



CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS

creda

CENTRE DE RECHERCHE
SUR LE DROIT DES AFFAIRES



ORDRE DES AVOCATS
À LA COUR
I F C



Ambassade des États-Unis
d'Amérique

COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET AVENIR DES CIRCUITS DE DISTRIBUTION :

DE L'EXPÉRIENCE DES ÉTATS-UNIS AUX PERSPECTIVES FRANÇAISES
Aspects juridiques et fiscaux

COLLOQUE DU 13 MAI 1998

avec la participation de **M. Jacques DONDOUX**

Secrétaire d'État au Commerce extérieur

Les actes de ce colloque ont fait l'objet d'une publication
dans la *GAZETTE DU DROIT DES TECHNOLOGIES AVANCÉES*
(n° 291 à 293 du 18-20 octobre 1998)

Commerce électronique et avenir des circuits de distribution : Aspects juridiques et fiscaux

sommaire

ALLOCUTIONS D'OUVERTURE

M. Philippe LAFARGE, <i>Avocat à la Cour, ancien Bâtonnier du Barreau de Paris</i>	3
M. Michel FRANCK, <i>Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris</i>	4
M. W. Robert PEARSON, <i>Chef de mission adjoint près l'Ambassade des États-Unis à Paris</i>	6

EXPOSÉ INTRODUCTIF

M. Pierre CATALA, <i>Professeur émérite à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)</i>	7
---	---

L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

M. Joel REIDENBERG, <i>Professeur à Fordham University (New York)</i>	10
---	----

LA PROBLÉMATIQUE FRANÇAISE

M. Xavier LINANT de BELLEFONDS, <i>Professeur à l'Université de Paris XII</i>	19
M. Alain BENSOUSSAN, <i>Avocat à la Cour</i>	24

LA DIMENSION FISCALE

M. Jean-Pierre LE GALL, <i>Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas), Avocat à la Cour (Cabinet Jeantet et Associés)</i>	32
---	----

ENJEUX ET DÉFIS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Table ronde présidée par M^{me} Isabelle FALQUE-PIERROTIN, Maître des requêtes au Conseil d'État	42
---	----

avec la participation de :

M. Pierre BREESE, <i>Conseil en propriété industrielle</i>
M. Bernard SAVONET, <i>Responsable de la Société MULTISOURCES et de la Société ISICOM</i>
M. Thomas A. MARTEN, <i>Secrétaire de l'Ambassade des États-Unis, chargé des TELECOMS</i>
M. Jacques RIBS, <i>Conseiller d'État honoraire, Membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés</i>
M. Bernard SIOUFFI, <i>Délégué général du Syndicat des entreprises de vente par correspondance et à distance</i>
M ^{me} Christiane FÉRAL-SCHUHL, <i>Avocat à la Cour, Ancien membre du Conseil de l'Ordre</i>

Débat	73
-------------	----

SYNTHÈSE

M. Yves CHAPUT, <i>Directeur scientifique du CREDA, Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne), Directeur de l'UFR-Droit des affaires</i>	80
--	----

CLÔTURE

M. Jacques DONDOUX, <i>Secrétaire d'État au Commerce extérieur</i>	66
--	----

Je vous remercie de votre attention et laisse la parole à **Maître Alain Bensoussan.**

M. Alain BENSOUSSAN,
Avocat à la Cour, Cabinet Alain Bensoussan

Après la présentation du problème dans sa dimension historique par Monsieur le Professeur Catala, l'évocation des questions clés par Monsieur le Professeur Linant de Bellefonds et l'exposé des différents axes de réflexion par Monsieur le Professeur Reidenberg, permettez-moi de vous indiquer quelques solutions directement issues de la pratique.

Il appartiendra, par la suite, à la doctrine de mettre en perspective ce que la pratique engendre. La présente intervention exposera simplement certaines solutions et analysera leur efficacité.

