**Droit du commerce électronique**

Introduction

####  Cadre Juridique

###### Droit et internet

Du droit sur internet ?

Certains auteurs (John Perry-Barlow) considèrent que le Droit n’a pas sa place sur internet tel qu’il existe dans la vie ordinaire. La transposition des règles seraient impossible. En effet, les concepts juridiques façonnés par les sociétés sont ceux de la vie classique, des relations ordinaires et donc qui ne peuvent pas s’appliquer aux relations sur internet.

Cet auteur préconise que le Droit ne doit pas intervenir sur internet sous peine de brider les libertés sur internet qui doit rester un média libre. Le « cyberspace ne doit pas être borné » par les frontières du Droit (principe de la nétiquette)

Or aujourd’hui logique de banalisation d’internet donc l’idée d’un Droit incompatible avec ce cyberespace est atténuée. Ainsi, les législateurs considèrent qu’il s’agit d’un moyen de communication qui obéit à des règles de droit qui ne se distinguent pas voire même qu’il faudrait davantage de droit sur internet qu’ailleurs du fait du risque important de dangers et d’abus.

Selon *Lacordaire « entre le fort et le faible, c’est la liberté qui opprime et c’est la loi qui libère »*. Autrement dit, le droit est nécessaire car il est protecteur.

Objet de ce droit ?

Internet est-il un objet de Droit ? Faut-il un droit spécial sur internet ? Les règles juridiques sur internet doivent-elles êtres radicalement différentes des règles classiques ?

Beaucoup d’auteurs ont considéré, du fait de la spécificité d’internet, qu’internet est un objet de Droit afin de combler un « vide juridique ». Ce terme pourtant n’est pas conforme à la réalité car suppose une situation sans droit donc sans règles. Par contre, existe un « vide législatif » à savoir aucune loi spécifique. En effet, en soumettant au juge une règle radicalement nouvelle sans solution législative, le juge devra rendre une décision en Droit et ainsi adapter une solution à des principes.

Actuellement on tend à considérer qu’un contrat qu’il soit passé sur internet ou non reste un contrat. Ainsi le droit des obligations à vocation à s’appliquer ayant les mêmes principes.

Cependant, face à l’internet, il existe des éléments irréductibles qui font que les solutions traditionnelles sont parfois inapplicables. A ce titre, le juriste doit identifier ces hypothèses afin de concevoir un droit spécial (ex : la relation de travail ne peut être soumis au droit commun des contrats du fait d’un élément irréductible qu’est la relation de subordination).

Mais le risque de ces contrats autonomes est celui d’un éclatement du droit par un phénomène de trop grande spécialisation. Or concernant internet, risque d’en faire un droit très spécial. Ainsi il convient d’identifier précisément les éléments irréductibles et la responsabilité des différents acteurs afin de ne pas déconnecté ce droit de l’internet du droit commun (droit commercial, droit des contrats, droit de la PI).

Par ailleurs, le droit du commerce électronique n’est pas le droit de l’internet. En effet, le droit de l’internet est un droit qui n’existe pas autrement que par une structure spécifique (avec le problème de la gouvernance).

###### Droit et commerce électronique

Les principes est l’application des règles du droit commun : droit du commerce, droit des contrats, droit de la concurrence, droit de la PI avec parfois des contraintes de natures technique et économique (éléments irréductibles).

Eléments techniques irréductibles

L’impression d’aisance et de facilité, fruit d’une technologie complexe. A ce titre, l’utilisateur n’est pas vigilent et sur ses gardes dans l’utilisation de l’internet. Ainsi, entre celui qui maîtrise la technique et l’utilisateur se dessine un écart de compétence au même titre qu’entre le professionnel et le consommateur. Ainsi, le juriste pour être en mesure de qualifier juridiquement une situation de fait suppose un investissement dans la technique.

Le caractère électronique : Internet est une technique qui naît au moment de la guerre froide par un programme militaire. Puis idée reprise par les universités américaines dans une optique de faciliter les échanges. Et enfin, séries d’inventions avec création d’un protocole informatique commun. Cette standardisation se décline en un langage commun TCP/IP qui permet de fluidifier la technique.

De plus, avec le CERN en France se met en place le « *world wide web* » avec l’idée que chaque ordinateur connecté à internet est identifié par une adresse unique identifiée par un protocole internet (IP)

Création du système DNS qui permet de transformer les éléments chiffrés de l’adresse dans un format lettré autrement dit le nom de domaine. Sur le plan juridique, avancée considérable dans cette transformation car possibilité de combiner les adresses avec des marques et donc patrimonialisation du nom de domaine. De surcroît, permet l’existence des liens hypertextes.

Modèles économiques

Principe de gratuité (moteur de recherche) offert aux internautes bien que ces entreprises gagent de l’argent donc originalité propre à internet.

Phénomène de dématérialisation (absence de support écrit) : est le propre d’internet.

La transparence : facilité d’accès au marché et aux produits de consommations avec des systèmes de comparateur de prix. Ce système est donc de nature à favoriser la concurrence.

La mondialisation : capacité de surfer sur l’ensemble des sites donc « négation » des frontières avec possibilité d’acheter dans des pays aux contextes économiques très différents. Permet également de contourner les mesures de protectionnisme.

Ces éléments irréductibles ont ainsi imposé des modèles économiques qui conduisent à trouver des solutions adaptées pour les juristes.

Le législateur a adopté la **loi du 21 juin 2004** portant confiance dans l’économie numérique (LCEN). Transpose une directive communautaire de 2000 et comporte en son Titre 2 l’intitulé « Du commerce électronique ».

La loi défini en son article 14 le commerce électronique comme l’activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens et de services.

Entre également dans le champ du commerce électronique, les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne des télécommunications 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.

Ce sont donc des contrats passés entre personnes physiquement absentes. Il s’agit d’une activité économique caractérisée par la fourniture de biens et de services par voie électronique. Entre également dans le champ du commerce électronique les échanges d’informations qui ne sont pas forcément des activités économiques (ex : l’activité d’un moteur de recherche offre des informations sans recherche de profit).

Apparaît également les notions d’accès à un réseau de communication (rôle du Fournisseur d’accès à internet) ou d’hébergement d’informations (responsabilité des hébergeurs du fait du contenu des sites qu’il héberge).

Ainsi le commerce électronique est avant tout une activité qui se réalise par voie électronique.

#### Sources du droit du commerce électronique

###### Les sources internationales

Elles sont nombreuses du fait qu’internet n’est pas soumis aux frontières.

CNUCDI

Commission des NU pour le droit commercial international. Créée par l’AG des Nations-Unies pour tendre à l’harmonisation des droits nationaux et ainsi faciliter les échanges entre les pays. La Commission tend à établir des lois-types afin de permettre à un Etat d’adhérer aux principes établis par d’autres pays et donc de faciliter les échanges.

**-Loi type sur le commerce électronique adoptée le 16 décembre 1996** a servi de modèle à la directive communautaire du 8 juin 2000.

**-Loi type sur les signatures électroniques le 5 juillet 2001**: mais beaucoup d’Etat avaient déjà légiféré en droit interne et au niveau européen (directive du 13 décembre 1999 transposé le 13 mars 2000 en France sur la signature électronique).

Conseil de l’Europe

Le Conseil de l’Europe a adopté la **convention du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité** entrée en vigueur le 1er juillet 2004. Cette convention vise à harmoniser les législations nationales en matière d’incrimination et sur le plan de la procédure afin de mettre en œuvre un arsenal de lutte contre l’ensemble des infractions commises via internet. La caractéristique majeure est de s’intéresser à toutes les infractions dès lors qu’il est nécessaire de recueillir une preuve électronique ce qui suppose une coopération des Etats. Sont visées les infractions qui relèvent de la confidentialité, de l’intégrité et la disponibilité des données et des systèmes informatiques (lutte contre la fraude, la piraterie, la contrefaçon..) et enfin s’intéresse au contenu des messages notamment concernant la pornographie infantile.

Cette Convention a donné lieu à plusieurs applications en Droit français.

###### les sources communautaires

-**Directive n°1999/93 du 13 décembre 1999** sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques

-**Directive du 8 juin 2000** sur certains aspects juridiques des services de la société de l’information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur dite sur le commerce électronique.

La Cour de cassation le 20 mai 2008 a posé trois questions à la CJCE sur la pratique de Google qui consiste à placer des liens commerciaux lors d’une recherche à propos de la contrefaçon et de la nature de la responsabilité de Google au regard du commerce électronique.

###### Les sources nationales spécifiques

-**Loi du 13 mars 2000** portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et relative à la signature électronique et son décret d’application du 30 mars 2001. Cette loi transpose la directive du 14 décembre 1999.

Concerne le problème de la dématérialisation et de la signature d’un acte qui apporte une preuve. A ce titre, l’article 1316 du Code civil est modifié et la loi insère les articles 1316-1 à 1316-4 du CC. En effet, le développement des activités contractuelles sur internet suppose préalablement une sécurité juridique.

Cette loi consacre la valeur probante de l’écrit électronique (article 1316) avec comme nouvelle définition que « la preuve littérale ou par écrit résulte d’une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d’une signification intelligible quelque soit leur support et leurs modalités de transmission ».

Le législateur ajoute comme exigences l’identification de la personne qui est l’auteur de l’écrit sur support électronique et une obligation de conservation dans des conditions de nature à en garantir l’intégrité.

Cette loi consacre la signature électronique (article 1316-3) : il faut une identification par un code et une approbation.

-**Loi du 21 juin 2004 LCEN** après la décision du CC du 10 juin 2004. Emane de la transposition des directives communautaire de 2000 et du 12 juillet 2002 relative à la protection des données personnelles dans les communications électroniques.

Cependant cette loi a été modifiée plusieurs fois.

Le passage au Web 2.0 entraine des conséquences juridiques importantes. En effet, la vigueur d’internet vient de la participation des internautes eux-mêmes (forum de discussion, blog) et donc nouveaux problèmes de responsabilité qui ne sont pas résolus par la loi LCEN sauf concernant la responsabilité des FAI et des hébergeurs.

Il ne s’agit pas d’une responsabilité de droit commun. Un rapport parlementaire de janvier 2008 porte sur la mise en œuvre de la loi LCEN de 2004 et propose d’évoluer.

