

Les aspects juridiques du commerce électronique



Hervé Bouilhol
Responsable du droit bancaire général
Société générale

Aquelles règles juridiques le commerce électronique est-il soumis ? Et quelles précautions doivent-elles être prises avant d'ouvrir un site commercial sur Internet ? C'est à ces questions que la présente étude se propose de répondre sans prétendre pour autant envisager de manière exhaustive les multiples problèmes susceptibles de se poser à toute entreprise ou à tout établissement de crédit soucieux de se positionner sur le web (1).

Au préalable, il sera souligné que le commerce électronique via Internet présente trois caractéristiques qui ne sont pas sans influencer sur son régime juridique :

- c'est un commerce à distance ; or celui-ci est de plus en plus encadré, tout au moins lorsque des consommateurs sont en cause (voir la Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant les contrats à distance et la proposition de Directive en gestation concernant la vente à distance de services financiers) ;
- c'est un commerce sans frontières, ce qui soulève différents problèmes, notamment de loi applicable, de protection des marques ou même d'emploi de la langue française et, dans le domaine financier, d'application de la réglementation bancaire (2) ;
- c'est enfin un commerce dont le processus contractuel est largement dématérialisé ce qui pose la délicate question de la preuve des engagements des parties en l'état de notre droit fondé sur la primauté de l'écrit.

I Loi applicable aux obligations contractuelles. Moyens de limiter la responsabilité du commerçant

La dimension internationale du réseau Internet invite naturellement à se préoccuper de la loi applicable aux obligations contractuelles (3) et des moyens de limiter la responsabilité du commerçant ou du prestataire de services (banque par exemple) intervenant sur celui-ci.

C'est une question délicate, les règles de conflit de lois auxquelles il faut faire appel étant assez complexes et pouvant varier d'un pays à l'autre, sauf Convention internationale. Autrement dit, selon que le litige sera porté devant les juridictions du pays du consommateur ou devant celles du pays du commerçant, les règles et, partant, la loi applicable, sont susceptibles d'être différentes.

En règle générale, le consommateur aura le choix de s'adresser aux tribunaux de l'État dans lequel il est domicilié ou aux tribunaux de l'État de son cocontractant alors que celui-ci ne pourra s'adresser qu'aux tribunaux du domicile du consommateur.

C'est tout au moins la solution retenue par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 aujourd'hui en vigueur dans 12 États membres de la CEE.

Par ailleurs, tout français, consommateur ou professionnel, peut demander à être jugé par un tribunal français en vertu du privilège de juridiction (art. 15 du code civil).

A - La loi applicable aux obligations contractuelles

On n'envisagera ici que le cas de contrats conclus avec des consommateurs, les contrats entre professionnels étant soumis à des règles distinctes selon les types de contrats.

- **S'agissant des consommateurs résidant dans l'Union européenne**, la Convention de Rome du 19 juin 1980 est aujourd'hui le texte auquel il faut se référer pour déterminer cette loi (4). En effet :

- elle a vocation à s'appliquer aux situations comportant un conflit de lois dans quasiment tous les pays européens ; elle s'impose aux juridictions des États contractants,

- et vise l'ensemble des obligations contractuelles à l'exception de quelques matières limitativement énumérées (état et capacité des personnes, testaments, successions, régimes matrimoniaux, relations de famille, obligations nées d'effets de commerce, contrats d'assurance, etc.).

La Convention de Rome consacre la règle dite d'auto-nomie de la volonté des parties. Celles-ci peuvent librement choisir la loi applicable au contrat et ont une très grande liberté dans ce choix. Elles peuvent même choisir une loi sans lien effectif avec celui-ci sous réserve du respect imposé par la Convention des dispositions impératives de l'État auquel se rattache normalement le contrat.

Les parties disposent également d'une grande liberté pour l'expression de leur choix lequel peut même résulter des circonstances de la cause.

A défaut de choix par les parties de la loi applicable, la Convention prévoit que le contrat doit être régi par la loi du pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits et présume que ces liens existent avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique (en l'occurrence le commerçant) a son principal établissement.

La Convention de Rome énonce par ailleurs, en son article 5, que le consommateur ne peut être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, dans plusieurs cas, notamment :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite à son intention ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat,

- si le fournisseur a reçu la commande du consommateur dans ce pays.

En outre, lors de l'application de la loi d'un pays déterminé, le juge pourra donner effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit (art. 7-1 de la Convention).

Enfin, quelle que soit la loi applicable il ne pourra être porté atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation (art. 7-2 de la Convention).

- **En ce qui concerne les consommateurs ne résidant pas dans un pays de l'Union européenne, la loi applicable sera, en principe, fonction des règles de conflit de loi du pays du tribunal saisi.** Celles-ci pourront ainsi conduire à l'application de la loi étrangère (loi américaine par exemple), ce qui est source d'incertitude pour le commerçant.

Toutefois, les règles de conflits de lois établies dans le monde prennent généralement en compte la loi choisie par les parties pour autant qu'elle ne porte pas atteinte aux lois impératives du pays du tribunal saisi.

- **Que faut-il conclure de ce dispositif dans le contexte du commerce électronique ?**

- Tout d'abord, que le commerçant français peut et a avantage à insérer dans ses conditions générales accessibles à l'écran, une disposition précisant que la loi applicable aux obligations contractuelles entre les parties est la loi française. Il pourra ainsi espérer écarter l'application de la loi étrangère.

En pratique, l'information devra être aisément accessible à l'écran et l'adhésion du consommateur la plus explicite possible, par exemple en imposant que celui-ci clique sur une icône au regard de la clause relative à la loi applicable. A défaut, l'accord du consommateur pourrait être contesté.

- Ensuite, il ne faut pas perdre de vue que tout démarchage chez nos voisins européens pourra entraîner l'application des dispositions impératives de la loi du pays de l'inté-

ressé (cf. art. 5 de la Convention de Rome). Il en va de même par exemple au Québec, l'article 3117 du code civil québécois comportant sensiblement les mêmes dispositions que celles de la Convention.

Certains vont par ailleurs jusqu'à considérer que la simple présence sur un site web constitue un acte de communication au public rendant applicable l'article 5 de la Convention de Rome.

- Enfin, il faut être conscient que le choix de la loi française pourra se heurter, s'agissant de ressortissants d'autres pays, même européens, aux lois de police de ces pays, ce qui présente un risque certain. Des dispositions licites en France pourront en effet s'avérer totalement illégales dans certains pays.

Cela pose la question de savoir comment l'on pourra établir un contrat susceptible de respecter les dispositions impératives des pays du monde entier. La tâche tient évidemment de la gageure et conduit à envisager une autre solution consistant à rechercher les moyens de limiter la responsabilité du commerçant ou du prestataire de services.

B – Moyens de limiter la responsabilité du commerçant

- La première solution est de limiter l'offre commerciale à des pays dont la législation est bien connue ou tout au moins dont on est en mesure d'apprécier qu'elle présente des risques limités. Le commerçant peut faire appel à cet égard à son syndicat professionnel. Il convient bien évidemment en ce cas de pouvoir techniquement faire en sorte que cette limitation soit respectée.

- La seconde solution est d'insérer sur les écrans et dans les contrats une clause limitative de responsabilité (*disclaimer*). Il faut toutefois savoir qu'une telle clause ne saurait constituer une sécurité absolue. Il existe en effet en droit anglo-américain, comme d'ailleurs en droit français, de nombreux domaines dans lesquels il n'est pas possible d'élu-der sa propre responsabilité.

