

# LE DROIT DU COMMERCE ELECTRONIQUE

## PRESENTATION DU DROIT POSITIF FRANÇAIS

\*

L'apparition et la croissance du commerce électronique contemporain sont directement liées au développement des réseaux numériques de communication, spécialement l'Internet. Certes, il y avait bien dans les années 80 et 90 des échanges entre entreprises établis par des réseaux informatiques dédiés c'est-à-dire spécifiques ou, pour la France, des achats sur minitel pour les particuliers (représentant près de 10 milliards de francs de chiffre d'affaires en année pleine); il n'en reste pas moins que le commerce électronique, aujourd'hui mondialisé, est d'une tout autre ampleur (1).

Fruit des progrès rapides de réseaux de télécommunications de plus en plus puissants et d'une informatique qui s'est imposée dans les entreprises et dans les foyers domestiques (au moins dans les pays industrialisés), ce commerce présenté à la fin des années 90 comme un espoir de croissance est devenu une réalité économique et sociale qui se diversifie de la façon suivante :

- le commerce entre entreprises (B to B) ;
- le commerce entre professionnels et consommateurs (B to C) ;

La présentation complète de cette activité économique suppose encore évoquée les très nombreux échanges entre particuliers par le biais de plateforme de type *e-bay (courtier)* ou *Priceminister (mandataire)*, par exemple (2).

Les chiffres recueillis, notamment en France, par les organes spécialisés attestent un développement spectaculaire de ces différents types de commerce depuis 2000 qui justifie un peu plus encore la bonne réglementation de cette activité à la fois économique et sociale.

La définition juridique du commerce électronique est donnée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dans son article 14 ainsi rédigé :

*Art 14-. « Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens et services.*

*Entrent 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 reçoivent. ».*

Cette définition s'inspire des articles et considérants de 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 (« directive sur le commerce électronique »). Il convient de noter que ce texte communautaire présente un triple mérite :

- Il consacre l'intérêt particulier de l'Europe en général, et de la France en particulier, pour cette activité économique nouvelle transnationale qui repose sur

une innovation technologique majeure, source d'une nouvelle communication sociale.

- Il affiche, par son existence même, la volonté politique des pays constituant l'Union Européenne de créer en ce domaine les conditions juridiques favorables au développement du commerce électronique par l'offre d'un droit unifié.
- Il évoque et traite la délicate question des sources du droit du commerce électronique.

L'apparition de l'Internet dans les années 1990 a dans un premier temps donné lieu à des échanges établis dans un esprit d'adhésion à une mondialisation conviviale développant des échanges d'informations ne donnant pas lieu à rémunération. Toutefois, il est apparu assez vite que les investissements technologiques et intellectuels requis par ce nouveau monde appelaient des ressources financières nouvelles ; dans le même temps l'occasion est apparue à certains entrepreneurs que de nouveaux services à valeur ajoutée pouvaient être rendus par l'Internet (ne serait-ce que la fourniture d'accès) et, en outre, que la distribution de produits et services déjà connus du marché pouvaient être améliorés et trouver de nouveaux clients.

En France, l'apparition, à la fin des années 90, de cette nouvelle activité économique et sociale, baptisée commerce électronique, va poser de façon plus générale la question de la réglementation de l'Internet qui affecte la France en la dépassant largement. Certains ne vont pas manquer d'exposer comme c'est souvent le cas en face d'une question nouvelle, la thèse du « vide juridique » résultant de l'incapacité du droit en vigueur à organiser convenablement un phénomène majeur qui n'avait pas été envisagé.

Cette vision sociologique du droit a été démentie par le Conseil d'Etat qui, dans un rapport de référence rendu en novembre 1998 (3), a au contraire exposé le principe que le droit positif régit les activités nées de l'Internet sauf à préciser par de nouvelles règles les points incertains. *« Tout d'abord, contrairement à ce l'on entend parfois, l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet, notamment les règles de protection du consommateur et celles qui garantissent le respect de l'ordre public. Il n'existe pas et 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 (publicité, fiscalité, propriété intellectuelle...) ont vocation à s'appliquer. »*

*Les réseaux numériques transfrontières induisent une modification substantielle des modes de régulation habituels des pouvoirs publics : d'une part, la réglementation d'origine étatique doit désormais se combiner avec l'autorégulation des acteurs, c'est-à-dire l'intervention de ceux-ci pour décliner les principes de la règle de droit dans des environnements non prévus par celle-ci, et pour agir de façon préventive contre la commission d'infractions. D'autre part, compte tenu des limites inhérentes à toute initiative purement nationale, la coopération internationale des États est nécessaire pour faire respecter l'intérêt public dans un espace largement dominé par l'initiative privée. En d'autres termes, Internet et les réseaux introduisent une double interdépendance, entre acteurs publics et privés, entre États eux-mêmes, ce qui rend toute politique en la matière très complexe à élaborer et à mettre en œuvre. »*

Comme le confirme l'article 9 §1 de la directive communautaire précitée : *« Les Etats membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats électroniques. Les Etats 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 la voie électronique ».*

Pour le droit français comme pour le droit communautaire, la réponse de principe est donc claire :

1-. Le droit du commerce électronique réside d'abord dans le droit existant : droit des contrats, propriété intellectuelle, droit de la responsabilité civile, droit bancaire, protection de la vie privée...

2-. Cette référence de principe étant acquise, il convient d'admettre que le droit existant peut être insuffisant ou inadapté pour régir des relations commerciales électroniques conclues à distance qui présentent plus souvent un caractère transnational que dans le commerce classique ; dans le but d'une meilleure réglementation du commerce électronique, le droit existant doit donc être complété voire corrigé. Ce fut, ces dernières années, l'objet d'un certain nombre de textes spécifiques trouvant leur inspiration dans des décisions des autorités européennes.

L'exposé des sources du droit du commerce électronique conduit à la présentation du régime juridique de ce commerce.

## **I-. SOURCES DU DROIT DU COMMERCE ELECTRONIQUE.**

Outre le droit existant contenu en particulier dans le code civil (principes généraux du droit des contrats et contrats spéciaux, le droit de la responsabilité civile), on peut relever pour la bonne connaissance du droit positif français des textes internationaux ou européens et des textes de droit interne.

### **I-1. Règles internationales et européennes.**

Trois conventions méritent l'attention :

- La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> janvier 1988. Largement ratifiée (167 Etats en 2006), elle apporte un régime commun à la vente internationale intervenant entre professionnels du commerce international ; sans traiter (par hypothèse) directement de la vente électronique, elle comprend toutefois des dispositions sur la conclusion de la vente à distance (art. 18) et organise l'exécution ou l'inexécution de ce type de contrats. La convention prévoit expressément (art. 9) d'être complétée par la *lex mercatoria* (usages codifiés, contrats ou clauses-types...) qui se développe aussi dans le commerce électronique entre entreprises : elle est alors parfois appelée *lex electronica*.
- La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991. Difficile parfois à

concilier avec la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable à la vente d'objets mobiliers corporels, elle a la particularité d'être conclue entre les Etats membres de la Communauté européenne et d'avoir introduit les mêmes règles de conflit de lois dans le droit international privé de chaque Etat membre en matière de contrats internationaux et de les rendre ainsi applicables à tout contrat international (c'est l'application dite universelle des règles contenues dans la convention).