-**Loi du 9 juillet 2004** **relative aux communications électroniques** : regroupée dans le Code des postes et des télécommunications électroniques.

-**Loi du 6 août 2004** **sur le traitement des données à caractère personnel** et qui réforme la loi du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés qui était la 1ère loi sur les atteintes que l’informatique peut porter aux libertés.

-**Loi du 19 mai 2005** qui rend effective la Convention sur la cybercriminalité

-**Ordonnance du 16 juin 2005** relative à l’accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique

Ainsi, il y a un ensemble de lois qui se situent en 2004-2005 et qui aujourd’hui est relayé par la jurisprudence. Néanmoins, les fondements de ce droit nouveau sont classiques (droit des contrats) et ces lois permettent une adaptation du monde physique à internet.

### Les moyens électroniques du commerçant

Le commerce électronique suppose pour le commerçant électronique des moyens pour mener à bien ses activités et d’un site accessible pour les internautes sur lequel il va offrir ses produits, ses services…

Cette forme de commerce suppose une volonté de l’internaute de se doter de moyens donc n’est pas accessible pour tout le monde. En effet, le commerce électronique n’est possible que par un abonnement à haut débit.

#### la réalisation du site web

###### Les aspects contractuels

Il s’agit avant tout d’opérations de natures techniques.

Le contrat de création d’un site web ou contrat d’écriture

C’est un contrat innomé car il ne jouit pas d’un régime juridique identifié par un Code. Ce contrat s’apparente aux contrats d’écriture de programme informatique (entreprise spécialisé qui écrivent des contrats propres à chaque besoin) à partir desquels se sont révélés des obligations de conseils (entre le profane et le spécialiste).

Le cadre juridique est celui du contrat d’entreprise où la liberté contractuelle est forte. Le contrat se conclu entre deux professionnels (un spécialiste d’écriture et un commerçant) donc en principe hors du champ du droit de la consommation.

Ce contrat fait naître **des obligations à la charge du professionnel** : obligations d’informations et de conseils. Ainsi le spécialiste doit indiquer si outre la réalisation du site il va en même temps héberger le site sur ses propres ordinateurs. Il doit indiquer l’étendue des prestations qui sont distinctes.

Obligations de confidentialité : les parties doivent définir le degré d’engagement du professionnel (liberté contractuelle) notamment sur la maintenance du site et sur les MAJ à effectuer. Enfin, définir la contre partie financière.

Concernant la propriété intellectuelle, quand une entreprise réalise une prestation de nature intellectuelle (écriture d’un programme informatique) pour le compte d’autrui, juridiquement cette prestation peut aboutir à une « œuvre » protégée par le droit d’auteur. En Droit français, le titulaire des droits d’auteur est celui qui a concrètement réalisé l’action. Le cybercommerçant qui verse la contrepartie financière à la société ne devient pas pour autant titulaire des droits d’auteur. En effet, ce prix n’inclus pas ipso facto le transfert des droits d’auteur. Par conséquence le cybercommerçant exploite un site dont les caractéristiques intellectuelles ne lui appartiennent pas (dans le silence du contrat il n’y a pas de cession implicite des droits d’auteurs). Dès lors le cybercommerçant qui veut faire évoluer son site, le répliquer, reprendre son organisation, sera tenu de demander l’autorisation auprès du titulaire des droits d’auteur sous peine de commettre un acte de contrefaçon.

Les contrats liés au contrat de création d’un site web

* contrat d’hébergement : mémoire ouverte sur le web et qui par une adresse permet aux internautes de surfer sur les pages réalisées. L’hébergeur et sa responsabilité est définie par le LCEN à l’article 6-I-2 « 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 le stockage de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services ».

« Les destinataires de ces services » sont les personnes qui ont besoin d’héberger un site. L’hébergeur est étranger au contenu de ce que le destinataire héberge (ex : contenus illicites).

Existe également le contrat de développement d’un site web.

L’une des obligations essentielles qui émane du contrat d’hébergement est de garantir un accès au site de manière permanente et pour tout utilisateur. Le stockage doit être durable pour éviter la destruction des informations hébergées.

* Contrat de bail de matériel informatique : le cybercommerçant va conclure un bail ou plus souvent un crédit-bail portant sur du matériel informatique. Porte sur la question de l’indivisibilité des contrats car souvent conclu avec un contrat de développement d’un site web. Dès lors la résiliation d’un des contrats emporte t-elle celle de l’autre ?

###### Les aspects légaux

Le site web est un espace où s’échangent de nombreuses informations ayant parfois un caractère sensible (de nature personnelle). Tout d’abord les informations partent du cybercommerçant vers l’internaute. Puis les internautes consciemment ou non vont laisser des informations sur le site (stockage, collecte, rectification de ces informations).

informations à fournir par le cybercommerçant

Le responsable du site doit présenter ces informations de manière accessible (indiquer les mentions légales par un lien sur la page de présentation du site) et présentées dans un format technique simple. Dans un standard ouvert, direct et permanent. La loi insiste sur un principe de transparence.

Les informations relatives au site lui-même

Le législateur a d’abord eu comme mission d’assuré la transparence de tous les sites. Ainsi l’internaute doit pouvoir identifier rapidement la personne responsable du site : juridiquement il s’agit de l’éditeur du site ou webmaster, cette personne a la maîtrise du contenu des pages et qui les diffuse.

L’article 6-III de la LCEN énonce les informations qui doivent figurer sur le site et permet de rattacher le site web au monde physique. L’obligation pèse sur l’éditeur du contenu qui n’est pas défini dans la LCEN car la loi attend juste la désignation du responsable du contenu.

Or quand ces mentions légales n’apparaissent pas, difficulté de trouver le responsable

* *ex* : *le réalisateur du film « La Môme » faisait l’objet d’informations sur le site de Gala et le réalisateur considérait une atteinte à sa vie privée sur le fondement de l’article 16 du CC. Il engage une action contre deux sites qui relayaient ces informations. Or sur un des sites, absence d’indication des mentions légales et l’éditeur n’est pas mentionné. Le demandeur assigne alors le titulaire du nom de domaine et le juge du TGI considère que cette action est recevable bien qu’il ne soit pas responsable du contenu. Dès lors le propriétaire du nom de domaine va révéler son cocontractant qui est l’éditeur du site en levant le principe de l’anonymat.*

Les sanctions pénales encourues sont énoncées dans l’article 6 de la LCEN et varient selon que l’auteur est une PP ou une PM. La jurisprudence n’applique pas systématiquement la condamnation prévue par les textes. En effet, la jurisprudence doit démontrer que l’absence de ces informations était préjudiciable pour exercer un droit de réponse.

Les informations fournies par le commerçant et son activité

Quand une activité relevant de la définition de l’article 14 de la LCEN est menée sur le site, le cybercommerçant au terme de l’article 19 de la LCEN doit fournir des informations sur son site au sujet de sa personne et de son activité.

Informations concernant la personne du cybercommerçant

Il doit *« assurer à ceux à qui est destiné la fourniture de biens ou la prestation de service un accès facile direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes »* :

* Nom, prénom ou raison sociale
* Adresse où la personne est établie, mail, coordonnées téléphoniques permettant d’entrer effectivement en contact avec elle (dernière disposition ajoutée par la loi du 3 janvier 2008 dite loi CHATEL)
* RCS

Ces informations se combinent parfois avec des dispositions du Code de la consommation (L 121-18 impose des obligations d’information en matière de vente et de prestation de service à distance). L’article R 121-1 du même Code prévoit une peine d’amende qualifiant ces manquements de contravention de 5ème classe.

Informations concernant l’activité du cybercommerçant

L’article 19 de la LCEN énonce que la personne doit énoncer un prix clair de ses activités. L’article L 450-1 du Code de commerce énonce les infractions de la violation de l’article 19.

S’ajoute également des indications prévues dans le Code de la consommation (modalités de paiement, de livraison, existence d’un droit de rétractation).[[1]](#footnote-1)

*Le Tribunal de Bobigny énonce que si les cybercommerçants ne sont pas contraints d’acquitter la rémunération due sur les supports vierges d’enregistrement, ils n’en étaient pas moins tenus d’exercer leur commerce d’une façon saine et honnête et qu’ils violaient leur devoir d’information et de protection des consommateurs en occultant le fait que le prix final du produit devait être augmenté du montant d’une rémunération spécifique. Les concurrents interjettent appel et la CA de Paris infirme le jugement en énonçant que les sociétés concernées ne sont pas soumises dans leur activité de vente à distance à une obligation légale d’information de leurs clients sur les incidences de cette taxe, sur les prix pratiqués ainsi que sur la nécessité de la payer. L’arrêt de la CA est cassé par la Civ 1 dans un arrêt du 17 novembre 2008 (affaire rueducommerce.com) au visa de l’article 1382 du CC et donc s’inscrit dans l’action en concurrence déloyale à la recherche d’une faute.*

Concernant le Code civil, l’article 1369-4 concerne les conditions générales de vente. De plus, la loi du 4 août 1994 dit TOUBON sur l’emploi de la langue française contribue à cette nécessité de transparence. La loi énonce des dispositions d’ordre public.

*Article 2 « Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire.*

*Les mêmes dispositions s'appliquent à toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle.*

*Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à la dénomination des produits typiques et spécialités d'appellation étrangère connus du plus large public.*

*La législation sur les marques ne fait pas obstacle à l'application des premier et troisième alinéas du présent article aux mentions et messages enregistrés avec la marque. »*

La jurisprudence recherche s’il existe des éléments de rattachement du site à la France. L’article 17 de la LCEN énonce que « le commerce électronique est une activité soumise aux lois de l’Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l’exerce est établie ».

*Article 17 « L'activité définie à l'article 14 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 l'alinéa précédent ne peut avoir pour effet :*

*1° 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. Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ;*

*2° De déroger aux règles de forme impératives prévues par la loi française pour les contrats créant ou transférant des droits sur un bien immobilier situé sur le territoire national*

*3° De déroger aux règles déterminant la loi applicable aux contrats d'assurance pour les risques situés sur le territoire d'un ou plusieurs Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen et pour les engagements qui y sont pris, prévues aux articles L. 181-1 à L. 183-2 du code des assurances. »*

Ainsi, dès lors qu’il s’agit de priver un consommateur qui réside en France, la LCEN ne peut priver ce consommateur des lois impératives qui le protègent. Le commerçant ne peut se prévaloir d’une activité sur internet pour échapper à ses obligations vis-à-vis du consommateur.

