

# Commerce électronique et code de commerce

par Jean-Bernard Blaise  
*Professeur émérite de l'Université de Paris II  
(Panthéon-Assas)*

et Jérôme Huet  
*Professeur à l'Université de Paris II  
(Panthéon-Assas)  
Directeur du Centre d'études juridiques  
et économiques du multimédia  
(CEJEM)*

**1.- Reconnaissance législative.** Le commerce électronique devrait-il faire l'objet de dispositions spécifiques dans le code de commerce ? La question mérite à coup sûr d'être posée dès lors qu'une directive communautaire du 8 juin 2000 « sur le commerce électronique » a consacré aux échanges de produits ou services effectués par ce biais un certain nombre de dispositions, afin d'harmoniser les droits des États membres en la matière<sup>1</sup>, et que la loi du 21 juin 2004, dite loi « pour la confiance dans l'économie numérique » (ou LCEN), destinée à transposer ce texte dans notre droit, comporte un Titre II intitulé « Du commerce électronique »<sup>2</sup>.

Au demeurant, l'expression de « commerce électronique » est devenue suffisamment usuelle et le phénomène lui-même tellement important qu'à cette première reconnaissance législative pourrait sans nul doute s'ajouter, désormais, une consécration par la codification, dont bien entendu le code de commerce aurait naturellement lieu d'être le siège principal, sinon exclusif<sup>3</sup>.

Pourtant, la loi de 2004, si elle édicte des règles propres au commerce électronique<sup>4</sup>, ne les a pas introduites dans le code de commerce et, si la communication en ligne et l'accès à des sites internet ont déjà suscité de nombreuses dispositions, souvent intégrées dans les codes les plus divers (Code civil, code de la consommation, code de la propriété intellectuelle, code

---

<sup>1</sup> Directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), et sur ce texte V. infra n° 4 ; *adde*, la directive du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire sur les signatures électroniques.

<sup>2</sup> Sur la loi « pour la confiance dans l'économie numérique », V. notamment le numéro de *Comm. comm. électr.*, sept. 2004, avec les articles de X. Linant de Bellefonds, *De la LSI à la LCEN* ; C. Caron, *Aspects de propriété intellectuelle* ; J.-M. Coblence, *Le statut de la publicité* ; Ph. Stoffel-Munck, *La réforme des contrats du commerce électronique* ; O. Cachard, *Définition du commerce électronique et loi applicable* ; et V. antérieurement, le projet de loi « sur la société de l'information », dite LSI, déposée sur le bureau de l'Assemblée Nationale le 14 juin 2001.

<sup>3</sup> De manière générale, sur les règles applicables au commerce électronique, V. J. Huet, *La problématique juridique du commerce électronique, contribution au colloque Droit et Commerce « Le droit des affaires au XXIe siècle »*, *RJ Com.* 2001 n° spécial p. 17 s. ; O. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, Thèse Paris II, LGDJ 2002 ; X. Linant de Bellefonds, *Le droit du commerce électronique, Que sais-je ?*, PUF 2005 ; et V. les textes rassemblés dans le *Code de la communication*, Dalloz 3<sup>ème</sup> éd. 2005, dir. J. Huet et H. Maisl, *Partie II*, V° Commerce électronique ; *adde*, le rapport de la Cour de cassation pour 2005, *L'innovation technologique*, p. 43 s.

<sup>4</sup> À cet égard, V. infra, n° 4 et 5.

général des impôts...)<sup>5</sup>, le code de commerce semble, quant à lui, rebelle à cette influence du numérique.

Tout au plus y trouve-t-on, en 2006, quelques rares articles qui visent, le plus souvent sans le nommer explicitement, l'utilisation de ce nouveau moyen de communication par des marchands : ainsi, pour le vote (électronique) dans les sociétés commerciales, avec l'article L. 225-107 c. com.<sup>6</sup>, ou encore pour les enchères (électroniques) inversées, avec l'article L. 442-10 c. com.<sup>7</sup> ; et parfois emploient expressément le terme « électronique », ce qui est le cas dans la réglementation des enchères publiques à distance par voie électronique, dont le législateur a voulu distinguer le simple courtage électronique, dans l'article L. 321-3 c. com., afin de faire échapper ce dernier à la nécessité d'être instrumenté par les sociétés agréées pour pratiquer la vente volontaire de meubles aux enchères publiques (sociétés venues remplacer les commissaires-priseurs)<sup>8</sup>.

Or, à l'évidence, ces quelques textes épars sont loin d'épuiser la problématique juridique du commerce électronique...

Dès lors, il importe de rechercher quelles sont les dispositions, et plus largement les règles applicables au commerce électronique, de déterminer si elles présentent quelque spécificité, et de se demander s'il ne serait pas souhaitable de les intégrer dans le code de commerce. À l'occasion, sans aucun doute, on sera conduit à réfléchir sur la notion de droit commercial et sur ses relations avec les autres branches du droit<sup>9</sup>.

**2.- Contrats électroniques et Code civil.** Le fait que le code de commerce paraisse ignorer le commerce électronique ne signifie pas que l'activité commerciale ne soit pas touchée par des règles spécifiques adoptées ces dernières années pour adapter le droit à l'électronique. Tant s'en faut.

L'activité des commerçants bénéficie notamment des règles nouvelles applicables aux contrats, dont le formalisme a été singulièrement assoupli, mais ces dispositions se trouvent dans le Code civil, lequel, d'ailleurs, contraste avec le code de commerce puisqu'on y voit figurer, à de nombreuses reprises, le mot « électronique »<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Et V. infra n° 2 et 3.

<sup>6</sup> Ce texte a fait l'objet d'un décret d'application, et V. J. Huet, Quelques dispositions pour une vaste question : l'organisation du vote électronique dans les sociétés commerciales par le décret du 3 mai 2002, *Comm. comm. électr.* 2002. *Chron.* n° 17 : afin de lutter contre l'absentéisme dans les assemblées d'actionnaires des sociétés commerciales, le législateur avait prévu la procuration et le vote par correspondance ; la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, introduisant l'article L. 225-107 dans le code de commerce, y a ajouté le vote électronique ; elle autorise le recours à la visioconférence pour la participation au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, et permet l'utilisation de « moyens de télécommunication » pour la participation aux assemblées générales d'actionnaires ; le décret du 3 mai 2002 est venu fixer certaines règles à suivre pour ce vote électronique des actionnaires, mais il laisse de nombreuses questions en suspens.

Sur les difficultés que peut soulever le recours au vote électronique, V. aussi le contentieux relatif aux élections de 2004 au barreau de Paris à propos desquelles un recours a été diligenté par un des candidats, contentieux qui s'est achevé, sur seconde pourvoi, par une décision validant finalement le processus, *Civ.* 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2006, *Gaz. Pal.* 29-30 septembre 2006.

<sup>7</sup> Sur cette réglementation, qui couvre une des modalités de ce qu'on appelle les « places de marché », V. infra, n° 10 s.

<sup>8</sup> Cependant, elles y restent sujettes si le courtage porte sur des « biens culturels », même texte ; la solution ne laisse pas d'être difficile à mettre en œuvre concrètement.

<sup>9</sup> Sur ce sujet, V. notamment, P. Didier, La compétence législative du droit commercial, *RTD Com.* 1965. 535 ; A. Pirovano, Introduction critique au droit commercial contemporain, *RTD Com.* 1985. 219.

<sup>10</sup> Mais évidemment pas l'expression « commerce électronique » ; pourtant, les rédacteurs de la LSI avaient envisagé de faire figurer aux art. 1369-1 et s., après un titre consacré à des dispositions générales

Le Code civil contient désormais un certain nombre de règles relatives aux contrats électroniques et, avec sa vocation de droit commun, il trouve à s'appliquer à des relations entre commerçants ou à des relations entre commerçants et particuliers, aussi bien qu'à des rapports entre simples particuliers<sup>11</sup>. Ces règles sont celles reconnaissant la valeur de la preuve et de la signature électroniques, qui figurent aux articles 1316 à 1316-4 c. civ.<sup>12</sup>, celles admettant la conclusion du contrat par voie électronique lorsqu'un écrit est exigé pour sa validité, qui se trouvent aux articles 1108-1 et 1108-2 c. civ.<sup>13</sup>, et celles organisant les échanges d'information et le processus de contractualisation sous forme électronique, qui sont contenues aux articles 1369-1 à 1369-11 c. civ.<sup>14</sup>. On voit aussi consacrée dans l'article 1317, al. 2 du Code civil la possibilité de dresser sous forme électronique un acte authentique<sup>15</sup>, ce qui peut intéresser les commerçants pour des actes comme la vente de fonds de commerce ou le bail commercial.

En outre, solution riche de conséquences pour la pratique du commerce, le montant à partir duquel un contrat électronique passé par un consommateur avec un professionnel doit être archivé par ce dernier a été fixé par un décret de 2005 à la somme de 120 Euros, la durée imposée pour cette conservation restant quant à elle celle prévue de manière générale par le code de commerce aux articles 110-4 (prescription) et 123-22 (comptabilité), c'est-à-dire dix ans<sup>16</sup>.

Toutes ces règles viennent encadrer la pratique du commerce électronique. Ainsi, les dispositions des articles 1369-1 et s., c. civ., relatives aux échanges d'informations que suscite la négociation du contrat ou son exécution<sup>17</sup>, permettront aux professionnels de satisfaire à leur

---

sur les contrats électroniques, un titre particulier dénommé « Du commerce électronique », ce qui ne pouvait que laisser rêveur.

<sup>11</sup> Sur le rôle, volontiers contesté, de « droit commun » que peut jouer le droit civil par rapport au droit commercial, V. A. Pirovano, RTD Com. 1985. 219, précité, spé. p. 220 et 231 s.

<sup>12</sup> Dispositions introduites par une loi du 13 mars 2000, et V. J. Huet, Le Code civil et les contrats électroniques, contribution à l'ouvrage pour le Bicentenaire du Code civil, Université de Paris II, Dalloz 2004, p. 539 s. ; toutefois, alors que l'art. 1316 maintient en ce qui concerne les particuliers le principe de la preuve dite littérale, c'est-à-dire par écrit, à l'égard des commerçants prévaut le principe de la liberté de la preuve de l'art. L. 110-3 c. com.

<sup>13</sup> Dispositions introduites par la LCEN, et V. J. Huet, Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique (Loi LCEN du 21 juin 2004), JCP. 2004. II. 178.

<sup>14</sup> Dispositions introduites par une ordonnance du 16 juin 2005 « relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique », prise en application de l'article 26 de la LCEN : elle prévoit que les informations à donner en vue de la conclusion d'un contrat, ou au cours de son exécution, peuvent être communiquées par voie électronique et adapte aux moyens de technologies électroniques les exigences posées par la loi pour l'échange de documents sur papier ; aux articles 1369-7 et s., on a prévu comment procéder sur support électronique à des envois de lettre simple et de lettre recommandée, avec ou sans avis de réception, de manière à leur conférer les mêmes effets juridiques qu'à celles adressées sur papier.

<sup>15</sup> Les modalités pratiques de l'établissement et de la conservation de l'acte notarié ont été définies par un décret du 10 août 2005 ; et V. J. Huet, L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi, D. 2005. Chron. 290.

<sup>16</sup> Décret du 16 février 2005, pris en application de l'article L. 134-2 c. consom., introduit par l'art. 27 de la LCEN : il précise que « le délai de dix ans court à compter de la conclusion du contrat lorsque la livraison du bien ou l'exécution de la prestation est immédiate » et ajoute, en des termes passablement obscurs, que, dans les autres cas, il « court à compter de la conclusion du contrat jusqu'à la date de livraison du bien ou de l'exécution de la prestation et pendant une durée de dix ans à compter de celle-ci » ; il aurait mieux valu s'en tenir à la règle de l'art. L. 123-22 c. com. qui dispose que les pièces justificatives sont conservées pendant dix ans », ce délai courant à compter de la clôture des livres comptables : la différence entre les règles applicables sera une source de complications inutiles.

<sup>17</sup> Dispositions précitées.

obligation de communiquer leurs conditions générales de vente, conformément à l'article L. 441-6 c. com., en les faisant figurer sur leur site internet<sup>18</sup>.

Et lorsque l'échange des consentements s'opère par voie électronique, le législateur, afin de l'entourer de toute la sécurité souhaitable, exige que face à l'offre du professionnel qui propose ses produits ou services sur un site internet, l'acceptation du client s'exprime sous la forme d'un « double clic », présenté par l'article 1369-5 comme constituant une confirmation de la commande passée<sup>19</sup>.

Dans le Code civil, la dématérialisation du processus contractuel et de tout ce qui l'entoure est désormais assurée et les commerçants peuvent y trouver les règles leur permettant de développer leur activité dans ces conditions juridiquement claires.

