n°7.

FORT G., note sous Civ., 3^e ch., 27 mars 2002, n° 00-20.732, *Jurispilote*, 10 oct. 2011.

FOURGOUX J.L.et DJAVADI L. note sous CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *RTDL* 2011/76, n°2526.

FRANCON, obs. sous Paris, 4^e ch., 6 oct.1979, *D* 1981, 190 ; *RTD Com* 1980, p.346.

GAZIN Fabienne, note sous CJUE, 3^e ch, 5 juill. 2012, aff. C- 49/11, Content Services Ltd c/Bundesarbeitskammer, comm., *Europe*, Août 2012, n°8.

GLAIS Michel, note sous ADLC, décision 15-D-06 du 21 avril 2015, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, *RTD Com*, 31, déc.2016.

GOLHEN Catherine, note sous Soc., 23 mai 2007, n°06-43 .209, *JCP E*, 13 sept. 2007.

GOURIO A., GILLOUARD M, Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, dite DSP2, *RD bancaire et financier*, 2016, comm.91.

GRAVELAU Philippe, note sous CE, ord., réf., n°344595, sté Google Inc, *Gaz. Pal.*, 6 mars 2014, n°65.

GRIGUER M., note sous CJUE, 13 mai 2014, aff C-131/12, Google Spain SL C/Agencia Espanola de proteccion de datos et Mario Costeja Gonzalez, *JCP E*, 12 juin 2014, n°24.

GRYMBaum L., note sous Paris, 12^e ch., sect.A, 30 oct. 2002, aff. Antoine C. c/ Ministère Public, société Tati (affaire Kitetoa), *Comm. Com .Electr.* 2003, comm.5.

GUTMANN Daniel, chron. Sous CE, 18 oct. 2018, n°405468, *BF*, 1/19 inf. 23 *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} avril 2019, n°4, p.45.

HUET J., chron. Sous Paris, 11^e ch. corr. Section A, 5 avril 1994, *Les Petites Affiches*, n°80 du 5 juill. 1995.

IDOT Laurence, note sous CJUE, 19 avril 2012, aff. C-549/10 P, Tomra Systems ASA e.a. c/ Commission européenne, *Europe*, juin 2012, n°6, comm.249.

IDOT Laurence., obs. sous Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, *Europe*, 1^{er} août 2000, n°8.

KOUAHOU Y., note sous Civ., 1^{re} ch., 13 nov. 2008, n° 06-19.021.

LASSERE CAPDEVILLE, note sous Com., 28 mars 2018, n° 16-20.018, Société caisse de Crédit Mutuel de Beauvais c/M.Y, *Gaz. Pal.*, 15 mai 2018, n°17, p. 20.

LEGEAIS D, note sous Civ., 1^{re} ch, 28 mars 2008, n°07-10186, *D.* 2008, 1136, obs. AVENAROBARDET ; *RTD Com*, 2008, 607.

LEPAGE Agathe, note sous Crim., 14 mars 2006, n°05-83.423, *CCE*, sept.2006, n°9.

LOISEAU Grégoire, note sous Civ., 1^{re} ch, 1^{er} oct. 2014, n°13-20.024, *CCE*, 1^{er} nov. 2014, n°1, comm. 85.

LOISEAU Grégoire, note sous Com., 4 déc. 2012, n°11-27.729, Société Leguide.com c/ Sté Pewterpassion.com, *Propriété intellectuelle*, mars 2013, n°3, comm. LARRIEU Jacques ; *CCE*, fév. 2013, n°2, comm.14.

LOISEAU Grégoire, note sous Com., 8 déc. 2015, n°14-18 .228, Sté Trans plus services c/ sté Leroy Merlin France, *CCE*, fév. 2016, n°2.

LOISEAU Grégoire, note sous Paris, Pôle 1, 8^e ch., 10 mars 2017, n°16/03440, *CCE*, mai 2017, n°5.

MAILHE F., note sous Paris, 2^e ch., 12 fév. 2016, n°25/08624, Facebook Inc c/Monsieur X., *CCC*, juin 2016, n°6, étude 12.

MALAURIE-VIGNAL Marie, note sous Paris 1^{re} ch., 16 oct. 2007, *RDLI* 2007/32, n°1089 ; *Contrats concurrence consommation*, oct. 2016, n°10, comm. 297.

MANARA C, note sous Com., 4 déc. 2012, n°11-27.729, Société Leguide.com c/ Sté Pewterpassion.com, *Dalloz actualités*, 13 déc.2012.

MANARA C., note sous CJUE, 23 mars 2010, aff.C-236/08, *D.2010*, 885.

MANARA, note sous Paris, Pôle 5, 2^e ch., 23 mars 2012, Ryanair, *D.2012*, 1060.

MANARAC, note sous CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08, *D.2010*, AJ 885.

MARINO L., note sous CJUE, 13 mai 2014, aff C-131/12, Google Spain SL C/Agencia Espanola de proteccion de datos et Mario Costeja Gonzalez, *JCP*, 30 juin 2014-26.

MARTIN Anne-Cécile, note sous Paris, pôle 1, 3^e ch., 2 fév. 2016, n°2014/060579, *EDBC*, oct.2018, n°9, p.18.

MATHEY N. note sous Com., 18 janv. 2017, n°15-18.102, Société caisse de Crédit Mutuel de Wattignies c/ M.Franck X, *LEDB*, 2 juill. 2018, n° p. 4.

MATHEY N., note sous Com., 28 mars 2018, n°16-20.018, *LEDB*, 2 mai 2018, n°5 p.3 ;

MATHEY Nicolas, note sous Com., 28 mars 2018, n° 16-20.018, Société caisse de Crédit Mutuel de Beauvais c/M.Y, *LEDB*, 2 mai 2018.

