

Quel droit pour le commerce électronique ?

Brigitte MISSE, Avocat

Cabinet ALAIN BENSOUSSAN, AVOCATS

RÉSUMÉ

Aujourd'hui, appréhender et respecter le droit du commerce électronique sur Internet est devenu une nécessité pour l'entreprise. Une nécessité dont il importe de tenir compte dès la conception et l'organisation du site de commerce électronique afin de veiller non seulement à un respect de la réglementation mais également à la sécurité des transactions et à la qualité des relations avec les clients.

Mots-clés : Droit du commerce électronique, Internet, Transaction à distance.

ABSTRACT

Today, the understanding and the respect of electronic commerce law on the Internet is a need for corporations. A need that must be taken into account from the electronic commerce site design and organization in order to respect the law and to insure the security of transaction as the quality of customer relationship.

Key-words : Electronique commerce law, Internet, Distant transaction.

Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, le commerce électronique va se trouver soumis à une multitude de règles juridiques particulières et différentes selon les pays où la transaction aura lieu. Du droit de l'informatique au droit des télécommunications, sans oublier le droit de la consommation ou de la concurrence, une panoplie de règles deviennent directement applicables à ce nouveau mode de commercialisation des produits.

De cette multiplicité de droits est donc né un droit spécifique, le droit du commerce électronique. Un droit qui commence à se dessiner aujourd'hui, face à la recrudescence des projets, tant nationaux qu'internationaux. En effet, même si la tendance actuelle semble être de ne "*pas créer un droit spécifique à l'Internet*", la nécessité de définir, dans une convention internationale, un socle minimal de protection du consommateur s'impose. Socle, qui devrait se rapprocher, selon le Conseil d'Etat, des règles de forme, d'ores et déjà organisées par la directive européenne sur la vente à distance. En effet, l'un des principaux enjeux du commerce électronique reste, encore à ce jour, la question de savoir quelle est la réglementation applicable aux transactions sur l'Internet.

L'autre problématique du commerce électronique consiste à connaître et identifier les principales modalités et contraintes liées tant à ce nouveau mode de communication on line qu'aux transactions passées. Modalités et contraintes qu'il importerait d'identifier dès la conception et la définition même

du service de commerce électronique envisagé, afin de pouvoir définir, tant du point de vue contractuel que du point de vue organisationnel, les obligations imposées par ce nouveau média.

VERS UN CHOC DES DROITS

Une des caractéristiques du commerce électronique sur l'Internet est de permettre d'offrir à distance la vente de biens ou de services dans un cadre international. Or, cette caractéristique entraîne un véritable choc des droits entre les différents pays de la planète. En effet, la plupart de ces droits devraient avoir vocation à s'appliquer, tant en ce qui concerne les messages diffusés sur le Web que les transactions réalisées, dès lors que le diffuseur de l'offre et l'acheteur se trouvent dans des Etats différents. Le recours aux règles de conflit de lois et aux conventions internationales permettra de déterminer la loi applicable.

Une des principales conventions internationales, ayant vocation à s'appliquer pour les échanges internationaux entre vendeurs et consommateurs, devrait être la convention de Rome du 19 juin 1980⁽¹⁾. Ce texte privilégie le principe de l'autonomie de la volonté en prévoyant que le contrat sera régi par la loi choisie par les parties. Ce choix sera exprès ou devra résulter de façon certaine, des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Néanmoins, cette convention privilégie la loi de protection des consommateurs : le choix, par les par-

(1) Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, décret n° 91-242 du 23 février 1991, JO du 3 mars 1991.

ties, de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce pays, d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli, dans ce pays, les actes nécessaires à la conclusion du contrat.

Face à de telles incertitudes, la convention de Rome devrait faire l'objet de modifications pour tenir compte de l'émergence de ce nouveau média, qu'est l'Internet. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a proposé, dans son rapport, de nouveaux critères afin de connaître la loi applicable, en s'appuyant notamment sur la destination du message. Une autre solution, également proposée par le Conseil d'Etat, serait de prévoir une convention internationale relative à l'information et aux conditions dans lesquelles le consommateur s'engagerait via le commerce électronique. Quelle que soit la position adoptée, reste toujours actuellement en vigueur un cadre juridique particulièrement riche régissant l'Internet.