**3.- Commerce électronique et autres codes.** De surcroît, viennent s'appliquer au commerce électronique de nombreuses dispositions qui ont été introduites, à la fin des années 1990 et au début des années 2000, dans des codes divers.

Certains de ces codes entretiennent avec le code de commerce des liens de voisinage étroits. Il en va ainsi du code monétaire et financier où l'on trouve des dispositions sur la carte de paiement<sup>20</sup>, et plus particulièrement sur l'utilisation qui peut en être faite pour opérer un règlement à distance sans son intervention matérielle ; cette hypothèse, où le porteur de la carte est identifié par le numéro apparent de celle-ci, est fréquente dans le commerce électronique, mais elle expose le porteur à des fraudes émanant de tiers indéliçables ; aussi bien est-il prévu que si le porteur conteste la réalité d'une opération imputée sur son compte, la banque doit le recréditer dans le délai d'un mois, et sans frais<sup>21</sup>.

D'autres dispositions intéressant le commerce électronique se trouvent dans le code de la consommation, lequel entretient lui aussi des relations étroites avec le code de commerce puisqu'ils ont tous les deux vocation à régir ce qu'on appelle les « actes mixtes », passés entre professionnels et consommateurs. Ainsi faut-il tenir compte, même si elles ne concernent pas exclusivement le commerce électronique et s'appliquent également aux contrats conclus par voie postale ou par téléphone, des règles organisant la protection des consommateurs dans les contrats de vente ou de prestation de service conclus à distance, qui leur accordent notamment un délai de rétractation de sept jours pour revenir sur leur consentement, règles prévues par une directive européenne de 1997 et introduites dans le code de la consommation aux articles L. 121-16 s. par une ordonnance de 2001<sup>22</sup> ; à quoi s'ajoutent les dispositions propres aux contrats

---

<sup>18</sup> L'article 1369-1 dispose que « la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services », ce qui, malgré le caractère un peu flou de la formulation, veut dire que le professionnel, pour satisfaire à son obligation d'information, peut mettre les informations visées sur un site internet accessible au public, à condition bien entendu de faire connaître à quiconque le lui demande l'adresse électronique du site où ces informations figurent.

<sup>19</sup> Sur ce point, V. J. Huet, *Le Code civil et les contrats électroniques*, précité, n° 23 ; toutefois, ce qu'on appelle ainsi un « double clic », qui se décompose en un premier clic pour la sélection des articles commandés, puis en un second pour la confirmation de la commande, ne doit pas être confondu avec le mécanisme du « double clic » permettant l'ouverture d'une application informatique (constitué de deux clics rapprochés), qui ferait l'objet aux Etats-Unis d'un brevet déposé par Microsoft, et V. sur cet aspect, le *Journal du Net*, 07. 06. 2004.

<sup>20</sup> Art. L. 132-1 et s., c. monét. et fin.

<sup>21</sup> La contestation doit être faite par écrit, art. L. 132-4 c. monét. et fin. ; et, sur le terrain monétaire, V. aussi, en ce qui concerne la monnaie électronique, la directive du 18 septembre 2000 et l'arrêté du 10 janvier 2003 portant homologation du règlement du comité de réglementation bancaire et financière n° 2002-132 relatif à la monnaie électronique et aux établissements de monnaie électronique ; D. Martin, *RD banc. et fin.* 2003. 65, *De la (fausse) monnaie électronique*.

<sup>22</sup> Directive du 20 mai 1997, transposée aux art. L. 121-16 et s., c. consom., par une ordonnance du 23 août 2001.

à distance en matière de services financiers, prévues par une directive de 2002 transposée par une ordonnance de 2005, qui renforcent en ce domaine la protection du consommateur<sup>23</sup>.

Par ailleurs, s'agissant de prospection par voie de courrier électronique, appelée « spamming », la LCEN, transposant à cet égard une directive de 2002, adopte la solution la plus protectrice des consommateurs en exigeant que les destinataires aient consenti, préalablement, à recevoir de tels messages<sup>24</sup>.

En ce qui concerne les relations internes à l'entreprise, quelques textes ont été adoptés qui marquent la présence des technologies de la communication dans le code du travail : la communication en ligne y apparaît comme un moyen d'échange d'informations avec ou pour les salariés, ainsi dans l'article L. 412-8 qui admet que les communications syndicales puissent passer par un site syndical ou par une messagerie électronique, ou encore dans l'article L. 135-7 qui prévoit l'information des salariés sur les conventions de branche ou accords professionnels par le biais d'un intranet<sup>25</sup>.

La fiscalité, enfin, s'adapte aux nécessités de la dématérialisation : alors que traditionnellement, afin notamment de contrôler la perception de la taxe sur la valeur ajoutée, on exige que la facture – que le commerçant doit délivrer au client en vertu de l'article L. 441-3 c. com. – soit éditée sur papier, il est désormais acquis depuis des lois de 1990 et 2002, modifiant le code général des impôts, qu'elle puisse être établie et transmise sous forme électronique dans des conditions de nature à en garantir la teneur<sup>26</sup>.

Il y a donc une multiplicité de textes qui ont vocation à s'appliquer aux commerçants utilisant les moyens de communication en ligne pour mener ou développer leur activité et qui, pourtant, ne se trouvent pas dans le code de commerce.

**4.- LCEN et code de commerce.** Dès lors que la LCEN comporte un Titre II dont l'objet est de traiter « Du commerce électronique », on peut se demander s'il n'aurait pas fallu insérer dans le code de commerce tout ou partie des règles qu'il édicte.

Ce titre pose, à l'article 14 de la loi, une définition selon laquelle « le commerce électronique est l'activité par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie

---

<sup>23</sup> Directive du 23 septembre 2002, transposée aux art. L. 121-20-8 et s., c. consom., par une ordonnance du 6 juin 2005.

<sup>24</sup> La solution a d'ailleurs une portée très large puisque, introduite à l'art. L. 33-4-1 du code des postes et communications électroniques par l'art. 22 de la LCEN, elle vise tous les destinataires de courriers indésirables, mais elle est reprise à l'art. L. 121-15-1 c. consom.; elle transpose l'art. 13 de la directive du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ; elle comporte des exceptions et, notamment, laisse la possibilité au professionnel d'adresser des courriels à des personnes avec lesquelles il entretient déjà des relations contractuelles.

<sup>25</sup> Cependant, les moyens de communication en ligne ne peuvent pas être utilisés pour satisfaire toutes les obligations légales d'information des salariés, V. Soc. 20 avril 2005, Bull. civ. V, n° 152, Petites affiches 2006, n° 197, p. 14 ; *adde*, en ce qui concerne l'utilisation du courrier électronique par les salariés, et l'impossibilité pour l'employeur d'accéder aux messages s'ils sont rangés dans un dossier « privé », V. Soc. 2 novembre 2001, Bull. civ. V, n° 291, aff. Nikon, et, en ce sens que l'employeur peut y accéder en présence du salarié ou ce dernier dûment appelé, Soc. 17 mai 2005, Bull. civ. V, n° 165 ; et V. le rapport de la Cour de cassation pour 2005, précité, p. 113.

<sup>26</sup> Introduit par une loi de 1990, l'article 289 bis du code général des impôts prévoit l'établissement et la transmission de la facture électronique dans le respect des normes admises pour de l'échange de données informatisées, ou EDI, mais le processus était passablement contraignant ; une directive de 2001, transposée à l'article 289, V, du CGI, par une loi de 2002, prévoit que les mêmes opérations peuvent être effectuées si la facture est revêtue d'une signature électronique, laquelle doit garantir l'identité de son émetteur et l'intégrité de son contenu ; et V. l'instruction de la Direction générale des impôts, BOI n° 136 du 7 août 2003.

électronique la fourniture de biens ou de services »<sup>27</sup> ; cette définition, qui ne se trouve pas dans la directive de 2000 sur le commerce électronique, a été jugée nécessaire pour déterminer le champ d'application de certaines dispositions, et notamment celui de l'article 15 de la loi qui impose une sorte de « responsabilité globale » aux fournisseurs opérant dans le commerce électronique<sup>28</sup>.

Ce que cette définition du commerce électronique ne laisse pas percevoir est que certaines limites sont inhérentes à ce mode d'activité<sup>29</sup> et que tout ne peut pas se faire par le biais de l'internet ; de fait, ce moyen de communication n'est pas adapté à la fourniture de certains biens ou services en raison du manque de contact humain qui le caractérise ; ainsi, admet-on que la vente de médicaments ne puisse pas se faire en ligne lorsque la législation requiert qu'elle soit faite par une officine pharmaceutique<sup>30</sup> ; et la directive de 2000 elle-même, dans un de ses considérants, laisse entendre que la prestation de soins médicaux peut être exclue de l'internet<sup>31</sup>.

En tout état de cause, la définition du commerce électronique donnée par l'article 14 de la LCEN apparaît fort éloignée de la notion de « commerce » qui sous-tend la législation française, ou plus précisément elle est beaucoup plus large ; ce phénomène résulte lui-même de la directive de 2000 sur le commerce électronique, dont la LCEN assure la transposition, puisque cette directive vise l'ensemble de ce qu'elle appelle les « services de la société de l'information » et qu'elle définit comme « tout service fourni, normalement contre rémunération, à distance au moyen d'équipement électronique de traitement... et de stockage de données, à la demande individuelle d'un destinataire de services »<sup>32</sup> ; dans la foulée, la LCEN, en visant le fait de proposer ou assurer « à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services », ne couvre pas seulement des activités commerciales, mais également les activités artisanales, les professions libérales... La définition ainsi retenue étant de portée très

---

<sup>27</sup> Et V. O. Cachard, Définition du commerce électronique et loi applicable, précité, n° 6 s. ; J. Huet, Encore une modification du Code civil..., précité, n° 2.

V. aussi l'alinéa 2 selon lequel : « entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent », alinéa directement inspiré du considérant n° 18 de la directive du 8 juin 2000.

<sup>28</sup> Sur cette responsabilité, V. infra n° 5.

<sup>29</sup> On ne vise pas ici les limites édictées, principalement pour des raisons d'ordre politique, par la directive de 2000, dans son art. 1<sup>er</sup>, et reprises dans l'article 16 de la LCEN de manière assez maladroitement d'ailleurs ; sont ainsi exclus du champ d'application de la directive, et donc de l'harmonisation qu'elle opère, les jeux d'argent, la représentation en justice et l'activité de notaire ; et V. J. Huet, Encore une modification du Code civil..., précité, n° 2.

<sup>30</sup> V. CJCE, du 11 décembre 2003, DocMorris, aff. C-322/01, admettant que la vente de médicaments par internet est impossible dans les pays où l'on requiert qu'elle se fasse dans une officine pharmaceutique, du moins s'agissant de produits soumis à prescription médicale.

Rappr. Paris, 5<sup>ème</sup> chambre, section A, 2 mars 2005, SYFFOC, Menicon Europe c. Amo France, Cooper Vision Hydron, Bausch et Lomb, Juva Santé, inédit, estimant, à propos de produits d'entretien pour lentilles que la vente en ligne de produits pharmaceutiques doit se faire sur des sites professionnels.

<sup>31</sup> De fait, la directive déclare, dans son considérant n° 18, qu'il y a « des activités qui, de par leur nature, ne peuvent pas être réalisées à distance ou par voie électronique, tel que le contrôle légal des comptes d'une société ou la consultation médicale requérant un examen physique du patient ».

<sup>32</sup> Cette définition des « services de la société de l'information » est donnée par la directive du 8 juin 2000 dans son article 2 (a) sous la forme d'un renvoi à celle contenue dans les directives 98/34/CE et 98/48/CE, mais elle la fait figurer en toutes lettres dans son considérant n° 17.

large<sup>33</sup>, il était difficile de la faire figurer dans le code de commerce, encore que ce dernier contienne bien des dispositions qui s'appliquent à toutes les entreprises<sup>34</sup>.

À bien y regarder d'ailleurs, l'originalité de la définition de l'article 14 de la LCEN se manifeste à deux égards. D'une part, les activités qu'elle vise ne sont pas seulement commerciales : elle couvre celles de tout professionnel proposant des produits ou services et, en cela, elle s'inscrit dans une tendance actuelle de notre droit consistant à édicter des règles valables pour l'ensemble des activités économiques, pour l'ensemble des professions<sup>35</sup>. Cette conception large du droit des affaires, entendu comme un droit des « professionnels », présente une cohérence et des avantages tels qu'elle mérite d'être approuvée<sup>36</sup>.

