

L'entreprise face aux risques liés au cybercommerce

Par Alexandra Mendoza-Caminade
Maître de conférences à l'université Toulouse 1 Capitole, CDA
Directrice du Master 2 Propriété intellectuelle

Le cybercommerce est aujourd'hui un secteur économique en pleine expansion. Les derniers chiffres publiés pour 2011 sont à ce titre éloquent¹ : plus de 30 millions de Français achètent sur Internet, ce qui représente une hausse de 11% sur un an. Les ventes en ligne sont également en croissance en 2011 avec 37,7 milliards d'euros dépensés en ligne. L'e-commerce est constitué en France par plus de 100 400 sites marchands actifs, et représente plus de 60 000 emplois sur le territoire.

Ces formidables possibilités offertes par l'internet en terme d'activité commerciale s'accompagnent d'interrogations multiples en matière juridique. Certains agissements répréhensibles d'entreprises génèrent des questions novatrices auxquelles le droit peine à trouver des solutions. Or, il est essentiel d'assurer la sécurité du cybercommerce car une mauvaise réputation de quelques sites peut être préjudiciable à l'ensemble des sites. Afin de favoriser le développement du cybercommerce, le législateur a tenté d'instaurer la confiance des consommateurs, en particulier lors de la transposition de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000 par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Le commerce électronique y est défini comme « toute activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services »².

Les transactions du commerce électronique sont formulées sous des acronymes anglais : le commerce B2C (business to consumer) est constitué d'entreprises commerciales qui vendent des produits et/ou services à des particuliers. Le commerce C2C (consumer to consumer) représente le secteur de la vente entre particuliers. Le commerce B2B (business to business) concerne les transactions entre entreprises. Enfin, le B2G (business to government) ou B2A (business to administration) vise les transactions entre les entreprises privées et les pouvoirs publics. Les protagonistes du commerce électronique apparaissent donc très variés et sont le plus souvent des entreprises déjà implantées dans le commerce classique qui s'établissent également sur l'internet ; par opposition, les « *pure players* » sont des entreprises qui exercent exclusivement sur l'internet. Pour autant, toute entreprise peut-elle se livrer au cybercommerce ? L'objet de l'activité peut parfois constituer un obstacle à l'exercice de l'activité sous une forme électronique, comme pour les professions libérales ou encore les professions en matière de santé³. La qualité du cybervendeur est en revanche indifférente : le seul critère retenu par la loi est la fourniture de biens ou de services à distance. Le fournisseur peut être un commerçant, un professionnel civil, comme un artisan ou un professionnel libéral. Le cybercommerce est donc susceptible de concerner l'ensemble des professionnels, mais également un non-professionnel. L'activité peut être le fait d'une personne non professionnelle, et une transaction commerciale même ponctuelle sur l'internet relève de la qualification de commerce électronique.

¹ Source MINEFE, communiqué 31 janvier 2012- FEVAD - Bilan du commerce électronique en France en 2011.

² Article 14 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004. Font aussi partie du commerce électronique, « les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

³ Voir cependant l'admission pour la vente de lentilles de contact en ligne : CJUE 2 décembre 2010, aff. C-108-09 : Un Etat membre de l'Union européenne ne peut s'opposer à la vente par internet des lentilles oculaires de contact sur son territoire et en réserver la commercialisation à des magasins spécialisés.

Porte d'entrée du monde entier dans l'entreprise, l'internet permet en théorie de toucher un public gigantesque avec des frais limités. Quel est l'impact de cette nouvelle forme de commerce sur les risques que l'entrepreneur doit prendre en compte dans le développement de son activité ? Ces risques sont variés, et peuvent être de nature technique ou juridique. Le droit joue un rôle essentiel de protection de l'internet en garantissant la sécurité du cyberspace et en limitant les risques pour les cyberentrepreneurs. Aussi, des dangers guettent l'entreprise tant lors de la création du cybercommerce (I) que lors de son exploitation (II).

I Création du cybercommerce

L'entreprise va utiliser de nouveaux outils pour exercer l'activité commerciale sur internet. Aussi, doit-elle être vigilante lors de la création et l'identification de son site internet (A), ainsi que lorsqu'elle cherchera à promouvoir sa cyber-activité (B).

A- Création et identification du site internet

Le cybercommerce implique la création d'un site internet qu'il faut concevoir et identifier.