L’article 14 est destiné à déterminer la localisation du commerçant :

*« Une personne est regardée comme étant établie en France au sens du présent chapitre lorsqu'elle s'y est installée d'une manière stable et durable pour exercer effectivement son activité, quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu d'implantation de son siège social. »*

Il convient de prendre en considération les deux parties au contrat. D’une part, le consommateur qui ne peut être privé des dispositions qui doivent le protéger et, d’autre part, celui qui supporte l’obligation.

Ce qui relève de la loi française est l’opération qui se noue avec un commerçant établi en France de façon stable et durable pour exercer effectivement son activité. Ainsi le cybercommerçant installé d’une façon stable et durable pour exercer son activité doit respecter les dispositions protectrices des consommateurs français.

Si une PM a son siège social sur le territoire national, alors ce sera une présomption irréfragable de son installation en France. Néanmoins, si cette société n’a pas son siège social en France, les dispositions pourraient également s’appliquer au profit du consommateur.

Quand le cybercommerçant est établi de manière durable sur le territoire français, il a obligation de proposer des contrats dans sa langue. A contrario, si le cybercommerçant n’est pas installé en France mais exerce des activités pouvant être exploitées par des consommateurs français, il doit annoncer dans les dispositions légales dans quelles langues ont lieu les différentes étapes du contrat.

L’article 10 de la directive du 8 juin 2000 est retranscrit dans l’article 1369-4 du Code civil qui énonce que :

*« Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait.*

*L'offre énonce en outre :*

*1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ;*

*2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ;*

*3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat*

*4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ;*

*5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre. »*

INFORMATIONS COLLECTEES PAR L’INTERNAUTE

Concerne aussi bien des informations collectées de façon consciente par l’internaute que des traces laissées sans qu’il en ait conscience.

La transmission des données

Les informations communiquées consciemment par l’internaute

Concerne le cas où l’internaute communique des données personnelles afin d’obtenir des promotions, recevoir des newsletters. Parfois, l’internaute se voit imposer un formulaire sur son profil afin d’accéder à des données.

Les données de connections ou log

Lors de la connexion à un site, ce dernier enregistre des informations sur la date et le temps de connexion, des informations sur l’ordinateur (adresse IP) et donc sur son utilisateur. Ces informations sont relativement neutres mais permet au FAI de renseigner en cas de poursuite d’un internaute pour telle infraction (téléchargement illégal).

Enfin, concernant la nature juridique de l’adresse IP se pose la question de savoir s’il s’agit d’une donnée à caractère personnel.

Les données émanant des cookies

Ce sont des programmes qui viennent se fixer sur le navigateur internet lors d’une connexion à un site internet. Ils permettent de mettre en place des publicités contextuelles.

L’encadrement juridique

En droit français, le régime juridique applicable est celui qui s’intéresse au traitement des données à caractère personnel suivant la loi du 6 janvier 1978 relative à l’informatique, aux fichiers et aux libertés. Cette loi a fait naître la CNIL.

Cette loi a été modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l’égard des traitements des données à caractères personnels. Cette loi transpose la directive communautaire du 24 octobre 1995.

Une donnée à caractère personnel est toute information relative à une personne physique, identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement par référence à un numéro d’identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres.

Certains pensent que l’adresse IP devrait être une donnée à caractère personnel afin d’appliquer le régime protecteur de la loi de 1978 au profit de l’internaute.

Quand on considère qu’une information répond à la définition alors la loi de 1978 s’applique et pose comme principes :

Principes concernant la collecte et l’usage des données :

Cette collecte doit être loyale, donc l’internaute doit être informé préalablement que certaines données seront conservées par l’éditeur du site, informé de la finalité de la collecte

Article 6 de la loi du 6 janvier 1978 :

*« Un traitement ne peut porter que sur des données à caractère personnel qui satisfont aux conditions suivantes :*

*1° Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite ;*

*2° Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Toutefois, un traitement ultérieur de données à des fins statistiques ou à des fins de recherche scientifique ou historique est considéré comme compatible avec les finalités initiales de la collecte des données, s’il est réalisé dans le respect des principes et des procédures prévus au présent chapitre, au chapitre IV et à la section 1 du chapitre V ainsi qu’aux chapitres IX et X et s’il n’est pas utilisé pour prendre des décisions à l’égard des personnes concernées ;*

*3° Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ;*

*4° Elles sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour ; les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ;*

*5° Elles sont conservées sous une forme permettant l’identification des personnes concernées pendant une durée qui n’excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées. »*

Le détournement de la finalité des données selon l’article 226 du Code pénal entraine la responsabilité pour collecte déloyale.

L’article 6 impose l’indication que l’internaute dispose d’un droit d’accès de modification et de suppression de ses données. L’internaute a également un droit discrétionnaire de repentir.

Principes concernant la durée de conservation des informations :

Ces informations doivent porter également sur le temps pendant lequel elles seront conservées par le cybercommerçant. Selon la loi, le temps de conservation doit être en relation avec l’utilisation légitime qui en est faite.

En mai 2007, la CNIL a fait savoir que la politique de certains nombre d’opérateurs n’était pas conforme aux règles communautaires et notamment au regard de la **directive du 24 octobre 1995** « la conservation ne doit pas excéder celle nécessaire à la réalisation de ses finalités ».

L’article 226-17 du Code pénal sanctionne le non respect de cette obligation de résultat du cybercommerçant.

**La loi du 6 janvier 1978** prend en considération le danger de la gestion des informations et la possibilité de recouper les données. Cette loi a donné naissance à la CNIL qui est une autorité qui contrôle les usages et l’exploitation des fichiers.

La loi du 6 août 2004 a modifié la loi précédente concernant les traitements informatisés de données à caractère personnels (collecte d’informations) qui doivent faire l’objet d’une déclaration obligatoire au près de la CNIL.

Cependant, cette exigence entrainerait de nombreux contentieux donc la CNIL a dispensé de l’obligation de déclaration[[2]](#footnote-2) certains exploitants de site web comme les particuliers. A contrario, les sites de commerces électroniques sont soumis à cette obligation.

La LCEN (art. 6-2) pose aussi une obligation de conservation des données de connexion. Le législateur impose à certains opérateurs une obligation de conservation des données (Art. 34-1 du Code des postes et Communications électroniques).

Pour faire cesser une atteinte à la vie privée par une procédure en référé, il convient de s’adresser à l’hébergeur qui verra sa responsabilité engagée à condition que la justice puisse l’obliger à transmettre les informations pour connaître la personne à l’origine des propos diffamants. D’où cette obligation de conservation des données.

#### La désignation du site web : le nom de domaine et la définition de son statut

###### L’attribution du nom de domaine

Il s’agit de l’adresse par laquelle il est possible d’accéder à des pages d’un site internet. Il est donc indispensable.

La structure des noms de domaine

Il existe une normalisation technique. Un nom de domaine est composé de 3 blocs :

* « *world wide web* »
* La partie spécifique de l’adresse qui est à l’origine était composée de données chiffrées puis ces données ont été converties en lettre (devient des marques). Ce nom technique a bouleversé la nature juridique du nom de domaine qui, d’une simple adresse sans valeur patrimoniale, devient une donnée patrimoniale.
* Une extension générique ou régionale

La gestion des extensions

En tant qu’adresse, il est impossible d’attribuer deux fois la même adresse pour renvoyer à des pages différentes. Autrement dit chaque page internet a une adresse unique.

**Principe**: la société de droit californien l’ICANN s’est vu confiée dès 1998 l’administration d’internet et la gestion de l’extension des noms de domaine.

L’ICANN gère deux types d’extensions dites « TLD » (*Top Level Domaine*) autrement dit ce sont les niveaux d’extension les plus élevés et concerne :

* Les extensions renvoyant à des zones d’activités : (*gTLD*) et correspondent à des activités comme le .com, .net… qui n’ont cessé de se diversifier.
* Les extensions correspondantes à une zone géographique (*ccTLD*) comme le .fr

**Autres organismes** : pour les zones géographiques notamment, les Etats vont gérer des extensions particulières eux même en étant en accord avec l’ICANN.

Concernant les extensions en .fr et .eu

Le législateur français par l’article 45 du Code des Postes et Télécommunication Electroniques modifié par la LCEN encadre la procédure de délivrance des adresses en .fr.

Ces noms de domaine désignés par le ministre ne donnent pas lieu à la propriété intellectuelle. Ces attributions doivent être transparentes, publiques et de façon non discriminatoires et enfin en se préoccupant d’éventuelles atteintes qui pourraient être portés au droit de la propriété intellectuelle.

L’AFNIC (association française pour le nommage internet en coopération) est actuellement le gestionnaire de l’extension .fr. Puis l’association délègue des missions à des opérateurs techniques qui sont des bureaux d’enregistrement agréés par l’AFNIC et qui délivrent les adresses.

Un décret du 6 février 2007 relatif à l’attribution et à la gestion des noms de domaine de l’internet et modifiant le Code des PTE en précisant l’article 45.

Concernant l’Europe, s’est développés l’extension en .eu qui procède d’un règlement communautaire du 22 avril 2002 complété le 28 avril 2004. L’EURid est l’opérateur désigné par la Commission européenne pour attribuer cette extension de nom de domaine.

Chaque opérateur met en place une charte qui doit être en phase avec la législation.

###### La patrimonialisation du nom de domaine

Nature juridique

Le nom de domaine est techniquement une adresse, un identifiant mais aussi et surtout un signe distinctif.

La théorie des signes distinctifs : le commerçant doit s’immatriculer au RCS qui permet de distinguer telle entreprise d’une autre. Parmi les éléments du fonds de commerce, existe les éléments corporels et incorporels (ex : le bail, le brevet, enseigne). Le symbole des signes distinctifs est la marque.

*Les signes distinctifs désignant des personnes ;*

Tout commerçant ou artisan éprouve le besoin de signer sa production pour l’individualiser du concurrent. Il s’agit de la dénomination sociale de la société.

Cependant en cas de pluriactivités par le commerçant, il convient de donner un nom à l’activité en elle-même, à l’entreprise, au fonds de commerce. Il s’agit du nom commercial.