MESTRE J., obs. Cass. com., 28 avril 1998, *RTD Civ.*, 1999, 81.

NAFTALSKI Fabrice, note sous Paris, Pôle 1, 8^e ch., 10 mars 2017, n°16/03440 *Dalloz IP/IT*, 31 déc. 2017.

PAISANT Gilles, note sous CJCE, 3 sept. 2009, aff. C-489/07, Pia Mesner c/Firma Stephan, *JCP*, 16 nov. 2009, n°47.

PIOT P., note sous Civ., 1^{re} ch., 12 mai 2015, n°15-17-729, *Gaz. Pal.*, 28 oct. 2016, n°38, p.40.

RAYMOND G, note sous Civ. 1^{re} ch, 13 nov. 2008, n°07-14.856, sté LCG, *Contrats concurrence consommation*, 2008, comm. 288.

ROUSSET G., note sous CJCE, 3 sept. 2009, aff. C-489/07, Pia Mesner c/Firma Stephan Krüger, *JCP E*, 10 déc. 2009, n°50.

ROUTIER R., note sous Cass. Com., 6 janv. 1993, *Bull. Joly Sociétés 1998*.

SCHAFFNER M., note sous CJUE, 23 mars 2010, aff.C-236/08, *JCP E*, 1^{er} avril 2010, n°13-14.

SCHAFFNER Marianne, Linklaters LLP, Sautter Lorraine, note sous CJUE, 23 mars 2010, aff. jtes C-236/08 à C-238/08, *JCP E*, 1^{er} avril 2010, n°13-14.

STOFFEL-MUNCK, note sous CJCE, 3 sept. 2009, aff. C-489/07, Pia Mesner c/Firma Stephan, *CCE*, 1^{er} juin 2010, n°6.

TAMBOU Olivia, note sous CNIL, décision, n°2016-007 du 26 janv. 2016, *Dalloz actualités*, 23 fév. 2016, « la CNIL donne une leçon de droit européen à notre ami américain Facebook ».

VAVANT et LE STANC, note sous Paris, 4e ch., 5 avr. 1993, *JCP E* 1994, I, 357, n°2.

VIVANT M., LESTANC C., note sous Paris, 11^e ch. corr. Section A, 5 avril 1994, *JCP E*, 1995, I, 461.

13. Rapports, études, recommandations et conclusions

ADLC et Competition and Markets Authority, Etude du 16 déc .2014, Analyse économique des systèmes ouverts et fermés, consulté sur http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf

ARJEL, Rapport d'activité pour 2014-2015, consulté sur <http://www.arjel.fr/IMG/pdf/rapport-activite-2014.pdf>

ARJEL, Rapport d'activités 2013, consulté sur <http://www.arjel.fr/IMG/pdf/rapport-activite-2013.pdf>

ARPP, recommandation « Internet V 3.0 », 20 déc. 2010 consulté sur : <https://www.arpp.org/actualite/nouvelle-recommandation-arpp/amp/>

Association Française de l'Etude de la Concurrence, Rapport sur l'économie numérique, version du 10 fév. 2016.

BIRRAUX Claude, Le DEAUT Jean-Yves, 24 janv. 2012, l'innovation à l'épreuve des peurs et des risques, rapport à la demande de l'Assemblée Nationale.

Blockchain, cryptoactifs, ICO : panorama des enjeux juridiques, S1 2018, une étude réalisée par Blockchain Partner, consultée sur : <http://www.blockchainpartner.fr/wp-content/uploads/2018/03/Blockchain-cryptoactifs-et-ICO.pdf>, consulté le 6 oct.2018.

CLUSIF, rapport 2012, Menaces Informatiques et Pratiques de Sécurité en France, éd.2012.

CNIL, 19^e rapport d'activité, Petites Affiches, 2 août 1999, n°152.

CNIL, 19^e rapport d'activité, Petites Affiches, 2 août 1999, n°152, p 3, « une inquiétante nouvelle : les fichiers privés ».

CNIL, rapport du 14 oct. 1999, Le publipostage électronique et la protection des données personnelle.

CNNUM, « La libre circulation des données dans l'Union européenne », avril 2017.

Cour des Comptes, févr. 2016, Rapport public annuel 2016 : tome II : la lutte contre le tabagisme : une politique à consolider.

CURIEN Nicolas, MUET Pierre-Alain, La société de l'information, Paris, La Documentation française, Paris, 2004, 310 p., ISBN : 2-11-005534-0, commentaires Elie Cohen et Michel Didier.

DE MONTGOLFIER Albéric et DALLIER Philippe, Les douanes face au commerce en ligne : une fraude fiscale importante et ignorée, Rapport d'information au nom de la Commission des finances, n°93 (2013-2014) du 23 oct. 2013, consulté sur http://www.senat.fr/rap/r-13-093_mono.html

DIONIS DU SEJOUR Jean, ERHEL Corinne, Rapport d'information du 23 janv. 2008 sur la mise en application de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, n°627.

DIONIS DU SEJOUR Jean, rapport au nom de la Commission des Affaires Economiques, de l'Environnement et du Territoire sur le projet de la loi (n°258) pour la confiance dans l'économie numérique, 1^{re} partie.

DONIS DU SEJOUR Jean, Renforcer la confiance dans l'économie numérique, rapport deuxième lecture, Assemblée Nationale 30 déc. 2003, 1^{re} partie.

EBA-op-2019-06, Opinion of European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2, 21 juin 2019.

Evaluer l'impact du développement d'Internet sur les finances de l'Etat Greenwich Consulting, oct. 2009.