La constitution du site se fera le plus souvent par un contrat de création de site internet. Au-delà des contraintes techniques, le créateur de site se voit imposer des obligations légales, et doit respecter un ensemble de droits variés.

Des mentions légales doivent figurer sur le site internet, notamment aux fins d'identifier l'éditeur du site. L'entreprise doit désigner un directeur de la publication qui sera soit la personne physique éditant le site internet, soit le représentant légal de la personne morale. La loi requiert des informations précises sur cet éditeur et ces informations doivent être facilement accessibles de manière permanente.

A l'occasion de la création du site internet, l'entrepreneur doit par ailleurs veiller au respect des données personnelles des personnes physiques. Or les données personnelles sont devenues sur internet une source importante de richesse pour les entreprises, et un véritable marché économique s'est créé autour de ces données, du fait de leur intérêt publicitaire. Face au danger de telles collectes de données, la loi n° 78-17 Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 vise à protéger les données à caractère personnel des personnes physiques qui font l'objet d'un traitement automatisé. Pour mettre en place un fichier, l'entreprise doit respecter des formalités préalables et elle doit obtenir le consentement préalable des personnes concernées lorsqu'elle procède à la collecte de données personnelles.

La conception d'un site internet suppose également le respect des droits des tiers. Lors de la création du site, des droits extrêmement variés de tiers doivent être pris en considération. L'entreprise doit porter attention aux éléments composant son site car ces éléments ne doivent pas porter atteinte aux droits d'auteur d'une personne sur une œuvre de l'esprit : livre, composition musicale, œuvre cinématographique, logiciel, dessin, peinture, architecture, sculpture, photographie, ...⁴. La mise en ligne d'une œuvre sur un site internet constitue en effet un délit de contrefaçon⁵. Lors de la mise en place du cybercommerce, l'entreprise doit encore procéder au choix de l'adresse du site internet.

L'entreprise doit opérer le choix délicat d'un nom de domaine attractif qui va susciter de la fréquentation sur le site internet. Ce choix s'avère complexe car il doit répondre à des critères techniques et à des exigences légales et jurisprudentielles de plus en plus précises.

⁴ Art. L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵ La contrefaçon constitue un délit puni de sanctions civiles et pénales ; elle est punie d'une amende allant jusqu'à 300000 € et d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 3 ans. Lorsque la responsabilité pénale d'une personne morale est engagée, l'amende est multipliée par 5 et des peines complémentaires peuvent frapper l'entreprise, telles que la fermeture ou encore la confiscation des recettes : art. L. 335-5 et L. 335-6 CPI.

Le nom de domaine est le nom attribué au site internet qui se compose notamment d'un radical et d'un suffixe que l'entreprise doit choisir. L'entreprise doit déterminer le suffixe sous lequel elle souhaite que son site apparaisse. Il peut s'agir d'un suffixe national ou générique⁶. Le choix du radical du nom de domaine s'avère large mais l'entreprise doit être vigilante face aux conditions juridiques de validité du nom de domaine : ces conditions largement imposées par la jurisprudence sont vérifiées à l'occasion d'un litige et le contrôle peut souvent conduire à dénier tout droit de l'entreprise sur le nom de domaine. Aussi faut-il dès l'étape de la réservation s'assurer que le nom de domaine est licite, mais également distinctif : la difficulté est que les entreprises adoptent des noms descriptifs afin d'être référencées par les moteurs de recherche. Or, un nom de domaine descriptif n'est pas valable pour les juges et ne peut faire l'objet d'une protection quelconque. Le nom de domaine doit en outre être disponible et l'entreprise ne doit pas adopter de noms déjà utilisés par des concurrents. Enfin, l'entreprise doit créer un site utilisant le nom de domaine réservé et le faire fonctionner : l'exploitation du nom de domaine au travers d'un site actif est en effet une condition exigée par la jurisprudence. A défaut, le droit sur le nom de domaine n'est pas valable et le nom de domaine ne peut être protégé. Une fois en place, le site internet doit encore bénéficier d'une visibilité sur l'internet pour que le public puisse le consulter.

B- Promouvoir son cybercommerce

L'entrepreneur court le risque d'être invisible sur l'internet, en raison de la masse des sites marchands, et ce risque sera amplifié par la multiplication des domaines de l'internet. Deux procédés peuvent permettre au professionnel de « *sortir du lot* » mais chaque technique présente des risques pour l'entreprise : il s'agit d'une part de la publicité et d'autre part du référencement.