L'article 5 qui traite des contrats internationaux conclus par les consommateurs n'est aujourd'hui guère adapté aux contrats du commerce électronique car il envisage le traditionnel démarchage à distance ou le déplacement à l'étranger du consommateur d'où l'intérêt d'un futur projet de règlement communautaire reprenant la convention de Rome en l'adaptant notamment aux pratiques commerciales contemporaines (en s'inspirant du règlement communautaire 44/2001 du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire en matière de contrats conclus avec les consommateurs : Art. 15-1- c) « *lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités* ».

- La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a été reprise (sauf dans les relations avec le Danemark) par le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000 qui est entré en vigueur en 2002. Ce texte qui prolonge le succès de la convention de Bruxelles pour assurer la rapidité d'exécution des jugements à l'intérieur de la Communauté, a notamment pris en compte, comme indiqué ci-dessus, les réalités nouvelles du commerce avec les consommateurs.

A ces textes, il convient d'ajouter pour avoir une idée fidèle du droit positif français (et de son inspiration) les directives communautaires qui sont à l'origine des textes français relatifs au commerce électronique après transposition par les autorités françaises :

- directive 95/46 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 des données

- directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance

- directive 99/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques

- directive 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique précitée

- 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 (directive vie privée et communications électroniques)

- directive 2002/45/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de produits financiers auprès des consommateurs et modifiant les directives 90/619 CEE, du Conseil 97/7/CE et 98/27/CE.

- directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »); cette directive est en cours de transposition en France ;

## **I-2. Règles internes.**

Conformément au principe rappelé par le Conseil d'Etat dans son rapport de 1998 précité, le commerce électronique est d'abord régi par des règles juridiques générales, notamment :

- Code civil droit des obligations (droit des contrats, droit des biens, droit de la responsabilité civile) ;
- Code de la consommation ;
- Code de la propriété intellectuelle ;
- Code de commerce (droit de la concurrence) ;
- Code des postes et transmissions électroniques
- Code pénal ;
- droit des libertés publiques ;
- droit international privé et droit communautaire.

A ces textes généraux s'ajoutent des dispositions spécifiques qui apparaissent nécessaires au développement du commerce électronique :

- loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi n° 2004- 801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel ;

- lois n° 90-1170 du 29 décembre 1990 et loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 réglementation des télécommunications et loi du 9 juillet 2004 sur les communications électroniques (*in* code des postes et transmissions électroniques) ;

- 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 sur la signature électronique ;

- ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 transposant la directive du 20 mai 1997 ;

- loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne ;
- loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;
- loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ;
- ordonnance du n° 2005-648 du 6 juin 2005 sur la commercialisation à distance de services financiers ;
- ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique ;

## **II-. REGIME JURIDIQUE DU COMMERCE ELECTRONIQUE**

L'activité de commerce électronique se divise entre le B to B et le B to C (les échanges entre particuliers relevant beaucoup plus du droit commun sauf s'il y a commerce de fait Cf. Trib. correct. de Mulhouse 12 janvier 2006 (4)). Dans le commerce électronique entre entreprises qui est économiquement le plus important des activités commerciales en ligne, les règles sont laissées à la volonté des parties contractantes en ce sens qu'ils peuvent déroger aux règles prévues en particulier par la loi du 21 juin 2004 transposant la directive sur le commerce électronique ; il en est ainsi de la loi applicable à un contrat applicable à un contrat électronique international par application cumulée de la convention de Rome du 19 juin 1980 (art. 3) et l'article 17 de la loi précitée. Les parties peuvent encore faire appel à des usages ou à des contrats-types selon la pratique qui est admise en matière de *lex mercatoria*.

C'est surtout le commerce entre professionnel et consommateur (B to C) qui a appelé l'attention des autorités tant européennes que françaises en raison du déséquilibre économique et des risques qui en découlent pour le consommateur; il en résulte que les règles retenues présentent beaucoup plus souvent un caractère impératif.

Le commerce électronique, conformément sur ce point à la tradition commerciale, est dominé par la pratique contractuelle ce qui conduit à distinguer trois étapes :

- information et publicité en vue de conquérir et conserver une clientèle ;
- la pratique contractuelle ;
- les exigences de l'ordre public en matière de commerce électronique.

### **II-1. Les règles relatives à l'information et à la publicité.**

**II-1-1.- Publicité.** Appelée dans les textes communautaires « communications commerciales », la publicité se définit en droit français comme « *tout moyen d'information permettant aux consommateurs de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui leur sont proposées* » (art. L. 121-1 C.consom. et Crim. 6 mai 1998 (5)). Diffusée par un site Internet ou message électronique, l'article 20 de la loi du 21 juin 2004 précitée

impose que la 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* ».

Le développement de la pratique du « spamming en vue de la prospection commerciale de clients potentiels a très rapidement posé, dans les pays industrialisés, la question de la légitimité de cet envoi publicitaire non sollicité sur des boîtes électroniques souvent engorgées par ces messages.

Le droit communautaire a sur ce point évolué : tolérant dans la directive du 8 juin 2000 (art. 7) dans la mesure où les Etats membres sont incités à adopter le système dit de l'« opt out » (l'envoi de messages est autorisé sauf opposition de l'internaute), il prend le parti de l'« opt in » (interdiction du spamming sauf accord de l'internaute destinataire) dans la directive du 12 juillet 2002 « vie privée et communications électroniques ». l'accord peut toutefois être tacite, en particulier lorsque les parties ont été antérieurement en relations d'affaires.

**II-1-2.- Information.** Destinée au consommateur, l'information fournie par le professionnel doit conformément aux règles présentes dans le droit général comme dans le droit spécifique au commerce électronique, présenter des caractères précis qui attestent de sa qualité et garantissent l'intégrité du consentement du consommateur : elle doit complète et loyale.

➤ Information complète.

\* La directive du 8 juin 2000, comme la loi française qui la transpose, pose des règles relatives à l'identification du prestataire (le marchand) afin d'assurer la transparence des relations électroniques. L'article 19 de la loi du 21 juin 2004 prévoit ainsi que doivent être apposées sur les documents commerciaux du *cybermarchand* : nom et prénom (ou raison sociale pour une personne morale), adresse de l'établissement et adresse électronique, numéro d'inscription, s'il existe, sur des registres de commerce ou des métiers et, lorsque l'activité est soumise à un régime d'autorisation, mention de celle-ci ( et de l'autorité qui l'a délivrée).

\* Conformément aux règles du code de la consommation, le prix et ses compléments doivent être indiqués comme doivent être décrits les biens ou services proposés (art. L. 111-1 et L. 111-2 c.consom.) et précisés les modalités de livraison et d'exécution (art. L. 114-1 c.consom.) et le délai de validité de l'offre (art.1369-4 c. civ. et art L. 121-18 c. consom.).

\* des services réglementés peuvent requérir du fait de la loi des informations complémentaires ainsi les services financiers. La Cour d'appel de Rennes dans un arrêt en date du 31 mars 2000 a ainsi sanctionné un établissement de crédit qui n'avait pas indiqué clairement sur son site Internet des mentions relatives à l'objet et à la nature de l'opération ; il a, en effet, été considéré que « *ces non-conformités aux prescriptions légales constituaient un trouble manifestement illicite qu'il importait de faire cesser* » (6).

L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juillet 2005 a, dans le souci plus large de favoriser de façon réaliste l'information des contractants, introduit un nouvel article 1369-1 dans le code civil ainsi rédigé : « *La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services* »

➤ Information loyale.

La déloyauté peut se manifester à l'égard de consommateurs comme des concurrents.