FEVAD, livre blanc : cybersécurité et e-commerce, oct. 2016, consulté sur https://www.fevad.com/wp-content/uploads/2016/11/FEVAD_Livre-Blanc_vf.pdf

Groupe de Travail « Article 29 », Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, adoptées le 29 nov. 2017 consulté sur le site de la CNIL : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/wp260_guidelines-transparence-fr.pdf

Groupe de travail G29, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIDP) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » au fin du règlement (UE) 2016/679, 4 avr. 2017.

HAI Nadia, Rapport n° 607 pour la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, ratifiant l'ordonnance n°2017-1252 du 9 août 2017 portant transposition de la directive 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 nov. 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, consulté sur : <https://www.nosdeputes.fr/15/document/607>

HERISSON Pierre, SIDO Bruno, Rapport sur le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, rapport 345 (2002-2003), Commission des affaires économiques.

<http://www.afec.asso.fr/MG/pdf/afecobservationsnumeriqueconcurrence.mgifie.pdf>

LORENTZ Francis, Le commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises les citoyens et les pouvoirs publics, Rapport pour Monsieur le Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 190 p., 8 janv. 1998.

MARINI Philippe, 27 juin 2012, Une feuille de route pour une fiscalité numérique neutre et équitable, Rapport d'information fait au nom de la commission des finances, n° 614 (2011-2012).

Ministère de l'économie des finances et de l'industrie, des technologies de l'information et des postes, 2001, Le commerce électronique interentreprises, Disponible sur : <https://ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/024000645/index.shtml>

Ministère de la Justice, ROBERT Marc, fév. 2014, Protéger les internautes- Rapport sur la cybercriminalité, 482 p. disponible sur : <https://ladocumentationfrancaise.fr>.

Ministère des Finances et des comptes publics, Groupe de travail « Monnaies virtuelles », Juin 2014, L'encadrement des monnaies virtuelles – Recommandations visant à prévenir leurs usages à des fins frauduleuses ou de blanchiment, disponible sur : https://www.economie.gouv.fr/files/rapport_monnaiesvirtuelles_web.pdf

Ministère du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat, rapport : Ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, rapport d'évaluation du gouvernement- Loi n°2010-476 du 12 mai 2010, nov. 2011, consulté sur le site www.ladocumentationfrancaise.fr

Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, COLLIN Pierre , COLIN Nicolas, janv. 2013, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, disponible sur : https://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf#page78

Observatoire de la sécurité des cartes de paiement, Rapport annuel 2014, consulté sur : www.observatoire-cartes.fr

Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport final à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM (2017) 229 final, 10 mai 2017.

Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2011 relative au droit de la consommation, du 23 mai 2017.

Rapport du groupe de travail interministériel sur la lutte contre la cybercriminalité, protéger les internautes rapport sur la cybercriminalité, fév. 2014.

Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique, adoptée le 9 déc. 1999, consulté sur www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/prod/Guidelines_final_fr.pdf

14. Conférences et colloques

CATALA Pierre, « Avant-projet de loi sur la communication, l'écriture et les transactions électroniques », in *2^{de} conférence des Juristes de la Méditerranée*, oct.2009.

Colloque - Réforme des restrictions verticales : les enjeux de l'entrée en vigueur du nouveau règlement, Paris, 27 mai 2010, *Concurrences*, n°3-2010.

FERRIER Didier, VIERTIO KATJA, « Réforme des restrictions verticales : les enjeux de l'entrée en vigueur du nouveau règlement », Colloque Paris, 27 mai 2010, in *Concurrences*, n°3-2010.

GALLOUX Jean Christophe, « Brevets d'invention, logiciels : accélérateurs ou freins à l'Internet ? », in *Propriété intellectuelle et commerce électronique*, Actes de colloque n°20, Litec, 2001, ISBN : 2-7111-3284-6.

HUET Jérôme, « Le site internet ; gisement de droits de propriété intellectuelle ? » in *Commerce électronique et propriétés intellectuelle*, Actes de colloques IRPI, n°20, Litec, 2001, ISBN : 2-71111-3284-6, 234 p.

LAMANDA Vincent, « *Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir !* »! 34^e Colloque Deauville, 5 avril 2009, *Gaz. Pal.*, 4 juin 2009, n°155, p. 49.

VOGEL Louis, « La distribution par internet après l'arrêt Pierre FABRE », *Concurrences* n°1-2012, colloque réseau de distribution et droit de la concurrence, 2012.

15. Thèses et mémoires

BLONDIAU Alexandre, *L'indemnisation des préjudices causés par la Contrefaçon*, Mémoire master 2 Recherche Propriété industrielle et artistique, Paris I Panthéon Sorbonne, 2008.

BOOS Romain, *La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des Etats*, Thèse Droit privé et sciences criminelles, Université de Lorraine, 9 déc. 2016.

BOUTHIER Charles, *La Blockchain, une innovation disruptive ? Étude au regard du droit de la propriété intellectuelle*, Thèse Professionnelle, HEC Paris, MS/LLM Droit et Management International, 23 juill. 2018.

DUBOS Bruno, *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, 2008, Thèse droit privé, Université de Toulouse 1.

FORTICH Silvana, *Essai sur le formalisme contemporain dans la protection du consentement contractuel*, Thèse de doctorat droit privé, Université Panthéon – Assas, 24 fév. 2016, disponible sur <http://www.theses.fr/2016PA020007>

GRANBOULAN Diane, *Les restrictions aux ventes sur internet en distribution sélective : pour ou contre*, Mémoire de Master II Professionnel - Droit européen des affaires, Université Panthéon –Assas Paris II, 30 août 2016.

GUILLAND Nicolas, *La TVA et services électroniques : l'appréhension de l'immatériel par la fiscalité indirecte*, Rapport de recherche – Master 1 droit des affaires, Faculté de Droit et Science Politique Aix Marseille, 2014-2015.

LAMOTTE Marine, *L'encadrement du contrat électronique : l'exemple français*, Mémoire droit des affaires, Université de Montréal, Août 2009.