I - Un principe : la liberté du cybercommerce

L'Internet est un maillage de réseaux offrant la liberté d'éditer, de voyager, de penser, mais aussi celle de commercer. N'importe qui peut ouvrir un commerce sur Internet puisqu'il n'y a besoin d'aucune autorisation pour implanter son magasin. Il suffit de parler « TCP/IP V4 » ⁽³²⁾, le langage

(32) TCP (*Transfert Control Protocol*) est un protocole de communication par paquets assurant la communication de bout en bout entre deux équipements. IP (*Internet Protocol*) représente le standard d'adressage gérant les adresses uniques de chaque station, cf. Rapport Lorentz, « <http://www.finances.gouv.fr> ».

universel, pour que le magasin soit présent dans le monde entier. Aucune réglementation territoriale n'empêche d'en ouvrir plusieurs.

Mais il ne suffit pas d'établir son magasin pour vendre. L'identification d'un site dépend grandement de la qualité du référencement. Actuellement, un magasin a moins de 50 % de chance d'être repéré, même en utilisant « *Altavista* » qui est pourtant l'un des plus puissants moteurs de recherche existants. Être sur l'Internet est avant tout affaire de technique pour se faire connaître.

A) De la communication audiovisuelle à l'internet des commerçants

Aujourd'hui, il s'instaure le même type de débat qui, à propos du Minitel, avait admis le rattachement des services télématiques à la presse audiovisuelle. Or, ce débat n'a pas sa place en matière de commerce électronique. La question de savoir si cette activité relève de la communication audiovisuelle ne se pose d'ailleurs qu'en France.

En fait, l'Internet est composé de plusieurs Internets, celui de la violence, du social, du commerce, de l'audiovisuel. Ce dernier n'a rien à voir avec l'Internet des commerçants. Le Minitel n'est pas l'Internet.

Nombreux sont aujourd'hui ceux qui considèrent que les webs ne sont pas de la correspondance privée, mais de la communication audiovisuelle. Ce raisonnement n'est pas fondé, car si la communication audiovisuelle s'arrête où commence la correspondance privée, la réciproque n'est pas vraie.

Lorsqu'un site se limite à la diffusion d'un catalogue ou à la visite d'un magasin virtuel, la qualification de communication audiovisuelle apparaît inopportune, car il s'agit de marchandises et non d'informations au sens noble du terme.

Ce n'est que lorsqu'il s'inscrit dans le cadre de la diffusion d'informations à contenu (presse, émission de radio ou de télévision), qu'un site correspond à une telle qualification et doit alors faire l'objet d'une déclaration auprès du procureur de la République avec désignation d'un directeur de publication.

La régulation doit s'inscrire dans le cadre de la liberté du commerce et non pas dans celle de la liberté de la communication (33).

B) La qualification de l'activité

Les premiers sites étaient des sites « plaquettes » (sites *corporates*) ; ensuite sont apparus les sites « vitrines » et les sites « catalogues ». Ces derniers ne se limitent plus à la présentation d'une société, mais proposent le produit, le prix et l'achat.

Avec les sites « catalogues » sont très vite apparus les sites « magasins » et les sites de « galeries marchandes ». L'enjeu est aujourd'hui le suivant : le praticien doit rapidement donner une solution juridique face à un tel développement, cependant que la doctrine doit pouvoir dire, en

(33) A. Bensoussan, « Un web est-il un service de communication audiovisuelle ? », *Netsurf*, déc. 1997, n° 21.

prenant le temps de la réflexion, comment les pratiques actuelles doivent rendre compte des libertés publiques, de la protection des consommateurs ou encore de la protection de la vie privée.

C) Le choc des titans : grande distribution contre VPC

L'« archéovente » sur l'Internet a deux ans. Prenons l'exemple d'un site qui est sans doute l'un des plus beaux sites « vitrine » et « catalogue », celui de la Redoute (34). Dans un premier temps, le site était uniquement constitué du catalogue, auquel il a été ajouté la boutique.

Ainsi, en cliquant sur les options proposées par ce site, on peut naviguer, à l'aide d'un lien hypertexte, soit vers le catalogue, soit vers la boutique. On a donc le choix entre la vente par correspondance (contrat entre absents) ou la vente en magasin (contrat entre personnes présentes).

Côté catalogue, après avoir sélectionné les produits, on remplit le traditionnel bon de commande ; côté magasin, on remplit un panier d'articles que l'on règle à la fin de la visite du magasin.

