

Conférence APECA : 'La dématérialisation, réelle opportunité pour les PME ?

BAKER & MCKENZIE

LCEN, loi Chatel et LME : quelles conséquences pour les PME ?

7 avril 2009

Denise Lebeau-Marianna – Avocat, Baker & McKenzie SCP

denise.lebeau_marianna@bakernet.com

Baker & McKenzie SCP est membre de Baker & McKenzie International. Les membres de Baker & McKenzie International sont des cabinets d'avocats présents dans différents pays à travers le monde. Conformément à la terminologie usuelle utilisée par les sociétés de services professionnelles, la référence à un "associé" désigne un associé de l'un de ces cabinets d'avocats et la référence à un "bureau" désigne un bureau de l'un de ces cabinets d'avocats

L'encadrement du e-commerce BtoB

- La Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique du 21 juin 2004 (LCEN), socle de la réglementation sur le commerce électronique
 - Ordonnance du 16 juin 2005 complétant la LCEN
 - Décret de 9 mai 2007 relatif au RCS et modifiant le Code de Commerce
- Quelques dispositions de la loi Chatel « pour le développement de la concurrence au service des consommateurs » du 3 janvier 2008, avec des mesures concernant la vente à distance sur Internet
- La Loi de Modernisation de l'Economie (LME) du 4 août 2008, concernant les nouvelles relations et pratiques commerciales entre professionnels
- Autres textes : réglementation de la VAD, droit de la consommation, réglementation des données personnelles, etc.

Le professionnel peut être « consommateur »

- BtoB : attention la qualification de consommateur peut s'appliquer dans certains cas au professionnel !
 - Conception restrictive du droit communautaire
 - Exclusion des personnes morales de la définition du consommateur
 - CJCE 22 novembre 2001 : elles disposent de moyens suffisants pour se défendre
 - CJCE 20 janvier 2005 : si contrat mixte, la part personnelle doit être insignifiante
 - Conception plus large de la Cour de Cassation
 - Extension des clauses abusives aux personnes morales
 - Le professionnel peut dans certaines circonstances être un profane (ex : achat d'une alarme ou d'un véhicule)
 - Cass Crim 4 novembre 2008 : le professionnel qui trompe un autre professionnel peut être poursuivi pour ce délit, même s'il est réprimé par le Code de la Consommation

I. L'impact de la LCEN sur le e-commerce BtoB

- Quand la LCEN s'applique t-elle ?
- Une information claire pour instaurer la confiance
- Les conditions pour sécuriser les transactions en ligne
- Responsabilité de plein droit du cybercommerçant

II. L'impact de la loi LME sur le e-commerce BtoB

- Contexte de la réforme
- Suppression de la prohibition des pratiques discriminatoires
- Modalités de coopération commerciale
- Les limites de la négociabilité : le déséquilibre significatif
- Nullité de la clause du client le plus favorisé
- La réforme des délais de paiement

Quand la LCEN s'applique t-elle ?

- Lorsque le e-commerçant est établi en France, sous réserve de l'intention des parties (Article 17)
- Pour tout type de contrat en ligne (BtoB ou BtoC)

Une information claire pour instaurer la confiance

- Informations propres à l'éditeur du site de e-commerce
- Informations propres au cybercommerçant
- Transparence et publicité en ligne

Une information claire pour instaurer la confiance

Informations propres à l'éditeur du site de e-commerce (article 6 III 1)

- Informations
 - Dénomination ou raison sociale
 - Siège social
 - Numéro de téléphone
 - N° de RCS ou du répertoire des métiers
 - Capital social, adresse du siège social
 - Nom du directeur ou co-directeur de la publication, le cas échéant le responsable de la rédaction
 - Nom, dénomination ou raison sociale et adresse et numéro de téléphone de l'hébergeur
- Sanctions : 1 an d'emprisonnement et 75.000 € d'amende, 5 ans d'interdiction d'exercer l'activité, affichage ou diffusion de la décision de condamnation (L131-39 Code Pénal)
- Très peu de jurisprudence (TGI Paris, 17ème ch.12 mars 2008)

Une information claire pour instaurer la confiance

Un exemple de mentions légales

Qui sommes-nous ?

La société LDLC.COM est une société anonyme au capital social de 962 842,32 €, immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Lyon sous le numéro 403 554 181. Le président du directoire est Laurent de la Clergerie.

Adresse postale :

LDLC.com
112 chemin du Moulin Carron
69134 ECULLY Cedex
FRANCE

Numéros d'appel (standard du siège social) :

Tél : 04 72 52 37 77

Fax : +33 (0)4 72 52 37 78

du lundi au vendredi de 10h00 à 13h00 et de 14h00 à 17h00 (heure de Paris).