LAUBOUE Adongor Sylvain, 13 févr.2015, *Le cybercommerçant*, Thèse, droit, Université de Bordeaux, consulté sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01252153>.

LIANG Jiamshung, *Criminalité informatique*, Diplôme professionnel supérieur en sciences de l'information et des Bibliothèques, ENSSIB, 1999.

MAHI-DISDET Djamilia, *L'obligation d'information dans les contrats du commerce électronique*, Thèse Droit privé, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 13 déc. 2011, consulté sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00911671>

YOUBO Lou Bouinan Sonia, 17 sept. 2015, *La lex societatis en droit international des affaires*, Thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, consulté sur : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01253783>.

16. Sites internet

www.courdecassation.fr

www.eurid.eu/fr

www.murielle-cahen.com

www.www.alain-bensoissan.com

www.www.haas-avocats.com

www.www.journaldunet.com

www.www.legavox.fr

www.www.lesechos.fr

www.www.touteurope.eu/l-actualite-en-europe.html

www.afnic.fr

www.arcep.fr

www.arjel.fr

www.assemblee-nationale.fr

www.cnil.fr

www.cnrs.fr

www.economie.gouv.fr/dgcrf

www.europa.eu.int

www.fevad.com

www.icann.org

www.inpi.fr

www.justice.gouv.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.senat.fr

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres mentionnés renvoient aux numéros de paragraphes afférents

A

Abus de droit, 368, 417
Acceptation (de l'offre), 621, 626
1097
Accès (dans un système
informatique), 961 et s.
Accountability, 332
Action en concurrence déloyale,
885 et s.
Action en contrefaçon, 812 ; 834,
879 et s.
Adresse IP, 274, 275, 827, 943
AFNIC, 895, 906
Alcool
- Licence, 155
- Vente en ligne, 156, 157
Algorithmes, 19, 291, 466, 469, 486,
500, 505, 528, 644
Archivage, 1094
Aspirateur (de logiciel), 238
Authentification
- Blockchain, 648
- Signature électronique, 595
et s.
- Paiement, 710, 717, 719 et
s.
- Moyen de paiement, 684,
694
- Responsabilité des PSP,
742 et s.

B

B to C (B2C), 26, 46, 72
Base de données, 794, 824, 825,
835
Biométrie, 729, 730
Bitcoin, 693, 697
Blockchain, 644, 646 et s.
Blog – Blogueur, 196, 213, 222
Brick and mortar, 72, 73, 113, 789

C

C to C (C2C), 26
Carroussel (fraude), 390 et s.
Carte bancaire, 273, 667, 675 et s.,
716, 760
Carte prépayée, 681
Carte virtuelle, 680
ccTLD, 893
Cheval de Troie, 932, 933, 963
Cigarette électronique, 145 et s.
Clause abusive, 518, 1021, 1109
Clause de parité, 482, 514
CNIL, 336, 338
Communication au public, 18, 42,
58, 196 et s., 248
Comparateur de prix, 477, 504
Confiance, 548, 549, 550
Conservation (des données), 286
Cookies
- Définition, 304, 305
- Futur règlement e-Privacy,
318 et s.
- Liberté d'utilisation, 313 et
s.
- Textes applicables, 309,
310, 311
Courrier électronique, 217, 227 et
s., 613
Cross canal, 72, 73
Cybercriminalité, 923, 928, 946,
972, 975, 976
Cyberespace, 545, 546, 695, 714,
759, 922

D

3D Secure, 685, 723, 727, 749, 754
Défaçage, 958
Délai de livraison, 1027, 1028
Déni de service, 940, 953, 955

Déréférencement

- Abusif, 483, 489, 496, 507, 510
- Droit des personnes, 1153

Directeur de publication, 1003 et s.

Distribution exclusive, 103 et s.

Distribution sélective

- Encadrement, 87 et s.
- Légalité, 79, 80
- Vente en ligne, 81

Donnée sensible, 279

Données à caractère personnel

- Collecte et principe, 278 et s.
- Notions, 271 et s.

Double clic, 653, 1087, 1088, 1093, 1097, 1098, 1113

DPIA, 336

Droit à l'effacement, 1142, 1147 et s.

Droit à l'information, 1130 et s.

Droit à l'oubli numérique, 1142, 1154 et s.

Droit à la portabilité (des données), 1171 et s.

Droit d'accès (aux données), 1131 et s.

Droit d'auteur, 848 et s.

Droit d'opposition, 1167 et s.

Droit de rectification, 1142

Droit de rétractation

- Délai, 1054, 1055
- Exceptions, 1061 et s.
- Modalité d'exercice, 1057 et s.
- Remboursement, 1070 et s.
- Test des produits, 1066
- Textes, 1045

E

.eu, 916

E-carte, 677

Ecosystème, 443, 453, 461, 467, 476, 477

Ecrit électronique

- Ad probationem, 579 et s.
- Ad validatem, 604 et s.

Editeur, 1000 et s.

Enregistrement (nom de domaine), 901, 904

E-Privacy, 318, 319, 320, 323, 324

Etablissement stable, 412 et s., 428, 430

F

.fr, 893, 906, 907, 916

FAI, 200 et s.

Fonds de commerce virtuel, 802

G

Garanties (légales), 1039 et s.