VERS UN MESSAGE À DISTANCE

Après l'apparition des premières vitrines sur l'Internet, le réseau est véritablement devenu un nouvel espace commercial, avec ses spécificités propres, concernant tant la publicité on line que les transactions.

Aujourd'hui, énoncer que les règles traditionnelles applicables aux offres de publicité s'appli-

quent à l'Internet, devient un lieu commun. Le Conseil d'Etat n'a pas manqué de le préciser, dans son dernier rapport, en rappelant notamment les interdictions de diffuser des publicités trompeuses ou mensongères, des publicités contraires à la réglementation afférentes à l'alcool, au tabac ou bien encore aux médicaments... De même, l'achat d'espaces publicitaires, qu'il s'agisse d'espaces dans des bandeaux ou dans des liens, dès lors qu'ils passent par l'intermédiaire de vendeurs d'espaces ou de serveurs ou bien encore d'agences de publicité, se retrouvent directement soumis à la réglementation afférente à l'achat d'espaces, telle que prévue dans la loi Sapin du 29 janvier 1993. Dès lors, l'obligation d'établir un mandat s'appliquera lorsque ce message publicitaire sera réalisé au bénéfice d'entreprises françaises et qu'il sera principalement reçu sur le territoire français.

Les publicités sur l'Internet font également surgir de nouvelles problématiques juridiques, auxquelles désormais s'intéresse le législateur, qui, dans son dernier projet de directive sur le commerce électronique, est allé jusqu'à définir la notion de "*communication commerciale*".

Sont considérées comme telles, toutes communications destinées à promouvoir, directement ou indirectement, des biens ou des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale. Sont exclues "*les coordonnées permettant l'accès à l'activité de cette entreprise, l'organisation des personnes, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique ou bien encore les communications*

élaborées d'une manière indépendante sans contrepartie financière".

Cette définition se rapproche de la définition française de la notion de publicité, qui devrait permettre d'encadrer, par des règles spécifiques, les publicités on line. Désormais, elles devront être clairement identifiables de la même façon que les opérations promotionnelles. Toute diffusion de publicité sur l'Internet se retrouve, dès lors, déjà insérée dans le carcan des réglementations, d'ores et déjà existantes, ou en gestation.

Mais, l'Internet n'est pas uniquement une zone de diffusion de messages publicitaires. En effet, grâce aux nouvelles techniques de segmentation comportementale, et plus particulièrement aux cookies, seront désormais ciblées les offres commerciales destinées aux internautes. Aujourd'hui, le spamming ou bien le push média, qui permettent d'adresser des messages électroniques personnalisés modifient sensiblement les règles afférentes à la communication commerciale. Si, par le biais de textes de loi relatifs à la protection de la vie privée ou à la loi Informatique, Fichiers et Libertés, il est possible de demander à ne pas recevoir, par ces techniques, des messages, aucune règle particulière ne vise à en interdire l'usage massif. Or, les derniers projets de la Commission des communautés européennes envisagent de demander aux Etats membres d'édicter des règles sur la communication commerciale non sollicitée par courrier électronique, notamment en veillant à ce que ces communications individuelles ne puissent être utilisées qu'en l'absence d'opposition manifeste du consommateur.

Si le recours à ces nouvelles techniques pose des problèmes

particuliers face aux droits des individus, il modifie également sensiblement le régime applicable aux ventes susceptibles de découler de ces messages. En effet, en adressant directement une offre commerciale dans la boîte aux lettres de l'internaute, les transactions, qui pourraient en résulter, ne relèveraient plus alors du régime classique de la vente à distance, mais plutôt du régime de démarchage. Une position, en ce sens, a été adoptée tant par le Conseil d'Etat français que par Monsieur Francis Lorrentz, dans son rapport sur le commerce électronique.

Il est fréquemment évoqué le fait que ces offres seraient, dès lors, soumises aux règles particulièrement contraignantes du démarchage à domicile qui empêcheraient, par exemple, l'internaute d'acquérir en ligne le produit proposé puisque aucun paiement ne peut être effectué... Néanmoins, des règles plus souples, telles que celles du démarchage téléphonique, pourraient trouver à s'appliquer. Seule alors s'imposerait une confirmation, par écrit, aux destinataires du message afin que ces derniers ne soient engagés que par leur signature.