A titre d'exemple, une clause limitative de responsabilité sera généralement inefficace en cas de violation d'une obligation ou interdiction légale sanctionnée pénalement.

II L'information des clients et prospects

La Directive du 20 mai 1997 concernant les contrats à distance, de même que le projet de Directive concernant la vente à distance de services financiers qui s'en inspire largement, comportent une double obligation d'information à la charge du vendeur ou prestataire de services : une obligation d'information préalable très complète, et une obligation de confirmation par écrit ou sur tout support durable accessible au consommateur.

L'idée qui a prévalu est que l'utilisation de techniques de communication à distance ne doit pas conduire à une diminution de l'information fournie au consommateur. Elle est également que l'information diffusée par certaines technologies électroniques a souvent un caractère éphémère dans la mesure

où elle n'est pas reçue sur un support durable. Il convient donc que le consommateur reçoive par écrit, en temps utile, des informations nécessaires à la bonne exécution du contrat.

Ces exigences spécifiques aux contrats à distance recourent celles requises d'une manière générale en France par l'article L. 113-3 du code de la consommation (obligation d'information ou d'étiquetage pour toute vente ou prestation de services) et, en matière bancaire, par l'article 7 du décret du 24 juillet 1984. Mais elles vont sensiblement plus loin dans le détail. Dans l'immédiat, ces textes ne sont pas applicables puisque la Directive du 20 mai 1997 n'est pas encore transposée (elle devra l'être au plus tard le 4 juin 2000), l'autre Directive n'étant pas encore adoptée.

A – L'information préalable

Elle devra porter sur les éléments suivants :

- identité et adresse du fournisseur,
- caractéristiques essentielles du bien ou du service
- prix du bien ou du service, toutes taxes comprises,
- frais de livraison, le cas échéant,
- modalités de paiement, de livraison ou d'exécution,
- existence d'un droit de rétractation,
- coût de l'utilisation de la technique de communication à distance,
- durée de validité de l'offre ou du prix,
- le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrat portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service.

On y ajoutera par mesure de précaution (cf. § 1) :

- la loi applicable au contrat,
- et les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle (*disclaimer*).

Cette information doit être fournie de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée.

La question se pose à cet égard de savoir si elle devra constituer un point de passage obligé à l'écran ou s'il suffira qu'elle soit accessible. A mon sens il devrait être possible de faire une distinction en fonction des produits entre les informations essentielles telles que le prix, qui devront être incontournables, et les autres, tel le délai de rétractation.

Dans le domaine des services financiers on pourra, semble-t-il, se dispenser de cette information pour les opérations ponctuelles (ordre de virement, achat d'Opcvm) s'inscrivant dans le cadre d'un contrat global, telle qu'une Convention de compte.

B – La confirmation

Elle s'impose dans tous les cas, exception faite des services, fournis en une seule fois, et dont la facturation est effectuée par l'opérateur de la technique de communication (services du type Kiosque dont le prix est encaissé par France Télécom pour le compte des prestataires intervenant sur le minitel).

La même exemption aurait dû être accordée aux services exécutés en ligne en une seule fois, facturés par le fournisseur et payés par le moyen d'un porte monnaie électronique par exemple. La contrainte de la confirmation écrite est en effet trop lourde dans ces cas.

La confirmation doit être effectuée par écrit ou sur un autre support durable à la disposition du consommateur et auquel il a accès, ce qui paraît autoriser le fax, voire même l'émission d'une confirmation informatisée imprimable en sortie d'ordinateur. Il serait à cet égard souhaitable que le législateur français, lorsqu'il procédera à la transposition de la Directive, offre le maximum de souplesse aux intéressés.

La confirmation doit être faite en temps utile et au plus tard à la livraison s'agissant de biens. Elle doit comprendre pratiquement toutes les informations données avant conclusion du contrat et, en tout état de cause :

- les conditions et les modalités du droit de rétractation,
- l'adresse géographique de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations,
- les informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales existantes,
- les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

III Le droit de rétractation

Nombreux sont les textes qui, dans un souci de protection du consommateur offrent à celui-ci la faculté de dénoncer son engagement ou de renoncer à son achat. Sachant qu'ils imposent généralement que le consommateur en soit informé, il importe de déterminer avec précision le ou les délais qui devront être affichés à l'écran dans le cadre des conditions générales du vendeur ou prestataire de services.

A – Les textes prévoyant un droit de rétractation

Ces textes ne protègent en règle générale que les personnes physiques n'agissant pas pour les besoins d'une activité professionnelle. Ils ont habituellement un caractère impératif, toute clause par laquelle le client renoncerait à son droit étant nulle. Il s'agit, sans que la liste donnée prétende être exhaustive :

- d'une part, de textes relatifs aux contrats à distance :
 - art. L. 121-16 du code de la consommation, pour les opérations de vente à distance : 7 jours francs à compter de la livraison pour retour, pour échange ou remboursement du produit,
 - art. 6 de la Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance :
 - * pour les biens : 7 jours ouvrables à compter du jour de leur réception,
 - * pour les services : 7 jours ouvrables à compter du jour de la conclusion du contrat ou du jour où les obligations de confirmation écrite ont été remplies.

Ce délai est porté à 3 mois si le fournisseur n'a pas rempli ses obligations relatives à la confirmation écrite.

Il est à noter toutefois que, sauf si les parties en ont convenu autrement, le consommateur ne pourra exercer le droit de rétractation dans un certain nombre de cas, notamment :

* si le contrat porte sur des biens ou services dont le prix est fonction des fluctuations des taux du marché que le fournisseur n'est pas en état de contrôler,

* ou encore s'agissant de fournitures de biens personnalisés.

Il faut aussi signaler pour mémoire, le texte étant en gestation, l'article 6 de l'avant-projet de proposition de directive concernant les contrats à distance entre fournisseurs et consommateurs en matière de services financiers : 7 jours ouvrables à compter de la conclusion du contrat ou du jour où les obligations d'information du consommateur ont été remplies.

- d'autre part, de textes relatifs au démarchage :
 - art. L. 121-25 du code de la consommation : 7 jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat.

Toutefois ce texte qui concerne le démarchage à domicile ne paraît pas devoir s'appliquer au démarchage par messagerie électronique. En effet, l'article L. 121-27 du même code qui vise le démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable prévoit que le consommateur bénéficie du délai de rétractation de l'article L. 121-16 précité (voir textes relatifs aux contrats à distance). En outre, ni l'article L. 121-25 ni l'article L. 121-27 ne s'appliquent aux activités pour lesquelles le démarchage fait l'objet d'une réglementation par un texte particulier (cf. art. L. 121-22).

Est ainsi notamment exclu du champ d'application de ces dispositions le démarchage financier régi par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, laquelle ne comporte pas de délai de rétractation, ainsi que par la loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance :

- art. 21 loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance : 15 jours minimum à compter de la souscription s'agissant de souscription de plans d'épargne en valeurs mobilières. Ce texte étant applicable notamment au démarchage par communications téléphoniques, il est prudent de considérer qu'il couvre également la messagerie électronique. Voir également en ce qui le concerne : l'art. L. 131-3 du code des assurances.