Mais, d'autre part, on observe que cette définition étend son emprise à la fourniture de produits ou services même par des personnes qui n'ont pas la qualité de professionnels, puisque rien dans sa formulation ne vient indiquer que celui qui procède à de telles opérations de façon régulière exerce une activité de commerce électronique : le législateur a donc entendu viser les échanges entre particuliers (le « C to C », ou *Consumer to Consumer*, comme on dit en langage communautaire)<sup>37</sup>, aussi bien que ceux effectués entre professionnels et particuliers (le « B to C », ou *Business to Consumer*) ou entre professionnels (le « B to B », ou *Business to Business*). À cet égard, la conception ainsi retenue du commerce électronique paraît excessivement large et s'articule mal avec les obligations que la loi impose au fournisseur de produits ou services dans le commerce électronique<sup>38</sup>.

**5.- Spécificités du commerce électronique.** Les obligations que la LCEN fait peser sur l'opérateur de commerce électronique contribuent à donner à cette activité une certaine spécificité.

Il en va ainsi de la responsabilité globale que l'article 15 de la LCEN fait peser sur l'opérateur de commerce électronique en prévoyant que « toute personne exerçant l'activité définie au premier alinéa de l'article 14 est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci ». Sans compter que cette responsabilité est formulée en des termes particulièrement

---

<sup>33</sup> Elle est en harmonie d'ailleurs avec la conception retenue au niveau communautaire, V. le considérant n° 18, précité : « les services de la société de l'information englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne ».

<sup>34</sup> Et sur l'extension des règles du droit commercial à des activités civiles, que l'on peut fonder sur l'idée qu'il est nécessaire de prévoir des règles uniformes pour l'ensemble des activités économiques, V. A. Pirovano, RTD Com. 1985. 219, précité, p. 233, qui évoque notamment les règles des procédures collectives ; H. Lécuyer, La loi de sauvegarde des entreprises et le droit des contrats, contribution à la Journée des contrats, 7 novembre 2006, à paraître dans la Rev. des contrats ; J.-B. Blaise, Droit des affaires, LGDJ 3<sup>ème</sup> éd., n° 82.

<sup>35</sup> V. par exemple, l'article 2061 c. civ., issu d'une loi du 15 mai 2001, prévoyant que « la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

<sup>36</sup> Cette conception présente l'avantage, entre autres choses, de s'articuler harmonieusement avec le droit de la consommation qui traite des relations entre particuliers et professionnels.

<sup>37</sup> Sur le fait que la définition donnée du commerce électronique par la LCEN englobe les situations où un particulier propose ou fournit des produits ou services par un moyen de communication en ligne, V. O. Cachard, Définition du commerce électronique et loi applicable, précité, n° 7, *adde*, la recommandation du Forum des droits sur l'internet, Commerce entre particuliers sur l'internet (quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation), 8 novembre 2005, p. 21 s.

<sup>38</sup> La définition légale devait, initialement, être limitée aux personnes proposant des produits ou services à titre professionnel, mais elle s'est vue dotée finalement d'une portée plus large afin, semble-t-il, d'être en accord avec la conception retenue par les autorités européennes, V. le Rapport du Sénat n° 232, par P. Herisson et B. Sido, 3 mars 2004, p. 30.

mal venus<sup>39</sup>, on comprend que, tributaire d'une définition du commerce électronique extrêmement large, elle pouvait difficilement trouver sa place dans le code de commerce.

Il paraît également assez excessif de faire jouer une telle responsabilité à l'encontre de fournisseurs de produits ou services qui ne sont pas des professionnels, et qui sont donc mal armés pour la supporter et, en tout cas, peu portés à s'assurer contre le risque en découlant... Or, cette responsabilité devrait trouver de plus en plus d'occasions de s'appliquer avec le développement des plates-formes de courtage en ligne où des particuliers proposent des biens ou services personnels.

La même observation peut être faite à propos de l'obligation spécifique d'information prévue par l'article 19 de la LCEN lequel, transposant l'article 19 de la directive de 2000, impose aux opérateurs du commerce électronique « d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou de services un accès » à divers renseignements le concernant : nom et prénom pour les personnes physiques, raison sociale pour les personnes morales ; adresse de son établissement, courrier électronique et numéro de téléphone ; éventuellement, son inscription au registre du commerce et des sociétés, ou au registre des métiers... On conçoit que ces informations soient utiles à ceux qui s'adressent à un professionnel, et d'ailleurs elles rejoignent celles que tout commerçant doit communiquer à ses clients ; mais il n'est pas nécessairement judicieux de les exiger d'un simple particulier proposant, de manière occasionnelle, de vendre un bien ou de rendre un service. Et d'ailleurs cette obligation ne sera pas facilement conciliable avec le fonctionnement des sites de courtage en ligne auxquels peuvent recourir les particuliers<sup>40</sup>.

En ce qui concerne le règlement des litiges, enfin, la directive de 2000 contient des dispositions préconisant le recours à des mécanismes extrajudiciaires, et donc de médiation ou d'arbitrage (art. 18), lesquels risquent d'être d'une mise en œuvre délicate notamment dans les rapports avec les consommateurs ; et la LCEN apporte quelques précisions dont le bien-fondé peut être discuté, notamment celle prévoyant que le consommateur français ne peut être privé de la protection de sa loi nationale (art. 17)<sup>41</sup>. Ce qui est sûr, en revanche, est qu'aux contrats électroniques internationaux s'appliqueront, pour la résolution des conflits de lois, les dispositions de la convention de La Haye de 1955 (principe de la loi du pays du vendeur) et de la convention de Rome de 1980 (principe de la loi du pays du fournisseur de la prestation caractéristique), et que pour les conflits de juridiction joueront, dans l'ordre européen, celles du Règlement 2000, venu se substituer à la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire (compétence de principe du tribunal du défendeur), et que cela ne devrait pas soulever trop de difficultés<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Les termes dans lesquels cette responsabilité est conçue reprennent, en termes presque identiques, ceux utilisés par une loi du 13 avril 1992 pour définir la responsabilité des agences de voyages, et V. à cet égard, Ph. Stoffel-Munck, *La réforme des contrats du commerce électronique*, précité, n° 51 ; *adde*, J. Huet, *Encore une modification du Code civil...*, précité, n° 9 s. ; or le contexte dans lequel l'une ou l'autre responsabilité peut être recherchée est totalement différent.

<sup>40</sup> Sur ce point, le Forum des droits sur l'internet propose comme solution que, dans le contrat qui les lie avec l'opérateur de courtage en ligne, « les utilisateurs s'engagent à ce que le contrat qui sera conclu entre eux par l'intermédiaire de la plate-forme le sera sous condition suspensive de révélation, par le vendeur, de ses coordonnées », recommandation du 8 novembre 2005, précitée, p. 23.

<sup>41</sup> La règle n'est pas en harmonie avec les dispositions de la convention de La Haye de 1955 sur la vente internationale de marchandises et de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, lesquelles subordonnent l'application de la loi de l'acheteur ou du consommateur au fait, notamment, qu'il ait été sollicité pour contracter dans son propre pays, et V. J. Huet, *Encore une modification du Code civil...*, précité, n° 3 ; *Le droit applicable dans les réseaux numériques*, JDI 2002, p. 737 s. ; J. Passa, *Le contrat électronique international*, *Comm. comm. électr.* 2005, Etude n° 17, n° 24 s.



Le règlement 2000 comporte une disposition originale, conçue pour le commerce électronique, en vertu de laquelle un consommateur peut demander justice au tribunal du lieu de son domicile si le professionnel avec lequel il a contracté dirige son activité vers le pays où il réside<sup>43</sup>. La solution, pourtant, ne sera pas d'une mise en œuvre aisée et il aurait, peut-être, été préférable, étant donné la vulnérabilité des consommateurs, de les autoriser à saisir en toutes circonstances le tribunal de leur domicile.

Là encore, il y a toute une série de règles propres au commerce électronique qui ne se trouvent pas dans le code de commerce, ce qui peut susciter la perplexité.

**6.- Actes de commerce, statut des commerçants.** Il est vrai, toutefois, que, dans une large mesure, le droit commercial a vocation à s'appliquer en la matière. Puisque le commerce électronique, tel que le définit la LCEN, constitue, lorsqu'il est exercé par des marchands, l'activité régie par le code de commerce, on comprend qu'il relève des règles que ce dernier impose – s'agissant de règles impératives –, ou propose – s'agissant de règles supplétives.

De cette manière, ceux qui s'adonnent à titre lucratif à cette activité devront-ils être considérés comme des « commerçants » : dès lors, cette qualité devra s'appliquer aux personnes qui fournissent, de manière habituelle, des produits ou services sur des sites de courtage en ligne<sup>44</sup>. Quant à l'immatriculation de ceux qui exercent leur activité sur les réseaux numériques elle ne soulèvera guère de difficulté puisque le code de commerce impose d'y procéder au lieu où se trouve le siège social, ou le principal établissement ou le domicile de l'exploitant, autant d'endroits qui se trouvent dans le monde physique<sup>45</sup>.

Dans la foulée, s'ouvriront à ces opérateurs économiques les portes des tribunaux de commerce, dont la compétence continue d'alimenter le contentieux. La détermination de la qualité de commerçant sur les réseaux numériques peut, toutefois, se révéler malaisée. On en trouve une illustration dans une décision de la Chambre commerciale du 14 février 2006, qui approuve qu'on puisse attirer devant la juridiction consulaire une association ayant mis à la disposition de vendeurs et d'acheteurs d'immeubles, de bailleurs et de locataires, un site sur lequel conclure des transactions<sup>46</sup> ; certes, la cour relève que l'exploitation du site était effectuée de manière continue, ce qui est un des critères de l'activité commerciale ; mais pour qualifier de telle cette intermédiation qu'un site permet d'opérer, il convient de montrer également que l'exploitant percevait, de manière récurrente, une rémunération de la part des personnes qu'il contribue à mettre en relation – ce qui justifie de penser qu'il effectue des « actes de commerce » au sens de l'article L. 110-1 (3°) c. com.<sup>47</sup> ; car, avant tout, le réseau internet est un moyen de communication et un site internet un lieu d'échanges : la mise à disposition de cet instrument est neutre en soi, tout dépendant, pour les internautes, de la nature de l'activité à laquelle ils se livrent par son truchement, ainsi que, pour l'exploitant du site, de l'implication qu'il a dans l'activité menée par les internautes auxquels le site est ouvert ; dans cette

---

<sup>42</sup> V. J. Huet, *Le droit applicable dans les réseaux numériques*, précité, p. 739.

<sup>43</sup> Art. 15 ; et V. J. Huet, *Le droit applicable dans les réseaux numériques*, précité, p. 740.

<sup>44</sup> V. Trib. gr. inst. Mulhouse 12 janvier 2006, *Comm. comm. électr. Jul.-Août 2006*, n° 112, note L. Grynbaum, particulier ayant vendu 470 objets en deux ans sur le site de courtage en ligne e-Bay, activité à but lucratif, qualité de professionnel, défaut d'immatriculation au répertoire des métiers, absence de registre décrivant les objets mis en vente.

<sup>45</sup> Art. 7 du décret du 30 mai 1984, relatif au registre du commerce ; quant à lui, l'art. L. 123-3 c. com. prévoit que si l'immatriculation n'est pas effectuée, le greffier d'une juridiction peut rendre une décision ordonnant l'immatriculation et la notifie au greffier dans le ressort duquel l'intéressé a son siège ou son établissement principal.

<sup>46</sup> *Com.* 14 février 2006, pourvoi n° 05-13.453, *Bull. civ. IV*, n° 35, affaire *Planète Immo*

<sup>47</sup> Et sur les différents critères de la commercialité – intermédiation, spéculation, entreprise – dégagés par la doctrine, lesquels sont tout plus ou moins sujets à critique, V. A. Pirovano, *RTD Com.* 1985. 219, précité, p. 228 s.

perspective, pour qualifier de commerciale l'intermédiation que constitue par nature l'exploitation d'un site, il convient de montrer que l'exploitant perçoit, de manière récurrente, une rémunération versée par ceux qu'il contribue à mettre en relation.

Toujours dans la même idée que le code de commerce s'applique aux activités marchandes exploitées sur les réseaux numériques, on doit souligner qu'un site internet peut constituer un fonds de commerce électronique dès lors qu'il se caractérise comme la réunion de moyens destinés à attirer et entretenir une clientèle, et que celle-ci se distingue de la clientèle attachée à une activité exercée dans des locaux physiques<sup>48</sup>. Il est important d'en prendre conscience car cette qualification emporte des avantages – possibilité de nantissement, bénéfice du statut des baux commerciaux... –, tout comme elle comporte des contraintes : il en va ainsi, notamment, en cas de vente du fonds, puisque l'opération implique des mesures de publicité destinées à prévenir les tiers et peut engendrer une obligation pour le cédant de garantir certaines dettes du cessionnaire... Il faut donc prendre garde que la cession d'un site internet peut constituer une vente de fonds, du moins lorsque le site apparaît comme un élément essentiel du fond de commerce. Pour le reste, reconnaître l'existence du « fonds de commerce électronique » nécessite un simple toilettage des textes existants, en particulier de ceux qui se réfèrent au lieu où est exploité le fonds pour la réalisation de certaines formalités<sup>49</sup>.