Une enseigne permet de distinguer différents points de vente d’un même fonds de commerce. Il s’agit du point de contact avec la clientèle.

*Les signes distinctifs désignant des produits et des services :*

La marque : elle désigne des produits comme une indication géographique.

L’ensemble de ces signes distinctifs étaient une liste fermée jusqu’au nom de domaine. Or parmi ces signes, la marque a fait l’objet d’un traitement juridique très élaboré en devenant un élément du droit de la propriété intellectuelle. Un droit de propriété peut naître à partir de la marque contrairement aux autres signes distinctifs. Il s’agit d’une *summa divisio* entre les droits réels (marques) et les droits personnels.

Pour les autres signes distinctifs, il y a eu cependant une sorte de patrimonialisation avec un régime de protection qui s’appuie sur l’article 1382 du Code civil. Permet une action pour concurrence déloyale en cas de faute.

Le nom de domaine est apparu avec une certaine valeur pour les sociétés dont le régime s’est appuyé sur celui des signes distinctifs.

Aujourd’hui, le nom de domaine est devenu un nouveau signe distinctif juridiquement protégé.

Conflits

Existe des conflits entre noms de domaine et entre des dépositions de noms qui reprend des marques connues.

Nature et principes de règlement des conflits

L’atteinte causée par le nom de domaine à d’autres titulaires de droit : le contentieux le plus fréquent est l’adoption d’un nom de domaine qui porte atteinte à une marque antérieure. L’entreprise titulaire d’une marque enregistrée dispose du droit d’agir en contrefaçon pour faire cesser les atteintes à sa marque.

Une directive communautaire en son article 5.1 prévoit que *« la marque enregistrée confère à son titulaire un droit exclusif. Le titulaire est habilité à interdire à tout tiers en l’absence de son consentement de faire usage dans la vie des affaires : d’un signe identique à la marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée, d’un signe pour lequel en raison de son identité ou de sa similitude avec la marque et en raison de l’identité ou de la similitude des produits ou des services couverts par la marque et le signe, il existe dans l’esprit du public un risque de confusion qui comprend le risque d’association entre le signe et la marque ».*

**Le droit de propriété sur une maque** ne fait pas naître un droit de propriété absolu. Dans un secteur spécialisé, le droit des marques garantit au consommateur l’identité d’origine du produit ou du service désigné par la marque. Autrement dit, le droit des marques assure un rapport de concurrence de qualité sans confusion possible pour le consommateur entre les différentes marques. Permet au consommateur d’avoir des certitudes.

Les atteintes portées au nom de domaine entre signes distinctifs : le droit des marques n’interdit pas toute utilisation du signe. Pour qu’il y ait conflit entre une marque et un nom de domaine, il faut que ce dernier renvoie à un site sur lequel on commercialise ou présente des produits ou des services similaires ou identiques de ceux désignés dans l’acte d’enregistrement de la marque.

Ainsi le titulaire d’une marque ne peut pas tout interdire au seul motif que son signe est repris. Ce n’est pas un droit absolu mais seulement un droit limité à son domaine d’activité. Il s’agit du principe de spécialité.

Com. 13 décembre 2005 : *un nom de domaine ne peut contrefaire par reproduction ou par imitation une marque antérieure, que si les produits et services offerts sur ce site sont soit identiques, soit similaires, à ceux visés dans l’enregistrement de la marque et de nature à entrainer un risque de confusion dans l’esprit du public.*

La règle concernant les noms de domaine est celle selon laquelle le premier qui sollicite l’adresse est le premier servi sans porter atteinte en vertu du principe de spécialité de la marque.

Le décret du 6 février 2007 relatif à l’attribution et à la gestion des noms de domaine de l’internet s’accorde assez mal avec les règles du droit des marques. L’article R-20-44-45 du Code des PTE dispose qu’un « *nom identique ou susceptible d’être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de PI par les règles nationales ou communautaires ou par le présent Code ne peut être choisi pour nom de domaine sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi*».

Ce texte, qui emble occulter le principe de spécialité, rend le droit des marques opposable erga omnes pour empêcher à tous ceux qui, pourtant, ne sont pas dans son domaine de concurrence l’usage de son signe au motif qu’il détient un droit de propriété intellectuelle.

Alors que le droit des marques interdit en effet seulement la reprise d’une marque dans un même secteur d’activité en vertu du principe de spécialité.

Conflit entre un nom de domaine et une marque notoire : le droit des marques offre une protection étendue, à condition que la marque soit enregistrée et que le secteur d'activité soit désigné.

Les grandes conventions internationales ont très tôt écarté le principe de l’enregistrement et le principe de spécialité, en présence de marques dites notoires, c'est-à-dire très connues, de sorte que pour ces marques les plus fortes, la protection est elle aussi plus forte, elle va au-delà du principe de spécialité.

On imagine une entreprise qui dépose la marque Mont-blanc pour des articles de sport. On peut supposer qu’il cherche à profiter de la notoriété de Mont-blanc. Ici, on ne peut pas enregistrer parce que c’est une marque notoire. On va les accuser de pratiques parasitaires.

Ces marques notoires cherchent à lutter contre ce parasitisme. Quand on est en présence d’une marque notoire, il n’est pas utile de démontrer que les produits diffusés par ce nom de domaine sont différents ou concurrents.

*Exemple : emploi par une couturière de son prénom pour présenter son activité sur un site, milka.fr. Le titulaire de la marque de chocolat MILKA a établi qu'elle était notoire et la couturière a dû cesser d'utiliser son prénom comme nom de domaine.*

Cependant, la Cour de cassation a limité la portée de la protection des marques notoires en cas de conflit avec un nom de domaine lorsque le nom en question est par ailleurs un nom commun. En l’espèce, le mot « décathlon » est un mot du langage courant. Dans cette affaire, et dans le nom de domaine, il est utilisé comme un mot du langage courant.

Autre type de conflit : celui entre des œuvres, au sens de droits d’auteur. On entend par le terme « œuvre », la création de l’esprit qui contient l’empreinte, la marque de la personnalité de l’auteur. L’œuvre peut être simplement constitué d’un titre. Il faudrait renoncer à l’utilisation d’un nom de domaine qui correspondrait au titre d’une œuvre.

Si on utilise comme nom de domaine un nom patronymique célèbre, on se heurte aux droits de la personnalité en application de l’article 9 du Code civil. Les juges peuvent voir dans la reprise de ce nom connu une faute.

**On trouve dans le CPCE, l’article R20-44-46** qui exclut de manière très claire les noms de famille des noms susceptibles d’être choisis comme noms de domaine : « Un nom identique à un nom patronymique ne peut être choisi pour nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi ».

Là encore, c‘est encore une dérogation au nom des marques. Il y a une distorsion entre la règle telle que posée par le droit des marques, et les solutions du droit pénal. Nombreuses sont les personnes dont le nom de famille est un nom d’objet, ou de chose :

- Distorsion entre le droit des marques et le Code des postes et communications électroniques

- Protection très importante du nom de domaine

- Si toutes les charges de nomade ne déplacent pas les règles, on va vers un déplacement vers le point eu.

**Dans le CPCE, l’article R20-44-47** porte sur les noms des autorités publiques, les noms de personnes de droit public. Pour les conflits qui naissent suite à l’enregistrement d’un nom de domaine, s’est posé le problème du *cyber-squatting* : c’est l’enregistrement d’un nom de domaine en fraude des droits d’un tiers. C’est une pratique qui s’est beaucoup développée dans le « .com ». C’est une occupation sans droit d’un nom de domaine dans le seul but de gêner celui qui pourrait naturellement y prétendre.

Aux États-Unis, il y a eu beaucoup de procès sur ce type de conflit, qui se sont souvent terminés par la révélation de la détention d’un nom de domaine frauduleuse, dans el but de gêner, et de pouvoir revendre le nom de domaine à la grande marque pour faire du bénéfice.

*Ex : je suis titulaire de « ferrari.com ». Le problème est que l’entreprise décide d’utiliser ce nom de domaine. Or, l’entreprise ne peut pas l’enregistrer.*

Les entreprises qui ont revendiqué le nom de domaine ont généralement obtenu gain de cause. En effet, si on exerce un droit qui est le nom de domaine dans le but de gêner, c’est un exercice frauduleux.

Ce type de contentieux s’est vu aux USA. Aujourd'hui, il est rare que les entreprises qui détiennent une marque, ne pensent pas aussi réserver en point français. Néanmoins, il reste que cette pratique est fréquente par le développement de nouvelles extensions.

Un autre contentieux est qu’il arrive maintenant qu’on porte atteinte au nom de domaine. Si on envisage qu’un nom de domaine puisse être la cible d’atteintes, c’est qu’il y a des droits sur ce nom de domaine. Il a de ce fait de la valeur, et est devenu un signe distinctif. Les imitations et les atteintes sont donc sanctionnées par le droit.

En France, le fondement juridique qui permet de sanctionner l’atteinte portée à un nom de domaine est l’article 1382 du CC, qui permet d’engager une action en concurrence déloyale. On peut annuler une marque qui a été enregistrée postérieurement au nom de domaine, sur fondement de l’article L711-4 du CPI. Dans cet article, cependant, ne figure pas le nom de domaine.

La jurisprudence ajoute que le titulaire du nom de domaine justifie d’un point supplémentaire : son nom de domaine doit être exploité, pour que celui puisse faire échec à l’enregistrement d’une marque. Ce régime est très proche de celui qui s’applique à l’enseigne, autre signe distinctif. On ajoute toujours de nouvelles conditions pour protéger les noms de domaines : le nom de domaine doit être distinctif.

*Une société dépose comme nom de domaine « servicesfunéraires.fr ». Un concurrent enregistre comme nom de domaine « services-funéraires.fr ». Le premier estime que le second lui porte atteinte, car ils proposent les mêmes services, et les noms de domaines sont quasiment identiques. La CA va rejeter la demande en considérant qu’il n’y a pas, dans cette situation, de protection à reconnaître au nom de domaine. Il est valable, mais il ne faut pas attendre une protection de la part des juges. Il manque en effet la condition de distinctivité.*

Il est impossible de devenir propriétaire d’un signe qui sert à désigner le produit lui-même dans le langage courant. Comment procède la jurisprudence ? En prenant comme modèle, le régime le plus abouti, c'est-à-dire celui des marques. « Seul est protégeable un nom de domaine distinctif » selon la CA. Si le nom de domaine est seulement descriptif, il est impossible de revendiquer une protection quelconque sur ce nom de domaine.