\* La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, non encore transposée en France, pose le principe d'une interdiction générale et dresse une liste de comportements, actions ou omissions, qui sont par nature condamnables. Dans le code de la consommation, le droit français sanctionne déjà la publicité mensongère (art. L. 121-1) et déjà des applications en sont faites dans le commerce électronique. Ainsi en cas de tromperie sur le délai contractuel de livraison d'un bien (Trib. correct. Lyon 3 février 2005 (7)) ou les allégations erronées de fournisseurs d'accès à l'Internet (Cass.civ1 9 mars 2004 (8) et TGI Paris 19 octobre 2004 (9) qui sanctionne pour publicité mensongère le fournisseur d'accès à l'Internet qui n'a pas assuré au client la vitesse de transmission des données indiquée dans les documents publicitaires). Cette infraction punie par le droit français doit en principe être commise en France mais l'article L. 121-5 c. consom. dispose que : « *le délit est constitué dès lorsque la publicité est faite, reçue ou perçue en France* » ; dans le cas du commerce électronique ne peut-on pas considérer que tel est le cas lorsqu'une publicité mensongère est reçue par l'Internet en France ? la FEVAD Fédération des entreprises de vente à distance a signé avec le gouvernement français une charte de confiance dans la quelle les principaux sites de commerce électronique s'engagent à informer convenablement les parties contractantes de leurs droits et obligations.

\* l'Internet peut être aussi l'occasion de pratiques déloyales entre professionnels. Il en est ainsi des pratiques tendant à se livrer sur un site à l'imitation d'une marque concurrente, à établir des liens hypertextes dits profonds en parfaite méconnaissance des droits du titulaire du site (Trib.com. Paris, ref, 26 décembre 2000) (10), à recourir à des techniques de référencement abusives sur un moteur de recherche afin pour un site d'optimiser sa visibilité par la technique du « spamdexing », par exemple, qui consiste à manipuler l'activité du moteur, ou par la pratique des « liens commerciaux » qui permet au titulaire d'un site d'acheter des mots-clés pour se positionner, ce qui conduit à pénaliser les concurrents et à tromper les internautes (TGI. Nanterre 16 décembre 2004) (11) L'Internet peut encore grandement faciliter la publicité comparative entre commerçants mais la sévérité du droit français ( art. L. 121-8 à L. 121-14 c.consom.) en la matière incite à la prudence (Trib. com, ref, Paris 7 juin 2006 estimant que le site de publicité comparative litigieux qui visait la grande distribution traditionnelle, ne permettait pas une comparaison objective et pertinente) (12).

## **II-2. Les règles relatives aux contrats électroniques.**

Les contrats du commerce électronique sont de différentes sortes qu'il convient de distinguer. Les règles qui les régissent sont d'abord les règles générales du droit des contrats fondées sur la volonté des parties contractantes ; s'y ajoutent des règles spécifiques lorsque ces contrats électroniques sont des contrats conclus à distance par la voie des réseaux.

### **II-2-1. Les différents contrats du commerce électronique.**

Ils se distinguent par leur objet : certains sont destinés à la mise en place du commerce électronique : conception et réalisation du site, contrat de création d'un nom de domaine, contrat de fourniture d'accès à l'Internet, contrat d'hébergement, contrat de référencement ... S'ils s'analysent souvent comme des contrats d'entreprise pour certains contrats il y a débat, par exemple pour le contrat de fourniture d'accès à l'Internet ou le contrat d'hébergement dans les quels certains voient plutôt un contrat de location d'espace (ou de prêt si l'accès est gratuit pour l'utilisateur).

Le contenu de ces nouveaux contrats est défini par la pratique, même si cette dernière est tempérée par des règles impératives. Celles-ci sont issues du droit des consommateurs (notamment en matière d'information du client ou de la nature de l'obligation du professionnel : moyens ou résultat) et appliquées par une jurisprudence qui sanctionne, dans ce type de contrat (surtout à propos des contrats de fourniture d'accès) des clauses abusives (TGI Paris 5 avril 2005 (13) ; Versailles 15 septembre 2005 (14)). L'intervention de ces différents prestataires dans l'acheminement des données soulève, de façon plus générale, la question délicate de leur responsabilité civile et pénale (qui sera étudiée plus loin) lorsque les contenus hébergés et transportés se révèlent illicites au regard des principes fondamentaux condamnant, par exemple, le racisme, les discriminations...

Lorsque de tels contrats sont conclus par la voie électronique, ils soulèvent les difficultés que pose tout contrat conclu à distance par la voie électronique, en particulier les ventes qui constituent l'activité courante du commerce électronique.

### **II-2-2. le droit spécial des contrats électroniques.**

L'expression contrat électronique est utilisée pour désigner les contrats conclus à distance par la voie électronique : les règles applicables seront donc trouvées à la fois dans le droit de contrats conclus à distance (droit de la consommation harmonisé par le droit communautaire) et le droit propre aux transactions électroniques.

Outre le droit commun des contrats de la vente, des contrats d'agence de voyages, de location... il existe un droit spécial qui tient aux conditions particulières de conclusion des contrats électroniques et aux difficultés renforcées d'exécution. Le caractère transnational de l'Internet est encore de nature à favoriser le caractère international et soulève de ce fait des questions de droit international privé auxquelles les consommateurs sont de ce fait plus souvent exposés.

\* la formation des contrats électroniques. L'accord de volontés indispensable à la conclusion d'un contrat valable doit être recueilli dans tous les contrats électroniques qu'ils soient conclus entre professionnels ou entre un professionnel et un consommateur.

Il revient au droit positif de préciser les conditions particulières de formation et de preuve nées de l'interposition des machines électroniques et des réseaux auxquels elles sont connectées lors de la réalisation de l'acte juridique.

➤ Conditions de fond.

Transposant la directive du 8 juin 2000 qui demandait aux Etats membres de supprimer toute entrave juridique à la conclusion de contrats électroniques, la loi du 21 juin 2004 a introduit dans le code civil un nouveau chapitre qui traite des contrats électroniques et plus généralement de leur formation à travers la rencontre des consentements émis par le biais de machines et des réseaux numériques de communication. D'un point de vue pratique cette difficulté n'est pas nouvelle ; elle se rencontrait dans les transactions par minitel, mais elle est aujourd'hui plus fréquente et se présente dans tous les pays ouverts à l'Internet.

Le règles posées par les articles 1369-4 et s. s'appliquent à tous les contrats sauf ceux conclus par courrier électronique ; les professionnels dans les relations ont toutefois la possibilité d'y déroger. L'article 1369-3 précise que pour que le contrat soit conclu, il doit y avoir de la part de l'internaute « acheteur » un accord manifesté techniquement par un double clic :

- la commande est établie puis représentée au client,
- elle est alors confirmée et envoyée au cybercommerçant qui doit accuser réception dans les meilleurs délais.

Malgré la controverse doctrinale (due à l'ambiguïté d'une directive confrontée à des divergences des droits nationaux en matière de formation des contrats à distance et aux hésitation des premiers projets de transposition), il apparaît aujourd'hui, compte tenu de la lettre du texte et des débats parlementaires, que l'accusé de réception n'est pas une condition de formation supplémentaire, mais une indication formelle de la réalisation du processus contractuel qui peut être ultérieurement une preuve utile. Cette solution, qui a tranché la difficulté de la rencontre de consentements à travers le dialogue de machines, est complétée par le droit des contrats à distance qui dans un tel cas reconnaît au consommateur un droit de rétractation justifié par le fait que même informé par l'écran le consommateur n'a pu examiner concrètement l'objet acquis et réfléchir à son acte dans les conditions les plus opportunes. La même règle est applicable en matière de services financiers au bénéfice des consommateurs même si le délai de rétractation n'est pas identique (14 jours au lieu de 7).