Les sites ldlc.com et ldlc.fr ont fait l'objet d'une déclaration à la CNIL sous le n° 799206

Hébergeur du site : LDLC.COM

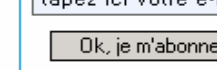
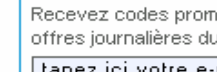
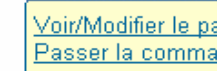
Directeur de la publication : Laurent de la Clergerie

Informatique et libertés/protection des données personnelles

LDLC.COM recueille des informations vous concernant lors de la création de votre compte client (nom, prénom, adresse électronique, adresse postale, numéro de téléphone). Ces informations nous permettent d'assurer le suivi de vos achats. Ces données ne sont pas transmises à des tiers mais peuvent être utilisées pour l'envoi d'informations et offres promotionnelles exclusives de la part de LDLC.COM, dont vous pouvez vous désinscrire à tout moment en cliquant sur le lien indiqué. Seule notre société est destinataire des informations que vous nous communiquez.

Nous nous sommes engagés à assurer la sécurité des données à caractère personnel via des procédures strictes au sein de notre entreprise. Pour les données collectées "en ligne", les communications sur la partie cliente sont cryptées entre le poste de l'internaute et nos serveurs (zone sécurisée HTTPS).

Conformément aux dispositions de la Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 (modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel), vous bénéficiez d'un droit d'accès, de rectification ou d'opposition sur les données nominatives collectées vous concernant. Ces



Une information claire pour instaurer la confiance

Informations propres au cybercommerçant

- Article 19 de la LCEN : en sus des informations de l'article 6.III.1
 - Adresse de courrier électronique
 - N° d'identification si assujettissement à la TVA
 - Si activité soumise à autorisation, les nom et adresse de l'autorité l'ayant délivrée
 - Le cas échéant la référence aux règles professionnelles applicables, l'Etat membre où a été octroyé le titre professionnel et mention du nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel
- L'accès à ces informations doit être facile, direct et permanent en utilisant un standard ouvert
- Sanction : pouvoirs d'enquête de la DGCCRF

Une information claire pour instaurer la confiance

Informations propres au cybercommerçant

Récapitulatif des mentions légales à faire figurer sur un site de e-commerce

Le vendeur ou prestataire qui, dans le cadre d'une activité économique, propose des produits ou services par voie électronique fournit les éléments d'identification suivants :

Qui sommes-nous ?

1. Nom et prénoms s'il s'agit d'une personne physique : _____

Raison sociale s'il s'agit d'une personne morale : _____

2. Adresse du lieu d'établissement de la personne

physique ou morale : _____

Adresse de courrier électronique : _____

Numéro de téléphone effectif : _____

3. Le cas échéant, numéro d'inscription au RCS ou au Répertoire des métiers : _____

Capital social : _____

Adresse du siège social : _____

Adresse de correspondance : _____

Adresse de réclamation : _____

4. Numéro individuel d'identification en cas d'assujettissement à la TVA, en application de l'article 286 ter du code général des impôts

: _____

5. Si l'activité exercée est soumise à un régime d'autorisation, nom et adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci : _____

6. Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'État membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite (licence de voyages pour les voyagistes en ligne, par exemple) : _____

Une information claire pour instaurer la confiance

Précisions apportées par la loi Chatel

- Le professionnel doit fournir des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer en contact de manière effective avec lui (art. L121-18 modifié du Code de la Consommation)
- Non surtaxation des services permettant de suivre l'exécution de la commande, l'exercice du droit de rétractation ou de garantie
- Nécessité d'indiquer les dates limites de livraison
- Clarifier les conditions d'exercice du délai de rétraction

Une information claire pour instaurer la confiance

Transparence sur le prix et la publicité en ligne

- Principe de transparence tarifaire
 - Information claire sur le prix affiché en distinguant les taxes et les frais de livraison (Article 19 LCEN)

Qui sommes-nous ? | Contactez-nous | Mon compte | Panier (1 Article)

on
ment equipment

TV

Visitez TestoonTV, nos produits en video

ÉLECTRICITÉ ENVIRONNEMENT COMMUNICATION NEWSLETTER

ITE EN LIGNE D'INSTRUMENTS DE TEST ET MESURE PROFESSIONNELS

Code promo

Règlement

Total

Livraison & Emballage Guadeloupe, Martinique, Réunion (179,40 € TTC) 150 €

Total HT : 2 535 €

TVA : 496,86 €

Total TTC : 3 031,86 €

MON

BOUTIQUE

PR

tesoon TV

<<Continuer mes achats

Poursuivre ma commande >>

Articles	Prix HT	Qté	Total HT
WA232 - Oscilloscope numérique 2 voies, 300MHz, 1 GEch/s-2voies, 2 GEch/s-1voie	2 385 €	1	2 385 €