Pour conclure, il faut dire que la protection des noms de domaine est dans le principe acquise. En revanche, le régime de la protection va introduire un certain nom de conditions : le nom de domaine doit être antérieur, il doit être exploité, c'est-à-dire doit conduire sur des pages qui sont actives, et être distinctif au regard des produits ou des services proposés sur le site web.

Formes de règlement des conflits

Il y a en tout premier lieu le règlement judiciaire. Le règlement extrajudiciaire est lui aussi très important et intéressant à développer.

Il y a un grand nombre d’instances qui sont chargées de régler les conflits, et principalement de régler les conflits entre les noms de domaines et les marques. La procédure la plus connue est la procédure UDRP (Uniform … Resolution Policy). C’est une procédure principalement en « .com », qui confère à un centre d’arbitrage et de médiation la charge de régler le conflit. Le plus connu est celui qui est administré par l’ONPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle). Tous les noms de domaine génériques sont soumis à cette clause. Tout se passe sur internet : on saisit le centre de médiation, en déposant un formulaire sur internet, et la décision qui est rendue est appliquée, et doit être respectée. Cette procédure est peu coûteuse, et on n’est pas gênés par la nationalité des parties. C’est la charte de l’ICAM qui s’applique, c'est-à-dire les conditions générales acceptées quand on décide de réserver un nom de domaine. La décision est ensuite publiée sur internet.

Lorsqu’il s’agit d’une extension géographique, il y a un centre d’arbitrage, comme par exemple un centre de résolution des litiges pour la République Tchèque qui est compétent pour le « .eu ». On est dans ce cas soumis à une procédure ADR. Ces originalités permettent de passer outre le droit des contrats.

En matière de marques, tout est d’origine contractuelle.

#### la promotion du site web

Le titulaire du site dispose de plusieurs moyens pour agir. Le plus simple est le référencement sur les moteurs de recherche

###### Les principes relatifs à la promotion commerciale

La publicité occupe une place considérable sur internet, c’est devenu un support principal de publicité. C’est en plein développement. Ces principes, pour l’essentiel, figurent dans le Code de la consommation, mais aussi parfois dans le Code de commerce, et dans la LCEN, car des dispositions dans cette loi s’intéressent de manière spécifique à la promotion commerciale sur internet. Les dispositions du code de la consommation résultent de la transposition du droit communautaire.

Les dispositions de droit commun

Ce sont les grands principes qui concernent la promotion commerciale, la publicité. On trouve ces règles aux articles L121-1 et suivants du Code de la consommation, modifiés par la loi CHATEL du 3 janvier 2008. Cela correspond à la transposition de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales.

La publicité relève des pratiques commerciales. On ne parle plus aujourd’hui dans le Code de la consommation de publicité trompeuse. On parle aujourd’hui de pratiques commerciales trompeuses, ce qui est différent : une pratique est trompeuse si elle est commise dans l’une des circonstances suivantes, et notamment au 3° de la liste on trouve « lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n’est pas clairement identifiable ». Ces dispositions sont applicables aux pratiques qui visent les professionnels.

Dans ce texte, on a une approche beaucoup plus large. On parle plus de publicité trompeuse mais de pratiques commerciales trompeuses. L’une des caractéristiques est le caractère non identifiable de l’absence de transparence.

Il existe une règle de transparence, on doit savoir de qui émane la publicité. Le consommateur est dans une situation défavorable de fait, par rapport au professionnel, de ce fait on cherche à rétablir l’équilibre entre les deux, pour permettre au consommateur de se défendre.

Une pratique est trompeuse, inacceptable, que ce soit à l’encontre d’un consommateur ou d’un professionnel. On est dans une pratique de moralisation du marché.

La publicité comparative, pour laquelle les nouvelles dispositions n’ont rien apporté de nouveau, se voit règlementée aux articles L121-8 à L121-15-3 du Code de la consommation.

Les principales dispositions spéciales au droit du commerce électronique :

On va apprécier les règles posées par la LCEN, qui pose des règles spéciales.

La qualification de la communication commerciale

L’article 14 de la LCEN définit le champ d’application de la loi, et il énonce qu’ « entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistants à fournir des communications commerciales ». Dans la directive sur le commerce électronique, en son article 2, f), on apprend que communication commerciale signifie « 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 ». Cette définition, assez large, désigne en fait la publicité.

L’article se termine en posant deux exceptions :

- Un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ;

- Les liens hypertextes qui constituent les réponses sur les moteurs de recherche.

Le régime de la communication commerciale :

Dès l’article 20 de la LCEN, on sait que 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. Le texte poursuit en disant qu’elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée.

Le dernier alinéa de l’article 20 énonce que « l’alinéa précédent s’applique sans préjudice des dispositions réprimant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l’article L121-1 du Code de la consommation ».

Ce qui ressort de ce texte, c’est le principe de la transparence, premièrement. Il s’exprime par deux points de vue. Quand on reçoit un message, on doit savoir que c’est un message commercial. Sur internet, la frontière entre information et communication commerciale n’est pas claire. Une règle impose également que l’annonceur doit lui-aussi être clairement identifiable.

Le deuxième principe est le caractère loyal de la pratique commerciale. Le fait que les termes de loyal ou déloyal ne soient pas définis, permet de donner une très grande marge de manœuvre au juge.

###### Le référencement du site

Le référencement peut se faire par des annuaires, mais c’est de moins en moins utilisé, car la deuxième technique est bien utilisée. C’est la technique de référencement par le biais des moteurs de recherche. L’article 14 de la LCEN énonce que le référencement est une pratique qui relève du droit du commerce électronique.

L’approche technique

Il existe une fascination qui peut donner l’impression d’une certaine magie.

La structure intime d’une page web

Toutes les pages web sont écrites dans un langage informatique standardisé qui s’appelle HTML. Chaque page dispose d’un nombre d’éléments, d’indicateurs, qui composent son code HTML. Quand une page web est écrite, le navigateur internet dispose de programmes lui permettant de décoder ces pages, les lire, pour que ce soit lisible pour l’internaute. Le code HTML est le code source de la page.

Dans ce code source, l’auteur va indiquer des balises, ce sont des tags, c'est-à-dire des indicateurs cachés, qui n’apparaissent pas à l’écran. À l’intérieur de ce code, on place les mots-clés, du site qui caractérisent la page. Ces mots n’apparaitront pas tels quels sur la page. Ces balises sont très importantes car ce sont la base du travail des moteurs de recherche.

Le fonctionnement des outils de recherche

 Ces outils vont balayer en permanence le réseau internet, et vont saisir et enregistrer toutes les balises qui identifient les pages web. Ce sont des outils, des programmes qui enregistrent tous les codes sources en permanence. Balayage permanent et mémorisation du contenu du code.

 L’autre travail du moteur de recherche consiste à indexer, c'est-à-dire organiser l’information. Il y a un calcul de la pertinence de chaque page, et on va d’abord présenter les liens qui, pour Google, ont la meilleure note au regard de la question que l’internaute pose dans la barre de recherche.

Les réponses données par les moteurs de recherche reposent sur des balises que chaque auteur de page a indiquées. Aujourd’hui, des entreprises ont une activité qui consiste à améliorer le code source des pages pour que le référencement sur Google soit meilleur.

Il y a toute une activité autour du référencement.

L’approche juridique

Nature et régime juridique du référencement

La directive du 8 juin 2000 dit que le référencement par un moteur de recherche n’est pas une opération de communication commerciale, s’il n’y a pas de contrat entre le moteur de recherche et l’entreprise.

Comment faire en sorte d’apparaître dans les premières pages de Google ? Est-ce de la communication commerciale au sens de la loi ? Le référencement par un moteur de recherche n’est pas une opération de communication commerciale, s’il n’y a aucun contrat qui s’établit entre le moteur de recherche et l’entreprise. On ne demande pas de payer, tout ça se fait de manière technique.

En revanche, dans la colonne de droite et sur une ligne haute sur l’écran d’ordinateur, c’est de la communication commerciale (répond à la définition de l’article 2 de la directive) parce que les entreprises ont payé pour être là. Il ne faudrait pas avoir de confusion entre la publicité et les réponses objectives de la partie basse, on ne peut plus différencier les deux. Il faudrait que chaque moteur de recherche ait une présentation qui garantisse la transparence.

L’emploi des balises HTML a donné lieu à un contentieux important. En effet, dans ses balises figurent des termes qui sont souvent l’objet de requêtes de la part des internautes. Or certaines webmaster emploie le principe des marques d’appel autrement des balises attractives qui ne correspondent pas au contenu du site.

En principe, il y a emploi comme balises de la marque d’un tiers ce qui établit un rapport de concurrence déloyal. Il convient ensuite de convaincre le juge de cette concurrence en établissant que l’exploitant de tel site introduit dans ses balises des mots sur lesquels il n’a aucun droit.

De plus, existe des sites contenant des balises utilisées de façon illégitime afin de proposer des contenus qui ne viennent pas pour autant en concurrence avec celui qui détient les droits sur le mot litigieux en question. Il s’agit d’une méthode caractéristique d’un agissement parasitaire[[3]](#footnote-3). Cette théorie complète celle de la concurrence déloyale. L’action en concurrence déloyale suppose comme préalable un rapport de concurrence entre le demandeur et le défendeur avec un risque de perte de clientèle. A contrario, les agissements parasitaires ne nécessitent pas ce préalable.

Dans une affaire, (*CA Paris 3 mars 2000*) la société CITY COM qui n’était pas un revendeur agréé Chanel vendait sur son site internet des produits de cette marque. Afin d’attirer les internautes, la société avait introduit le code « Chanel » dans ses pages internet et fut ainsi condamnée pour contrefaçon de marques.

Dans une autre affaire, (*TGI Paris 9 juillet 2002*) la marque AXA servait de balises dans un site pornographique. Or les juges ont considéré que cette marque étant notoire, un régime de responsabilité s’appliquait même en l’absence de concurrence.