Parmi les éléments spécifiques de ce fonds figurent le site internet lui-même – ensemble organisé de textes, d'images et éventuellement de sons, permettant grâce à un logiciel, une interaction entre l'internaute qui interroge et le centre serveur qui répond – et l'adresse électronique où le localiser sur la « toile », qu'on s'est accoutumé à désigner de l'expression de « nom de domaine » (ex : <www.maboutique.com>). Il n'est pas exclu que tout cela mérite des règles particulières dans le code de commerce de manière à clarifier les choses.

**7.- Commerce électronique et nom de domaine.** On songe avant tout au nom de domaine dont le régime, petit à petit, commence à se préciser<sup>50</sup>. À cet égard, le législateur pourrait utilement éclairer les tribunaux, qui manquent souvent de points de repère, et les praticiens qui s'interrogent. Ce qui se dessine est que le nom de domaine est un nouveau signe

---

<sup>48</sup> V. en ce sens, Paris 28 janvier 2005, RJDA juin-juil. 2006, n° 893, concernant un service « minitel » de messagerie conviviale : promesse de vente portant non pas sur des éléments partiels mais sur la totalité du fonds de commerce ; rapp. Paris 20 novembre 2003, Comm. comm. électr. 2004, n° 159, obs. Ph. Stoffel-Munck, cession d'un site internet, critère de l'audience considéré comme n'ayant pas été déterminant, dol du vendeur, non ; et en faveur de la reconnaissance du fonds de commerce électronique, J. Huet, La problématique juridique du commerce électronique, précité, p. 23 ; A. Reygrobelle, Fonds de commerce, Dalloz Action 2005, n° 1340 s. ; O. Seidowsky, Le fonds de commerce numérique, Thèse Paris II, 2006, dactyl.

Cependant, pour qu'il y ait véritablement un fonds électronique, il faut que l'exploitant du site puisse revendiquer une clientèle autonome, et donc qu'il n'en fasse pas un prolongement d'une activité qu'il mène dans des locaux accueillant physiquement les clients.

<sup>49</sup> Ainsi, l'art. L. 141-12 exige que toute vente ou cession de fonds soit publiée dans la quinzaine, à la diligence de l'acquéreur, dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département où le fonds est exploité ; et l'art. L. 141-5 prévoit que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce est inscrit sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité ; et sur l'idée de créer un registre spécial pour les opérations sur fonds de commerce électronique, V. O. Seidowsky, thèse précitée, n° 355 s.

<sup>50</sup> Comme quoi « le nom de domaine et la dénomination électronique de l'entreprise, en même temps que l'adresse où l'on peut la trouver pour entrer en contact avec elle sur la toile », V. J. Huet, La problématique juridique du commerce électronique, précité, p. 22 ; adde, C. Manara, Rep. Com. Dalloz, V° Nom de domaine, 2004.

On distingue les noms de domaine génériques, ou de haut niveau (comme le .com, le .org, ou le .net...) et les noms de domaine nationaux, ou géographiques (comme le .fr, le .de, le .it...).

distinctif<sup>51</sup> qui présente certaines des caractéristiques appartenant à d'autres, comme le nom commercial ou la marque..., et comporte également des particularités propres. Ainsi, il doit faire l'objet d'une formalité d'enregistrement – comme la marque –, mais il n'est protégé que par les règles de la concurrence déloyale – comme le nom commercial.

Dans le détail, les choses sont assez nuancées. Le nom de domaine peut être constitué de n'importe quel terme, et peu importe qu'il soit banal ou original, nom commun ou propre, inventif ou descriptif (ex. <www.boursicoter.org>). Il doit être réservé auprès d'une unité d'enregistrement, un « registrar », habilité par l'instance internationale en charge de l'administration des noms de domaine, l'ICANN<sup>52</sup> et, une fois cette formalité accomplie, il fait l'objet d'une appropriation de fait en vertu de la règle dite « premier arrivé, premier servi », laquelle signifie seulement que toute autre personne se voit empêchée de réserver le même nom de domaine, sauf à commencer par faire invalider l'enregistrement effectué. S'il n'est pas exploité, et s'il est banal (ex : <www.vacances.fr>), le nom de domaine n'aura droit qu'à ce statut minimal, qui n'autorise pas son titulaire à s'opposer à ce qu'un tiers réserve et exploite, lui aussi, la même dénomination avec une variante, tenant par exemple au suffixe utilisé (ex. : <www.vacances.com>)<sup>53</sup>. Mais il gagne en efficacité s'il est exploité et présente un caractère distinctif<sup>54</sup>, car cela lui permet de constituer une antériorité opposable à une demande ultérieure d'enregistrement de marque, dans les conditions de l'article L. 711-4 du code de la propriété intellectuelle, et donc d'empêcher un tiers de la déposer<sup>55</sup>. À ce stade, toutefois, le droit des marques marque de son empreinte le nom de domaine en lui imposant le principe de spécialité, car la prééminence d'un signe sur l'autre ne sera reconnue qu'à l'intérieur des spécialités revendiquées et pratiquées<sup>56</sup>. Enfin, si le titulaire d'une marque intègre celle-ci dans un nom de

---

<sup>51</sup> V. G. Loiseau, Nom de domaine et internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999. Chron. 245.

<sup>52</sup> Acronyme pour « International Corporation for Assigned Names and Numbers », et V. le site de cette institution <www.icann.org>.

<sup>53</sup> La variante pourra tenir également à toutes sortes de modifications de la formulation utilisée, et par exemple : <envacances.fr> ; et sur le changement de suffixe, V. Com. 13 décembre 2005, Bull. civ. n° 254, aff. Soficar c. Le tourisme moderne, affaire dans laquelle le titulaire de la marque « locatour » et du nom de domaine <locatour.fr> attaquait celui qui avait réservé le nom de domaine <locatour.com>, au demeurant inexploité : la Cour a rappelé que le délit de contrefaçon de marque implique non seulement une identité ou une similitude entre la marque et le nom de domaine, mais également l'exploitation de la dénomination en cause pour un produit ou service similaire à ceux désignés dans l'enregistrement de la marque, condition faisant défaut en l'espèce.

Et comme quoi le dépôt d'une marque en classe 38 – laquelle vise les services de communication – n'empêche pas l'utilisation de la dénomination en cause dans un nom de domaine pour l'exploitation d'un site internet, V. la décision précitée et, dans le même sens, Com. 7 juin 2006, pourvoi n° 03-19508, aff. Technofi c. Endemol et TF1, décision concernant la marque « nice people ».

<sup>54</sup> V. Paris 25 mai 2005, RJDA juin 2006, n° 722, déclarant en termes, certes un peu trop radicaux, que seul est protégeable un nom de domaine distinctif : la société des Pompes Funèbres de la Ville de Paris avait créé un site internet à l'adresse <www.servicesfuneraires.fr>, déposé à l'AFNIC en 2000, et la société OGF, entreprise concurrente, avait réservé le nom de domaine <www.services-funeraires.fr> en 2004 ; la cour d'appel a censuré la décision du juge des référés ayant estimé que l'utilisation du nom de domaine <services-funeraires.fr> par OGF créait un trouble manifestement illicite.

<sup>55</sup> V. Paris 18 octobre 2000, D. 2000. 1379, note G. Loiseau, Comm. comm. électr. 2001. comm. n° 60, par C. Caron, aff. Virgin Entertainment.

<sup>56</sup> Symétriquement, la radiation d'un nom de domaine reprenant une marque existante, et donc l'interdiction totale de l'utiliser, n'est pas justifiée s'il sert à commercialiser d'autres produits ou services que ceux visés par la marque dont il constitue la contrefaçon, V. Com. 7 juin 2006, Propr. Intell. 2006, n° 9, comm. n° 64, aff. Ebel, marque de grande renommée désignant des produits horlogers, notamment des montres.

domaine, il pourra naturellement se prévaloir de règles favorables qui protègent la marque et, notamment, de l'action en contrefaçon.

Il convient d'admettre, aussi, que le nom de domaine puisse être cédé, c'est-à-dire que le contrat par lequel on le réserve pour un certain nombre d'années – ce qui signifie que d'une certaine manière on le loue – puisse être transmis à un tiers qui fait ainsi l'acquisition de ce signe distinctif. Or, si la solution est acquise pour les noms dépendant des suffixes dits de haut niveau comme le <.com>, le <.net> ou le <.org>, elle n'est pas admise par toutes les unités d'enregistrement géographiques. Cette cessibilité est pourtant indispensable pour gager la valeur économique de ce signe distinctif et pour permettre de le transmettre avec le fonds de commerce dont il constitue un élément essentiel.

Si l'on devait légiférer en la matière<sup>57</sup>, on pourrait hésiter sur le lieu où placer les règles concernant le nom de domaine et plus d'un penserait qu'elles devraient être inscrites dans le code de la propriété intellectuelle. Pourtant, le nom de domaine ne fait pas l'objet d'un tel droit de propriété et le fait qu'il soit utilisé, dans une large mesure, par des commerçants pour mener leur activité pourrait justifier d'inscrire dans le code de commerce les principes régissant sa réservation, sa défense, sa cession ou sa radiation. On pourrait y faire figurer aussi des règles propres à la résolution des conflits entre noms de domaines<sup>58</sup>.

**8.- Internet, publicité et concurrence déloyale.** Bien souvent, les règles du droit commercial s'appliquent sans difficultés au commerce électronique. Tel est le cas de celles concernant la publicité. Il est admis, par exemple, que les informations données sur un site internet doivent être exactes et complètes et que l'exploitant qui ne s'y conforme pas s'expose aux sanctions pénales frappant la publicité « de nature à induire en erreur »<sup>59</sup>. Toutefois, certaines règles peuvent être d'une mise en œuvre malaisée : ainsi, celle interdisant la publicité pour les boissons alcooliques en dehors des « lieux de vente »<sup>60</sup>, car elle implique de considérer un site internet comme une sorte de boutique virtuelle si l'on veut admettre que de tels produits puissent y être proposés aux consommateurs, ce dont on peut douter.

Quant au prix des produits ou services proposés, ils pourront être communiqués par le commerçant sur son site internet et, dans le commerce électronique comme dans le commerce traditionnel, le client pourra se prévaloir de la règle selon laquelle il ne peut être tenu de payer un prix autre que le prix affiché, quand bien même le commerçant se serait trompé sur le montant de ce dernier<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Il y avait quelques dispositions sur le nom de domaine dans la LSI, projet de loi ayant précédé la LCEN, notamment celle prévoyant qu'il s'agit d'une « ressource publique limitée » qui doit être « gérée dans l'intérêt général en garantissant des conditions d'accès objectives, transparentes et non discriminatoires », et V. C. Manara, Observation sur l'évolution des noms de domaine, D. 2001. 2958

<sup>58</sup> Au niveau international, ont été mises au point des règles permettant aux titulaires de marques ayant une certaine renommée de reprendre possession de noms de domaine accaparés de manière frauduleuse par des tiers, et donc de lutter contre ce qu'on appelle le « cybersquatting » : les règles UDRP, « Uniform Dispute Resolution System », peuvent être consultées sur le site de l'ICANN, <[www.icann.org](http://www.icann.org)>.

De nombreuses décisions ont été rendues sur le fondement de ces règles dans le cadre de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI/WIPO), que l'on peut consulter sur le site de cette institution ; l'OMPI a, récemment, établi une synthèse des solutions les plus souvent apportées par les *panels* qui ont rendu des décisions dans les litiges administrés par cette organisation, ce qui permet de se faire une idée plus précise de la procédure UDPR (« Wipo overview of Wipo panel views on selected UDPR questions », à consulter sur <[arbitrator.wipo.int/domains/search/overview/index.html](http://arbitrator.wipo.int/domains/search/overview/index.html)>).

<sup>59</sup> Art. L. 121-1 c. consom. ; et V. Rennes 31 mars 2000, D. 2000. AJ 358, obs. C. Manara, conditions de prêt figurant sur le site d'une banque, nécessité de mentionner le taux effectif global.

<sup>60</sup> Art. L. 3323-2 c. santé pub. c. consom.