➤ Conditions de forme et conditions de preuve.

Les deux questions sont au regard des principes très différents, elles se rapprochent toutefois dans les solutions qui leur sont apportées.

Il est rare en droit français des contrats que le respect d'une condition de forme soit une condition de validité du contrat car le principe gouvernant la matière est celui du consensualisme : l'accord des volontés entre les parties contractante suffit à la naissance du contrat désiré. Il arrive toutefois, et c'est de plus en plus le cas dans le droit de la consommation que des formes, notamment écrites, soient imposées par des textes pour appeler l'attention du plus faible sur la gravité de son engagement au moment de conclure son contrat, en particulier la signature manuscrite. Cette volonté

contemporaine du législateur doit logiquement se retrouver dans ces mêmes contrats lorsqu'ils sont conclus par la voie électronique d'où la question de l'autorité de l'écrit informatique rencontrée dès la fin des années 90 en matière de preuve, ce qui explique le lien entre ces deux matières.

La loi du 13 mars 2000 transposant la directive du 13 décembre 1999 a introduit dans le code civil les articles 1316 à 1316-4 en définissant la preuve écrite pour désigner aussi bien la preuve sur support papier que la preuve électronique (art. 1316 : « *La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'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.* ») ; il est ajouté dans l'article 1316-3 : « *L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier* ». Cette réforme qui a logiquement conduit à envisager la signature électronique a, de ce fait, précisé la fonction de toute signature (art. 1316-4 : « *La signature nécessaire à la perfection de l'acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte... 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* »).

Le droit français sous la pression de l'Internet a, comme les droit des pays comparables, évolué vers une reconnaissance de la preuve électronique favorable dans son principe au commerce électronique avec toutefois deux observations :

- pour assurer la même sécurité que le support papier lorsque la preuve doit se faire par écrit, il a été nécessaire de compléter la loi par des décrets et un arrêté organisant des certifications techniques qui garantissent la fiabilité des documents et des signatures électroniques (décret n° 2001-272 du 30 mars 2001, décret n° 2002-535 du 18 avril 2002, arrêté du 31 mai 2002) : l'écrit et la signature électronique sont équivalents d'un écrit sur support papier avec signature manuscrite que s'il y a observation des prescriptions de la loi et des textes d'application qui visent à en assurer la parfaite fiabilité ;

- le régime de la preuve ainsi mis en place garde toutefois une réelle souplesse. Il existe d'abord des matières dans lesquelles la preuve est libre (matière commerciale ou contrats portant sur une somme inférieure à 1500 euros, art. 1341 C. civ, par exemple) ; le droit positif admet encore que des conventions de preuve dérogent aux dispositions légales (art. 1316-2). Ces dispositions ont d'ailleurs en harmonie avec une jurisprudence libérale en la matière : Cass. com. 2 décembre 1997 (15) « [un acte peut être] *établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie dès lors que son intégrité et l'imputabilité du contenu à son auteur désigné ont été vérifiées et ne sont pas contestées* » ou Cass. com. 4 octobre 2005 (16) « *Un écrit électronique non sécurisé constitue une preuve dès lors que la preuve est libre et que la sincérité du détenteur de l'écrit ne peut pas être suspecté* »

Ces dispositions à caractère probatoire, très favorables au développement du commerce électronique, ont indirectement posé la question de l'écrit *ad validitatem* (par opposition à l'écrit *ad probationem*). Il est apparu inconcevable qu'un acte juridique ne puisse être conclu par la voie électronique lorsque la loi pose une condition de forme à la perfection de sa formation. La loi du 21 juin 2004 a tranché par un nouvel article du code civil, l'article 1108-1 : « *Lorsqu'un écrit est exigé pour*

*la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4... Lorsqu'est exigée une mention manuscrite 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 ». L'écrit *ad validitatem* comme l'écrit *ad probationem* sont donc soumis aux mêmes règles.*

Dans le même esprit de sécurité des échanges électroniques, la loi du 21 juin 2004 (art. 27, devenu l'article L.134-2 c. consom.) a organisé l'archivage des documents électroniques en obligeant le contractant professionnel à assurer la conservation de l'écrit constatant le contrat (portant sur une somme égale ou supérieure à 120 euros) pendant dix ans à compter de la livraison du bien ou de l'exécution des prestations convenus ; l'accès à ces données doit être garanti au contractant qui en fait la demande.

\* Exécution des contrats électroniques.

➤ L'article 15 de la loi du 21 juin 2004 prévoit une responsabilité de plein droit applicable dans deux cas distincts :

- Selon l'article 15-1, toute personne physique ou morale (même non professionnelle) qui s'est engagée à fournir un bien ou service 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* ». le responsable peut toutefois s'exonérer en rapportant la preuve de la faute de l'acheteur ou de l'existence d'un cas de force majeure ou du fait d'un tiers assimilable à la force majeure. Cette disposition générale qui impose une obligation de résultat semble ne s'appliquer qu'à la vente puisqu'il est fait mention de l'acheteur, mais cette interprétation peut être discutée puisqu'il est fait aussi mention de prestataires de services. Il reste que cet article ne visant pas les consommateurs, il doit être loisible aux parties d'aménager cette responsabilité.

- l'article 15-II prévoit aussi une responsabilité de plein droit d'un professionnel « *à l'égard d'un consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre eux* ». Cette disposition vise tous les contrats à distance conclus entre un professionnel et un consommateur ; elle emporte une obligation de résultat au profit du consommateur qui ne peut être écartée que par la preuve d'une faute du consommateur ou d'un cas de force majeure ou du fait d'un tiers assimilable à la force majeure. La justification réside sans doute dans le fait que la transaction électronique suppose pour son exécution l'intervention de plusieurs professionnels (par exemple le transporteur dans la vente de biens corporels) ; cette nouvelle responsabilité, louable mais mal agencée selon l'observation de la doctrine, évite au consommateur des recours en cascade contre les différents professionnels qui sont intervenus dans la transaction.

Pour une interprétation convenable de ce texte, il a été opportunément suggéré que la responsabilité de plein droit soit attachée aux seules obligations affectées par la distance qui sépare les contractants lors de la formation du contrat et par le recours aux réseaux numériques.

- Deux effets des contrat électroniques ont plus spécialement attiré l'attention : le respect des délais acceptés par le professionnel pour l'exécution de sa prestation, le paiement en ligne.

- le respect des délais.

« *En matière de commerce électronique, les principales plaintes formulées par le consommateur sont relatives au retard dans la livraison du bien commandé* » (Forum droits de l'Internet mars 2005).

La richesse de l'offre sur de nombreux sites de commerce électronique favorise la consommation tout en excitant l'impatience du consommateur : transaction immédiate emporte pour lui exécution rapide. A l'inverse, pour le cybercommerçant la livraison du bien commandé requiert une logistique qui, si elle n'est suffisante en quantité et en qualité, engendre des retards. Très opportunément, l'article L. 121-20-3 du code de la consommation contient donc des règles protectrices sur ce point du consommateur : « *Sauf si les parties en ont décidé autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou du service* ». Le texte lui-même ne prévoit pas expressément de sanction en cas de dépassement du délai : la réponse se trouve sans doute dans des dispositions générales du code de la consommation sur les délais de livraison, notamment l'article L. 114-1 du même code qui dispose que le consommateur non livré peut dénoncer le contrat lorsque la date prévue est dépassée de sept jours francs.