La jurisprudence a ensuite nuancé ses décisions (*CA Versailles 2 novembre 2006*). En effet, elle tolère l’usage de la marque d’autrui comme balise quand les produits couverts par cette marque sont vendus d’une manière licite sur le site en question (art. L 736 du CPI).

Puis un arrêt de la *CA de Paris du 19 mars 2008* a considéré qu’un distributeur est libre d’utiliser une marque à titre de Meta Tag dès lors qu’il propose à la vente des produits marqués, authentiques et régulièrement acquis.

###### La promotion commerciale du site

le contrat de portail

Certains sites marchands de commerce électronique, mal référencés, vont s’intégrer dans un ensemble plus large, le portail, qui rassemble des sites de même nature. L’idée est donc d’agréger un site dans un champ plus large en contre partie d’un paiement.

Le contrat de positionnement

*Présentation du service des adwords*

Les adwords (service Google) sont un service mis à disposition des entreprises par des moteurs de recherche qui leur permet de faire de la promotion.

L’idée repose sur le choix par l’annonceur (celui qui prend l’initiative de faire de la publicité) de « réserver » des mots clefs considérés comme caractéristiques de son activité.

Cette « réservation » conduit qu’à chaque fois qu’un internaute rechercher un de ces mots clefs, une liste de réponse objectif sera déclenché mais aussi situé l’ensemble des entreprises qui ont réservé ce ou ces mot(s) clefs. Le fait d’un bon référencement pour ces entreprises dépend non plus de la pertinence de la réponse mais de la contre partie financière. Il s’agit en effet d’un système d’enchères à partir d’un paiement par click (autrement dit l’entreprise versera à Google le prix correspondant au nombre de click sur la publicité par un internaute).

L’entreprise a la possibilité de maîtriser son budget de communication sur un laps de temps déterminé.

Cependant, le contentieux émane du choix opéré par l’entreprise en termes de mots clefs. En effet, Google présente un système automatique de générateurs de mots clefs qui, en réponse de la demande d’un internaute, Google propose des mots associés et, sans le savoir, propose à l’entreprise de réserver des mots qui sont des marques voire notoires.

Dès lors se sont développés des contentieux entre les marques, les annonceurs et Google.

De plus, Google offre également l’option des « requêtes larges » qui peuvent être souscrites par l’annonceur. Pour l’entreprise qui réserve un mot clef et qui adhère à cette option, Google fait en sorte qu’à chaque entrée du mot clef, le site de l’entreprise va potentiellement s’afficher. Mais, le site va également sortir dans le cadre de termes proches du mot clef.

Ce service suscite en France du contentieux rendu tout d’abord en ordonnances de référé par les Tribunaux de Commerce et TGI. Puis tendance à condamner Google pour atteintes aux marques et/ou pour publicité trompeuse. Plus récemment, ont été rendu des jugements au fond avec condamnation de Google pour des actes de contrefaçon de marques et enfin des arrêts d’appel plus nuancé. Aujourd’hui, tendance à considérer que l’option de Google n’entraine pas un risque de confusion et ne concerne pas des atteintes à la marque dans le sens de la vie des affaires mais plutôt engage une responsabilité civile.

Enfin, la Cour de cassation a rendu trois arrêts le 20 mai 2008 qui posent plusieurs questions préjudicielles à la CJCE (concernant la directive 2000 et au sujet de la directive de 1988 relative au rapprochement des législations en matière de marques).

*Appréciation juridique du service des adwords*

Trois interrogations au regard du droit des marques, du droit de la responsabilité extra contractuelle et enfin du droit des contrats.

*Concernant le droit des contrats* : le contrat lie Google à un annonceur et qui a pour objet le service des Adwords. La société qui propose le service des adwords en France est une société Irlandaise. De ce fait, le contrat sera international mais le contrat comporte des clauses qui renvoient aux juridictions françaises et le droit applicable sera le droit français. Ce contrat se conclu la plupart du temps entre deux professionnels donc le droit de la consommation ne sera pas applicable.

Il s’agit d’un contrat électronique et concernant la contractualisation des conséquences de la responsabilité de Google, les juges ont condamné Google à des DI très importants qui va pourtant présenter ensuite la facture à l’annonceur (en effet le contrat en son article 4.1 stipule que l’annonceur supporte toutes les condamnations de Google dans le cadre des Adwords et enfin, l’article 9 fait naître une obligation de garantie au bénéfice de Google).

Ainsi l’annonceur se trouve responsable des mots clefs qu’il choisi, du contenu publicitaire affiché et en cas de condamnation de Google alors le client s’engage à garantir Google et donc indemniser intégralement des conséquences des plaintes ou actions et enfin indemniser tous les DI. Les clauses abusives ne sont pas concernées car elles ne s’appliquent qu’aux contrats de consommation.

 *Concernant le droit des marques* : L'annonceur réserve, consciemment ou non, un terme qui est le siège d'une marque. Google commet-il un acte de contrefaçon ? La directive 89/104 de 1988 est destinée à harmoniser le droit des marques, article 5-1. Ce texte pose plusieurs conditions.

L'usage de la marque par un tiers ne doit pas avoir été autorisé. Mais cette question a posé un problème en référé (TGI Paris, 17 septembre 2008) : l'annonceur a utilisé l'option 'requête large'. Y a-t-il eu un usage de la marque avec cette option, sans demande expresse de la part de l'annonceur ? Le juge reconnaît qu'il n'y a pas eu d'usage non autorisé. La deuxième condition veut que l'usage non autorisé se fasse dans le cadre de la vie des affaires. Cette expression n'est pas retrouvée en tant que telle dans le droit français. Cette notion est définie initialement par un arrêt CJCE 12 novembre 2002, Arsenal football club. Alors qu'une marque a été déposée (Arsenal) pour des écharpes, le droit des marques s'applique-t-il encore et y a-t-il contrefaçon lorsque quelqu'un ne vend pas ses écharpes sous la marque Arsenal mais utilise ce mot comme un message de soutien ? La CJCE reconnaît la confusion possible et considère qu'il y a bien contrefaçon. Il faut avoir vérifié que le signe utilisé l'a été dans une perspective concurrentielle, commerciale. Pour ce qui concerne Google, dans son service de requête élargie, s'il le fait pour la vie des affaires, il ne le fait pas pour ses propres affaires, pour diffuser ses propres services.

Enfin, l'usage non autorisé dans la vie des affaires doit porter atteinte à la fonction essentielle de la marque. Cette notion a été dégagée par la jurisprudence communautaire, en premier lieu par CJCE 12 juin 1976 Térapin. La jurisprudence communautaire a cherché à définir quelle est la fonction première à l'utilité des marques, à justifier un droit sur des marques. Pour la Cour, la bonne organisation d'un marché repose notamment sur la clarté des offres commerciales des entreprises, pour éviter que des offres différentes soient confondues par les consommateurs. La Cour considère que la fonction essentielle d'une marque est de 'garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance'. Il n'y aura contrefaçon et atteinte à la marque que si la pratique douteuse affecte la garantie d'identité d'origine, que si elle fait naître un risque de confusion pour le consommateur. Si l'annonceur retient comme mot clé une marque concurrente, il y a bien risque d'atteinte à une garantie d'identité d'origine. Mais il doit être possible de démontrer que l'annonceur utilise la marque pour désigner ses propres produits. Mais si Google suggère une marque, ce n'est pas pour désigner des produits afin de tromper le consommateur en faveur de ses propres produits. Finalement, on peut imaginer que Google ne pourra pas, au regard de cette jurisprudence, être condamné sur le terrain du droit des marques.

Pour ce qui concerne les marques notoires, Art. L713-5 CPI : le titulaire d'une marque notoire bénéficie d'une protection accrue qui repose sur une action en responsabilité civile.

 *Concernant le droit de la responsabilité extracontractuelle* : En droit français, il s'agit d'une responsabilité de droit commun (1382 cciv). Google ne commet-il pas une faute sur le plan de la responsabilité extracontractuelle lorsqu'il propose des mots, sans exercer de contrôle, sans mettre en place un système de filtre ne suggérant que des mots qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte à des tiers ? Si Google doit faire ça, c'est la fin de ce service puisque l'intérêt est justement l'automaticité du service.

Pour échapper à sa responsabilité, Google a argué du fait que ce ne serait pas la responsabilité de droit commun qui s'applique, mais une responsabilité spéciale établie par la LCEN puisqu'il se qualifie d'hébergeur (pas de responsabilité pour les hébergeurs et FAI en raison de leur contenu selon la LCEN). Hormis une décision du Tribunal de Strasbourg qui qualifie Google d'espace de stockage, toutes les autres décisions lui ont refusé la qualification d'hébergeur, du fait que son activité est caractéristique d'une régie publicitaire. La LCEN ne prévoit pas de régime particulier pour les régies publicitaires, donc on en revient à la responsabilité de droit commun (1382). Mais cette question est posée par la Cour de cassation à la CJCE. Pour le moment, la réponse n'est pas donnée, mais on peut deviner la position de la Cour de cassation qui semble considérer que Google n'a pas la qualité d'hébergeur donc ne peut pas échapper à la responsabilité fondée sur l'article 1382. En effet, Google joue un rôle actif et se fait rémunérer pour cela.

Cependant, en dehors de la responsabilité de droit commun, certaines décisions surprenantes peuvent admettre l'action en concurrence déloyale : normalement, elle est introduite par le demandeur contre un concurrent qui utilise des moyens déloyaux pour détourner une clientèle qu'ils ont en commun. Mais Google est-il vraiment le concurrent de ces titulaires de marques ? Non. Toutefois un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2008 admet l'action en concurrence déloyale lorsque le rapport de concurrence est indirect. En revanche, on pourrait envisager une responsabilité fondée sur l'article L121-1,I,1°) du code de la consommation, qui évoque les pratiques commerciales trompeuses. 'Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1°) lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent'. Mais ici encore, on a l'impression qu'il faut un rapport de concurrence, et de surcroît, le texte parle de confusion et non de risque de confusion (plus difficile à prouver).

A force d'écarter les responsabilités spéciales, on en vient à se demander si tout simplement, on ne peut pas mettre en œuvre une responsabilité civile extracontractuelle pour faute ayant entraîné un dommage. Mais le dommage est parfois difficile à caractériser, et certaines condamnations de Google peuvent laisser penser à des dommages-intérêts punitifs (non prévus par le droit français).