Aujourd'hui, de nombreuses sociétés ont adopté ce double mode de vente à partir d'un même site, passant pour certains, de la grande distribution à la vente par correspondance, c'est-à-dire d'une compétence en logistique et en approvisionnement des magasins à une compétence de vente par catalogue. Ce qui fait qu'actuellement deux branches de la distribution s'affrontent en un même lieu, l'Internet. Les métiers de la grande distribution ayant tout à apprendre de la vente par correspondance et vice versa, la concurrence va être très profitable pour le commerce électronique.

Le même phénomène se produit pour le commerce des services (club de vacances, agences de voyages...), le commerce entre professionnels (*business to business*) ou encore, le commerce des casinos par exemple. Tous sont aujourd'hui présents, selon des stratégies économiques qui leur sont propres et avec des règles qu'ils ont élaborées. En résumé, tout le monde fait du commerce électronique.

II - Des solutions pratiques

A) Vente par correspondance ou vente à domicile, il s'agit d'un contrat à distance

L'Internet n'est ni un nouveau monde ni un septième continent. C'est le monde réel mis en situation virtuelle. Si l'on accepte de considérer qu'il est tout aussi réel en virtuel, la majeure partie des questions trouve une réponse.

1° La vente électronique

En réalité, il est possible de faire du commerce électronique de bien des manières : Internet, Intranet, Extranet ou Outnet. Les trois premiers modes sont plutôt actifs (« *pullmedia* »), le consommateur tape l'adresse du site et à l'aide d'un navigateur, charge les pages recherchées afin de les afficher. Il tire l'information vers lui, en quelque sorte, il se déplace. En ce qui concerne le dernier, on est plutôt en mode passif (type radio ou télévision) puisque les informations sont

(34) « <http://www.redoute.fr> ».

directement adressées au consommateur en fonction des centres d'intérêts qu'il a déclarés. Il reçoit (« *pushmedia* »).

Lorsqu'une vente est réalisée à l'issue de ces consultations, la question est de savoir de quel type de vente il s'agit. La réponse à cette question conditionne en effet le régime juridique qui va s'appliquer.

À mon sens, le « *pullmedia* », « *pull/push* » et la « *list mailing* » s'apparentent à la vente à distance, tandis que le « *pushmedia* » s'apparente davantage à la vente à domicile. Si l'on accède au tout par appel automatique, il conviendra alors d'appliquer la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle « *la vente conclue dans un magasin avec un consommateur invité par téléphone à s'y rendre (...) est soumise à la réglementation du démarchage à domicile par application de l'article L. 121-21 du Code de la consommation* » (35).

Pour résumer la situation, lorsque l'on est en « appel entrant » (mode *pull*), on s'est rendu dans le magasin. Lorsque l'on est en « appel sortant » (mode *push*), on a été sollicité.

C'est également la distinction opérée par Monsieur Francis Lorentz dans son rapport sur le commerce électronique, selon qui « *la frontière entre la vente à distance et le démarchage semble pouvoir être raisonnablement tracée entre la transaction qui résulte d'un acte positif, où le consommateur se connecte sur un site et l'offre commerciale transmise directement sur la messagerie de l'utilisateur, cette dernière relevant sans contestation du démarchage* » (36).

Si les deux régimes offrent une protection au consommateur, les conditions ne sont pas totalement identiques. Par exemple, dans les deux cas, la loi prévoit bien un délai de réflexion pendant lequel le consommateur a la faculté de renoncer à son engagement. Toutefois, le point de départ et les modalités d'exercice de ce droit varient selon qu'il s'agit d'une vente à distance (le délai de 7 jours part à compter de la livraison de la commande) ou de la vente à domicile (ce même délai part à compter de la commande, le vendeur est tenu de prévoir un formulaire détachable pour l'exercice de ce droit et il n'a pas le droit d'encaisser la moindre somme avant l'expiration du délai).

2° Un contrat à distance avant tout

Quoi qu'il en soit, sur le plan pratique, la distinction importe peu puisque dans tous les cas de figures, au regard de la directive communautaire du 20 mai 1997 (37), il s'agit bel et bien d'un « contrat à distance » impliquant un droit de rétractation et de remboursement dont la durée varie selon que le consommateur a ou non, bénéficié des informations visées à l'article 5 de la directive.