<sup>61</sup> Sur cette règle, V. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juillet 1995, Bull. civ. I, n° 303, D. 1996. som. 11, obs. G. Plaisant, Rev. trim. dr. civ. 1995. 881, obs. J. Mestre, bague, erreur d'étiquetage, rejet de l'action en nullité pour absence

Les réseaux numériques offrent aussi de nombreuses possibilités pour les acteurs économiques d'intensifier la concurrence qu'ils se livrent. Mais la concurrence, tout comme dans le commerce traditionnel, ne doit pas y être déloyale<sup>62</sup>.

Or, les commerçants sont volontiers incités à utiliser des procédés électroniques prêtant à la critique<sup>63</sup>. À vrai dire, l'imagination est ici sans limites : afin de capter la clientèle d'un autre commerçant, on peut reproduire de manière cachée une marque ou tout autre signe distinctif lui appartenant dans les sources d'un site internet<sup>64</sup> ; on peut mettre en place un site internet dont le nom de domaine diffère du sien par une légère faute de typographie afin de profiter des erreurs de frappe<sup>65</sup> ; ou encore on peut réserver auprès d'un moteur de recherche une marque existante pour faire jouer un lien commercial qui oriente l'internaute vers des sites concurrents<sup>66</sup>. Les tribunaux sanctionnent régulièrement les pratiques malhonnêtes qui fleurissent ainsi sur les réseaux numériques.

Et, s'agissant de publicité comparative, les règles des articles L. 121-7 et s., c. consom., trouveront naturellement à s'appliquer au commerce électronique<sup>67</sup>. Celui-ci constitue d'ailleurs un terrain particulièrement propice à la comparaison des produits, des services et des prix étant donné les possibilités de recherche et de navigation qu'offre la technique. Mais il semble que les

---

de consentement et défaut de prix sérieux ; cette règle, cependant, peut être écartée dans certains cas, et V. Trib. inst. Strasbourg, 24 juillet 2002, D. 2003. 2434, note C. Manara, qui déboute l'acheteur d'un rétro-projecteur dont le prix affiché était dix fois inférieur au prix réel, en admettant qu'il y avait eu « erreur matérielle d'étiquetage informatique » sur le site du fournisseur, et pas de « consentement (de ce dernier) à vendre cet appareil à ce prix » : le juge conclut qu'« à défaut de consentement, la vente doit être déclarée nulle ».

<sup>62</sup> Sur la toile, comme dans le monde physique, le dénigrement est constitutif de concurrence déloyale, et V. la jurisprudence appliquant à l'internet les règles classiques en cas de dénigrement opéré sur un site, par ex., TGI Paris 9 juillet 2002, Comm. comm. électr. 2003, actu. p. 4.

<sup>63</sup> V. Déjà, condamnant la technique du « couponage » (ou « couponing ») consistant à distribuer à la caisse d'un supermarché des coupons de réduction d'achat pour des produits concurrents de ceux acquis par le consommateur, Com. 18 novembre 1997, Contrats concur. consom. 1998, comm. n° 15 par G. Raymond, et comm. n° 6 par L. Vogel.

<sup>64</sup> Pratique dite des méta-tags, et V. Paris 13 mars 2002, D. aff. 2003, som. 1030, obs. Y. Auguet.

<sup>65</sup> Pratique appelée le « typosquatting », sanctionnée par la jurisprudence, et V. Trib. gr. inst. Paris, référé, 10 avril 2006, inédit, aff. « Rue du commerce » : le « typosquatting » consiste à réserver un ou plusieurs noms de domaine proches d'un nom commercial, ou d'une marque existante, à une ou deux lettres près, de manière à profiter des erreurs de frappe des internautes trop pressés qui, ayant recherché un site mais s'étant trompé dans l'orthographe de son nom, se trouvent orientés vers des sites concurrents de ce dernier ; dans l'affaire « Rue du commerce », une société canadienne avait réservé comme noms de domaine « rueducommerc.com » et « rueducommrece.com » afin d'orienter des mauvais frappeurs vers les sites de Mistergooddeal, eBay, MultePass.

<sup>66</sup> La jurisprudence est de plus en plus sévère à l'égard des moteurs de recherches qui proposent à des entreprises de créer des liens promotionnels à partir de marques existantes pour orienter les clients vers leurs sites internet, et V. notamment, Paris, 28 juin 2006, GOOGLE c. Louis Vuitton Malletier, inédit, confirmant la décision du Tribunal de grande instance de Paris qui avait condamné GOOGLE pour contrefaçon, concurrence déloyale et publicité trompeuse du fait de la commercialisation des liens commerciaux constitués par des marques du groupe Louis Vuitton ; la cour a considéré que GOOGLE n'était pas un simple prestataire d'hébergement, assurant le stockage d'informations, mais une véritable régie publicitaire et ne pouvait bénéficier du régime de responsabilité allégée des hébergeurs ; et comme quoi le fait de proposer, pour déclencher des liens commerciaux, des mots dont certains correspondent à des marques ne répond pas aux usages loyaux du commerce, Trib. gr inst. Paris 12 juillet 2006, Gifam c. GOOGLE, Propr. Indust. 2006, comm. n° 73, par P. Tréfigny : les juges ont estimé que le moteur de recherche devait mettre en place un dispositif de contrôle *a priori* des mots-clés proposés.

<sup>67</sup> V. Par exemple, Trib. com. Paris, réf. 7 juin 2006, inédit, ordonnant la fermeture du site <quiestlemoinscher.com> mis en place par les centres Leclerc, étant donné le caractère trompeur et non vérifiable des critères de comparaison choisis, et V. La Tribune 8 juin 2006.

comparaisons entre produits ou services devraient être faites, respectivement, entre produits ou services fournis en ligne, ou entre produits ou services proposés dans le commerce traditionnel, les deux sortes de marchés devant être considérés comme distincts<sup>68</sup>.

**9.- Internet et réseaux de distribution.** Les professionnels ont rapidement perçu les possibilités qu'offrent les techniques de communication en ligne, et notamment de l'internet, pour améliorer leurs relations avec la clientèle et stimuler la commercialisation de leurs produits ou services<sup>69</sup>. Mais, assez rapidement, à l'intérieur des réseaux de distribution, des conflits ont surgi sur des questions touchant aux droits du promoteur du réseau de contrôler, voire d'interdire, l'utilisation de l'internet par les distributeurs comme outil de promotion ou vecteur de contrats. Dans ce cadre, en effet, deux sorte d'utilisation peuvent être faites d'un site internet : le commerçant peut se limiter à en faire une vitrine de son entreprise, en présentant les différents aspects de son activité et la gamme de ses produits ou services ; mais il peut également faire en sorte que, sur son site, les clients soient en mesure de passer une commande et d'en payer le prix.

L'articulation de ces potentialités avec le fonctionnement du commerce traditionnel n'est pas chose aisée. Très vite ont surgi des difficultés touchant à l'usage de la marque : dans les hypothèses où le contrat de distribution ne contenait rien de précis sur ce point, il a fallu décider si le distributeur était, ou non, en fondé à faire figurer la marque du fournisseur dans le nom de domaine de son site, et les juges ont eu tendance à estimer qu'un distributeur ne devrait pas pouvoir accaparer l'usage de la marque sur le réseau et priver, par là même, le fournisseur de la maîtrise de celle-ci<sup>70</sup>.

Au niveau communautaire, aucune règle n'est posée dans le règlement de 1999 sur les restrictions verticales, mais les lignes directrices de 2000, qui le complètent, comportent des précisions à ce sujet. Les préconisations qu'on y trouve sont favorables à l'utilisation la plus libre de l'internet comme outil de promotion et de commercialisation des produits ou services, que ce soit par le promoteur du réseau ou les distributeurs<sup>71</sup>. Même si l'on trouve en France des

---

<sup>68</sup> Il y a là un enseignement qu'on pourrait tirer de l'arrêt rendu par la Cour de Paris, le 23 juin 2006, FNAC et FNAC Direct c. Rue du commerce, Jurisdata n° 2006-310349, estimant que seul FNAC Direct, à l'exclusion de la FNAC, avait pas qualité pour agir contre l'exploitant du site « Rue du commerce », lequel avait procédé à une comparaison des prix de matériels High Tech proposés sur des sites internet : les juges ont considéré que la publicité critiquée concernait « le seul marché du commerce électronique ».

<sup>69</sup> V. D. Ferrier, La distribution sur l'internet, JCP E. 2000. suppl. n° 2, p. 14 s. ; La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006. 2594 ; F. Vanhaelen et Th. Verbiest, Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile, Comm. comm. électr. 2000. Chron. n° 13 ; N. Contis et G. Cordier, Les accords de distribution à l'épreuve de l'internet, JCP. 2001. I. 313 ; N. Castagnon, Internet et réseaux de distribution, Contrats. concurr. distrib. 2003. Chron. 10 ; J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ 2001, n° 11610-1.

<sup>70</sup> V. Trib. gr. Inst. Nanterre 20 mars 2000, D. 2000. AJ. 287, obs. C. Manara : le distributeur ne peut pas se réserver, par un nom de domaine, la marque « espace-sony » ; décision infirmée partiellement par Versailles 14 septembre 2000, inédit : mais l'interdiction pour le distributeur d'utiliser la marque du fournisseur dans son nom de domaine est maintenue.

<sup>71</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, n° 2000/C 291/01, JOCE du 13. 10. 2000, notamment parag. 51 : « Chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où la promotion ou les ventes via internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs. En général, le recours à internet n'est pas considéré comme une forme de vente active vers ces territoires ou à ces clientèles car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients. (...) Dans la mesure où un site sur internet n'est pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédés à un autre distributeur, par exemple en utilisant des bandeaux

décisions réticentes à laisser se développer ce nouveau mode de commercialisation<sup>72</sup>, la jurisprudence et la doctrine s'inscrivent majoritairement dans la philosophie adoptée au niveau européen : ainsi a-t-on admis que le promoteur d'un réseau de franchise est en droit d'exploiter lui-même un site internet et de vendre directement ses produits à des clients, quoi qu'ayant consenti des exclusivités territoriales à ses franchisés<sup>73</sup> ; et, symétriquement, on s'accorde à penser qu'il n'est pas loisible à un fournisseur d'interdire la vente de ses produits par internet<sup>74</sup>.

Toutefois, afin de préserver l'image du réseau et sa cohérence, le promoteur peut imposer certaines contraintes à ses distributeurs. On l'a souligné, la liberté de ceux-ci est loin d'être sans limites<sup>75</sup>. Le promoteur est en droit de les soumettre à diverses contraintes et, par exemple, au respect d'une charte graphique sur leur site. On a même pu estimer qu'il n'est pas contraire aux règles de concurrence que le fournisseur réserve la vente de ses produits par internet à des distributeurs agréés disposant d'une implantation matérielle, d'un magasin classique, et donc interdise de les commercialiser exclusivement en ligne<sup>76</sup>.

À l'extrême limite, il n'est pas invraisemblable que, pour certains produits ou services, on admette qu'ils ne soient distribués que dans des magasins traditionnels<sup>77</sup>. Mais cela devrait être justifié par des considérations objectives propres aux spécificités de la prestation concernée<sup>78</sup> et ne saurait avoir pour objectif de protéger le commerce traditionnel au détriment des nouvelles formes de commercialisation.

**10.- Commerce électronique et concurrence.** Tournant le dos à la tradition, les rédacteurs du nouveau code de commerce y ont intégré les règles de concurrence de l'ancienne ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 dans un Livre IV. En faisant ce choix, les codificateurs

---

publicitaires ou des liens dans les pages de fournisseurs d'accès visant spécifiquement la clientèle concédée, ce site n'est pas considéré comme une forme de vente active. En revanche, un message non sollicité, transmis par courrier électronique à des clients individuels ou à un groupe de clientèle déterminé, est considéré comme une vente active. (...) Le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet à des fins de vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. (...) L'interdiction catégorique de vendre sur internet ou sur catalogue n'est admissible que si elle est objectivement justifiée. Quoi qu'il en soit le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet ».

<sup>72</sup> V. Versailles 2 décembre 1999, aff. Pierre Fabre, D. 2000. AJ. 92, estimant que la vente en ligne ne permettait pas de donner au client les conseils souhaitables et dépréciait l'image de marque du réseau, et infirmant Trib. Pontoise, 15 avril 1999, D. aff. 1999, n° 166, p. 992, qui avait jugé que rien dans le contrat n'interdisait la vente sur internet.

<sup>73</sup> V. Com. 14 mars 2006, aff. Flora Partner, D. 2006. 1901, note H. Kenfack, Comm. comm. électr. Juin 2006, comm. n° 98, note C. Chabert, comm. n° 99, note H. Lécuyer, cassation, estimant que l'ouverture d'un site internet de vente de ses produits par un franchiseur ne viole pas l'exclusivité territoriale du franchisé car le site ne constitue pas un instrument de vente active dans le territoire concédé au franchisé.