Generic TopLevel Domain (gTLD), 893

H

Hébergeur, 200 et s., 452, 784, 788, 996, 1005

I

Icann, 893, 895

Intelligence artificielle, 660, 661

J

Jeux en ligne, 127, 128

L

Law shopping, 111

Livraison (de biens ou services), 635, 636, 637, 640, 648, 1016, 1027, 1028, 1035

Logiciel, 651, 772, 798, 807, 818, 824, 826, 835, 838, 842, 843, 851, 857, 937

Loi du pays d'origine, 109, 120

M

Malware, 933, 958
Marque notoire, 909
m-commerce, 72
Mineur

- Alcool, 156, 157
- Données personnelles, 1139
- Vapotage, 149

Monnaie électronique, 686, 687, 693, 730
Monnaie virtuelle, 684, 694 et.
Mot-clé, 94, 920
Moteur de recherche, 223, 443, 453, 471, 474, 503

N

Nantissement (des droits du fonds virtuel), 802, 803, 804
Neutralité technologique, 568, 574, 575, 576, 579, 585, 603
Nom de domaine

- Enregistrement,
V.*Enregistrement (nom de domaine)*
- Fonctionnement, 893

O

Œuvre collective, 860
Œuvre de collaboration, 860
Œuvre de l'esprit

- Originalité, 831 et s.
- Paternité, 852 et s.

Œuvre multimédia, 829
Offre (électronique), 58, 184, 620 et s.
Optimisation fiscale, 368, 377, 378
Opt-in/Opt out, 230

P

« Petites sources » étatiques, 28, 46, 1194
Parasitisme, 90, 885, 886
Paypal, 686, 688 et s.
Pharming, 943

Phishing, 716, 940, 941, 943
Place de marché, 97, 362
Plateforme (définition), 467, 476, 484
Pop-up, 233, 234 et s.
Portefeuille électronique, 685, 693, 730
Position dominante (définition), 478, 482, 483, 487 et s.
Principe de neutralité, 568, 574, 576 et s., 585, 609
Principe de proportionnalité, 283
Privacy by default, 332, 333
Privacy by design, 332
Prix (obligation d'indiquer le), 1021 et s.
Pseudonymisation, 274, 334
PSIP, 710 et s.
Pure player, 72, 73, 113, 114, 172, 789

R

Ransomware, 958
Référencement (payant/naturel), 223, 453
Remboursement

- Droit de rétractation, 1028, 1048, 1065, 10687 et s.
- Ordre de paiement non autorisé, 690, 740, 744, 749

Réseau de distribution, 76, 77
Responsable de traitement, 297, 334, 335
Responsabilité (de plein droit du vendeur), 632, 635 et s.

S

Sabotage (de STAD), 951 et s.
Signature électronique

- Authentification, 596 et s.
- Texte, 593, 594

Site WEB

- Etablissement stable, 409
- Œuvre originale, 835 et s.
- Œuvre matérialisée, 831 et s.

Smart contract, 642 et s.
Spam, 238 et s.
STAD, 948, 949
Standard ouvert, 1013, 1073

T

Tabac (interdiction de vente en ligne)

- Historique, 134
- Textes, 139, 140, 141

Taxe GAFA, 424, 435
Taxe Google, 433
Taxe sur les services numériques, 428 et s.
Territorialité

- Fiscale, 372, 396 et s., 407
- Pénale, 945

Tiers de confiance, 645, 685, 686, 688, 689, 691
Traçage, V. *cookies*
Traitement (des données)

- Définition, 288 et s.
- Fondement, 296

Transport (de biens ou services), 1031 et s.
Typosquatting, 9010

V

Vapotage, 146 et s.
Ver informatique, 934, 958
Virus, 934
Vol (de données), 922, 949, 957

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	15
PREMIÈRE PARTIE : LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ASSURÉE PAR LE DROIT	37
TITRE 1 LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE CONJUGUÉE À L'INTÉRÊT DU CONSOMMATEUR	41
CHAPITRE 1 L’AFFIRMATION DE LA LIBERTÉ D’ENTREPRENDRE ET DE LA LIBERTÉ D’EXERCICE.....	43
SECTION 1 – LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA LIBERTÉ D’ACCÈS ET D’EXERCICE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	46
§1 : UN PRINCIPE DE LIBRE ACCÈS ET D’EXERCICE D’UNE PORTÉE ÉTENDUE	46
A. UNE DÉFINITION EXTENSIVE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	47
1. Le commerce électronique assimilé à un service de l’information par le droit européen.	47
2. Une définition autonome du commerce électronique donnée par la loi LCEN	48
B. L’APPLICATION DU PRINCIPE AU SEIN DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION	50
1. La liberté du commerce électronique au sein de la distribution sélective	51
a. L’interdiction d’interdire de façon absolue la vente en ligne dans les réseaux sélectifs.	51
b. Un possible encadrement de la vente en ligne	54
c. La vente sur plateforme : une épine dans la liberté du commerce électronique ?	57
2. La liberté du commerce électronique ouverte à la distribution exclusive.....	59
§2 : LA LIBERTÉ DU CHOIX DU PAYS D’ÉTABLISSEMENT : L’ENTREPRISE SOUMISE À LA RÈGLE DE LA LOI DU PAYS D’ORIGINE	60
A. LA LIBERTÉ DE LA « LAW SHOPPING »	61
B. UNE APPLICATION TEMPÉRÉE.....	63
SECTION 2 – UNE LIBERTÉ NON ABSOLUE	65
§1 : L’EXCLUSION SPÉCIFIQUE DE CERTAINES ACTIVITÉS.....	65
§2 : CONCILIATION DE LA VENTE DE CERTAINS PRODUITS DANGEREUX AVEC LA SANTÉ DU CONSOMMATEUR	67
A. L’INTERDICTION DE LA VENTE ET DE L’ACHAT EN LIGNE DES PRODUITS DU TABAC	68
1. Bref historique	68
2. Le droit interdit la vente et l’achat en ligne des produits du tabac.	70
3. Le cas spécifique de la cigarette électronique et des e-liquides.....	72
B. L’ENCADREMENT DE LA VENTE EN LIGNE DES VINS ET DES BOISSONS ALCOLISÉES	74
C. L’ENCADREMENT DE LA VENTE EN LIGNE DES MÉDICAMENTS	76
1. L’historique de la réglementation de la vente en ligne du médicament	78
2. Une vente en ligne par un site sous contraintes rigoureuses	79
3. L’efficacité incertaine de l’encadrement de la vente en ligne.	80
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	83
CHAPITRE 2 LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AVEC LE PUBLIC.....	85
SECTION 1 – LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ ENCADRÉE DE LA COMMUNICATION COMMERCIALE OU DE LA PUBLICITÉ.....	87
§1 : L’ENCOURAGEMENT DU DROIT À LA LIBRE COMMUNICATION.....	89
A. L’ABSENCE DE POUVOIR DE CONTRÔLE DES F.A.I ET HÉBERGEURS, POUR UNE LIBRE CIRCULATION DE L’INFORMATION.....	89
B. LA COMMUNICATION ENCOURAGÉE PAR LA SUPPRESSION DE RÈGLES DÉCLARATIVES CONTRAIGNANTES	91
§2 : LA SOUMISSION DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AU PUBLIC AU RESPECT DE LA TRANSPARENCE ...	92
A. L’OBLIGATION D’IDENTIFICATION DE LA FINALITÉ COMMERCIALE DE LA COMMUNICATION	94
B. L’ENVOI DE COURRIERS ÉLECTRONIQUES SOUMIS AU CONSENTEMENT PRÉALABLE DU CONSOMMATEUR.....	97
SECTION 2 – LA COMMUNICATION CIBLÉE DANS LE RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	102
§1 : UNE ÉTHIQUE A RESPECTER DANS LA COMMUNICATION CIBLÉE	107
A. LA LIBERTÉ DE COLLECTER DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL	107
1. La notion de données à caractère personnel	108
2. La collecte des données dans le respect de principes	110
B. LA LIBERTÉ DE TRAITER LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL	113