- enfin, de textes spécifiques aux contrats en cause. On peut ainsi relever dans le domaine financier les textes suivants :

- art. L. 311-15 à L. 311-17 du code de la consommation (crédit à la consommation) : 7 jours à compter de l'acceptation de l'offre de prêt, délai pouvant être réduit à 3 jours en cas de crédit affecté (art. L. 311-24),

- art. L. 311-28 du code de la consommation (crédits affectés) : 7 jours en cas de vente ou de démarchage à domicile,

- art. L. 132-5-1 du code des assurances (contrats d'assurance vie) : 30 jours.

B – La mise en œuvre des textes comportant un délai de rétractation, dans le cadre du commerce électronique

Il convient à cet égard de distinguer selon que le contrat est précédé ou non d'un démarchage.

a) Le contrat est précédé d'un démarchage. Dans cette hypothèse on est conduit à conjuguer les trois catégories de textes recensés.

- **En ce qui concerne les services financiers et les services d'assurance** il apparaît que les seuls délais de rétractation trouvant à s'appliquer sont :

- ceux spécifiques à telle ou telle opération (crédit à la consommation, contrat d'assurance vie),

- celui de 20 jours de l'article 21 de la loi du 3 janvier 1972 pour les contrats d'assurance investis en valeurs mobilières et parts de FCP.

En effet, le délai de l'article L. 121-16 du code de la consommation relatif à la vente à distance court à compter de la livraison d'un bien et paraît inapplicable aux services. Quant au délai de l'article L. 121-27 concernant le démarchage par téléphone et qui renvoie au délai de l'article L. 121-16, il n'est également pas applicable s'agissant des activités pour lesquelles le démarchage fait l'objet d'une réglementation par un texte particulier.

Or, c'est le cas des opérations de banque pour lesquelles le démarchage est régi par la loi de 1966 qui ne prévoit aucun délai de rétractation et des contrats d'assurances investis en valeurs mobilières et parts de FCP dont le démarchage relève de l'article 21 de la loi du 3 janvier 1972 précitée.

- **Restent les autres contrats ne relevant pas de la sphère financière** pour lesquels le seul texte susceptible de s'appliquer, sous réserve de textes spécifiques à l'objet du contrat, est l'article L. 121-16 (directement ou par renvoi de L. 121-27). Mais comme on l'a vu ce texte ne vise que les ventes.

Il en résulte qu'on peut aujourd'hui s'en tenir à un délai de 7 jours francs pour celles-ci, aucun délai de rétractation n'étant applicable aux services.

b) Le contrat n'est pas précédé d'un démarchage

La situation est encore plus simple à analyser mais le résultat est identique.

Telle est la situation actuelle. Elle devrait évidemment évoluer avec la transposition de la Directive sur les contrats à distance de 1997 qui devrait conduire à une modification de l'article L. 121-16 du code de la consommation et avec la future Directive sur les contrats à distance de services financiers.

On peut former le vœu qu'à cette occasion il soit procédé à un sérieux toilettage des textes tendant à éviter toute juxtaposition de délais ⁽⁵⁾ et à une harmonisation des délais eux-mêmes.

Si la moyenne est en effet de 7 jours, il en existe de 15 et 30 jours. En outre certains se comptent en jours francs, d'autres en jours ouvrables, pour ne pas parler de ceux qui précisent le cas des jours fériés ou tiennent compte pour la computation de l'échéance du délai un jour férié.

C – Incidence du délai de rétractation sur le paiement

En règle générale l'existence d'un délai de rétractation n'interdit pas le paiement ni l'exécution de la vente ou de la prestation en cause. Il en va cependant différemment lorsque le délai de dénonciation est en fait un délai de réflexion tel que le délai de l'article L. 121-25 du code de la consommation dont on a vu qu'il ne paraissait pas applicable au commerce électronique. Cette question est toutefois à vérifier au cas par cas.

IV La preuve des opérations

Une question essentielle est de savoir comment peut être apportée la preuve de transactions effectuées sur Internet du fait de la dématérialisation des opérations.

On fera tout d'abord un rapide point sur l'état du droit en la matière avant d'examiner les solutions envisageables et les perspectives d'évolution.

A – L'état du droit

Le droit français est un droit largement fondé sur la primauté de l'écrit. Il se caractérise par :

- un régime de liberté de preuve, celle-ci pouvant être apportée par tous moyens :
 - dans les relations entre commerçants (art. 109 du code de commerce), quel que soit le montant en cause,
 - ainsi qu'entre non commerçants ou entre commerçants et non commerçants pour les opérations n'excédant pas 5 000 francs (art. 1341 du code civil) ;
- l'exigence d'un écrit pour les opérations entre non commerçants ou entre commerçants et non commerçants pour les opérations supérieures à 5 000 francs (art. 1341 du code civil).

Cette dernière règle reçoit toutefois exception dans un certain nombre de cas, notamment lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit (art. 1347 du code civil) ou encore une copie fidèle et durable (art. 1348 du code civil). En outre, elle n'est pas d'ordre public et il est ainsi possible d'y déroger contractuellement.

Par ailleurs, tous les moyens de preuve autres que l'écrit, et donc les enregistrements informatisés, constituent des moyens de preuve imparfaits. Ils peuvent ainsi être contredits, contrairement à l'écrit (sauf sur le terrain du faux), et le juge est libre d'en apprécier la valeur probante.

L'apparition de nouveaux modes de preuve résultant des nouvelles techniques de communication telles que télex, télécopie, EDI, ne laisse pas, à cet égard, les juges indifférents. Mais ils sont encore réticents, en l'état de notre régime de preuve mais aussi des techniques, à admettre sans réserve ces documents dont la valeur probante dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment des conditions dans lesquelles ils ont été émis.

Force est toutefois de constater que la jurisprudence n'est guère fournie, ce qui témoigne de la rareté du contentieux, et qu'elle n'est pas fixée. Je voudrais cependant signaler une décision récente dont l'audace a surpris et qui révèle semble-t-il une profonde évolution d'esprit à propos des nouvelles technologies de traitement de l'information.

Il s'agit d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 décembre 1997 (6). En l'occurrence était en cause la valeur probatoire d'une télécopie contenant acte d'acceptation d'une cession de créance professionnelle. Elle avait été admise par la cour d'appel mais était contestée par la société émettrice de la télécopie.

La Cour de cassation rejeta le pourvoi, considérant à la suite de la cour d'appel que « l'écrit constituant, aux termes de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981, l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont

pas contestées ; qu'en analysant les circonstances dans lesquelles a été émise la télécopie litigieuse, dont le caractère mensonger n'avait pas été allégué, la cour d'appel a pu en déduire que la preuve écrite de l'acceptation de la cession de créance était établie ».

Certes l'on est ici en matière commerciale et plus précisément dans le domaine de la loi Dailly. En outre la décision n'engage que la chambre commerciale. Néanmoins elle pourrait être à l'origine d'une véritable révolution culturelle. Si, en effet, l'écrit peut être établi et conservé sur tout support, alors la porte est ouverte à l'admissibilité de la preuve par des documents informatiques. Et l'avancée dépasse le seul domaine de la preuve comme l'a fort bien souligné le professeur Didier R. Martin dans son commentaire de cet arrêt. Elle vaut également pour tous les écrits requis comme en l'espèce pour la validité même de l'acte et non seulement pour la preuve.