Ainsi, aux termes de l'article 6 de la directive :

(35) Cass. crim., 10 janv. 1996, *Gaz. Pal.* 17/21 mai 1996, p. 18 et *Bull. crim.*, n° 12, p. 27.

(36) Rapport Lorentz, « Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics », janv. 1998, « <http://www.finances.gouv.fr> ».

(37) Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* (L) 144 du 4 juin 1997.

« Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalité et sans indication de motif (...).

Pour l'exercice de ce droit, le délai court pour les biens, à compter du jour de leur réception par le consommateur lorsque les obligations visées à l'article 5 ont été remplies (...).

Au cas où le fournisseur n'a pas rempli les obligations visées à l'article 5, le délai est de trois mois (...).

Si, dans ce délai de trois mois, les informations visées à l'article 5 sont fournies, le délai de sept jours ouvrables indiqué au premier alinéa commence à courir dès ce moment ».

3° La loi applicable : la théorie de l'orientation

L'Internet étant un réseau international, plusieurs lois peuvent se trouver en conflit. La convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles peut être appliquée pour résoudre les conflits de lois relatifs au commerce électronique (38). Ce texte privilégie le principe de l'autonomie de la volonté en matière de droit international privé des contrats (théorie de l'orientation). L'article 3 prévoit que *« le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ».*

En ce qui concerne plus particulièrement les consommateurs, la convention de Rome privilégie la loi de protection des consommateurs. L'article 5 de la convention précise que *« le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat (...) ».*

B) La preuve du consentement : deux clics valent signature

Un internaute peut tout à fait devenir client sans s'en rendre compte, par un simple « clic ». Un tel acte vaut-il acceptation de l'offre au sens juridique du terme ? D'ailleurs, s'agit-il réellement d'un « acte » ? N'est-ce pas plutôt un « fait » juridique ? Peut-on réellement s'engager sur un simple clic ? Je ne le pense pas. En revanche, la réponse est moins évidente lorsque l'utilisateur a eu à cliquer deux fois (39).

1° La validation du « oui » par double clic

Cette pratique est issue de l'influence américaine qui veut qu'en matière contractuelle, on joue sur un double critère positif (pas d'option négative). C'est la même chose en informatique où l'on a pris l'habitude de réitérer une demande ayant de graves conséquences. Ainsi, l'ordre de suppression d'un fichier n'est jamais effectué sans une confirmation du type *« voulez-vous vraiment supprimer ce fichier ? »*. Toute la pratique des virements bancaires par Minitel est

(38) Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur en France le 1^{er} avril 1991, décret n° 91-242 du 28 fév. 1991, JO du 3 mars 1991.

(39) A. Bensoussan, « Un clic, rien. Deux clics, engagé », *Netsurf*, oct. 1997, n° 19.

également organisée ainsi : double consentement, pas d'option négative, validation obligatoire du « oui » (40).

« Acte » ou « fait » juridique, il y a sans doute une réflexion à mener. Mais une chose est sûre, c'est que le double clic est une action volontaire. Et le juge sera amené à donner à cette action la qualification adéquate.

Les systèmes de galerie marchande « *surf and buy* » sont juridiquement insuffisants car l'utilisateur peut passer outre les conditions générales de vente sans être obligé de les consulter avant de commander. Le fournisseur ne peut donc rapporter la preuve de l'engagement. En revanche, on peut considérer qu'une double signature par double clic et lecture obligatoire des conditions de vente vaut engagement (41).

2° La preuve probabiliste

Sur le plan technique, apporter la preuve du consentement revient à : authentifier les parties, prévoir la non-répudiation à l'émission ou à la réception, s'assurer de l'intégrité du message, organiser la confidentialité et éviter le « rejeu », c'est-à-dire empêcher que les parties soient complices par rapport à un tiers.