1. La publicité sur l'internet

Par la publicité, il s'agit d'assurer une certaine visibilité du site marchand. La publicité électronique adopte des formes novatrices comme les bandeaux publicitaires, les infobulles s'affichant automatiquement, les liens commerciaux ou encore les spams ou « *pourriels* ».

Ces publicités souvent très ciblées à l'égard du destinataire sont très peu couteuses par comparaison à une publicité classique : aussi séduisent-elles les professionnels mais certaines d'entre elles sont interdites⁷.

Lorsque la publicité est réalisée par un service de communication en ligne sur internet, c'est-à-dire depuis un site internet, elle n'est soumise qu'à la condition d'une identification claire de la publicité et de la personne pour le compte de laquelle elle est effectuée. En revanche, la publicité réalisée par le biais d'une messagerie électronique est strictement admise par le législateur qui a choisi la voie de l'« *opt-in* » : l'internaute doit avoir accepté de recevoir des messages publicitaires pour que ce procédé soit licite⁸. Par conséquent, l'entreprise ne doit pas forcer l'envoi de publicité à des fins de prospection commerciale pour vendre ses biens ou

⁶ Par exemple : .com, biz, .edu, .gov, .int, .org, .aero, .travel, .tel, .xxx, ... De nouvelles perspectives existent pour les entreprises depuis la réforme internationale des suffixes génériques décidée en juin 2011 par l'ICANN : il est désormais admis que les adresses Internet puissent se terminer par le nom d'une entreprise ou d'une institution. Cette réforme concerne les grandes entreprises et l'apparition des premières extensions personnalisées est programmée avant la fin de l'année 2012.

⁷ L'encadrement législatif de la publicité par voie électronique repose essentiellement sur la LCEN à laquelle s'ajoute le droit commun de la publicité.

⁸ Articles L. 34-5 du Code des postes et des télécommunications, et L. 121-20-5 du Code de la consommation. Les personnes morales également confrontées au pollupostage se sont vues reconnaître un régime identique à celui des personnes physiques : désormais, leur consentement préalable est requis pour l'envoi de messages publicitaires électroniques : ordonnance du 24 août 2011, JO 26 août 2011.

proposer ses services⁹. Les entreprises ne peuvent passer outre le consentement du destinataire que lorsque l'entreprise a déjà fourni des biens analogues à ceux du nouveau message publicitaire qui doit être envoyé à la même adresse que celle fournie antérieurement par le client. Les possibilités techniques de l'internet rendent les méthodes de publicité très efficaces mais elles sont bien souvent très agressives. L'entreprise doit veiller à faire un usage loyal de ces divers procédés d'autant que le législateur a renforcé l'encadrement de la publicité avec la loi Chatel du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence : la loi interdit les pratiques commerciales trompeuses et agressives¹⁰. L'entreprise peut par ailleurs utiliser le référencement pour mieux se faire connaître des internautes.

2. Un référencement réussi pour assurer la visibilité du site internet

L'entreprise doit faciliter l'accès de l'internaute à son site internet. Ce sera le cas si l'internaute connaît le nom du site, ou encore si le nom du site apparaît dans des rubriques de liens d'autres sites internet : en favorisant les passerelles d'un site au site du cybercommerçant, on facilite l'accès à ce site. Toutefois, l'internaute cherche sa voie dans la plupart des cas en questionnant un moteur de recherche. La requête de l'internaute génère des liens dont certains sont qualifiés de liens simples par opposition aux liens sponsorisés. Les liens simples découlent d'une indexation automatique et gratuite des sites par ces moteurs. L'indexation est réalisée à partir de divers paramètres dont tout particulièrement le code source qui comporte des mots clés désignés par le titulaire du site. Pour obtenir un bon référencement naturel, l'entreprise doit donc développer une stratégie relative aux mots clés qu'elle souhaite incorporer dans son code source et qui décrivent le site et l'activité déployée sur le site. L'entreprise ne doit pas choisir des termes correspondant à des droits de tiers, nom de famille ou signes distinctifs d'une autre entreprise. Le risque est alors d'être qualifié de contrefacteur ou d'engager sa responsabilité civile.