1. Le principe de licéité, de loyauté et de transparence du traitement : l'obligation d'un fondement 115	
2. L'interdiction de certains traitements	116
C. LA LEGALITÉ, SOUS CONDITIONS, DES COOKIES	117
§2 : UNE LIBERTÉ ASSOCIÉE À UNE LOURDE RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE EN MATIÈRE DE SECURITÉ DES DONNÉES	123
A. LA MISE EN PLACE DE PRINCIPES EXIGEANTS	123
B. L'INSTITUTION DE SANCTIONS DISSUASIVES	128
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	131
CONCLUSION DU TITRE 1	133
TITRE 2 LA LIBERTÉ DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE FRAGILISÉE PAR UNE CONCURRENCE FAUSSÉE	135
<i>CHAPITRE 1 UNE CONCURRENCE FAUSSÉE PAR UNE FISCALITÉ INADAPTÉE</i>	<i>139</i>
SECTION 1 – LES RÈGLES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ INDIRECTE.....	142
§1 : LE PROBLÈME DU LIEU D'IMPOSITION DES TRANSACTIONS GÉNÉRANT LA TVA	142
§2 : L'ADAPTATION DES RÈGLES D'ASSUJETTISSEMENT À LA TVA.....	143
SECTION 2 – LES RÈGLES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ DIRECTE	151
§1 : L'INADAPTATION DU PRINCIPE GÉNÉRAL DU LIEU D'IMPOSITION DES BÉNÉFICES	152
§2 : DES CORRECTIONS URGENTES À APPORTER À LA TAXATION DES BÉNÉFICES	157
A. UNE IMPOSSIBLE RÉFORME ?	158
B. UNE PROPOSITION FRANCAISE : LA TAXE SUR LES SERVICES NUMERIQUES OU LA « TAXE GAFA »	161
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	167
<i>CHAPITRE 2 L'INCIDENCE DE L'IRRUPTION DES PLATEFORMES NUMERIQUES</i>	<i>169</i>
SECTION 1 – LES RISQUES DE PRATIQUES ABUSIVES OU DÉLOYALES GÉNÉRÉS PAR LES PLATEFORMES	172
§1 : NOTION ET FONCTIONNEMENT DE LA PLATEFORME INTERMEDIAIRE	173
§2 : DES RISQUES POTENTIELS IDENTIFIÉS.....	175
A. PRÉOCCUPATIONS CONCURRENTIELLES DUES AU FONCTIONNEMENT DE LA PLATEFORME.....	176
B. RISQUES DE PRATIQUES DÉLOYALES AU SEIN DE LA RELATION CONTRACTUELLE	179
SECTION 2 – LA RECHERCHE D'UN JUSTE ÉQUILIBRE CONCURRENTIEL ENTRE LA PLATEFORME ET SON UTILISATEUR	182
§1 : LES DIFFICULTÉS À CARACTÉRISER L'ABUS DE POSITION DOMINANTE DANS UN ÉCOSYSTÈME	183
A. LA NOTION PEU ADAPTÉE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE À L'ÉCOSYSTÈME DES PLATEFORMES ...	184
B. COMPORTEMENTS ABUSIFS ET PRATIQUES RESTRICTIVES DE CONCURRENCE	189
§2 : UNE PROPOSITION DE RÈGLEMENT EUROPÉEN POUR UNE CONCURRENCE SAINTE	192
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	197
CONCLUSION DU TITRE 2	199
CONCLUSION DE LA 1^{RE} PARTIE.....	201
DEUXIÈME PARTIE : LA CONFIANCE DANS LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE ASSURÉE PAR LE DROIT	205
TITRE 1 LA TRANSACTION ÉLECTRONIQUE EN CONFIANCE	211
<i>CHAPITRE 1 L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE.....</i>	<i>213</i>
SECTION 1 – LES OBSTACLES AU COMMERCE ÉLECTRONIQUE LEVÉS PAR LE PRINCIPE DE NEUTRALITÉ TECHNOLOGIQUE	215
§1 : LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE <i>AD PROBATIONEM</i>	217
A. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE COMME PREUVE LITTÉRALE	218
B. LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE COMME MOYEN D'IDENTIFICATION	220
1. La reconnaissance de la signature électronique	221
2. Un processus technique lourd pour une signature fiable	222
§2 : LA RECONNAISSANCE DE L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE <i>AD VALIDATEM</i>	224
A. L'ÉCRIT ÉLECTRONIQUE COMME ÉCRIT <i>AD VALIDATEM</i> : LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE L'ACTE ÉLECTRONIQUE	225
B. DES FORMALITÉS CONTRACTUELLES SOUS FORME ÉLECTRONIQUE	226