B – Les solutions pratiques en l'état du droit

Du bref examen auquel nous nous sommes livrés concernant l'état du droit, il ressort deux difficultés :

- un problème d'admissibilité de la preuve par un enregistrement informatisé s'agissant de transactions d'un montant supérieur à 5 000 francs effectuées avec un non-commerçant ;
- et un problème de fragilité de la preuve administrée au moyen d'un enregistrement informatisé puisqu'il s'agira, on l'a dit, d'un moyen de preuve imparfait soumis à l'appréciation du juge.

S'agissant de la première difficulté, plusieurs solutions sont envisageables.

On peut tout d'abord, décider de se limiter à des opérations d'un montant n'excédant pas 5 000 francs dans les relations avec les particuliers. Cette solution ne soulève sans doute pas de gros problèmes dans l'immédiat si l'on considère que l'essentiel des ventes effectuées actuellement sur le réseau concernerait des biens de consommation de valeur limitée (logiciels, livres, disques, habillement...). Mais qu'en sera-t-il demain avec l'explosion attendue de ventes plus conséquentes, notamment dans le domaine des produits financiers ?

On peut ensuite envisager de subordonner la réalisation d'une opération supérieure à 5 000 francs à la réception d'une confirmation écrite ou d'un chèque celui-ci jouant le même rôle et étant de nature à constituer un élément déterminant dans le cadre d'un commencement de preuve par écrit. C'est évidemment une solution peu adaptée au commerce électronique mais qu'il ne faut pas exclure a priori et qui peut tout à fait convenir dans certains cas.

Une solution plus risquée, mais que la jurisprudence pourrait valider dans le cadre du commencement de preuve par écrit, serait de se contenter d'un règlement par paiement sécurisé, celui-ci confortant l'enregistrement informatisé. Nous en reparlerons un peu plus loin.

On peut enfin ne traiter avec un non-commerçant que dans le cadre d'un contrat comportant une clause sur la preuve prévoyant que celle-ci pourra être apportée par les enregistrements informatisés du commerçant. On a un bon exemple de ce type de contrat avec le contrat porteur cartes bancaires.

Le problème de cette solution est qu'elle ne convient guère qu'à une relation suivie. Elle n'est pas adaptée à des

opérations ponctuelles. En outre, elle implique en principe un écrit, encore que l'on puisse se demander si la validation d'une clause sur la preuve proposée par affichage à l'écran, ne pourrait pas résulter par Convention d'un acte positif du client tel que le règlement d'une première opération par un moyen de paiement sécurisé. Concrètement, la clause sur la preuve serait affichée à l'écran et il serait indiqué que l'adhésion du client résulterait de son règlement. Il serait intéressant de connaître la réaction des juges concernant un tel schéma.

En ce qui concerne la seconde difficulté résultant de la fragilité de la preuve administrée au moyen d'un enregistrement informatisé, il existe, à mon sens, un bon moyen de consolider cette preuve, c'est de la conforter par celle de l'opération de règlement. C'est là que les banques ont un rôle important à jouer. Car bien entendu seul un paiement sécurisé pourra être de nature à fournir un élément de preuve susceptible de remplir efficacement ce rôle. En outre, si ce paiement sécurisé fait appel à une carte à puce, celle-ci par sa mémoire devrait pouvoir apporter une contribution essentielle au problème de la preuve du règlement et par voie de conséquence de la transaction.

A ce propos il faut souligner l'intérêt qu'il pourrait y avoir à rééquilibrer la détention des moyens de preuve entre les parties par utilisation à cette fin de la mémoire des cartes.

L'une des difficultés de la situation actuelle malgré les conventions sur la preuve, est en effet que le banquier et le commerçant sont les seuls à détenir les enregistrements informatisés de la transaction, d'où une certaine méfiance des juges.

Certes un ticket de caisse est généralement remis, mais par hypothèse ce ticket ne sera pas porté aux débats si le client conteste la réalité même de l'opération. Il faut être conscient qu'il y aurait un réel avantage en termes de confiance dans les nouveaux moyens de paiement sécurisés, à organiser l'exploitation de la mémoire des puces dans le cadre de la preuve.

C – Les perspectives d'évolution

- Même si l'on a pu jusqu'ici s'accommoder tant bien que mal de notre droit de la preuve fondée sur la primauté de l'écrit, il est clair qu'il y a désormais urgence à voir évoluer celui-ci sous peine de bloquer le développement du commerce électronique, notamment dans le domaine financier.

Cette évolution peut certes venir de la jurisprudence. On en a un exemple avec la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 décembre 1997 précitée.

Mais il serait bien préférable qu'elle se fonde sur une adaptation des textes comme plusieurs rapports dont celui du CNCT sur la dématérialisation des moyens de paiement et des titres ou encore le rapport Lorentz sur le commerce électronique, l'ont préconisé.

Plusieurs voies ont à cet égard été proposées :

- relever le plancher réglementaire à partir duquel un écrit est requis dans les relations avec les non-commerçants. Ce relèvement, qui ne nécessiterait qu'un simple décret, pourrait se situer dans une plage située entre 10 000 francs et 50 000 francs,

- élargir les conditions d'admissibilité de la preuve au moyen d'un enregistrement informatique :

- * soit par une extension de la notion de commencement de preuve par écrit, (art. 1347 du code civil),

- * soit par la création d'une nouvelle exception à l'obligation de prouver par écrit, ce qui impliquerait une modification de l'article 1348 du code civil (7).

La première solution a les faveurs de la Chancellerie, mais la profession bancaire de même que la quasi totalité des membres du groupe de travail du CNCT à l'origine du rapport précité, préfèrent la seconde. La raison en est que la solution du commencement de preuve par écrit est conceptuellement dépassée et techniquement insuffisante. Elle implique en effet des éléments de preuve complémentaires qui peuvent faire défaut dans certains cas, ce qui conduirait automatiquement au rejet du moyen de preuve présenté.

D'autres solutions ont également été évoquées telles qu'un élargissement du régime de la liberté de preuve de l'article 109 du code de commerce à l'ensemble des relations professionnelles et non plus seulement commerciales ou la reconnaissance juridique de la validité de la signature électronique comme l'ont fait d'autres pays (8).

Le premier signe d'évolution est venu récemment de la Commission européenne. Celle-ci avait en effet constaté qu'un certain nombre de réglementations nationales concernant la formation et l'exécution des contrats ne sont pas adaptées à l'environnement du commerce électronique et génèrent des incertitudes quant à la validité et au caractère exécutoire des contrats électroniques, soit qu'elles exigent des documents écrits et des signatures manuscrites, soit qu'elles ne tiennent pas compte de l'existence des documents électroniques pour la preuve. La Commission avait en conséquence indiqué qu'elle allait prendre des mesures concrètes visant à éliminer les obstacles à la reconnaissance juridique des contrats électroniques au sein du marché unique (9).

C'est aujourd'hui chose faite avec une proposition de directive du 13 mai 1998 sur un cadre commun pour les signatures électroniques dont le texte, pour l'essentiel, tend à l'admissibilité de la preuve par signature électronique laquelle peut même avoir la valeur juridique d'une signature manuscrite lorsqu'elle repose sur un certificat agréé délivré par un prestataire de service de certification répondant à des exigences définies.