L'entreprise peut en outre utiliser des liens commerciaux afin d'optimiser sa présence sur internet. Il s'agit d'un mode de référencement payant qui consiste à réserver des mots-clés auprès d'outils de recherche qui procèdent alors à un référencement du site de l'annonceur à partir des mots-clés choisis. Lorsque l'internaute interroge le moteur de recherche et que les requêtes correspondent à des mots-clés réservés, le lien commercial de l'annonceur sera affiché de manière privilégiée par rapport aux autres résultats générés par la requête. Parce que c'est l'annonceur qui choisit le lien commercial, il est possible d'utiliser la marque d'autrui ou tout signe appartenant à un tiers. L'utilisation par un annonceur de la marque d'autrui grâce au système de référencement payant est une atteinte au droit de la marque ou à tout autre droit préexistant. L'entreprise qui prend ce risque peut être poursuivie pour contrefaçon de la marque ou encore pour concurrence déloyale ou parasitisme. Ces outils novateurs optimisant la visibilité du site internet doivent être utilisés avec prudence d'autant que d'autres risques apparaissent à l'occasion de l'exploitation du cybercommerce.

II L'exploitation du cybercommerce

Les risques induits par les relations contractuelles conclues sur l'internet ont été pris en considération par le législateur (A). Par ailleurs, l'exigence de sécurité des échanges sur l'internet est primordiale dans le développement du cybercommerce (B).

A- Un contrat électronique très encadré

⁹ La sanction de l'envoi non autorisé réside dans une contravention de 4^{ème} classe représentant 750€ d'amende par envoi illicite.

¹⁰ Art. L. 121-1 et s. du Code de la consommation.

Le contrat électronique présente un certain nombre de particularités qui permettent de limiter les risques que peut susciter un contrat conclu sur l'internet¹¹. Les contrats conclus par internet sont des contrats conclus à distance et la forme dématérialisée de ces contrats ajoute des particularités aux règles de droit qui leur sont applicables : l'entreprise doit respecter des règles plus strictes, et peut devoir se soumettre à des régimes spécifiques selon l'objet de la vente. En outre, en tant que contrat conclu à distance avec un professionnel, le contrat électronique conclu par un consommateur fait l'objet des dispositions protectrices du Code de la consommation.

Les parties doivent déterminer la loi applicable au contrat, mais le cyber-contrat étant souvent d'adhésion, ce sera l'entreprise qui effectuera ce choix. Le caractère mondial de l'internet doit effectivement conduire l'entreprise à définir la loi applicable à ses obligations contractuelles.

En vertu de l'article 3 du règlement n° 593-2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, les parties déterminent la loi applicable à leur contrat conclu dans l'Union européenne. Ce n'est qu'en l'absence d'option des parties que les règles de conflits de loi s'appliqueront afin de déterminer cette loi applicable¹². S'agissant des contrats conclus avec des consommateurs, l'article 6 du règlement pose l'application de la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle à des fins de protection de ce consommateur. Toutefois, les parties peuvent adopter une loi différente visée par l'article 3, ce qui permet aux professionnels d'imposer l'application de leur loi nationale en particulier dans les contrats-types. Une protection du consommateur permet cependant de faire bénéficier le consommateur de la protection que lui aurait offert les dispositions impératives de la loi applicable en l'absence de choix. L'entreprise ne peut donc passer outre l'ordre public protecteur du cyberconsommateur dans la loi applicable en l'absence de choix des parties.

L'entreprise se voit imposer une obligation renforcée d'information afin de permettre au cyber-client de conclure en toute connaissance de cause, de manière libre et éclairée. Aussi de nombreuses informations doivent être fournies par le commerçant, ces informations pouvant être transmises par internet dès que le client en a accepté l'usage¹³.

L'exécution conduit à la mise en œuvre de garanties renforcées à la charge de l'entreprise : le régime juridique est donc plus lourd que pour un contrat de droit commun. Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat électronique assimilé à un contrat conclu à distance¹⁴. La date d'exécution du contrat est également strictement encadrée : la date limite de livraison du bien ou d'exécution de la prestation de services doit être indiquée par le fournisseur, avant la conclusion du contrat. A défaut, la date d'exécution est la date de la conclusion du contrat¹⁵. Le professionnel est tenu d'une obligation d'archivage des contrats électroniques : l'entreprise doit assurer la conservation des documents contractuels pendant 10 ans pour les contrats portant sur une somme égale ou supérieure à 120 euros et le professionnel doit permettre au client un accès au contrat archivé sur simple demande¹⁶. Pour éviter des risques et un coût important, les entreprises recourent parfois à des prestataires spécialisés dans l'archivage.