SECTION 2 – LE CONTRAT CONCLU PAR VOIE ÉLECTRONIQUE ADAPTÉ AUX SPÉCIFICITÉS DU MONDE NUMÉRIQUE	228
A. UNE OFFRE ET UNE ACCEPTATION SPÉCIFIQUES	229
B. UNE CONFIANCE AU PRIX D'UNE RESPONSABILITÉ SPÉCIFIQUE DU VENDEUR	231
1. Le rôle de la responsabilité dérogatoire du professionnel	232
2. Les conséquences pour le professionnel de la responsabilité dérogatoire	234
C. ÉVOLUTION TECHNOLOGIQUE : UNE INTERVENTION LÉGISLATIVE NÉCESSAIRE ?	234
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	241
<i>CHAPITRE 2 LA SÉCURISATION DES MOYENS DE PAIEMENT DÉMATERIALISÉS.....</i>	<i>243</i>
SECTION 1 – LA TECHNOLOGIE AU SERVICE DE LA DIVERSITÉ DES MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE	245
§1 : LE PAIEMENT PAR CARTE BANCAIRE	245
§2 : DES MOYENS DE PAIEMENT À DISTANCE PLUS INNOVANTS	247
A. DE NOUVEAUX OUTILS DE PAIEMENT	247
1. Les portefeuilles électroniques : les tiers de confiance	247
2. La monnaie virtuelle : l'exemple du bitcoin et de l'Amazon coins.....	250
B. DE NOUVEAUX ACTEURS : LES PRESTATAIRES DE SERVICES D'INITIATION DE PAIEMENT (PSIP).....	252
SECTION 2 : LE DROIT ET LA SÉCURISATION DU PAIEMENT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE	255
§1 : DES NORMES TECHNIQUES ASSURANT L'AUTHENTIFICATION FORTE DU TITULAIRE DE LA CARTE	256
§2 : UNE RESPONSABILITÉ SPÉCIFIQUE DES PRESTATAIRES DE SERVICES DE PAIEMENT	262
A. LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES DE SERVICES DE PAIEMENT.....	263
B. UNE JURISPRUDENCE ASSURANT LA CONFIANCE DANS LE SYSTÈME DE PAIEMENT À DISTANCE	266
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	269
CONCLUSION DU TITRE 1	271
TITRE 2 UNE PROTECTION JURIDIQUE SPÉCIFIQUE DE CHACUN DES ACTEURS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	273
<i>CHAPITRE 1 LA PROTECTION JURIDIQUE DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L'ENTREPRISE</i>	<i>275</i>
SECTION 1 – LA RECONNAISSANCE D'UN FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE	276
§1 : DU FONDS DE COMMERCE TRADITIONNEL AU FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE	276
A. LA DÉFINITION DU FONDS DE COMMERCE.....	277
B. VERS UN FONDS DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE	278
§2 : UN ENCADREMENT JURIDIQUE PEU ADAPTÉ À LA CESSIION DU FONDS ÉLECTRONIQUE	281
A. UNE POSSIBLE CESSIION DU FONDS ÉLECTRONIQUE.....	281
B. DES RÈGLES INADÉQUATES.....	283
SECTION 2 – LES MOYENS JURIDIQUES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE INCORPOREL DE L'ENTREPRISE ...	286
§1 : UNE PROTECTION JURIDIQUE CONTRE LA CONTREFAÇON DU SITE	287
A. LE SITE EST UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT SOUS CONDITION D'ORIGINALITÉ	287
1. Le site et ses différents éléments	288
a. Les éléments composant le site : une diversité d'œuvres.....	289
b. Le site, une entité qualifiée d'œuvre multimédia	292
2. Les critères de matérialisation et d'originalité du site ou de ses éléments.....	293
B. LE SITE, UNE ŒUVRE DE L'ESPRIT QUI CONFÈRE DES DROITS D'AUTEUR	296
1. L'identification de l'auteur du site (ou de ses éléments) – ou du titulaire des droits d'auteur....	298
2. L'action de l'entreprise titulaire des droits d'auteur contre la contrefaçon de son site	303
3. L'action en concurrence déloyale ou le parasitisme.....	306
§2 : LA PROTECTION DU NOM DE DOMAINE PAR LE DROIT DES MARQUES	307
A. MODALITÉS DE PROTECTION DU NOM DE DOMAINE PAR LA MARQUE	308
1. Deux notions distinctes : le nom de domaine n'est pas une marque.....	310
2. Le principe d'antériorité de la marque comme protection du nom de domaine	312
B. LE DROIT DES MARQUES PROTECTEUR DES MOTS CLÉS.....	316
§3 : UN SOUTIEN PROTECTEUR DE L'ENTREPRISE CONTRE LES ATTAQUES DE SON SYSTÈME INFORMATIQUE	317
A. L'ÉTAT DES LIEUX DE LA DIVERSITÉ DES ATTAQUES CONTRE LES SYSTÈMES INFORMATIQUES	320
1. Des outils d'attaque évolutifs.....	320
2. Des modes opératoires multiples.....	322
B. LA SANCTION DES INFRACTIONS CONTRE LES SYSTÈMES INFORMATIQUES	323