Pour ne pas être en reste, le ministre de la Justice devait également annoncer le 18 mai dernier au congrès annuel des notaires que son ministère préparait un projet de loi concernant la preuve des échéances électroniques. Le texte élaboré par un groupe de travail réunissant des professeurs de droit et des membres du CNRS, consacrerait une nouvelle définition de l'écrit intégrant les documents électroniques et admettrait explicitement la valeur juridique de l'écrit électronique comme mode de preuve. Il traiterait également des conditions dans lesquelles une signature peut être admise sous forme électronique. On ne peut qu'espérer que la concrétisation de ce projet de réforme se fasse sans tarder.

- Une révision du droit de la preuve devrait également s'accompagner de celle des textes qui exigent un écrit pour la validité même de l'acte (ad validitatem) et non pas seulement aux fins de preuve (ad probationem).

Pour donner un exemple significatif de la situation de notre droit à cet égard, on peut citer une décision de la Cour de cassation chambre civile du 14 février 1995. En l'occurrence était en cause le remboursement d'un prêt pour lequel n'était produit qu'une photocopie. La chambre civile considéra que la photocopie «ne pouvait concerner

que la preuve». Elle pouvait donc établir la reconnaissance de dette qu'elle constatait mais ne constituait pas l'écrit requis par l'article 1907 du code civil pour ce qui concerne le taux d'intérêt. En d'autres termes, le même document établissait les droits du créancier sur le principal de la créance mais pas sur les intérêts alors même qu'il mentionnait le taux.

La solution paraît évidemment inique et, qui plus est, elle est discutable en droit comme l'a fort bien souligné le professeur Didier R. Martin dans son commentaire de l'arrêt du 2 décembre 1997 précédemment évoqué «*car la copie fidèle et complète des mentions prescrites, n'établit-elle pas, par hypothèse, que son modèle était lui-même en tous points conforme aux conditions de validité de l'acte dont elle atteste ? Or le formalisme substantiel impose seulement que les prescriptions en aient été observées, et non qu'il en soit justifié en version originale*».

Une évolution de notre droit sur cette question qui concerne plus particulièrement le domaine financier paraît donc s'imposer si l'on veut lui ouvrir la voie du commerce électronique. Cette évolution pourrait passer par un assouplissement de la jurisprudence mais nécessitera l'intervention du législateur dans certains cas, je pense en particulier au formalisme du crédit à la consommation.

- Enfin, il serait éminemment souhaitable qu'une révision du droit de la preuve soit complétée par une harmonisation et une réduction des délais de prescription. Sauf exception, rien ne justifie en effet le maintien de délais anormalement longs tels que le délai de prescription de 10 ans de l'article 189 bis du code de commerce applicable dans les relations entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants.

Un tel délai fait en effet peser un risque excessif de conservation de la preuve sur le débiteur alors que les délais moyens de réclamation constatés dans les banques n'excèdent guère 2 ou 3 ans. Il a également son coût qui se retrouve nécessairement dans celui des services rendus.

V Le paiement

Le paiement des échanges commerciaux électroniques peut aujourd'hui «*prendre des formes variées répondant à une grande diversité de besoins*» comme le constate le rapport Lorentz. C'est ainsi que le chèque ou le virement y trouvent encore leur part. Il est cependant largement admis que l'avenir du commerce électronique passe par le développement de paiements sécurisés en ligne, ce à quoi les banques travaillent d'arrache-pied.

Je limiterai mon propos à l'examen de deux problèmes juridiques, celui de l'irrévocabilité du paiement et celui du monopole des établissements de crédit dans la gestion des moyens de paiement.

A – L'irrévocabilité du paiement

C'est une sécurité indispensable pour le commerçant dans le cadre d'un commerce à distance. Celui-ci ne voudra en effet livrer le bien ou fournir la prestation commandée à une personne n'ayant qu'une apparence virtuelle que s'il est assuré

d'être réglé et que s'il est également certain que ce règlement ne sera pas remis en cause au seul gré du consommateur.

On sait que cette irrévocabilité est aujourd'hui acquise en France s'agissant des cartes et que le principe a été rappelé par la Commission européenne dans sa Recommandation du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instrument de paiement électronique. Tout au plus cette irrévocabilité est-elle battue en brèche dans le cas du paiement par simple numéro de carte, puisque le titulaire de la carte sera admis à contester l'opération et à être recredité s'il déclare n'avoir pas été l'auteur de l'ordre de paiement. En outre, la Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance prévoit en son article 8 la possibilité pour le consommateur de demander l'annulation d'un paiement par carte en cas d'utilisation frauduleuse de celle-ci dans le cadre de contrats à distance couverts par cette Directive. Mais l'irrévocabilité n'est, en principe, pas en cause en cette hypothèse si l'on considère qu'en cas de fraude l'ordre n'émane, a priori, pas du titulaire de la carte.

Le problème est que le principe d'irrévocabilité n'est pas internationalement partagé, la règle étant, aux États-Unis par exemple, celle de la révocabilité.

Il s'ensuit de nombreuses difficultés avec nos commerçants et des mécomptes que les banques françaises sont amenées à supporter au titre de la garantie consentie au commerçant. Il convient donc de rechercher des solutions à cet inconvénient qui ne pourra que s'accroître avec le développement du commerce électronique.

Force est de constater que jusqu'ici seules des solutions insatisfaisantes du type mutualisation ont été retenues.

B – Le monopole des établissements de crédit dans la gestion des moyens de paiement

Le développement d'instruments de paiement dématérialisés pourrait donner l'idée à certaines entreprises non bancaires, spécialisées par exemple dans le domaine de l'informatique, de proposer leurs services y compris dans le domaine de l'émission et de la gestion de ces instruments. Ce serait méconnaître en France la loi bancaire, laquelle réserve clairement cette activité aux établissements de crédit.

Cependant, le droit européen est moins exigeant en la matière (10) ce qui a conduit la Commission européenne à proposer, courant 1997, une Directive visant à conférer le passeport européen à des entreprises non bancaires émettrices de monnaie électronique.

Fort heureusement cette initiative serait aujourd'hui bloquée, les banques centrales et l'IME étant intervenus pour faire obstacle à une telle désintermédiation. Il faut souligner que le projet de la Commission n'était pas neutre au regard de la sécurité des systèmes de paiement, de la protection des consommateurs et du respect du monopole bancaire, voire des risques de blanchiment.

Aussi, la loi bancaire devrait pour quelque temps encore interdire par exemple à une galerie marchande virtuelle installée en France de collecter des règlements destinés à des commerçants, sauf à ce qu'une banque intervienne directement dans cette collecte. La fonction Kiosque de France Telecom devrait, dans le même ordre d'idée, rester une exception historique.

VI Le démarchage et la publicité

Le démarchage consiste à s'adresser directement à une personne physique, en dehors d'un point de vente, pour lui conseiller un produit ou un service et recueillir éventuellement son adhésion. Il se distingue de la publicité, qui consiste à communiquer dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, par le caractère personnalisé de la démarche effectuée.

Il pourra donc y avoir démarchage, dans le cadre du commerce électronique, chaque fois qu'il y aura sollicitation par courrier électronique ou autre moyen de télécommunication, d'une personne physique, pour lui proposer l'achat, la vente, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services. Il pourra même y avoir démarchage lorsque le consommateur s'est de lui-même connecté au site, mais reçoit une proposition non sollicitée, ce que les techniques employées permettent aujourd'hui de faire (technique du *push*). L'article L. 121-21 du code de la consommation précise en effet que le démarchage peut faire suite à une demande de l'intéressé.