<sup>74</sup> V. Didier Ferrier, La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, précité, n° 7, qui distingue clairement la commercialisation sur internet par le promoteur et par le distributeur et déclare, à propos de cette seconde hypothèse : « la liberté de distribuer sur internet est... reconnue au distributeur ».

<sup>75</sup> V. Didier Ferrier, La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, précité, n° 8.

<sup>76</sup> Conseil de la concurrence, 24 juillet 2006, aff. n° 06-D-24, distribution des montres commercialisées par Festina France (décision n° 83) ; le Conseil, par ailleurs, a estimé justifié que le fabricant soumette dans ses modèles de contrat la publicité non tarifaire de ses revendeurs à son autorisation préalable (décision n° 88) et que la même exigence soit posée pour la création de liens publicitaires avec des sites marchands ou non marchands, à l'exception de ceux résultant d'un simple référencement par des moteurs de recherche, opérant de manière automatique (décision n° 91), la justification étant que ces contrôles reposent « sur le souci légitime de protéger la renommée de la marque et du réseau » (décision n° 90 et 92).

<sup>77</sup> V. Didier Ferrier, La distribution sur internet dans le cadre d'un réseau, précité, n° 9.

<sup>78</sup> Il pourra s'agir, par exemple, de médicaments, et V. sur ce point, supra n° 4.

abandonnaient l'ancienne conception d'un code des commerçants et des actes de commerce, pour consacrer la conception moderne d'un « code des entreprises ». On sait, en effet, que le droit de la concurrence s'applique aux entreprises, qu'elles soient privées ou publiques, et qu'il régit des rapports entre professionnels. Aussi bien convient-il de concentrer l'attention à cet égard sur les aspects « Business to Business » (ou « B to B »)<sup>79</sup> du commerce électronique, et donc sur le commerce électronique entre professionnels.

C'est avec la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises que le commerce électronique a fait son entrée dans les règles de concurrence du Livre IV du code de commerce, plus précisément dans le nouvel article L. 442-10, destiné à encadrer les enchères inversées à distance, et notamment celles réalisées par voie électronique<sup>80</sup>. À la date où ce texte a été adopté, il constituait la première et la seule règle de concurrence directement applicable au commerce électronique<sup>81</sup>. Ce rattachement est logique car les enchères électroniques inversées trouvent leur place naturelle dans le fonctionnement des places de marché et celles-ci, en l'absence de dispositions spéciales, soulèvent des questions qui relèvent des règles générales du droit de la concurrence. À leur tour, d'ailleurs, les questions soulevées par les places de marché s'insèrent dans la problématique plus générale de la liberté du commerce électronique et de ses limites.

Les enchères électroniques inversées constituent un modèle idéal de concurrence puisqu'elles permettent à un demandeur d'un produit ou d'un service de mettre en concours, à distance et de façon simultanée, des offreurs de ce produit ou service<sup>82</sup>. La mise en concurrence des offreurs aboutit, à qualité égale, à l'abaissement du prix, que l'enchère inversée met en évidence. Elle est un facteur de réduction des coûts de transaction, de rapidité des décisions et de diversification des offres. Mais comme toute situation de concurrence, elle est exposée à des pratiques anticoncurrentielles, ou à des pratiques restrictives<sup>83</sup>, ce qui peut expliquer la présence de règles de concurrence spécifiques. Telle est la justification du nouvel article L. 442-10 qui, dans un souci d'assurer la transparence et de proscrire les discriminations, précise quelles sont les informations qui doivent figurer dans l'offre et impose la révélation, à la demande de tout participant à l'enchère, de l'identité du candidat retenu à l'issue du processus<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> Sur la distinction entre le « C to C », le « B to C » et le « B to B », V. supra n° 4.

<sup>80</sup> La loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, art. 52, a également modifié la disposition pénale de l'article L. 443-2 du code de commerce en ajoutant la précision « notamment à l'occasion d'enchères à distance » ; elle a également introduit dans l'art. L. 442-6, I, 5°, à propos de la rupture brutale des relations commerciales, un délai de préavis double, en cas de « mise en concurrence par enchères à distance » ; bien que ces textes ne citent pas nommément le commerce électronique, on peut penser que celui-ci est visé dans l'expression « d'enchères à distance ».

<sup>81</sup> Sur ce texte, V. N. Genty et J. Huet, Les enchères électroniques « inversées » encadrées par la loi, *Contrats concur. consom.* 2005 *Etud.* n° 22 ; et N. Genty, J. Huet et A. Dumont-Tricot, *Com. com. électr.* 2006. *Etud.* n° 13 ; V. aussi, A. Condomines, *Petites affiches* 2003, n° 216 ; E. Claudel, *RTD Com.* 2006/1, p. 6.

<sup>82</sup> Plus précisément, les enchères électroniques inversées permettent à une entreprise, demandeuse de produits ou services, de mettre en concurrence plusieurs fournisseurs, qui, à partir d'un prix de départ correspondant à un maximum (ou sans même qu'un maximum soit fixé), enchérissent à la baisse. À l'issue de l'enchère, le marché est attribué à l'enchérisseur le moins coûtant, ou le mieux disant en fonction de critères qui ne sont pas seulement celui du prix.

<sup>83</sup> Au sens de l'obligation de concurrence et des pratiques restrictives visées par le titre IV du livre IV du code de commerce.

<sup>84</sup> L'art. L. 442-10, tout en reconnaissant implicitement la licéité du procédé, vient lui donner un cadre juridique : d'une part, il déclare nul le contrat de fourniture conclu à l'issue de l'enchère lorsque celle-ci ne respecte pas un certain nombre d'exigences (communication préalable des conditions de fonctionnement, révélation finale de l'identité du gagnant à ceux qui le demandent, enregistrement du déroulement des enchères...) et, d'autre part, il interdit de recourir à ce procédé pour certains produits agricoles ou alimentaires.



Il ne s'agit pourtant que d'une législation *a minima* et l'on peut se demander si le code de commerce ne devrait pas contenir des dispositions plus complètes et plus précises. Bien que l'article L. 442-10 n'y fasse pas allusion, les enchères inversées peuvent être faussées par des pratiques anticoncurrentielles d'entente ou d'abus de position dominante. Les commentateurs de la loi nouvelle sont restés généralement assez vagues sur ce point<sup>85</sup>. Or, sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles, deux sortes de réflexions peuvent être faites.

**11.- Spécificité des enchères « acheteur ».** Il convient, tout d'abord, de souligner qu'on doit laisser une large latitude d'action au demandeur de produits ou services. Le Conseil de la concurrence rappelle fréquemment que « le libre choix de l'acheteur est l'un des ressorts majeurs de la concurrence et le principal moyen par lequel le commerce stimule, chez les producteurs, la productivité, l'amélioration de la qualité des produits et des services ainsi que l'abaissement des prix »<sup>86</sup>. Envisagée du côté du demandeur, les notions d'abus de position dominante, d'abus de dépendance d'achat ou même, semble-t-il, de discrimination, devrait donc être interprétée de façon particulièrement restrictive.

En revanche, du côté des offreurs, l'expérience des multiples distorsions de concurrence auxquelles donnent lieu, de la part des enchérisseurs, les procédures d'appel d'offres dans les marchés publics ou privés, justifierait l'introduction de règles spéciales destinées à prévenir les comportements collusoires des offreurs, comme les échanges d'information, les partages de marché, les offres de couvertures, ou la dissimulation des offres conjointe en vue de tromper le demandeur.

Toutefois, en admettant qu'il faille édicter des règles spécifiques de concurrence, encore faut-il se demander dans quelle mesure elles devraient être propres aux enchères électroniques, ou, en d'autres termes, s'il convient de distinguer celles-ci des enchères à distance en général. L'article L. 442-10, quant à lui, ne fait pas la distinction et vise toutes sortes d'enchères inversées à distance. Il s'applique aux autres modes de communication à distance, comme le téléphone, la télécopie, la visiophonie ou encore le courrier postal<sup>87</sup>. Mais on ne saurait méconnaître que les enchères, lorsqu'elles empruntent la voie électronique, posent des problèmes spécifiques, ne serait-ce qu'en raison de l'immédiateté et de la rapidité du processus de décision.

Une autre réflexion qui s'impose a trait à la place des différentes enchères dans le code de commerce. Actuellement, l'articulation entre les articles L. 320-1 et s., relatifs aux ventes aux enchères publiques en général, qui font l'objet d'un titre II dans le livre III, et l'article L. 442-10, contenu dans le livre IV, qui ne concerne que les enchères inversées, n'est ni claire ni cohérente. Apparemment, en l'état des textes, le titre II, intitulé « Des ventes aux enchères publiques » ne s'applique pas aux enchères inversées, qui sont des enchères à l'achat, si bien que l'article L. 320-1, selon lequel « nul ne peut faire des enchères publiques un procédé habituel de l'exercice de son commerce », et qui rend obligatoire l'appel à un intermédiaire spécialisé et légalement habilité pour y procéder, n'a pas lieu de jouer en la matière<sup>88</sup>.

Ainsi, le phénomène des enchères inversées met-il clairement en lumière qu'en droit français, l'achat, considéré en lui-même indépendamment de la revente, n'est pas un acte de commerce par nature et que le fait de procéder de façon habituelle à des achats ne constitue pas une activité commerciale, ou encore « l'exercice (d'un) commerce » au sens de l'article L. 320-1 c. com. Et cette observation est en harmonie avec l'affirmation du Tribunal de première

---

<sup>85</sup> Et V. les références citées, supra, même numéro.

<sup>86</sup> V. notamment, Conseil de la concurrence, décision 05-D-62 du 10 novembre 2005, rendue à propos de la centrale de référencement *Lucie*.

<sup>87</sup> V. N. Genty et J. Huet, *Contrats concurr. consom.* 2005 Etud. n° 22, précités, p. 9.

<sup>88</sup> En ce sens, N. Genty et J. Huet, *Contrats concurr. consom.* 2005. Etud. n° 22, précités.

instance des Communautés européennes selon laquelle « l'activité d'achat ne doit pas être considérée en elle-même comme une activité économique »<sup>89</sup>.

Dès lors la question se pose de savoir s'il ne faut pas concevoir un régime propre aux enchères à l'achat, qui soit distinct des règles de concurrence, à l'image de ce qui existe pour les ventes aux enchères publiques. Et, symétriquement, on peut se demander pourquoi les ventes aux enchères publiques ne font pas l'objet de règles de concurrence spéciales, à l'image de celles que l'article L. 442-10 consacre aux enchères inversées<sup>90</sup>.

**12.- Concurrence et places de marché.** Les enchères inversées constituent l'une des applications d'un phénomène plus vaste que l'utilisation des nouvelles technologies de l'information a suscitées dans les rapports entre professionnels qu'on appelle les « places de marché ». Il s'agit de plates-formes d'échange, dans le commerce « B to B », où se rencontrent des entreprises vendeuses et des entreprises acheteuses, les premières ouvrant leur catalogue sous forme électronique et trouvant l'opportunité de toucher un large nombre de clients, et les secondes pouvant à loisir comparer les propositions qui leur sont faites et sélectionner les meilleurs produits ou services<sup>91</sup>. Elles sont un « carrefour d'affaires..., lieu de transaction en ligne sur lequel se rencontrent l'offre et la demande »<sup>92</sup>. Les relations qui s'établissent par ce biais ne sont pas sans soulever des difficultés, notamment sous l'angle de la concurrence.

Un exemple déjà ancien d'encadrement juridique de telles situations peut être trouvé dans la réglementation que la Communauté européenne a mise au point, à la fin des années 1980 et remodelé dans les années 1990, à propos des « systèmes informatisés de réservation pour les services de transport aérien », comme *Amadeus*<sup>93</sup>. L'objectif y est de poser un certain nombre de règles pour éviter que l'information mise à la disposition des passagers potentiels par le biais de ces systèmes ne soit biaisée et qu'il ne se produise des distorsions de concurrence entre compagnies aériennes. Un certain nombre d'obligations ont donc été mises à la charge des exploitants de ces systèmes afin d'assurer la transparence de l'information et la non-discrimination entre les offres : l'exploitant doit donner à tout transporteur la possibilité d'accéder aux fonctionnalités de distribution du système dans des conditions d'égalité et de non-discrimination (art. 3) ; un transporteur associé à l'exploitation d'un système ne peut exercer de discrimination à l'égard d'un système concurrent (art. 4) ; les moyens de chargement et de transmission des informations sont mis à la disposition des tous les transporteurs sans discrimination (art. 6) ; les affichages d'informations disponibles, notamment pour les transactions individuelles doivent être clairs et non discriminatoires (art. 7) ; les informations, notamment statistiques, sur la commercialisation, les réservations et les ventes doivent être fournies sur une base d'égalité (art. 8) ; un transporteur ne saurait lier un « abonné » - par

---

<sup>89</sup> TPICE, 4 mars 2003, FENIM, aff. T-319/99, Rec., p. II-357.