Si le bien ou le service demandé est indisponible, le commerçant doit informer le consommateur et le rembourser dans les trente jours si le paiement a déjà eu lieu. Toutefois, le contrat a pu valablement prévoir que le professionnel peut livrer un bien ou un service comparable.

Il convient, en outre, de signaler l'apport de la jurisprudence en ce domaine qui a jugé que la clause d'un contrat prévoyant un délai seulement indicatif ou qu'un dépassement du délai n'engage pas la responsabilité du professionnel constitue une clause abusive : le 4 février 2003, le Tribunal de Grande Instance de Paris en jugé ainsi en matière de commerce électronique (17).

- le paiement en ligne.

Ce type de paiement particulièrement adapté au commerce électronique ne fait l'objet d'aucune disposition particulière dans la directive sur le commerce électronique, ni dans la loi qui la transpose, ni d'ailleurs dans le code de la consommation ; il est, revanche, mentionné dans la directive communautaire sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs (article 8). La crainte des titulaires de cartes bancaires de voir détournés les numéros de cartes à l'occasion d'une transaction électronique est pourtant réelle, quoiqu'en

diminution. Elle n'est en fait pas fondée en raison de la sécurisation mise en place par les sites commerciaux et l'extrême difficulté d'intercepter la transaction transmise par l'Internet qui se fait par paquets. Les risques qui subsistent sont en réalité des risques liés à la carte bancaire elle-même, quel qu'en soit le mode d'utilisation ou au choix aventureux de sites commerciaux douteux.

Afin d'entretenir toutefois la confiance dans la carte bancaire et favoriser le paiement par ce moyen dans le commerce électronique, la loi sur la sécurité quotidienne du 15 novembre 2002 a introduit un article L. 132-4 dans le code de la monétaire et financier ainsi rédigé : « *La responsabilité du titulaire d'une carte n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement à distance, sans utilisation physique de sa carte* » Le titulaire doit par écrit contester le paiement en cause et son compte est alors crédité par l'émetteur de la carte des sommes contestées, sans frais et au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la contestation (V. Cass.com 23 juin 2004) (18).

\* Contrat électronique international.

- La détermination en France de la loi applicable aux obligations contractuelles se fait par application de règles issues de la convention de Rome du 19 juin 1980 ; s'agissant de la loi applicable au fond, les règles sont contenues à titre principal dans les articles 3 et 4, éventuellement 7 s'il existe des lois de police intéressées par le contrat litigieux. L'article 3 laisse aux parties la faculté de choisir la loi applicable à condition que le choix soit certain ; à défaut l'article 4 prévoit d'appliquer la loi du pays qui entretient les liens les plus étroits avec le contrat (est présumée présenter de tels liens la loi du pays dans lequel le débiteur de la prestation caractéristique c'est-à-dire non monétaire est établi). L'article 5 prévoit une solution propre aux contrats conclus avec les consommateurs qui conduit dans des conditions peu adaptées au commerce électronique à l'application de la loi du pays où le consommateur est établi censée être plus protectrice.

La directive du 8 juin 2000 a prévu le cas du contrat électronique transfrontière, du moins dans le cadre communautaire, en recourant, après des débats difficiles au Parlement européen, à la technique de la clause de marché intérieur déjà appliquée dans d'autres directives. En effet, selon l'article 3 de la directive (qui prétend ne pas modifier les règles de droit international privé, le contrat électronique est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire (commerçant électronique) est établi. Cette disposition peut toutefois être écartée par les parties au profit de la loi qu'elles ont choisie, ce qui dans les rapports contractuels entre professionnels revient à la solution prévue dans la convention de Rome. En revanche, la question est plus délicate en présence d'un consommateur car la directive prévoit une exception à son article 3 qui ne s'applique pas aux obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs.

La doctrine n'a pas manqué d'observer la difficulté de concilier la convention de Rome et la directive communautaire lorsque que le contrat électronique intéresse les Etats membres de la Communauté européenne (dans les relations impliquant un Etat extérieur, il est clair que la convention de Rome reprend son empire, la directive étant limitée dans son application au marché intérieur européen). La transposition de la clause marché intérieur a été faite en droit français par la loi du 21 juin 2004 sous une forme très générale : « *L'activité définie à l'article 14 (commerce électronique) est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de*

*cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services... L'application de [ce texte] ... ne peut avoir pour effet ... de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France. »*

L'interprétation de ce texte est fort débattue car les conditions de mise en oeuvre d'une clause de marché intérieur restent encore incertaines : au sein de la Communauté européenne à propos des contrats du commerce électronique, faut-il mettre d'abord en oeuvre les règles de la convention de Rome et en corriger les résultats par les règles issues de la directive ou ces dernières règles doivent-elles le pas sur les règles conventionnelles (comme tend à le suggérer l'article 20 de la convention ainsi rédigé : « *La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes.* »). D'un point de vue pratique, il ne fait guère de doute que cette dernière solution est beaucoup plus aisée à mettre en oeuvre.

- S'agissant de la compétence judiciaire en matière de commerce électronique avec un consommateur, il convient de se référer à l'intérieur de la Communauté aux règles contenues dans le règlement du 22 décembre 2000 qui favorise la compétence des tribunaux du pays du consommateur (lieu d'exécution de l'obligation qui fonde la demande : ainsi le consommateur peut se prévaloir du lieu de livraison du bien ou du lieu de fourniture de la prestation de services) ; toute clause attributive de juridiction est exclue dans un contrat conclu par un consommateur sauf si :

- la clause est postérieure à la naissance du litige ;
- la clause permet au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux désignés par les règles communautaires ;
- la clause attribue compétence aux tribunaux de l'Etat membre dans lequel les parties ont leur domicile.

Lorsque le litige est extra-communautaire, il convient d'appliquer les règles du Nouveau Code de Procédure Civile transposées dans l'ordre international qui donneront compétence aux tribunaux français lorsque, soit le défendeur demeure en France, soit le lieu de la livraison ou le lieu d'exécution de la prestation sont en France. (art. 46 NCPC).

Il convient enfin de considérer le jeu éventuel de lois de police au sens de l'article 7 de la convention de Rome ; ainsi, l'article L. 311-37 du code de la consommation qui donne compétence, en matière de crédit à la consommation, au tribunal d'instance dans le ressort duquel l'emprunteur a son domicile a-t-il été qualifié de loi de police par la Cour de cassation (Cass. civ. 23 mai 2006) (18), ce qui rend le texte applicable à ce type de contrats internationaux qu'ils soient ou non en ligne.

### **II-3. Les exigences de l'ordre public en matière de commerce électronique.**

Le commerce électronique peut, par la puissance de stockage et de traitement de données des ordinateurs et le caractère transfrontière des réseaux numériques de communication donner lieu à d'importantes activités délictueuses : le risque qui, de façon

plus générale, est attaché à l'Internet a été clairement perçu par les autorités françaises ainsi que par des organisations internationales comme le G8 et le Conseil de l'Europe qui s'en sont inquiétés.

Sous l'égide de ce dernier une convention a été adoptée le 23 novembre 2001 ; elle a été ratifiée par la France et publiée par décret du 23 mai 2006 : il s'agit du premier traité international s'attaquant à la criminalité informatique (notamment à la pornographie infantile sur Internet) ; il distingue quatre catégories d'infractions : les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données ; les infractions informatiques (fraudes et falsifications) ; les infractions relatives au contenu des données (pornographie infantile) ; les infractions constituées par des atteintes à la propriété intellectuelle. Un protocole additionnel du 7 novembre 2002 est venu incriminer les actes et propos racistes ou antisémites sur l'Internet qui a été lui aussi publié après ratification en 2006.