En revanche, la qualification de démarchage ne devrait pas s'appliquer à la mise à disposition du public d'informations, de services ou de produits sur un site Internet, celle-ci relevant plutôt de la publicité.

A – Le démarchage

Les dangers du démarchage pour le consommateur font qu'il est strictement réglementé par de nombreux textes, notamment, et sans que la liste prétende être exhaustive :

- les articles L. 121-21 et suivants du code de la consommation dont les dispositions réglementent le démarchage pratiqué au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, ainsi que le démarchage dans des lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et le démarchage téléphonique ou par tout moyen technique assimilable, ce qui couvre le courrier électronique.

Ces articles ne sont toutefois pas applicables aux activités pour lesquelles le démarchage fait l'objet d'une réglementation par un texte législatif particulier (art. L. 121-22). C'est le cas notamment des services financiers (voir ci-après) :

- les articles L. 122-8 et suivants du code de la consommation, sanctionnant les abus de faiblesse,
- l'article R 10-1 du code des Postes et Télécommunications interdisant le démarchage des personnes figurant sur la liste Orange (protection contre les sollicitations commerciales effectuées à partir des annuaires de France Telecom),
- l'article R 10-2 du code des Postes et Télécommunications interdisant le démarchage des personnes figurant sur la liste Safran (démarchage par télex ou télécopie).
- la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, qui interdit de se livrer au démarchage en vue de donner des consultations et de rédiger des actes en matière juridique et fiscale,
- la Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (hors services financiers) et la Directive CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, dite Directive RNIS, toutes deux inter-

disant les appels automatisés non sollicités sans consentement préalable.

Il faut y ajouter, pour le démarchage financier :

- la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 et son décret d'application du 16 juin 1967 relatifs au démarchage en matière de prêts d'argent et autres placements de fonds,
- la loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 et son décret d'application du 22 août 1972 relatifs au démarchage en matière de valeurs mobilières et d'assurance,
- la loi du 28 mars 1885, modifiée par les lois n° 87-1158 du 31 décembre 1987, n° 89-531 du 2 août 1989 et n° 96-597 du 2 juillet 1996, relatives au démarchage en vue d'opérations à terme d'instruments financiers et de marchandises.

Les différents textes susvisés, soit font interdiction de démarcher, soit comportent des contraintes particulières, contrat écrit, confirmation écrite, droit de rétractation et, dans certains cas, sanctionnent les comportements abusifs.

Dans la pratique, il devrait être de plus en plus difficile de démarcher un consommateur via Internet compte tenu des Directives sur les contrats à distance et RNIS précitées interdisant les appels automatisés non sollicités, sans consentement préalable.

B – La publicité

Ainsi qu'on l'a vu, la mise à disposition du public, sur un site Internet, d'informations relatives à des biens ou des services, constitue de la publicité dès lors qu'elle a pour objet d'inciter ceux qui accèdent au site à acquérir ces biens ou ces services.

Comme le démarchage, la publicité est régie par de très nombreux textes, notamment :

- les articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation interdisant toute publicité comportant des allégations fausses ou de nature à induire en erreur,
- les articles L. 121-8 et suivants du code de la consommation qui régissent la publicité comparative,
- l'article L. 12-18 du code de la consommation concernant les offres faites à distance à un consommateur,
- la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

Et, dans le domaine financier :

- les articles L. 311-4 et suivants du code de la consommation précisant les mentions requises en matière de crédit à la consommation et interdisant toute publicité portant sur le crédit gratuit hors des lieux de vente,
- les articles L. 312-4 et suivants du code de la consommation, précisant les mentions requises en matière de crédit immobilier,
- l'article 10 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 et son décret d'application du 15 mars 1968, en matière de taux effectif global.

Il conviendra bien évidemment de se préoccuper de ces textes ainsi que de ceux qui seraient spécifiques à tel ou tel produit (11), à l'occasion de toute publicité sur un site Internet.

En outre, il faut noter qu'une simple présence sur un site web pourrait avoir une incidence sur la loi applicable à la relation contractuelle (tout au moins quant au respect des dispositions impératives de la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle s'il devait être considéré que l'article 5 de la Convention de Rome trouve à s'appliquer (voir § I.1 supra).

VII La protection des droits de propriété intellectuelle

Internet est à l'origine d'un grand nombre de conflits dans le domaine des droits de propriété intellectuelle. Ces conflits touchent aux droits d'auteur, bien sûr, mais aussi, et de plus en plus, pour ce qui nous intéresse, au droit des marques. Cela tient pour l'essentiel, à un certain laxisme dans les procédures d'attribution des noms de domaine et au caractère territorial de la protection des marques, alors même que les enjeux commerciaux peuvent être énormes.

A – Les procédures d'attribution des noms de domaine

Les noms de domaine constituent l'adresse d'un site, ce qui permet de localiser et d'identifier un ordinateur connecté au réseau. Chaque site dispose ainsi d'un nom de domaine spécifique à l'internaute encadré d'un préfixe se présentant habituellement sous la forme «http://www» et d'un suffixe constitué de quelques lettres permettant d'identifier l'activité de l'éditeur du site («.com» pour les activités commerciales ; «.gov» pour le gouvernement) ou sa localisation géographique («.fr» pour la France). Exemple, pour la Société générale: <http://www.socgen.com>.

Les difficultés sont nées de ce que les noms de domaine gérés par l'InterNIC via la société américaine NSI (Network Solutions Inc) et par les bureaux nationaux ont été attribués, dès l'origine, selon la règle «premier arrivé, premier servi» sans vérification préalable des droits des intéressés sur le terme choisi en nom de domaine, lequel s'est avéré parfois reproduire ou imiter une marque, une dénomination sociale ou un nom commercial.

Beaucoup d'entreprises ont ainsi été victimes de leur intérêt tardif pour Internet, de petits malins ayant enregistré un site web au nom d'une grande entreprise dans l'espoir de revendre ensuite le nom de domaine, ce que l'on appelle le *grabbing*, d'autres ayant eu en vue un comportement parasitaire par utilisation de la notoriété de la marque.

Depuis 1996, les décisions judiciaires se sont multipliées en France. Il s'agit en règle générale de décisions rendues en référé, le juge des référés semblant être devenu le juge naturel de l'Internet (12). Les faits présentent d'étranges similitudes.

Une entreprise française connue, dont les marques sont déposées, fait enregistrer un nom de domaine Internet auprès du NIC France (devenu AFNIC) autorité française chargée d'enregistrer les noms de domaine Internet. Ce nom sera par exemple «framatome.fr». Puis, à une occasion quelconque, elle apprend qu'une autre entreprise également française, voire une association, a enregistré directement auprès de l'InterNIC, via la NSI, un nom de domaine identique mais avec le suffixe «.com» lequel est le plus connu et le plus prisé des utilisateurs d'Internet.

Il s'ensuit une négociation entre les deux entreprises ; négociation qui bien souvent n'aboutit pas, les pratiquants du *grabbing* se croyant généralement à l'abri de toutes poursuites.