Le choix du support est essentiel pour rapporter la preuve du consentement. Il faut, en effet, qu'il soit fidèle et durable (42). Or, aujourd'hui, il existe des systèmes informatiques fournissant une force probante supérieure au papier sur la base d'un raisonnement de type probabiliste : la force probante d'une preuve juridique est mesurée par sa probabilité de fraude, et, en conséquence, une preuve est juridiquement supérieure à une autre, si, sur le plan technique, la probabilité de fraude est inférieure. En admettant une telle problématique, il est possible d'organiser aujourd'hui la force probante de supports tels que le disque optique numérique de technologie WORM (c'est-à-dire non réinscriptible) ou la carte à mémoire (43).

Actuellement, on identifie des personnes par empreinte digitale à 10^{-4} près ; on les met en prison pour viol à 10^{-9} près, à l'aide de leur empreinte génétique ; avec les outils de cryptographie permettant d'assurer les fonctions d'authentification, de non-répudiation, d'intégrité et de confidentialité, on est sûr de l'identification des parties à 10^{-11} près.

C'est la solution adoptée par les systèmes fondés sur le paiement sécurisé par carte de crédit sur Internet ou sur le concept d'argent électronique tels « *Cybercash* », « *Digicash* » ou encore « *Netbank* ».

(40) A. Bensoussan, « *Le commerce électronique : aspects juridiques* », éd. Hermès 1998, p. 34 et s.

(41) Pour un modèle de contrat type de commerce électronique, cf. A. Bensoussan, « *Le commerce électronique : aspects juridiques* », précité, annexe 1.

(42) C. civ., art. 1348.

(43) A. Bensoussan, « Contribution théorique au droit de la preuve dans le domaine informatique. Aspect juridique et solutions techniques », *Expertises*, déc. 1990, n° 134.

3° Défi à la souveraineté ou défi à la légitimité ?

Grâce au « clic », on voyage où l'on veut en choisissant son droit. En supprimant toute notion de territoire, l'Internet a fait accroître le droit. Bien au-delà du défi à la souveraineté, il s'agit d'un défi à la légitimité.

La matière politique constitue une illustration parfaite de ce principe, en particulier les dispositions du Code électoral qui interdisent la publication, la diffusion et le commentaire de sondages politiques, par quelque moyen que ce soit, pendant la semaine précédant chaque tour de scrutin (44).

La loi américaine ne prévoit rien de tel. Les dernières élections présidentielles ont donc été le théâtre de nombreux débordements quant à la diffusion sur l'Internet de sondages depuis un site situé à l'étranger.

Ces pratiques ont conduit à remettre en cause une législation inadaptée, l'Internet intervenant ici comme un processeur d'universalité.

4° Domicile virtuel et territoire virtuel

Si les espaces géographiques ont été supprimés sur le plan technique, ils sont en fait rapidement réapparus mais sous une forme virtuelle, par le biais des noms de domaine en ce qui concerne les territoires et par le biais de la vie privée pour ce qui est du domicile virtuel (45).

Chaque État dispose sur l'Internet d'une zone matérialisée par un suffixe établi selon la norme ISO 2166, soit « .fr » pour la France, « .de » pour l'Allemagne, « .jp » pour le Japon ou encore « .uk » pour le Royaume-Uni, chaque pays pouvant créer des sous-domaines, tels que « .tm.fr », pour les noms de domaine de la zone française correspondant à des marques françaises. Il s'agit de noms de domaine dits locaux qui ont cette particularité de ne pas avoir de frontière.

Quant aux noms de domaines dits génériques (*generic top level domain names* ou *gTLD*), ils permettent d'identifier un *web* par exemple, « .com » signifie que l'ordinateur appartient à une entreprise, « .org » à une association, « .net » à un opérateur offrant des services Internet.

M. Pierre CATALA.— Vous vous rappelez tous ce que Cocteau disait de Mozart... « Le silence qui suit du Bensoussan, c'est encore du Bensoussan ». Ne troublons pas ce recueillement et après la minute de silence, tournons-nous vers le droit fiscal.

(44) Loi n° 77-808 du 19 juil. 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d'opinion, art. 11, en annexe VI du Code électoral.

(45) A. Bensoussan, « La violation du domicile virtuel », *Netsurf*, oct. 1996 ; v. également « Le domicile virtuel », *Stratégie Internet*, mars 1997.