Le cyber-consommateur bénéficie du droit de rétractation dans les 7 jours de la conclusion du contrat, sans motivation ni pénalité. Les sommes versées par le cyberconsommateur doivent

¹¹ L'offre électronique est soumise à des dispositions particulières précisées par l'article 1369-4 du Code civil.

¹² Art. 4 : pour le contrat de vente, la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ; en l'absence de règle spécifique pour un contrat, application de la loi de la résidence habituelle du débiteur.

¹³ Art. 1369-2 C. civil. Entre professionnels, une communication exclusivement sur l'internet est possible dès que le destinataire a communiqué son adresse électronique : art. 1369-3 C. civil.

¹⁴ Voir les causes d'exonération : art. L. 121-20-3 du code de la consommation.

¹⁵ Article L. 121-20-3 du Code de la consommation.

¹⁶ L'archivage doit répondre à des exigences légales, et permettre de préserver l'acte, ses fonctions, l'identification et l'intégrité. Une norme AFNOR NF Z 42-013 consacre des recommandations en matière d'archivage.

être remboursées au cyber-client ainsi que les frais de livraison dans les meilleurs délais et au plus tard 30 jours¹⁷. Le contrat électronique fait donc l'objet de dispositions protectrices du cyberconsommateur et contraignantes pour le cybercommerçant. Il s'agit bien d'assurer la confiance du cyberconsommateur dans le cyberspace, et cette sécurisation s'avère également nécessaire pour l'ensemble des échanges sur internet.

B- La nécessaire sécurisation des échanges

Pour que le commerce électronique se développe, il a fallu prendre en considération les risques engendrés par la conclusion de ces contrats à distance. Ainsi, la sécurisation des échanges est notamment instaurée lors de la formation du contrat grâce à la signature électronique¹⁸. Cette signature électronique constitue une forme de cryptologie très fiable lorsqu'elle est mise en œuvre. Cependant, la complexité de ce système fait qu'il n'est pas adapté au commerce électronique le plus répandu.

Les cas fréquents de fraude concernent le paiement en ligne qui cristallise les craintes des cyberconsommateurs¹⁹. La garantie de la sécurité des paiements est l'une des obligations essentielles du vendeur sur internet. De nouveaux procédés sont régulièrement mis en place.

Le plus souvent, le consommateur paye à distance par carte bancaire : le vendeur souscrit auprès d'une banque un contrat monétique VAD par lequel la banque perçoit directement les paiements réalisés par les clients ; après prélèvement d'un pourcentage de la transaction et d'une commission fixe sur la vente, la banque transmet le montant ainsi diminué à l'entreprise.

Outre le paiement *via* un contrat monétique VAD, il existe d'autres modes de paiement sécurisés. C'est le cas du procédé de la société Payline par lequel les coordonnées bancaires du client sont cryptées sur des pages sécurisées avant d'être communiquées à la banque du cybercommerçant. Les établissements bancaires proposent par ailleurs une E-carte bleue dont l'usage est exclusivement réservé à internet. La sécurisation provient de l'attribution de coordonnées bancaires différentes pour chaque transaction.

Pour limiter le risque de fraude, les procédés de paiement en ligne s'adaptent et évoluent afin d'assurer une meilleure sécurité et donc un commerce électronique plus sûr.

Le cybercommerce conduit l'entreprise à prendre en considération de nouvelles contraintes techniques et juridiques : le besoin de sécurité apparaît accru tant à l'égard d'éventuels comportements malveillants qu'en terme de maîtrise des données exploitées par l'entreprise. Tel semble être le prix à payer pour profiter de ce nouvel eldorado.

¹⁷ La directive du Parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011 conduira à un renforcement de la protection des cyber-acheteurs : le consommateur bénéficiera d'un délai de 14 jours pour changer d'avis sans motif, et d'un délai de 14 jours pour être remboursé de tout paiement y compris les frais de livraison..

¹⁸ Art. 1316 et s. du Code civil.

¹⁹ Pour sécuriser le paiement par carte bancaire effectué en ligne, le législateur a envisagé les cas de la perte, du vol, du détournement ou de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement ou des données qui lui sont liées : l'utilisateur du service de paiement doit alors faire opposition à cet usage frauduleux « *sans tarder* » : article L. 133-7 du Code monétaire et financier.