L'entreprise connue, forte de son bon droit assigne alors son adversaire pour contrefaçon de marque déposée et/ou concurrence déloyale et demande qu'il soit mis fin au

trouble manifeste que constitue l'utilisation de sa marque, de son nom commercial ou de sa dénomination sociale. L'entreprise assignée se défend le plus souvent en invoquant le principe de territorialité de la marque et l'incompétence du juge français au motif que l'enregistrement du nom de domaine ayant eu lieu aux États-Unis, seules les juridictions américaines seraient compétentes.

Les décisions rendues jusqu'ici (13) permettent de constater que le juge français s'est toujours considéré comme compétent dès lors que les effets de la pratique litigieuse sont constatés en France. Il condamne en règle générale l'entreprise parasite.

Il faut toutefois observer que la solution des litiges s'est trouvée facilitée par le fait que les parties étaient domiciliées en France. Les choses seraient évidemment plus compliquées si le défendeur était domicilié aux États-Unis par exemple.

Quoi qu'il en soit, il semble que les choses soient en voie de changer dans les procédures des organismes attributeurs tout au moins en ce qui concerne les organismes européens plus respectueux du droit des marques que l'organisme américain.

C'est ainsi que le bureau français, l'AFNIC, s'est doté d'une «Charte du nommage Internet en France» et procède à un contrôle minimal, exigeant d'une société la présentation d'un extrait K bis et du numéro Siret ou pour une marque, la présentation du certificat de dépôt ou d'enregistrement à l'INPI.

Par ailleurs, des noms génériques ont été ajoutés aux noms génériques existants et il est prévu la mise en place d'une procédure de règlement des litiges sous l'égide du centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI.

Reste à savoir qui, dans l'avenir, va gérer l'attribution des adresses Internet au plan mondial. La presse se fait à cet égard l'écho d'un affrontement entre les États-Unis et l'Europe, certains considérant qu'il n'est pas normal que la politique de «nommage» des sites Internet soit du seul ressort d'une entreprise américaine (14). Le gouvernement américain vient tout récemment de publier un Livre blanc sur l'indispensable réforme du système de gestion des adresses Internet, le contrat d'exclusivité de la société NSI expirant en septembre 1998 (15).

B – Le caractère territorial de la protection des marques

Les marques, on le sait, ne peuvent bénéficier d'une protection que dans les pays où elles ont été déposées ou enregistrées. Dans les autres pays, non seulement la marque n'est pas protégée mais encore son utilisation peut se heurter aux droits d'un tiers sur celle-ci. Ce principe de territorialité pose à l'évidence problème dans le cas d'Internet en raison de l'accessibilité de chaque site dans tous les pays du monde, y compris ceux dans lesquels la marque n'est pas protégée et pourrait même appartenir à un tiers.

Une entreprise française titulaire d'une marque protégée en France et une entreprise américaine détentrice d'une marque déposée identique aux États-Unis peuvent ainsi se retrouver mutuellement contrefactrices alors même qu'elles ne pratiqueraient aucun démarchage dans les pays où leur marque n'est pas protégée.

Sans doute une telle situation peut-elle se régler à l'amiable entre personnes de bonne foi, par des accords de

délimitation ; il n'empêche qu'il y a là une source de conflits. Aussi certains préconisent-ils de limiter les risques par l'affichage à l'écran d'une mention limitant l'offre présentée aux pays dans lesquels la marque est protégée.

C – Les précautions à prendre

Afin d'éviter de se trouver dans la situation de ne pouvoir enregistrer un nom de domaine correspondant à sa marque, dénomination sociale ou nom commercial, le moment venu, ou d'être en conflit avec un tiers titulaire d'une marque identique déposée dans un autre pays, ou encore d'être victime d'agissements parasitaires, plusieurs solutions relativement simples peuvent être recommandées.

- Tout d'abord, faire enregistrer comme noms de domaines, les marques, dénominations sociales et nom commerciaux susceptibles d'être utilisés à l'avenir comme tels, et ce auprès de l'InterNIC, voire des principales autres autorités de nommage locales à l'exception de l'AFNIC qui n'autoriserait qu'un enregistrement par entité juridique. Le but de l'opération est d'éviter que la règle du «premier arrivé, premier servi» ne profite à un tiers rendant ainsi indisponible le nom de domaine convoité.

- Ensuite, et pour limiter les risques de conflits en matière de marques, s'abstenir de tout démarchage ou publicité dans les pays où la marque n'est pas déposée, une précaution complémentaire pouvant être d'afficher à l'écran une mention telle que «*Cette offre ne concerne que les pays A, B et C. Les ordres émanant d'autres pays ne seront pas acceptés*».

Certains cabinets de conseil en propriété industrielle recommandent en outre de faire enregistrer les noms de domaine inscrits en tant que marques dans les pays où l'exploitation de ceux-ci est envisagée,

- Enfin, procéder à des contrôles périodiques en vue de s'assurer qu'aucun individu ou organisme parasite n'utilise des noms de domaines voisins en vue de détourner à son profit la notoriété des noms ou marques enregistrés.

Des contrôles identiques sont également conseillés concernant les adresses *e-mail*, des cas de parasitisme portant sur celles-ci ayant été signalés.

VIII L'emploi de la langue française

Comme chacun le sait notre pays présente la particularité de disposer d'une loi du 4 août 1994 imposant l'emploi de la langue française dans un certain nombre de situations à des fins de préservation de la langue et de protection des consommateurs. Il convient donc d'examiner dans quelle mesure elles intéressent le commerce électronique. Mais le caractère transnational d'Internet conduit également à s'interroger sur les précautions à prendre en matière de langue s'agissant de consommateurs ou utilisateurs installés à l'étranger.

Pour l'examen de ces deux questions nous placerons bien entendu dans l'hypothèse d'un vendeur ou prestataire de services installé en France.

A – Le champ d'application de la loi du 4 août 1994 sur l'emploi de la langue française

Il est restreint à la protection du consommateur ou de l'utilisateur final sur le territoire français, ce qui exclut les relations entre professionnels et étrangers, ainsi que les opérations d'exportation. Cela étant, la loi s'applique très largement, s'agissant du secteur privé, à la commercialisation de biens, produits et services, puisqu'elle concerne :

- tous les documents destinés à informer l'utilisateur ou le consommateur (prospectus, bons de commande, modes d'emploi, quittances...),
- les inscriptions sur les produits, sur leur contenant ou sur leur emballage,
- toute publicité écrite, parlée ou audiovisuelle concernant les biens, produits ou services commercialisés,
- les inscriptions ou annonces destinées à l'information du public,
- les mentions et messages enregistrés avec la marque.

Voir sur tous ces points la circulaire ministérielle du 19 mars 1996 concernant l'application de la loi de 1994.

En revanche, la loi ne s'applique pas aux contrats lorsqu'aucune des parties n'est, soit une personne morale de droit public, soit une personne morale de droit privé exécutant une mission de service public (16). On ne voit cependant en pratique guère de raison de traiter les contrats de façon différente sur Internet.

Il faut enfin signaler pour être complet sur cette question de la langue à employer sur le territoire français, qu'outre la loi du 4 août 1994, le droit français contient des dispositions imposant la langue française dans certains documents (voir par exemple l'art. L. 112-3 du code des assurances pour le contrat d'assurance qui doit être «*rédigé par écrit, en français, en caractères apparents*»).

La cause est donc entendue, il faut employer le français lorsque l'on intervient sur Internet à partir du territoire français. A défaut, les risques de procès ne sont pas nuls (17).