D'une façon plus générale, le commerce électronique ne saurait ignorer les exigences de l'ordre public comme le rappelle l'article 1598 du code civil qui énonce le principe du libre commerce des biens et services avec ses limites : « *Tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation* ». Texte qui n'est d'ailleurs qu'une application particulière de l'article 6 du même code : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

Au-delà de l'ordre public général qui s'impose en matière contractuelle, il existe, du fait de la particularité des relations électroniques, des exigences particulières pour le commerce électronique qui visent à renforcer la protection des personnes et à assurer le respect de la réglementation des échanges touchant certains produits.

Reste la délicate question, posée dès le début de l'Internet, de la responsabilité des différents acteurs lorsqu'il y a transmission de données illicites à l'occasion d'une opération de commerce électronique.

### **II-3-1. Exigences spécifiques de l'ordre public.**

#### ➤ Protection des personnes.

\* L'Internet en général et le commerce électronique en particulier, sont susceptibles de favoriser des pratiques gravement répréhensibles comme la collecte et l'utilisation de données à caractère personnel ou encore de porter atteinte à la protection due aux mineurs. La gravité du risque a conduit le législateur à durcir ses règles juridiques et à les adapter aux nouvelles menaces.

Afin d'améliorer la protection de la vie privée, la loi du 6 janvier 1978 dite Informatique et libertés a été modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 qui a notamment transposé les directives communautaires du 24 octobre 1995 et du 12 juillet 2002 (dite vie privée et communications électroniques). Il s'agit par là de prendre compte pour les combattre ou les réglementer des techniques efficaces et redoutables de collecte de données sur Internet : recours aux *cookies (logiciels de pistage)* pour suivre la navigation de l'internaute sur différents sites (en particulier dans un but commercial pour connaître ses centres d'intérêt) ou collecte automatique d'adresses électroniques sur des sites Internet.

L'idée générale est que ces collectes sur l'Internet ne doivent pas être utilisées à l'insu de l'internaute : elles doivent être loyales, ce qui suppose l'intéressé informé et consentant (Cf la recommandation de la CNIL « Je monte un site Internet » 2005). Dans le même sens, la Cour de cassation (Crim. 14 mars 2006) (19) a précisé que : « *constitue une collecte de*

*données nominatives le fait d'identifier des adresses électroniques et de les utiliser, même sans les enregistrer dans un fichier, pour adresser à leurs titulaires des messages électroniques...est déloyal le fait de recueillir, à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'Internet, ce procédé faisant obstacle au droit d'opposition »*

Il résulte de ces solutions juridiques que toute atteinte illicite à la vie privée à l'occasion du commerce électronique peut engager la responsabilité civile voire pénale (art. 226-18 code pénal).

#### \* Protection des mineurs

Si la lutte contre la pornographie infantile a été renforcée pour tenir compte du pouvoir malfaisant de l'Internet en ce domaine, il existe aussi le souci de protéger le mineur contre certaines tentations des transactions électroniques. En ce sens, on peut relever la recommandation du Bureau de vérification de la publicité (BVP) qui le 13 mai 2005 a consacré une partie notable de ses directives déontologiques à la protection du jeune internaute ; elle incite notamment au bon respect des règles juridiques et sociales : respect de l'autorité des parents, non-exploitation de la crédulité de ce jeune public, non-incitation à la dépense sans sollicitation préalable des parents...

#### ➤ Réglementation des produits.

Certains produits et services proposés sur Internet font l'objet de la part du droit français ou du droit communautaire d'une réglementation spécifique que l'internaute, professionnel ou non, en France ne peut ignorer.

Ainsi, sur le territoire national, l'activité sur l'Internet ne saurait méconnaître la réglementation du commerce de l'alcool, du tabac et des produits pharmaceutiques.

La réglementation des jeux d'argent s'impose en cote aux activités de jeux en ligne développées sur Internet : les juridictions françaises sont donc compétentes dès lors que les sites (très nombreux) établis à l'étranger ciblent les internautes français

Dans le domaines des services, les produits de l'assurance ne peuvent être proposés que par une société d'assurances agréée et soumise au code des assurances ; de même seule une agence de voyages régie par le statut organisé par la loi du 13 juillet 1992 peut proposer une offre de voyages et de séjours.

Il en est de même plus largement des services financiers réglementés sur le fondement de directives communautaires sous la surveillance des autorités de régulation qui visent à la transparence des opérations par une exigence d'information de qualité à destination des investisseurs. L'Internet est devenu pour nombre de sociétés un mode d'information de leurs activités et de leurs résultats dans le même temps depuis la fin des années 90 le courtage en ligne s'est beaucoup développé : il peut résulter de ces deux faits de réels dangers pour les investisseurs inexpérimentés. Le code de la consommation, dans des dispositions spécifiques aux services financiers, a imposé un devoir d'information, organisé un droit de rétractation (de quatorze jours) ; de son côté, l'autorité de régulation, en l'espèce la COB (recommandation 2000-02), a précisé que l'information financière et le fonctionnement des marchés financiers étaient applicables aux forums et aux sites internet.

### **II-3-2. Les responsabilités résultant de la présence de données illicites sur l'Internet.**

La transaction électronique peut conduire à la transmission de données contraires à l'ordre public (pornographie, trafic de substances illicites, parasitisme commercial, pratiques dolosives, mépris de la propriété intellectuelle...) qui conduit à s'interroger sur la responsabilité respective des parties prenantes à l'activité numérique. Ainsi à côté de l'éditeur de contenu convient-il de relever la présence de différents intermédiaires ; l'opérateur de télécommunications, le fournisseur d'accès à l'Internet, l'hébergeur et les fournisseurs de liens hypertextes.

- l'éditeur, surtout s'il est un professionnel (ainsi le cybercommerçant), est responsable selon le droit commun des informations qu'il a décidé de mettre en ligne ; il est donc de ce fait responsable aussi des informations dont il ne serait pas l'auteur. Il s'agit là d'application nouvelle de principes connus que nul ne conteste.

- l'opérateur.

Selon l'article L. 32-15 du code des postes et des communications électroniques, l'opérateur « désigne toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ».

La directive du 8 juin 2000 a affirmé la règle de l'irresponsabilité de principe du transporteur que la loi du 21 juin 2004 a exposé dans son article 9-I (art.32-3-3 du code des postes et des communications électroniques) : « Toute personne assurant une activité de transmission de contenus sur un réseau de communications électroniques ou de fournitures d'accès à un réseau de communications électroniques ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans les cas où soit elle est l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission ». Cette solution trouve sa pleine justification dans le fait que l'opérateur n'a pas à connaître le contenu de l'information acheminée et qu'il doit observer une parfaite neutralité à l'égard de celle-ci (art. L.32-II-al 5 code postes et comm. electr.) : il s'agit là d'une garantie essentielle de la liberté individuelle des utilisateurs.

- le fournisseur d'accès à l'Internet.

Le commerce électronique postule que les clients potentiels puissent avoir un accès à l'Internet et à ses services. C'est le rôle du fournisseur d'accès à l'Internet d'exercer cette fonction technique de connexion. La loi du 21 juin 2004 le définit ainsi dans son article 6-I-1 : le fournisseur d'accès est le prestataire « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public ». Il en est tiré la conclusion logique que le régime de responsabilité doit être calqué sur cette fonction technique qui exclut la connaissance des contenus. L'article 32-3-3 du code postes et comm. electr. trouve donc ici une nouvelle application).