Sur le terrain du droit commun, Google fait valoir des clauses d'exonération de responsabilité : le caractère automatique du système. Si le dommage survient, c'est à cause d'une utilisation maladroite par les annonceurs qui ne tiennent pas compte des marques des autres. Or, le fait des tiers n'est pas une cause d'exonération de responsabilité. L'argument du caractère automatique est fondé sur la théorie du risque : qui est celui qui tire profit du système ? C'est bien Google, donc il ne peut pas y avoir d'exonération sur ce fondement non plus.

Au final, la responsabilité de Google peut ne pas avoir d'importance vu que le contrat qui le lie à l'annonceur met à la charge de ce dernier toutes les charges dues à des condamnations...

Les fenêtres surgissantes

Parfois, on se connecte à un site et en simultané, une fenêtre non désirée s'ouvre et occulte la page désirée avec de la publicité ('pop up').

Deux qualifications juridiques sont possibles pour cette technique qualifiée d' 'espiogiciel' et qui repère parfois l'adresse IP et la localisation de la connexion.

La première qualification est la communication commerciale. Ces fenêtres doivent donc obéir aux principes généraux en matière de publicité : loyauté et transparence. La question de la transparence ne se pose pas puisque l'identification de la publicité se fait tout de suite. En revanche sur le terrain de la loyauté, il arrive que le programme qui déclenche l'affichage de la publicité soit déterminé par l'ouverture d'un site concurrent. Dans ce cas, des condamnations pour publicité déloyale sont prononcées.

La seconde qualification est celle de courrier électronique. Le régime du courrier électronique est particulier, notamment au regard du spamming (envoi de courrier non désiré qui comporte des offres commerciales). Aujourd'hui, le droit européen adopte le système de l'« opt in » : pour recevoir des courriers de nature commerciale, il faut avoir fait une démarche positive, il faut l'avoir choisi. Si une fenêtre pop up est qualifiée de courrier électronique et qu'on ne l'a pas désirée, c'est donc un spam, donc la sanction est lourde. Mais en réalité, la définition du courrier électronique est trouvée dans une directive du 12 juillet 2002, article 2-H : 'tout message sous forme de texte, de voix, de son, ou d'image, envoyé par un réseau public de communications, qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire (=ordinateur) jusqu'à ce que ce dernier le récupère'. Si la première partie de la définition semble compatible avec les pop up, la seconde ne correspond pas car on ne peut pas stocker une fenêtre surgissante. La bonne qualification juridique conduit à écarter la qualification du spamming.

Finalement, il n'y a pas de qualification particulière. C'est une communication publicitaire comme une autre à laquelle on applique les deux principes de loyauté et de transparence.

#### La protection juridique du site web

Une fois que le commerçant dispose d'un site web, c'est son outil essentiel pour faire du commerce. Comment peut-il protéger son site ?

En lui même il est fréquent que le site puisse être protégé par les droits d'auteurs. La qualification d'œuvre multimédia a failli lui être donnée. Mais les droits d'auteurs peuvent être mis en œuvre uniquement pour certains éléments du site.

Mais la protection peut être également envisagée au regard de la concurrence déloyale et parasitaire (1382).

### LES ACTEURS DU COMMERCE ELECTRONIQUE

#### Les acteurs principaux

###### La qualification juridique du cybercommerçant

La qualification de commerçant

Les règles relatives à cette qualification sont retrouvées dans le Code du commerce.

Rappel de quelques principes

Article L121-1 : 'Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle'.

Ce texte comporte deux conditions auxquelles la jurisprudence ajoute une troisième :

* **L'accomplissement d'actes de commerce** (énumérés à l'article L110-1). Ex : l'achat pour revendre, les opérations de banque, ... Il n'y a que l'accomplissement d'actes de commerce par la forme qui ne peuvent pas conférer la qualité de commerçant.
* **Ces actes doivent être accomplis à titre professionnel**. L'article L121-1 Code de la consommation indique 'en faire sa profession habituelle'. Cela suppose une fréquence et une répétition. La jurisprudence vérifie que les actes accomplis sont effectués ou non pour faire des bénéfices. Le caractère répété ne signifie pas que l'on en fasse sa profession première, une personne qui a qualité de commerçant peut en retirer un revenu qui n'est ni principal, ni important : activité commerçante accessoire.
* Un dernier critère ajouté par la jurisprudence **: l'exercice des actes de commerce en son nom et pour son compte**.

Si le bien n'est pas livré et que finalement le commerçant n'est pas commerçant, cela peut emporter des conséquences en termes de protection, de nature du contrat...

Application au commerce électronique : les principes du droit commercial s’appliquent sur internet. Néanmoins, dans la pratique il existe des spécificités comme des enchères électroniques, un prix fixé… quant au vendeur question sur son statut de professionnel ou pas en fonction du nombre de transactions importantes.

Un parlementaire a répondu que « l’appréciation de la commercialité d’une activité n’est pas soumise, ni ne droit français, ni en droit communautaire, à des critères chiffrés ».

Certains contrats civils entre particuliers peuvent également porter sur des montants supérieurs à ceux d’activités commerciales. On ne peut se fonder donc directement sur le montant des transactions ou leur fréquence pour conférer la qualité de commerçant à un vendeur.

les conséquences de la qualification de commerçant

Des obligations proprement commerciales (L 123-1 du Code de commerce) : immatriculation au RCS. Pour bénéficier des baux commerçants, le commerçant peut profiter du droit au bail (de ne pas être évincé par le propriétaire au terme du contrat de bail).

Avec la loi LME d’août 2008, assouplissement avec création du statut de l’auto-entrepreneur et permet à une personne d’exercer le commerce avec des obligations allégées.

Obligation de tenir une comptabilité (Article L123-12 Code de commerce). Nécessité d’émettre des factures, faire un bilan… obligation de nature fiscale.

Obligation tenant au droit de la consommation : obligations supplémentaires lié à la vente à distance.

Avoir la capacité commerciale : être majeur.

###### l’exercice de l’activité commerciale électronique

Le commerce électronique apporte des ruptures en reposant sur un modèle économique très différent du commerce classique. En effet, avec le commerce électronique, il n’y a pas de contrainte de locaux et de moyens mobilisés.

Contraintes liées au “B to C” (business to consumers)

Le commerce électronique est une forme de commerce qui dispense de tout ancrage physique et certainement de toutes les chargés liées à l’accueil physique du public, des consommateurs dans un local commercial.

Néanmoins, se pose la question de savoir si un cybercommerçant sera tenu de disposer d’un ancrage physique pour permettre une relation plus directe avec le consommateur. La question se pose pour les cybercommerçants ayant une activité exclusivement par internet.

La CJCE a reçu une question préjudicielle qui demandait « une interprétation de l’article 5.1[[4]](#footnote-4) de la directive du 8 juin 2000 » et si en application de cette disposition, le commerçant électronique doit indiquer un n° de téléphone sur le site internet.

La CJCE juge le 10 octobre 2008, que le prestataire de servie est tenu de délivrer au destinataire dès avant toute conclusion du contrat avec ces derniers en sus de son adresse de courrier électronique, d’autres informations permettant une prise de contact rapide ainsi qu’une communication directe et efficace. Ces informations ne doivent pas obligatoirement correspondre à un n° de téléphone mais peuvent résider dans un formulaire de contact électronique au moyen duquel les destinataires du service peuvent s’adresser sur internet au prestataire de service et auquel ce dernier répond par courrier électronique sauf dans des situations où un destinataire du service se trouvant après la prise de contact par voie électronique avec le prestataire de service privé d’accès au réseau demande à ce dernier l’accès à une voie de communication non électronique.

Ainsi, la CJCE met en garde les cybercommerçants concernant les destinataires qui n’ont pas toujours un accès à un réseau internet.

contraintes liées au B to B

Contexte de réseaux de distribution entre commerçants.

Les particularismes des réseaux de distribution

Il existe 3 formes de réseaux de distribution qui ont en commun de réunir des entreprises juridiquement indépendantes et qui vont se lier sur le plan contractuel pour poursuivre un objectif commun.

* **La distribution sélective** : le fabriquant d’un produit ne va revendre les produits qu’à des commerçants choisis et sélectionnés en fonction de critères objectifs (ex : compétence technique du vendeur, localisation point de vente…). Permet pour le revendeur de se prévaloir de sa qualité de distributeur agréé (ex : produits de luxe).
* **La distribution exclusive**ou concession commerciale : lie un concédant (fabriquant titulaire de la marque) et des concessionnaires. Ici exclusivité territoriale.
* **La franchise :** le franchiseur met en œuvre un savoir faire original (ex : technique de vente) et propose à des commerçants indépendants la possibilité de réitérer ce savoir faire dans le cadre de leur propre activité. Le franchisé d’emblé se voit révéler une technique de vente qui a fait ses preuves sans avoir à faire ses propres recherches. En contre partie, le franchisé verse un pourcentage de son chiffre d’affaire au franchiseur. La franchise a souvent une délimitation géographique.

Ce qui justifie le réseau de distribution est la volonté de tenir compte des qualités du revendeur pour un meilleur service au consommateur.

Intégration du commerce électronique au sein du réseau

Qu’advient-il de ces principes d’organisation du réseau quand l’un des membres du réseau décide d’ouvrir son propre site de commerce électronique et d’y vendre des produits ?

Commerce électronique et l’exclusivité territoriale

Commerce électronique et distributeur : l’attribution par contrat d’un territoire exclusif est assimilable à un cloisonnement du marché qui en principe est interdit par le droit de la concurrence.

Le règlement communautaire du 22 décembre 1999 concernant l’application de l’article 81§3 du traité à des catégories d’accords verticaux et de principes concertés et ce règlement fait naître des exceptions au principe.

Le droit de la concurrence en application de ce texte distingue les ventes actives des ventes passives. Il est possible d’interdire à un cocontractant d’effectuer des ventes actives dans une zone géographique qui ne lui a pas été attribué, en revanche, le contrat ne peut pas interdire les ventes passives.