1.	La répression du sabotage des systèmes informatiques	325
a.	Le sabotage du système informatique global	325
b.	Le sabotage des données contenues dans des systèmes informatiques.....	326
2.	La répression de l'intrusion dans un système informatique.....	328
a.	Définition et répression de l'accès.....	328
b.	Définition et répression du maintien.....	330
C.	LES LIMITES DU DROIT NATIONAL : LA CONTRE-ATTAQUE DE L'UNION EUROPEENNE	331
CONCLUSION DU CHAPITRE 1		335
<i>CHAPITRE 2 LA PROTECTION DU CONSENTEMENT DU CONSOMMATEUR PAR DES RÈGLES SPÉCIFIQUES</i>		
.....		337
SECTION 1 – UNE INFORMATION À TOUTES LES ÉTAPES DU CONTRAT		339
§1 : DES INFORMATIONS PRÉCONTRACTUELLES PLÉTHORIQUES.....		340
A. UNE TRANSPARENCE SUR L'IDENTITÉ DES ACTEURS DU SITE		342
1.	L'identification des divers intervenants au sein d'un site.....	342
2.	Le formalisme de la mise à disposition des informations relatives à l'identité des acteurs du site	345
B. LA TRANSPARENCE SUR LES CONDITIONS GÉNÉRALES CONTRACTUELLES		347
1.	L'exigence de nombreuses informations	348
2.	L'information spécifique relative au droit de rétractation	356
3.	Les modalités de mise à disposition des conditions générales contractuelles	363
§2 : DES INFORMATIONS POUR LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE		366
A. UN MODE D'EMPLOI DU processus menant À LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE		367
.....		367
B. UNE INFORMATION RENFORCÉE PAR UN FORMALISME CONTRACTUEL SPÉCIFIQUE		369
§3 : LES LIMITES DE L'INFORMATION.....		371
SECTION 2 – UNE INFORMATION QUANT AUX DROITS SPÉCIFIQUES POUR UNE MAÎTRISE DES DONNÉES À		
CARACTÈRE PERSONNEL.....		375
§1 : LA NOTION DE TRANSPARENCE DANS L'INFORMATION ET LA COMMUNICATION SUR LES DROITS DES		
PERSONNES CONCERNÉES		377
§2 : LES DROITS DES PERSONNES CONCERNÉES ET LEUR INFORMATION		379
A. LE DROIT À L'INFORMATION		379
B. LE DROIT D'ACCÈS AUX DONNÉES.....		381
C. LE DROIT DE RECTIFICATION ET LE DROIT À L'OUBLI		383
D. LE DROIT À LA LIMITATION DU TRAITEMENT		389
E. LE DROIT DE S'OPPOSER AU TRAITEMENT		389
F. LE DROIT À LA PORTABILITÉ DES DONNÉES PERSONNELLES		391
CONCLUSION DU CHAPITRE 2		395
CONCLUSION DU TITRE 2.....		397
CONCLUSION DE LA 2^E PARTIE		399
CONCLUSION GÉNÉRALE.....		401
BIBLIOGRAPHIE		403
INDEX ALPHABÉTIQUE		453

RÉSUMÉ

LE DROIT COMME OUTIL DE DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Le commerce électronique est perçu comme une source de croissance économique. S'il se développe grâce aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, un cadre juridique s'impose pour favoriser son essor. Notre étude s'attachera, en recherchant les multiples sources de la réglementation, principalement européenne et nationale, à démontrer qu'elle s'est orientée selon deux axes principaux : assurer la liberté du commerce électronique, d'une part, et la confiance dans ce mode de commerce inédit, d'autre part. Nous établirons que la liberté de son exercice ne peut être absolue et qu'elle se conjugue avec l'intérêt du consommateur. Aussitôt que le cadre juridique est absent ou inadapté la liberté du e-commerce est fragilisée. L'étude s'intéressera, enfin, aux règles qui créent la confiance des acteurs dans le commerce électronique : leur confiance commune dans la transaction par voie électronique, encadrée et sécurisée ; leur confiance singulière, respectant leurs intérêts respectifs, qu'il s'agisse de protéger le patrimoine incorporel de l'entreprise ou le consentement du consommateur lors de son acte d'achat ou du traitement de ses données à caractère personnel.

MOTS-CLÉS :

Commerce électronique - Développement - Liberté d'exercer - Confiance - Cyberconsommateur - Cybercommerçant - Encadrement juridique - Information du consommateur - Protection du patrimoine incorporel - Equilibre.

ABSTRACT

THE LAW AS A TOOL FOR THE DEVELOPMENT OF ELECTRONIC COMMERCE

E-commerce is considered to be a source of economic growth. If it has developed thanks to the new information and communication technologies, a legal framework is nevertheless needed to promote its growth. Our study will seek, by considering the multiple sources of regulation, mainly European and national, to demonstrate that the latter is oriented along two main axes: ensuring, on the one hand, the freedom of electronic commerce, and, on the other, confidence in this new mode of commerce. We shall establish that the freedom of its exercise cannot be absolute, and that this is indissociable from the interest of the consumer. As soon as a legal framework is absent or inappropriate, the freedom of e-commerce is weakened. Finally, the study will focus on the rules that create the confidence of the participants in e-commerce: their joint confidence in electronic transactions secured within a legal framework; their singular trust, regarding their respective interests, whether it concerns the protection of the intangible assets of the company, or the consent of e-consumers, during their act of purchase as well as in the processing of their personal data.

KEYWORDS :

E-commerce – Development – Freedom to practise – Trust – E-consumer – E-merchant – Legal framework – Consumer information – Protection of intangible assets – Balance.