Toutefois, la position stratégique de cet opérateur technique a conduit le législateur, dans le respect de la directive du 8 juin 2000, à apporter deux corrections :

- S'il ne peut être imposé au fournisseur d'accès une obligation générale de surveillance, la loi prévoit toutefois une obligation de surveillance limitée à des cas spécialement déterminés afin de lutter contre : l'apologie de crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie de crimes et délits et la diffusion d'images pédophiles. Le prestataire doit en conséquence mettre en place des dispositifs permettant à toute personne de porter à sa connaissance de tels contenus (art. 6-I-7 Loi 21 juin 2004).

- La responsabilité du fournisseur d'accès peut être engagée si son comportement entre dans le champ des exceptions prévues à l'article L. 32-3-3 code postes et comm.electr. : s'il est à l'origine de la transmission litigieuse, s'il sélectionne le destinataire de la transmission, s'il sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission.

Dans leurs contrats (qui sont aussi des contrats d'adhésion très largement répandus dans le public), les fournisseurs d'accès ont souhaité insérer des clauses limitatives (voire exonératoires) de responsabilité ; elles sont toutefois très discutées. Ainsi, la clause exonérant le fournisseur d'accès de sa responsabilité à propos d'un contenu fourni par un tiers a-t-elle été jugée abusive par la jurisprudence (TGI Nanterre 2 juin 2004 (20) ; TGI Paris 5 avril 2005).

- l'hébergeur.

Ces prestataires sont définis par la loi du 21 juin 2004 (art. 6-I-2) comme des « *personnes physiques et morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* ». La jurisprudence a précisé le propos en distinguant plus nettement le fournisseur d'accès et l'hébergeur : « *Au contraire du fournisseur d'accès dont le rôle se limite à assurer le transfert de données dans l'instantanéité et sans possibilité de contrôler le contenu de ce qui transite par son service, ; la fournisseur d'hébergement effectue une prestation durable de stockage d'informations que la domiciliation sur son serveur rend disponibles et accessibles aux personnes désireuses de les consulter* » (TGI Nanterre 8 décembre 1999 (21)).

Après une première jurisprudence perturbée par des flottements législatifs dus la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 (annulée en partie par le Conseil constitutionnel sur la question de la responsabilité de l'hébergeur), la loi du 21 juin 2004, reprenant les principes de la directive du 8 juin 2000 a posé des règles qui tout en étant plus précises, laissent subsister un contentieux lié au caractère délicat du sujet.

\* le principe posé par la directive et repris par la loi du 21 juin 2004 est celui de l'irresponsabilité civile et pénale qui est une garantie de la liberté d'expression : toute menace de responsabilité pesant sur l'hébergeur peut, en effet, l'inciter à retirer des informations dès lors qu'elles sont des sources possibles de contentieux d'où un risque non négligeable de censure.

Ainsi, l'article 6-I-2 de la loi précitée dispose que : « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, de stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité engagée du fait de ces activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services...* » : l'article 6-I-3 précise que ces mêmes personnes : « *ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services* ».

\* A ce principe, des exceptions ont toutefois été apportées qui ont rendu moins accessible le droit positif. En effet, l'article 6-I-2 précité se poursuit ainsi : «... *si elles*

*n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits ou circonstances faisant apparaître ce caractère, ou, si dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible »* ; dans le même sens, l'article 6-I-3 ajoute : « ...si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicite ou, si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible ».

il faut donc en conclure a contrario que l'hébergeur peut à des conditions déterminées voir sa responsabilité civile et pénale engagée : connaissance du caractère illicite de l'information, refus (ou simplement retard) de la retirer.

- l'hébergeur, pour être déclaré responsable, doit avoir connaissance des données illicites ; il en est ainsi lorsqu'une décision judiciaire ordonne le retrait de données illicites ; mais la loi prévoit aussi la notification par un tiers intéressé selon les modalités précisées par l'article 6-I-5 (date des faits, leur description, les motifs du retrait demandé avec les justifications juridiques, mention des contacts pris avec l'éditeur...) avec mise en demeure de retirer les données ainsi contestées. Cette notification vaut présomption de connaissance des faits litigieux par l'hébergeur.

Ce dernier est évidemment fautif s'il ne respecte pas la décision judiciaire ordonnant le retrait. En revanche, la notification du tiers ne suffit pas à engager sa responsabilité : le Conseil constitutionnel (Cons. const. 10 juin 2004) (22) a précisé que la faute de l'hébergeur n'est constituée que si l'activité litigieuse dénoncée est manifestement illicite. Ce caractère manifestement illicite pouvant parfois donner lieu à discussion, l'hébergeur peut saisir le juge des référés pour obtenir son appréciation sur l'éventuelle illicéité de l'information dénoncée ou, par prudence, la retirer, ce qui n'est guère favorable à la liberté d'expression même s'il est vrai que la loi du 21 juin 2004 tente de réduire ce risque en prévoyant que le tiers qui sollicite de façon abusive le retrait d'une information au près d'un hébergeur s'expose à des sanctions pénales.

Si l'article 6-I-7 de cette loi rappelle que les hébergeurs ne sont pas tenus d'une obligation générale de surveillance, ils doivent toutefois concourir (par une surveillance ciblée) à la lutte contre l'apologie de crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie de crimes et délits et la diffusion d'images pédophiles. Le prestataire doit en particulier mettre en place des dispositifs permettant à toute personne de porter à sa connaissance de tels contenus.

- les moteurs de recherche et fournisseurs de liens hypertextes.

Ces prestataires n'ont pas été expressément mentionnés dans la directive, ni d'ailleurs dans la loi du 21 juin 2004. Pourtant la pratique judiciaire récente révèle des actions en responsabilité mettant en cause des fournisseurs non autorisés de liens hypertextes ou le comportement de moteurs de recherche.

L'hyperlien n'est pas juridiquement défini ; on le présente habituellement comme une « connexion reliant des ressources accessibles par des réseaux de communication » ; à partir d'un mot affiché à l'écran, il devient donc possible de façon visible ou invisible de passer d'un site à un autre. On distingue toutefois le lien simple qui conduit à une page d'accueil d'un nouveau site et le lien profond qui introduit parfois de façon imperceptible au sein d'un autre site, ce qui peut être un moyen de violer le droit d'auteur, d'affecter les droits d'un producteur de bases de données ou de livrer à des actes de parasitisme.

Le contentieux en cours ressortit souvent au commerce entre entreprises surtout lorsque la propriété industrielle (les marques) a été par les hyperliens méconnus. De cette première jurisprudence, il ressort que :

- « *La raison d'être d'Internet et de ses principes de fonctionnement impliquent nécessairement que des liens hypertextes et hypersites puissent être effectués librement* » (TGI Nanterre 8 novembre 2000) (23) ;
- le recours à des liens simples bénéficie d'une autorisation tacite et il n'y a pas d'obligation préalable de vérification des contenus illicites pouvant se trouver au sein des sites vers lesquels les liens renvoient (TGI Paris 23 mai 2001) (24) ;
- l'utilisation de liens profonds peut appeler une autorisation expresse car à défaut, l'appropriation de données d'un site surtout si c'est invisible pour l'internaute peut être qualifié de contrefaçon ou de parasitisme (TGI Paris 1<sup>er</sup> septembre 2005) (25) ;
- les moteurs de recherche sont, en principe des fournisseurs de liens non des indicateurs de contenus.