La commission européenne a publié des lignes directrices destinées à expliquer les principes du règlement *« toute publicité, soit dans les médias, soit par internet, qui atteint des clients établis sur les territoires exclusifs d’autres distributeurs ou faisait partis d’une clientèle allouée à d’autres distributeurs mais qui est un moyen raisonnable d’atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d’une telle clientèle par exemple pour toucher des clients situés sur des territoires non exclusifs ou sur son propre territoire est considéré comme une vente passive ».*

Commerce électronique et franchiseur : la tête de réseau peut avoir son propre site mais n’est pas un revendeur de produit.

**Com. 14 mars 2006 Au visa de l’article 1134 du CC** : porte sur une disposition du contrat de franchise qui énonçait que l’exclusivité territoriale implique que le franchiseur s’engage à ne pas autoriser l’ouverture d’autres points de vente dans le territoire d’exclusivité en dehors de celui du franchisé.

Or le franchisé a ouvert un site internet dont le nom de domaine est l’enseigne sous laquelle les franchisés exercent leur commerce. Le franchisé demande la résiliation du contrat de franchise.

Selon la Cour de cassation, en visant la force obligatoire du contrat, le contrat souscrit par les parties se bornait à garantir au franchisé l’exclusivité territoriale dans un secteur déterminé et que la création d’un site internet n’est pas assimilable à l’implantation d’un point de vente dans le secteur protégé.

Commerce électronique et distribution sélective

La distribution sélective est justifiée du fait de la particularité des produits. Le distributeur doit avoir des qualités particulières.

Le conseil de la concurrence a condamné le 29 mai octobre 2008 la société Pierre Fabre qui avait conclu des contrats de sélection sélective avec des pharmacies et imposait sur le lieu de vente la présence d’un pharmacien et interdisait ainsi toute vente sur internet. Le conseil va estimer qu’un réseau de distribution sélective offre les garanties suffisantes à une marque soucieuse de son prestige et de sa notoriété. Les produits parapharmaceutiques ne sont pas des médicaments et l’organisation sélective de la distribution en réseau spécialisé suffit à garantir le respect de la qualité des produits.

Le Conseil condamne la société du fait qu’elle prohibe la vente en ligne de ses produits et donc limite de manière excessive la liberté commerciale de ses distributeurs et ce, au détriment des consommateurs. Ainsi, la pratique de la société équivaut à une interdiction de vente active et passive et ne peut être justifiée au regard du droit de la concurrence. Ce mode de distribution permet au consommateur de comparer plus facilement les prix et leur offre des services que la vente dans les magasins physiques ne permet pas d’apporter.

#### Les acteurs intermédiaires

Ensemble d’intervenants du commerce électronique qui sont dans des situations très différentes.

###### Les intermédiaires de réseau

L’une des difficultés pour les rédacteurs de la directive était de savoir comment lutter contre l’impression qu’on pouvait mettre des contenus illicites et qui heurtaient la sensibilité. Donc il a fallu une loi qui donne confiance d’où la LCEN.

Le législateur communautaire a fait naître un régime de responsabilité pour les FAI et les hébergeurs.

Ces intermédiaires sont désignés dans la loi sous l’appellation prestataire technique. A été institué un régime d’irresponsabilité. L’idée est de comprendre quel régime de responsabilité fut institué en raison des contenus illicites qui circulent sur internet.

Les fournisseurs d’accès à Internet (FAI)

La LCEN les définit dans l’article 6.I-1° « les personnes dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l’existence de moyens techniques permettant de restreindre l’accès à certains services ou de les sélectionner et leur propose au moins un de ces moyen ».

Le FAI permet ainsi à l’internaute de se connecter au réseau. Le FAI n’est pas à l’origine des contenus diffusés sur internet ainsi il ne peut pas en être responsable.

Il y a donc un principe d’irresponsabilité du FAI à raison des contenus illicites des internautes.

L’article 16 de la LCEN précise que le prestataire ne doit pas être à l’origine de la transmission, il ne doit pas sélectionner le destinataire de la transmission et enfin ne sélectionne pas et ne modifie pas les informations faisant l’objet de la transmission. Le texte soumet l’irresponsabilité du FAI à la neutralité du service (il ne doit pas s’immiscer dans le contenu du site, ni sélectionner les destinataires etc. mais doit juste avoir un rôle de transport).

Il s’agit d’une irresponsabilité civile et pénale.

**Les obligations des FAI** : Ce texte soumet donc l'irresponsabilité de principe à la neutralité du service.

L'irresponsabilité vaut aussi bien sur le plan civil que pénal. Sur le plan contractuel, les FAI s'engagent vis-à-vis de leurs abonnés.

Certaines obligations naissent directement de la LCEN. Elles sont prévues à l'article 6-I de la LCEN :

* mettre au service des abonnés un moyen technique pour filtrer les contenus (le contrôle parental) ;
* les FAI ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent (ou stockent pour les hébergeurs) ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. En revanche, ils sont soumis à une obligation de surveillance ciblée et ponctuelle, demandée par l'autorité judiciaire ;
* les FAI doivent concourir à la lutte contre la diffusion de contenus jugés particulièrement graves (apologie de crime contre l'humanité, apologie à la haine raciale, pornographie infantile, incitation à la violence...) : ils doivent mettre en place un dispositif, facilement accessible et visible, permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. Le FAI doit permettre à l'internaute de lui dénoncer ce genre de contenus. Il doit par la suite faire remonter les informations aux autorités publiques compétentes de manière rapide. Cela suppose de sa part qu'il fasse un tri entre les sites désignés par les internautes. Le non respect de ces obligations est sanctionné pénalement : 1 an d'emprisonnement et 75000€ d'amende pour les personnes physiques, ou pour le dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale (FAI ou hébergeur). Les personnes morales peuvent aussi être déclarées pénalement responsables (article L121-2 CP) ;
* l'autorité judiciaire peut prescrire, en référé ou sur requête, à l'hébergeur ou à défaut, au FAI, toute mesure propre à prévenir un dommage ou à le faire cesser, si ce dommage a été occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne. C'est ce que la pratique a appelé le 'référé LCEN'. Cela a pour but de rendre l'accès impossible à ces pages dont le contenu est prohibé.

En 2005, des associations déposent plainte contre un site hébergé aux USA dans lequel on trouve des informations négationnistes. Ces associations se fondent sur l'action prévue par la LCEN, pour faire cesser le trouble à l'ordre public. L'action est engagée en référé contre tous les FA français, et non en premier lieu contre l'hébergeur. Le président du TGI (ordonnance du 20 avril 2005 et du 13 juin 2005) condamne les FAI à mettre en place toute mesure propre à interrompre l'accès à partir du territoire français au contenu litigieux hébergé aux USA. Les FAI considéraient au contraire que l'action contre eux était subsidiaire et qu'il fallait d'abord assigner l'hébergeur. La CA Paris (24 novembre 2006) juge comme en première instance. La Cour de cassation (1ère Civ. 19 juin 2006 n°07-12244) rejette le pourvoi et admet que « la prescription de ces mesures n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement, que c'est à bon droit que la Cour d'appel a statué comme elle l'a fait ». Mais on peut se demander pourquoi le texte opère une hiérarchie. La Cour de cassation privilégie l'efficacité des actions, surtout pour les affaires où l'hébergeur est à l'étranger, sur la volonté du législateur. Mais il faudra veiller à la jurisprudence lorsque l'hébergeur se trouve sur le territoire national et que le demandeur à l'action assigne d'abord le FAI. En pratique, il est plus facile d'assigner le FAI que l'hébergeur. Mais c'est compliqué car il faut assigner tous les FAI.

Les FAI et hébergeurs détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires. Elles fournissent aux personnes qui éditent un service de communication au public en ligne des moyens techniques permettant à celles-ci de satisfaire aux conditions d'identification prévues (collecte des adresses et de certaines données). Cela pose problème car sur certains sites si la vérification n'est pas faite, et on n'est pas obligé de livrer totalement son identité. Dans le cas de contenu illicite, les FAI et hébergeurs seront responsables. Un décret du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques modifie l'article 34-I-2°) du code des postes et communications électroniques : la durée de conservation est d'un an, ensuite les données doivent être anonymisées. L'autorité judiciaire peut requérir la communication auprès des FAI et hébergeurs de ces données c'est pourquoi ces derniers doivent être en mesure de les fournir sous peine d'engager leur responsabilité. Un décret devra préciser le contenu de ces données.

On a tendance à estimer que les FAI ont un rôle exclusivement technique qui les dédouane d'une obligation générale de surveillance du contenu illicite. Cependant, la LCEN et la directive de 2000 leur imposent des obligations précisent, et les obligent à collaborer avec l'autorité judiciaire en cas d'enquête.

Les hébergeurs

**Les conditions de responsabilité des hébergeurs** : le fournisseur d’hébergement n’est pas responsable des contenus illicites (Art 6 LCEN)

Ce sont *« 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, le 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 civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. »*

Ils sont irresponsables tant au plan civil que pénal comme pour les FAI à la différence que l’irresponsabilité sera retenue que si les hébergeurs « *n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance »*

**La notification du caractère illicite des informations stockées**: En son article 6, présomption de connaissance du contenu illicite dès l’instant où une notification dans les formes requises par la LCEN aura été faite à l’hébergeur.

Il y a une obligation d’agir promptement avec un strict respect des formes de la notification En principe l’administration de la preuve de ces faits illicites est libre.

Le 10 juin 2004, le CC a estimé que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d’engager la responsabilité d’un hébergeur qui n’a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n’a pas été ordonnée par un juge.

**La distinction entre le fournisseur d’hébergement et l’éditeur de contenu** : selon la loi seul l’hébergeur dispose d’une irresponsabilité à raison des contenus illicites.

1. Voir affaire Tribunal de commerce Bobigny 15 septembre 2005 [↑](#footnote-ref-1)
2. Déclaration du 22 novembre 2005 : cette obligation ne concerne pas le correspond informatique et liberté qui est une personne appartenant à une entreprise et désignée par elle, ayant connaissance de la technique et des règles juridiques pour vérifier les procédures mises en œuvre dans l’entreprise. [↑](#footnote-ref-2)
3. Bénéficie d’investissements engagés par d’autres commerces pour le prendre à son compte et ce, sans autorisation (condamné sur l’article 1382 CC). [↑](#footnote-ref-3)
4. Informations générales à fournir

1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes:

a) le nom du prestataire de services;

b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi;

c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui;

d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre;

e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente [↑](#footnote-ref-4)