B – Les précautions à prendre à raison du caractère transnational d'Internet

Sachant d'une part, que des législations du même type que notre loi de 1994 ou spécifiques à tel ou tel produit ou service, peuvent exister hors de nos frontières, sachant d'autre part, que notre loi de 1994 n'impose pas un usage exclusif du français, une bonne solution si l'on veut s'adresser à des étrangers est de permettre au consommateur étranger d'opter pour la langue de son choix.

Il suffit à cet égard de se promener sur Internet pour constater qu'il existe d'ores et déjà des sites français ou étrangers plurilingues, la page d'accueil offrant à l'internaute le choix de la langue.

Bien entendu il sera impossible de couvrir toutes les langues parlées de par le monde. Néanmoins le recours aux principales langues devrait sérieusement limiter les risques. Pour réduire encore ceux-ci on pourrait également limiter l'offre de vente ou de services aux pays dont les langues nationales sont utilisables à l'écran.

Tout opérateur pratiquant la commercialisation de biens ou services sur Internet à partir du territoire français, aura donc avantage à équiper son site en plusieurs langues,

dont impérativement le français. Cela ira d'ailleurs dans le sens de son intérêt commercial.

* *
*

En conclusion, le commerce électronique ne s'exerce pas comme certains ont pu le penser dans un vide juridique. Bien au contraire, c'est parfois à un trop plein de textes que l'on est confronté, notamment lorsque la situation génère un

conflit de lois. Or le commerce électronique aura besoin de sécurité juridique pour se développer. Il est donc probable que, nécessité aidant, les points de friction ou d'incertitude seront progressivement réglés par voie d'accords internationaux d'harmonisation. En attendant, le praticien devra prendre les plus grandes précautions pour éviter à son entreprise de s'exposer, par simple méconnaissance des textes applicables dans tel ou tel pays, à d'éventuelles complications, voire à des sanctions pénales. ■

(1) Pour une autre étude générale de la question, voir J. Huet, «Aspects juridiques du commerce électronique, Approche internationale», *Les Petites Affiches*, 26 septembre 1997, n° 116, p. 6 et suivantes.

En ce qui concerne la banque, voir le rapport du Conseil national du crédit et du titre sur la Banque électronique, août 1997.

Sur des points non évoqués, voir J.-P. Le Gall, «Internet : cyberfiscalité ou cyberparadis fiscal», *Droit de l'Informatique et des Télécoms* 1998/1, p. 35 et suivantes ; P.-Y. Fagot, «Commerce électronique et droit douanier», *Gaz. Pal.* 19-21 avril 1998, p. 28 et 29.

(2) La Commission européenne considère que la fourniture de services bancaires à distance par Internet ne devrait en principe pas nécessiter de notification préalable au titre de la libre prestation de services dans la mesure où le prestataire ne peut être considéré comme exerçant ses activités sur le territoire du client (cf. Communication interprétative de la Commission. Liberté de prestation de services et intérêt général dans la deuxième directive bancaire, *JOCE* du 10.07.1997). Cette position n'est toutefois pas partagée par tous, notamment en France. Cela étant, la vente à distance de services financiers sur Internet n'échappera pas pour autant au problème posé par les lois impératives du pays dans lequel est domicilié le consommateur (lois pénales notamment), car la liberté de choix des parties quant à la loi applicable ne peut porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat (cf. art. 7 de la convention de Rome). Or, le juge saisi sera en règle générale le juge du pays du consommateur, ce dernier pouvant tenter une action devant le juge du pays où il est domicilié et ne pouvant être assigné que devant celui-ci (cf. art. 14 de la convention de Bruxelles). (Voir sur cette question le § IA. Loi applicable aux obligations contractuelles).

(3) Pour une étude de la question, cf. Tanguy Van Overstraeten, «Droit applicable et juridiction compétente sur Internet», *Revue de droit des affaires internationales* 1998, n° 3, p. 373 et suivantes.

(4) En fait, il suffit que le litige soit porté devant un tribunal d'un État contractant pour que la convention de Rome soit applicable.

(5) A titre d'exemple, l'article L. 312-10 du code de la consommation prévoit un délai de réflexion de dix jours avant acceptation de l'offre qui ne peut guère se cumuler avec un quelconque délai de rétractation.

(6) Cass. com. 2 décembre 1997, SA Descamps c/Banque Scalbert Dupont. *D.* 1998 *Jurisprudence* p. 192, note Didier R. Martin. Voir également concernant cet arrêt, P. Catala et P.-Y. Gautier, «L'audace technologique à la cour de cassation. Vers la libération de la preuve contractuelle», *JCP* 1998, ed. E. Aperçu rapide p. 905.

(7) On observera qu'une solution assez proche à d'ores et déjà été retenue par nos cousins québécois dont l'article 2387 du code civil dispose, «Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur un support

informatique, le document reproduisant les données fait foi du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour que l'on puisse s'y fier. Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit».

(8) L'Allemagne et l'Italie sont à ce jour les seuls pays à disposer d'une loi sur les signatures électroniques, cf. Rosa Julia Barcelo The german legal situation after the «Digital Signature Law», *Droit de l'Informatique et des Télécoms* 1998/1, p. 77.

(9) Cf. communication de la Commission du 16.04.1997. Une initiative européenne dans le domaine du commerce électronique, p. 25.

(10) Voir par exemple en matière de tabac et d'alcool, la loi du 10 janvier 1991, dite loi Evin.

(11) Voir première et deuxième Directives de coordination bancaire.

(12) S'agissant d'une action en contrefaçon (article L. 716-6 CPI), l'assignation en référé devra être accompagnée d'une assignation au fond.

(13) Ordonnance de référé TGI Bordeaux, 22 juillet 1996 Sapeso et Atlante/Icare et Réve. Ordonnance de référé TGI Paris, 25 avril 1997 Framatome/Association Internaute Jérôme D. Olivier L, Xavier B. Cette ordonnance homologue le protocole d'accord transactionnel intervenu entre les parties. TGI Draguignan 1^{er} ch. civ. 21 avril 1997, Saint-Tropez/Sté Eurovirtuel. Ordonnance de référé TGI Versailles, 14 avril 1998 Société Coopérative Agricole Champagne Céréales/G.J.

(14) Cf. *Les Echos*, lundi 2 mars 1998, p. 14.

(15) Cf. *Les Echos*, lundi 8 juin 1998, p. 18.

(16) En effet, lorsque l'article 2 de la loi impose l'emploi de la langue française «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» sont visés, selon toute apparence, les documents et supports commerciaux liés à la présentation, au mode d'emploi et à la facturation du produit ou du service et non les contrats. D'ailleurs, lorsque la loi s'applique aux contrats, elle le précise expressément comme c'est le cas à l'article 5 des contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties, ou encore à l'article 8 s'agissant des contrats de travail, et elle sanctionne les manquements par l'impossibilité de se prévaloir des dispositions litigieuses.

A l'encontre de cette analyse, la circulaire ministérielle du 19 mars 1996 fait entrer les «contrats d'adhésion (contrats d'assurance, offres de service financier, etc.)» dans le champ d'application de la loi. Mais on ne voit pas ce qui fonde cette position.

(17) Un article de la revue *Expertises* de janvier 1997, p. 4, signale ainsi l'existence du premier procès sur l'emploi de l'anglais sur un site web intenté par deux associations de protection de la langue française.