Le régime de responsabilité des moteurs de recherche n'a été envisagé ni dans la directive, ni dans la loi du 21 juin 2004. L'accord se fait pour considérer qu'ils ne sauraient être responsables du contenu des sites qu'ils indiquent. Ainsi, il a été jugé qu'un moteur de recherche n'a pas commis de faute « *en ne contrôlant pas le lien hypertexte susceptible d'être affiché lors des consultations par les utilisateurs* » (Paris 12 mai 2004) (26).

Toutefois, sur le fondement d'une faute prouvée, la responsabilité des moteurs de recherche a pu être retenue ; ainsi, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre le 17 janvier 2005 (27) a estimé que les moteurs de recherche « *ne sont pas un simple intermédiaire passif, d'autant qu'il se targuent de vérifier que le référencement est pertinent ...* » ; surtout, le Tribunal de Grande Instance de Paris du 12 juillet 2006 (28) a estimé fautif le comportement d'un moteur de recherche qui « *en ne vérifiant pas après le choix d'un annonceur de mots-clés constituant une marque ou une dénomination sociale ou un nom de domaine que cette utilisation par l'annonceur est licite tant au regard du droit des marques qu'au regard des règles de loyauté du commerce* ».

Des pays étrangers rattachent le régime de responsabilité des fournisseurs de liens à celui de l'hébergeur ; cette analyse est acceptable à condition de préciser que les règles appliquées doivent tenir compte de la mission particulière du moteur de recherche qui est seulement d'indiquer des liens. Dans ces conditions est une faute l'absence de contrôle préalable des mots-clés réservés, l'absence de recherche sérieuse des droits éventuels des tiers sur ces mots ainsi que le refus de référencement d'un site manifestement illicite dans la mesure où le seul comportement qu'on peut exiger du moteur de recherche est le référencement.

Cette analogie conduit encore à affirmer que les moteurs de recherche moins encore qu'un hébergeur ne sont tenus à une obligation générale de vigilance car ils n'ont pas à vérifier préalablement les effets des liens hypertexte et donc le contenu des sites. Mais il peut dans l'esprit de la loi du 21 juin 2004 leur être demandé (comme pour les fournisseurs d'accès et d'hébergement) une vigilance ciblée (dans la limite de leur mission) à l'égard d'hyperliens

dans le but de lutter contre l'apologie de crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale, l'apologie de crimes et délits et la diffusion d'images pédophiles. Ce prestataire doit comme d'autres doit mettre en place des dispositifs permettant à toute personne de porter à sa connaissance de tels contenus.

**Conclusion-.** Afin d'avoir une vision fidèle du droit appliqué au commerce électronique en France, il peut être ajouté deux observations finales :

- les législations spécifiques au commerce électronique, qu'elles soient communautaires ou nationales, ont fait une place aux règles issues de l'auto-régulation (sous la forme de codes de bonne conduite adoptés par les professionnels et prévus, par exemple, par l'article 16 de la directive sur le commerce électronique) et à la « co-régulation » (autorités publiques –personnes privées).(29).

Les directives, notamment celle du 8 juin 2000 ont, en outre, entendu favoriser le règlement des différends par des voies non judiciaires (article 17 de cette dernière directive) : il existe ainsi des médiations professionnels-consommateurs qui peuvent être aussi menées par la voie des réseaux (30). On note encore le rôle décisif joué par les associations de consommateurs, réponse collective à des activités contractuelles massives (31).

## NOTES

- (1) Selon la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD), le chiffre d'affaires des ventes en ligne a été de 12 milliards d'euros en 2006, soit 40 % de plus qu'en 2005. Mais en Grande-Bretagne, les achats en ligne représentaient en 2005 le double du chiffre d'affaires réalisé en France.
- (2) Cf. l'étude sur « Les échanges entre particuliers » Forum des droits sur Internet [www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org)
- (3) Internet et les réseaux numériques. Conseil d'Etat. Documentation française. 1998.
- (4) Tribunal correct. de Mulhouse 12janvier 2006
- (5) Cass. crim. 6mai 1998
- (6) Rennes 31 mars 2000 Revue Droit bancaire 2000 n° 3 p 164
- (7) Tribunal correct. Lyon 3 février 2005 [www.lextenso.com](http://www.lextenso.com)
- (8) Cass.civ1, 9 mars 2004 Bull. civ.I, n° 80
- (9) TGI paris 19 octobre 2004 Comm.Com.electr (CCE) janv 2005 p36
- (10) Trib. com. Paris 26 décembre 2000 [www.legalis.net](http://www.legalis.net)
- (11) TGI Nanterre 16 décembre 2004 [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)
- (12) Tribunal com.,ref , Paris 7 janvier 2006 [www.legalis.net](http://www.legalis.net)
- (13) TGI Paris 5 avril 2005 CCE juin 2005 p34
- (14) Versailles 15 septembre 2005 [juriscom.net](http://juriscom.net) ; V. aussi recommandation de la Commission clauses abusives n° 03-01 du 26 septembre 2002 CCE mars 2003 p22
- (15) Cass. com 2 décembre 1997 D. 1998.192
- (16) Cass, com 4 octobre 2005 CCE mars 2006 p 35
- (17) TGI Paris 4 février 2003 [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)
- (18) Cass.com 23 juin 2004 Bull. civ. IV. n° 131
- (18) Cass. civ 23 mai 2006 CCE octobre 2006 p39
- (19) Cass. crim 14 mars 2006 [www.cnil.fr](http://www.cnil.fr)
- (20) TGI Nanterre 2 juin 2004 JCP 2004.II. 10022

- (21) TGI Nanterre 8 décembre 1999 [juriscom.net](http://juriscom.net)  
(22) Conseil Constitutionnel 10 juin 2004 [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)  
(23) TGI Nanterre 8 novembre 2000  
(24) TGI Paris 23 mai 2001  
(25) TGI Paris 1<sup>er</sup> septembre 2005  
(26) TGI Paris 12 mai 2004  
(27) TGI Nanterre 17 janvier 2005  
(28) TGI Paris 12 juillet 2006 CCE  
(29) Cf en France l'activité du Forum des droits sur l'Internet).  
(30) Entre professionnels, il y a déjà l'arbitrage.  
(31) Leur intervention a été décisive dans les actions dirigées contre les fournisseurs d'accès pour dénoncer les clauses abusives insérées dans les contrats conclus par les consommateurs.

## **ABREVIATIONS**

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation  
CCE : Communication-Commerce Electronique  
D : Dalloz

## **SITES**

[legifrance.fr](http://legifrance.fr) (textes et jurisprudence français)  
[foruminternet.org](http://foruminternet.org)  
[juriscom.net](http://juriscom.net)  
[legalis.net](http://legalis.net)

## **BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE**

X. LINANT DE BELLEFONDS : Le droit du commerce électronique – PUF 2005  
Ph. LE TOURNEAU : Contrats informatiques et électroniques – Dalloz 2005  
Ch.FERAL-SCHUHL-CYBERDROIT : le droit à l'épreuve de l'Internet- Dalloz 2006  
Th. VERBIEST Le nouveau droit du commerce électronique- LGDJ 2005  
M. VIVANT Les contrats du commerce électronique Litec 1999

*Encyclopédie* :LAMY Droit de l'informatique et des réseaux  
*Revue* : *Communication-Commerce électronique*