<sup>90</sup> On pourrait même aller plus loin et renoncer à conserver un double corps de règles, le régime général dans le Livre III, et les règles de concurrence dans le Livre IV, en considérant que les enchères électronique étant par nature une forme quasi-parfaite de concurrence, leur régime juridique est inséparable des règles de concurrence du Livre IV, ce qui devrait conduire à leur consacrer un seul corps de règles.

<sup>91</sup> Plates-formes à distinguer, donc, de celles orientées vers les échanges entre particuliers, et sur la distinction entre « B to B » et « C to C », V. supra, n° 4 et s.

<sup>92</sup> L. Vogel, Les places de marché et le droit, in Internet et concurrence, Atelier de la DGCCRF du 14 mars 2001, Rev. concur. et consom., mai-juin 2001, p. 9, qui distingue notamment les plates-formes entre concurrents comme *Covisint* (dans le domaine de l'industrie automobile) et les plates-formes entre non-concurrents.

<sup>93</sup> Règlement du 22 décembre 1993, concernant l'application de l'article 85 (devenu art. 81) §3 du traité à des catégories d'accords entre entreprises portant sur des systèmes informatisés de réservation pour les services de transport aérien, et V. le Code de la communication, précité, p. 66 ; *adde*, sur ce sujet, le rapport un Sénat du 19/08/1997.

exemple, une agence de voyages - à l'utilisation de son système par un mécanisme de commissions et ne doit pas imposer de contrat d'exclusivité (art. 10 et 11).

Et l'on a pu envisager que ces contraintes puissent être étendues à d'autres modes de transport, dont la commercialisation se fait principalement à l'aide de moyens de communication en ligne, en particulier le transport ferroviaire<sup>94</sup>.

Ces systèmes de réservation, qui font ainsi l'objet d'une réglementation sectorielle, sont proches des places de marché accessibles par les réseaux numériques, mais ceux-ci, faute d'encadrement spécifique, apparaissent comme des nébuleuses aux contours et au contenu mal définis. Etant le plus souvent créées à l'initiative de plusieurs fournisseurs ou de plusieurs acheteurs, elles sont volontiers qualifiées « d'entreprises communes »<sup>95</sup> et les questions de concurrence qu'elles peuvent poser ont certes été recensées<sup>96</sup>. Cependant, leur réalité n'est pas suffisamment établie pour qu'on puisse envisager de formaliser dans des textes particuliers les règles qui leur sont applicables<sup>97</sup>. À la pratique des affaires et, en cas de litige, à la jurisprudence revient la tâche de leur appliquer les règles du droit commun de la concurrence. On l'a souligné, les autorités de concurrence en sont encore à cet égard « au stade de l'apprentissage »<sup>98</sup>. Si les solutions dégagées apparaissent originales, il sera possible de concevoir des règles de concurrence spécifiques à la matière.

À la phase d'engouement et de développement des places de marché électroniques, dans les années 1990, a succédé une période de régression, marquée par la disparition de nombreuses places, aussi bien généralistes que sectorielles. À l'enthousiasme des premières années et aux illusions initiales, ont succédé le moment de la raison et une phase de consolidation<sup>99</sup>. Il faut sans doute en chercher la cause dans la réticence des opérateurs, qui subissaient le double inconvénient d'avoir à payer les frais de fonctionnement de la place de marché et de rendre publiques leurs conditions de vente.

---

<sup>94</sup> V. en sens le rapport du Sénat du 19/08/1997, qui évoque l' « extension du champ d'application du règlement (communautaire) aux services ferroviaires, le consommateur disposant maintenant d'une solution de substitution concurrentielle aux transports aériens pour les voyages de 300 à 800 km » et déclare que « cette mesure permettrait au voyageur de comparer les services aérien et ferroviaire qui sont généralement distribués via des canaux distincts ».

<sup>95</sup> L. Vogel, Les places de marché et le droit, précité, p. 9.

<sup>96</sup> V. Internet et concurrence, Atelier de la DGCCRF du 14 mars 2001, Rev. concur. et consom., mai-juin 2001, avec les interventions de MM. L. Benzoni, L. Vogel, G. Dang N'Guyen, D. Ferrier et J. Gallot ; V. Jaunet, Les places de marché électroniques au regard du droit de la concurrence, Mémoire DJCE-DESS, Montpellier, 2001 ; *adde*, La concurrence dans la société de l'information, Journée en l'honneur de J.-B. Blaise, éditions Panthéon-Assas, 2002.

Plusieurs places de marché ont fait l'objet de décisions d'autorités de la concurrence, qui les ont approuvées au regard du droit des concentration ou de celui des ententes : ainsi la plate-forme *myaircraft.com* (décision de Commission européenne du 7 août 2000), la plate-forme *Covisint* (décision du Bundeskartellamt du 25 septembre 2000), et V. L. Vogel, précité, p. 9.

<sup>97</sup> En 2004, la Commission européenne elle-même avouait sa méconnaissance des effets réels des places de marché ; elle décidait de lancer une étude « pour contribuer à un débat de politique sur la nécessité d'une harmonisation européenne des dispositions juridiques pertinentes » et annonçait la création d'un groupe d'experts juridiques sur les marchés électroniques inter-entreprises, V. la Communication de la Commission « Renforcer la confiance dans les marchés électroniques inter-entreprises », documents SEC (2004)930 et COM(2004)479 final et l'avis du Comité économique et social européen sur cette communication, JOCE. L 255 du 14.10.2005, p. 29.

<sup>98</sup> L. Vogel, Internet et concurrence, Atelier du 14 mars 2001, précité, introduction p. 6.

<sup>99</sup> V. par ex., Les places de marché après le grand nettoyage, <[www.01net.com/article/3043](http://www.01net.com/article/3043)>.

Les choses s'étant en quelque sorte décantées, on peut aujourd'hui distinguer deux grandes catégories de places de marchés électroniques, qu'on est tenté de nommer, faute de mieux, les places de marché « ouvertes » et les places de marché « fermées »<sup>100</sup>.

**13.- Places de marché « ouvertes ».** Les places de marché électroniques que l'on peut qualifier d'« ouvertes » s'adressent à un nombre indéterminé d'entreprises, intéressées par les négociations qui s'y déroulent. Cela ne signifie pas nécessairement que l'adhésion à la plateforme ne soit pas soumise à certaines conditions, par exemple des conditions de spécialisation professionnelle ou de surface financière. Mais tous les fournisseurs ou tous les acheteurs qui remplissent ces conditions peuvent avoir accès à la plateforme. Par ailleurs, d'un point de vue technique, ces places de marché s'appuient sur une structure de réseau du type de celui du réseau public, même si certains protocoles de sécurité y sont mis en œuvre.

Les places de marché ouvertes sont généralement des places dites « horizontales », sur lesquelles se négocient des biens non stratégiques, accessoires à l'activité des entreprises participantes (matériel de bureau, ressources d'énergie, pièces détachées courantes), ou des services divers. Sur ces marchés, se rencontrent non seulement des offres et des demandes, donnant lieu à négociation et se dénouant par une opération ferme, mais aussi des informations, de la publicité ou des services d'assistance à la vente. Qu'elles soient créées et gérées par un tiers indépendant ou par de grandes entreprises fondatrices, qui sont généralement parties prenantes aux négociations, ces places de marché électroniques ouvertes constituent ce que les économistes appellent un « bien public et collectif », devant être à la disposition de tous<sup>101</sup>. Elles suscitent, pourtant, des préoccupations particulières au regard des pratiques anticoncurrentielles.

Tout d'abord, elles soulèvent un problème d'égalité à l'accès. Car il existe un fort risque de discrimination, surtout si la place de marché est gérée par des concurrents de ceux qui souhaiteraient y adhérer. La question est classique et elle se pose depuis longtemps à propos des conditions d'entrée dans les associations et les syndicats d'entreprises. Le droit de la concurrence enseigne que, pour ne pas contrevenir à l'interdiction des ententes, les conditions d'accès doivent être objectives, appliquées de façon non discriminatoire, justifiées et proportionnée à l'objectif visé<sup>102</sup>. Le risque de discrimination, toutefois, est certainement augmenté par la facilité et la rapidité d'accès propres aux communications électroniques. Dès lors, il pourrait être justifié de formaliser dans le code de commerce, dans un chapitre propre aux places de marché électroniques, les règles d'accès aux places ouvertes. Parmi les conditions prohibées, pourraient notamment figurer les clauses d'exclusivité, interdisant à un participant d'adhérer à une autre place de marché.

Une autre préoccupation propre aux places de marché ouvertes est celle de leur taille. Ce qu'on appelle volontiers « l'effet de réseau »<sup>103</sup> contraint les opérateurs à rechercher la taille critique, en dessous de laquelle la place n'est pas suffisamment rentable. Cette course à la grande taille conduit inmanquablement à la concentration des places qui, elle-même, porte en germe des risques majeurs : l'apparition de positions dominantes, les entreprises étant tentées d'abuser de leur puissance et, à la limite ultime, la formation d'une « facilité essentielle » (ce qui renvoie à la question de l'accès...).

---

<sup>100</sup> On trouve dans la littérature d'expression française des études de valeur, mais qui portent sur des aspects particuliers des places électroniques ; il manque encore une étude juridique générale et approfondie ; de ce fait, la terminologie propre à ce secteur est encore hésitante.

<sup>101</sup> L. Benzoni, Internet et concurrence, Atelier du 14 mars 2001, précité, p. 8.

<sup>102</sup> Et, en ce sens, V. L. Vogel, Les places de marché et le droit, précité, p. 11.

<sup>103</sup> V. L. Vogel, Les places de marché et le droit, p. 11 ; on entend par là le fait que plus le nombre de participants est élevé, plus la place est attrayante pour les nouveaux entrants : cet effet de réseau est bien connu dans des secteurs comme celui des télécommunications, et il mériterait sans doute une analyse économique spéciale dans le cas des places de marché électroniques.

Une dernière question, propre aux places électroniques ouvertes, est celle de la formation d'une position dominante au sein même de la place de marché. Mais pour que la question se pose, il faut que la place de marché constitue un marché en soi. Cette hypothèse est-elle envisageable ? Il est difficile de le dire, tant les conditions d'existence d'un marché relèvent de l'étude au cas par cas. Le critère de substituabilité est évidemment décisif. Il faut examiner s'il existe des services voisins, substituables ou non aux produits ou services qu'offre la plateforme. Les autorités de concurrence ont, pour l'instant, tendance à penser que la place de marché ne constitue pas un « marché » en soi, dès lors qu'il est possible de se procurer des produits ou services dans le commerce traditionnel, et que l'internet n'est qu'un « mode de distribution parmi d'autres »<sup>104</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'expérience montre que les phénomènes de domination (autres que les opérations classiques de concentration) se laissent difficilement enfermer dans des règles de droit écrit. On répondra peut-être que le droit communautaire et certains droits étrangers comportent des lignes directrices répertoriant les principaux types de restrictions de concurrence. Mais ces lignes directrices, qui sont destinées plus aux autorités de contrôle qu'aux entreprises, ne présentent ni la précision ni la certitude qui caractérisent la prévisibilité la règle de droit, du moins dans les pays de tradition romano-germanique.

**14.- Places de marché « fermées ».** À l'opposé, les places de marché électroniques qu'on peut appeler « fermées » comportent un nombre limité et déterminé d'entreprises participantes, identifiées *a priori*. Elles s'apparentent plutôt à des sociétés de personnes. Et elles excluent le libre accès des tiers.

Ces places de marché s'appuient sur des structures de réseau de type privé (lignes louées, réseau privé virtuel). Elles sont le plus souvent des places dites « verticales », c'est-à-dire sur lesquelles se négocient des biens stratégiques, formant le cœur de l'activité des entreprises participantes (pièces essentielles d'une fabrication, production des sous-traitants). Elles ont une fonction précise, notamment une fonction logistique de fourniture et d'approvisionnement, selon des procédures formalisées. Gérées par un ou plusieurs grands acheteurs, ou par un ou plusieurs grands fournisseurs, parties prenantes à la négociation, ces places de marché fermées constituent, à l'inverse des places ouvertes, des « biens privés »<sup>105</sup>. Elles suscitent, au regard du droit de la concurrence, des préoccupations différentes de celles que soulèvent les places ouvertes.