VERS UNE TRANSACTION À DISTANCE

A l'exception des techniques publicitaires, telles que le push média ou le spamming, les règles traditionnelles afférentes à la vente à distance pourraient s'appliquer pour tout achat conclu sur l'Internet. Ce principe, issu de la directive sur la vente à distance, se trouve aujourd'hui confirmé tant par les instances françaises que par le dernier projet de directive sur le commerce électronique.

Ainsi, pour toutes transactions à distance, un certain nombre d'informations doivent être communiquées. Certaines d'entre elles s'appliquent tant aux professionnels qu'aux consommateurs telles que l'information sur le prix et l'objet. D'autres sont plus précisément destinées aux seuls consommateurs, le droit européen ayant complété le droit français à cet égard. Ainsi, outre la nécessité de communiquer l'identité du fournisseur, les caractéristiques essentielles du bien ou du service fourni, le prix, les frais de livraison, il importe également alors d'indiquer l'existence du droit de rétractation, la durée de validité de l'offre du prix, la durée minimale du bien ou encore les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution. Bien évidemment, ces informations doivent être présentées de manière claire et compréhensive, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance, en temps utile *"avant la conclusion de tout contrat à distance et dans le respect des principes, qui régissent la capacité des personnes"*.

Mais, si cette information est nécessaire dès l'accès en ligne, une nouvelle information doit être effectuée avant que les personnes ne s'engagent définitivement. En effet, il convient d'adresser au consommateur une confirmation, par écrit ou sur tout autre support durable, avant la conclusion du contrat et, en tout état de cause, en temps utile, lors de l'exécution du contrat et au plus tard, au moment de la livraison en ce qui concerne les biens. Cette information, ici encore, est particulièrement encadrée, les personnes devant être informées sur les conditions et modalités de rétractation, l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur

où le consommateur peut adresser une réclamation, les garanties après-vente et garanties commerciales existantes ainsi que les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou à une durée supérieure à un an.

La nouvelle directive sur le commerce électronique impose également un certain nombre d'informations particulières sur les différentes étapes à suivre pour la conclusion du contrat par voie électronique. Désormais, les modalités de formation du contrat devront être explicitées par le prestataire, de manière claire et non équivoque, préalablement à la conclusion du contrat. Devront, par exemple, être portées à la connaissance du futur acheteur sur le Web, des informations sur les différentes étapes à suivre pour construire le contrat, sur l'archivage du contrat, sur son accessibilité et enfin, sur les moyens permettant de corriger les erreurs de manipulation.

De nouvelles contraintes s'imposent pour démontrer la conclusion du contrat. En effet, il semble acquis que "cliquer" sur une icône constitue un premier élément matérialisant l'acceptation de l'offre du prestataire. Toutefois, le destinataire du service devra ensuite confirmer la réception de l'accusé de réception pour que le contrat soit définitivement conclu.

Ces contraintes devront être envisagées dès la conception du site et l'élaboration du cahier des charges. Enfin, pour renforcer la preuve du consentement du consommateur, il conviendra d'envisager la problématique de la signature électronique notamment lorsque la signature est imposée par un texte de loi.

Une avancée sensible a été effectuée, à cet égard, par la Commission des communautés européennes qui a désormais reconnu la validité d'une telle signature.

CONCLUSION

Identifier la règle applicable, réaliser le cahier des charges du service en y intégrant les informations obligatoires, construire le système de preuve permettant de démontrer l'accord du client ou du consommateur en ligne, ne sont pas les seules contraintes

dont il faut tenir compte lors de la mise en place d'un site de commerce électronique.

En effet, encore conviendra-t-il d'envisager et d'imaginer un véritable schéma directeur des flux informationnels, car une commande en ligne ne peut être isolée mais doit être rapprochée des autres systèmes informationnels de l'entreprise. Par exemple, il faudra savoir si le produit présenté en ligne est réellement disponible à la vente au sein de l'entreprise. D'une façon générale, des liens avec les bases de données de l'entreprise devront être établis.