De fait, les places électroniques fermées ne devraient pas poser de questions relatives à leur accès, du moins quant à l'application du droit des ententes. C'est l'*intuitus personae* qui commande le recrutement des adhérents, de sorte que la liberté contractuelle qui préside à la constitution du groupement ne doit pas être entravée par une règle de non-discrimination. Cependant, le risque de discrimination réapparaît si le groupement ou ses membres occupent une position dominante, individuelle ou collective. La situation n'est pas forcément fréquente, mais l'hypothèse n'est pas à négliger. Si la place de marché fermée atteint une importance et une efficacité telles que les concurrents sont pratiquement contraints de passer par elle, le refus d'accès discriminatoire constituerait un abus de position dominante.

La question de l'accès étant mise de côté, les places fermées suscitent deux ordres de préoccupations d'importance inégale au regard du droit de la concurrence, concernant le droit des concentrations, d'une part, et le droit des ententes, d'autre part.

Sous l'angle de la concentrations, la constitution de la place de marché électronique fermée ne soulèvera pas de difficulté majeure au plan des principes. Si la plateforme, quelle qu'en soit la forme juridique, société ou simple *joint venture*, apparaît comme une entreprise de

---

<sup>104</sup> V. les exemples cités par L. Vogel, Les places de marché et le droit, précité, p. 10 et s., notamment celui de *Covisint*, contrôlé par les autorités américaine, communautaire et allemande.

<sup>105</sup> L. Benzoni, Atelier du 14 mars 2001, précité, p. 8.

plein exercice, exerçant toutes les fonctions d'une entreprise autonome, sa constitution, avec les restrictions de concurrence accessoires et nécessaires l'accompagnant, sera généralement considérée comme acceptable au regard droit des concentrations, communautaire ou national selon les seuils de contrôlabilité. L'analyse du marché en cause constitue le point de passage obligé. Mais comme, dans la grande majorité des cas, la place de marché prendra la forme d'une entreprise commune coopératrice, dépendant de plusieurs sociétés-mères ou co-fondatrices, et n'assurant qu'une seule fonction économique de négociation, d'achat ou de vente, elle relèvera exclusivement du seul droit des ententes.

**15.- Places « fermées » et ententes.** Du point de vue du droit des ententes, la place de marché électronique fermée – qu'il s'agisse de sa création ou de son fonctionnement – soulève des questions plus épineuses.

La première concerne la coordination des forces d'achat ou de vente des entreprises membres de la place de marché. Le groupement opéré par l'intermédiaire de la plate-forme, pourrait être considéré comme contrevenant à l'interdiction des ententes. Tout dépend de la force d'achat ou de vente des entreprises qui opèrent sur la place de marché. Les données extrinsèques jouent ici un rôle essentiel : détermination du marché pertinent, concentration du marché et part de marché cumulé des entreprises opérant sur la place. On se réfèrera aux lignes directrices de la Commission européenne sur les accords horizontaux de coopération<sup>106</sup>. Le principe directeur est que la force des achats ou des ventes groupées ne doit pas induire un effet de forclusion du marché et exclure les entreprises étrangères à la place de marché. Les accords d'achat en commun sont considérés de façon plus favorable que les accords de vente. Et le Conseil de la concurrence devrait retenir des solutions semblables<sup>107</sup>. Mais tout est question d'espèce, appréciée au cas par cas.

La deuxième question est relative aux clauses d'exclusivité et de non-concurrence qui seraient souscrites par les entreprises membres de la place de marché. Bien que les clauses d'exclusivité ne soient pas, en elles-mêmes, condamnées par le droit de la concurrence, la prudence s'impose. Dans le cadre des groupements d'achat, en effet, la jurisprudence condamne les clauses imposant une exclusivité de clientèle et exige que les adhérents aient la possibilité de pouvoir s'approvisionner en dehors du groupement, ou même de pouvoir adhérer à un autre groupement<sup>108</sup>. Il semble donc que les acheteurs membres de la place de marché doivent avoir la possibilité de s'approvisionner en dehors de celle-ci.

Enfin, une troisième question se pose qui concerne les échanges d'informations entre entreprises concurrentes, qu'elles soient ou non membres de la place de marché. La confidentialité des informations concernant les prix, ainsi que les conditions de vente, à l'égard des entreprises tierces, est généralement assurée par la protection des réseaux de communication au moyen desquels opère la place de marché. Les places fermées n'opèrent pas sur des réseaux accessibles au public, mais sur des réseaux privés, dont la sécurité est assurée par des codes

---

<sup>106</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, JOCE n° C 003 du 06/01/2001, p. 2 à 30.

<sup>107</sup> Le Conseil de la concurrence depuis sa décision 00-D-82 du 26 février 2001, confirmée par la Cour d'appel de Paris le 7 mai 2002, considère que le règlement 2790/99 sur les accords verticaux constitue pour l'application du droit interne un « guide d'analyse utile » dans le cadre de l'application du droit interne ; et V. aussi décisions 05-D-18, 05-D-32 et 05-D-48.

Le Conseil applique donc par analogie les dispositions de ce règlement même lorsqu'il est saisi d'un accord qui n'est pas susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, ou lorsque le seuil de marché de 30 %, condition générale de l'exemption, est dépassé ; on peut également par analogie appliquer la doctrine aux lignes directrices de la Commission concernant les accords de spécialisation ou de recherche et développement, et les lignes directrices sur la coopération horizontale qui les accompagnent..

<sup>108</sup> V. L. Vogel, Les places de marché et le droit, précité, p. 12.

d'accès confidentiels. La question de la confidentialité des informations se pose plutôt pour les concurrents, membres de la place électronique. Des précautions s'imposent alors, qui peuvent passer par la spécialisation des personnels chargés de la gestion de la plate-forme et par la signature d'engagements de confidentialité. À la limite, l'existence même de la place de marché fermée pourrait être mise en cause, si elle recouvre un marché oligopolistique étroit, à l'intérieur duquel toute communication d'informations sur les prix est prohibée par les autorités de concurrence.

On perçoit ainsi qu'il est difficile de dégager des principes de droit de concurrence spécifiques aux places de marché électroniques qui pourraient prendre la forme de règles codifiées. Les règles qui doivent jouer sont celles de l'accès aux marchés ouverts, du régime des clauses d'exclusivité et de non-concurrence et de la confidentialité à l'intérieur des places de marché fermées. Mais il n'en est pas moins envisageable que les développements futurs du commerce électronique, une meilleure connaissance de ses modalités de fonctionnement, ainsi qu'un perfectionnement des techniques contractuelles, justifient à l'avenir l'élaboration d'un droit spécial de la concurrence.

**15.- Perspectives de codification.** En fin de compte, le commerce électronique fait l'objet de règles nombreuses et suscite une jurisprudence abondante. Les règles ainsi posées sont, dans leur immense majorité, extérieures au code de commerce (loi pour la confiance dans l'économie numérique, autres codes...). Quant à la jurisprudence, elle a dû le plus souvent mettre en œuvre, ou adapter les règles générales du droit commercial (code de commerce, droit de la concurrence...). Cet encadrement du commerce électronique par le droit commun régissant les activités commerciales invite à penser que, réciproquement, les règles spéciales qui lui ont été consacrées devraient être intégrées dans le code de commerce.

Il est vrai, comme on a pu l'observer, que la définition donnée au commerce électronique par la LCEN en 2004 est trop large pour y être reprise en tant que telle<sup>109</sup>. Mais elle pourrait être transposée dans le code de commerce si elle était restreinte à l'activité par laquelle un « professionnel » propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Cela n'interdirait pas de maintenir dans la LCEN une définition plus large de son champ d'application et de la laisser, pour certaines des règles qu'elle pose, s'appliquer à de simples particuliers pouvant, eux aussi, proposer des produits ou services sur l'internet.

Dans la foulée, on pourrait faire sortir du Code civil, où il n'a pas vraiment sa place, et intégrer au code de commerce l'article 1369-4 qui dispose que « quiconque propose à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction »<sup>110</sup>, et qui impose au professionnel de donner au client un certain nombre d'informations quant au déroulement du processus contractuel (étapes à suivre, corrections des erreurs, archivage des contrats...).

On pourrait saisir aussi l'occasion de réformer l'art. 15 de la LCEN en restreignant la « responsabilité globale » de celui qui exerce une activité de commerce électronique aux seuls professionnels. Cette responsabilité est imposée par la loi à toute personne qui propose ou assure à distance par voie électronique des produits ou services et l'on comprend aisément qu'elle soit trop lourde pour de simples particuliers<sup>111</sup>. D'ailleurs, dans l'art. L. 121-20-3 introduit par l'art. 15 de la LCEN dans le code de la consommation, elle est expressément

---

<sup>109</sup> V. supra n° 4.

<sup>110</sup> Sur ce texte, et les critiques qu'il peut susciter en ce qui concerne l'opposabilité des conditions contractuelles ainsi mises à la disposition du public, V. J. Huet, *Le Code civil et les contrats électroniques*, précité, n° 21.

<sup>111</sup> V. supra n° 5.

limitée aux « professionnels »<sup>112</sup>. La responsabilité du professionnel à l'égard de ses clients, consommateurs ou non, pourrait, sous cette forme restreinte, figurer dans le code de commerce, et être reprise pour ce qui est des rapports avec les consommateurs dans le code de la consommation pris, comme on dit, en tant que code « suiveur ».

**16.- Liberté du commerce électronique.** Nul doute aussi que, si l'on devait conserver l'article 16 de la LCEN, c'est dans le code de commerce que devrait figurer cette disposition aux termes de laquelle « l'activité (de commerce électronique) s'exerce librement sur le territoire national », avec les limites posées par l'art. 16 de cette loi, qui prévoit que l'autorité administrative peut adopter des mesures la restreignant « lorsqu'il est porté atteinte ou lorsqu'il existe un risque sérieux et grave au maintien de l'ordre et de la sécurité publics, à la protection des mineurs, à la protection de la santé publique, à la protection de la défense nationale ou à la protection des personnes physiques qui sont des consommateurs »<sup>113</sup>.

Il conviendrait, d'ailleurs, de se demander s'il existe effectivement un principe de « liberté du commerce électronique » et, dans l'affirmative, de méditer sur sa portée. Certes, la directive de 2000 favorise la conclusion de contrats par voie électronique, mais elle déclare, dans son article 1<sup>er</sup>, qu'elle n'est pas applicable aux « questions relatives aux accords ou pratiques régis par le droit sur les ententes ».

Les autorités de concurrence, que ce soit au niveau européen ou national, penchent en faveur de la reconnaissance d'un principe de liberté du commerce électronique, mais sans le consacrer néanmoins<sup>114</sup>. Serait-il opportun de l'inscrire dans le code de commerce et, donc, d'introduire dans ce dernier une règle écrite interdisant, dans les relations entre entreprises, les conventions et les conditions générales hostile au commerce électronique ? Ce serait sans doute souhaitable, mais la proclamation d'un tel principe devrait être tempérée par quelques exceptions soigneusement pensées.

Sans aller jusque là, pour donner plus de substance au principe de la liberté du commerce électronique, on serait tenté de faire figurer dans le code de commerce certains principes essentiels qui la gouvernent et qui sont contenus, notamment, dans les lignes directrices adoptées au niveau européen en ce qui concerne les restrictions verticales ou qui découlent de celles concernant les restrictions horizontales, de manière à servir de guide aux opérateurs du commerce électronique dans les réseaux de distribution et sur les places de marché<sup>115</sup>.

**17.- Conclusion.** Il resterait, enfin, à décider où, dans le code de commerce, devraient être placées les dispositions spécifiques au commerce électronique. Le plus rationnel serait de ventiler les règles dans les différents endroits où elles se rattachent le mieux dans le code (statut des commerçants, fonds de commerce, processus contractuel...), mais cela nuirait à leur lisibilité. Afin d'en donner une vue d'ensemble, il serait envisageable d'intégrer la majeure partie d'entre elles au Livre troisième, « De certaines formes de vente », dans un titre nouveau intitulé « Du commerce électronique », suivant le titre II traitant « Des ventes aux enchères publiques », étant entendu que les règles spécifiques de concurrence que justifient d'instituer – et ont déjà fait naître, s'agissant des enchères inversées – les places de marché devraient être maintenues dans le Livre IV du code de commerce.

---

<sup>112</sup> Art. L. 121-20-3 c. consom. : « Le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance... ».

<sup>113</sup> L'art. 16 ajoute, mais la précision a une portée plus limitée : « ou des investisseurs autres que les investisseurs appartenant à un cercle restreint définis à l'art. L. 411-2 du code monétaire et financier ».

<sup>114</sup> En matière de droit de la distribution, et V. supra n° 9.

<sup>115</sup> V. sur ces lignes directrices, supra n° 9 et 15.