Une information claire pour instaurer la confiance

Transparence sur le prix et la publicité en ligne

- Les règles applicables à la publicité en ligne
 - Application des règles classiques (L 121-1 et s. du C. Consommation)
 - Identification du message publicitaire et de la société pour le compte de laquelle elle est réalisée (Article 20 de la LCEN)

Une information claire pour instaurer la confiance

Publicité en ligne et email marketing (SMS et MMS)

- Principe d'Opt in mais...
- L'Opt out admis dans les relations BtoB par la CNIL (17 février 2005) à certaines conditions
 - Si utilisation d'une adresse générique (info @...., contact @....)
 - L'objet de l'email marketing doit être en relation avec la fonction de la personne prospectée (ex: information commerciale sur des logiciels à un directeur informatique)
 - La personne prospectée doit avoir été informée au moment de la collecte que ses coordonnées pourront être utilisées pour recevoir des informations commerciales
 - Elle doit avoir la possibilité de s'opposer à tout moment à la réception de telles informations

Une information claire pour instaurer la confiance

Exemple d'opt-out

Adresse Ligne 2

Adresse Ligne 3

Ville *

Code postal *

Téléphone (sans espace)

Fax (sans espace)

Adresse e-mail *

Par notre intermédiaire, vous pouvez être amené à recevoir des offres commerciales par les membres du groupe Staples et par des partenaires commerciaux et sous-traitants. Si vous ne le souhaitez pas, il suffit de cocher cette case.

Une information claire pour instaurer la confiance

Sanctions du publipostage

- **Non-respect du principe du consentement préalable** : amende de 750 € par message – 3 750 € pour les personnes morales (article R 10-1 du Code des postes et des télécommunications)
- **Non- respect de la loi « Informatique et Liberté »** (par ex. collecte déloyale lorsque celle-ci a été effectuée dans un but de prospection directe sans l'accord préalable de l'intéressé) : cinq ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende – 1 500 000 € pour les personnes morales (article 226-18 du Code Pénal)
- **Atteinte aux systèmes d'information** : cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende – 375 000 € pour les personnes morales (article 323-2 du Code Pénal)

Les conditions pour sécuriser les transactions en ligne

Les conditions contractuelles à mettre en place

- Principe de reconnaissance des contrats électroniques
- Article 25 LCEN (article 1369-4 du Code Civil)
 - Mise à disposition de conditions contractuelles sur le site de manière à permettre leur conservation et leur reproduction
 - L'offre doit comporter les informations suivantes
 - Les étapes à suivre pour la conclusion du contrat
 - Les moyens de correction* et langue de conclusion du contrat
 - Modalités techniques de l'archivage du contrat et conditions d'accès au contrat archivé (10 ans pour les contrats \geq 120 €)
 - Les moyens de consulter les règles professionnelles auxquelles se soumet le cybercommerçant
 - AR de la commande par le cybercommerçant*

Les conditions pour sécuriser les transactions en ligne

Les conditions contractuelles à mettre en place

- Entre professionnels, possibilité de déroger aux conditions susvisées imposées aux relations BtoC (Article 1369-6 C. Civ.)
 - Aux obligations d'information de l'offre
 - Aux règles de validité encadrant la formation du contrat en ligne posées par l'art. 1369-5 C. Civ.
- Il ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques (Article 1369-6 C. Civ.)
- Il convient d'indiquer expressément les dérogations apportées dans les conditions générales de vente ou services BtoB
- Contrat électronique n'implique pas nécessairement signature électronique
- Le processus d'acceptation est recommandé pour renforcer les moyens de preuve en cas de litige sur l'acceptation des termes de l'offre

Responsabilité de plein droit du cybercommerçant

- Responsabilité de plein droit en dehors du BtoC (Article 15-I)
 - Concerne toute personne pratiquant une activité économique visant à proposer à distance ou par voie électronique la fourniture de biens ou services
 - Vise à protéger essentiellement l'acheteur
 - Un texte auquel il peut être dérogé dans le cadre du BtoB
 - Les causes d'exonération : fait de l'acheteur, fait imprévisible et insurmontable d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, cas de force majeure

II. L'impact de la loi LME sur le e-commerce BtoB

- Contexte de la réforme
- Suppression de la prohibition des pratiques discriminatoires
- Modalités de coopération commerciale
- Les limites de la libre négociabilité : le déséquilibre significatif
- Nullité de la clause du client le plus favorisé
- La réforme des délais de paiement

Contexte de la réforme

- Objectif politique affirmé pour la LME : libérer la croissance et redonner du pouvoir d'achat

*« La loi de modernisation de l'économie a pour objectif de "lever les contraintes qui empêchent certains secteurs de se développer, de créer des emplois et de faire baisser les prix", pour le bénéfice de tous les Français »
(modernisationeconomie.fr)*

- La loi s'applique à **l'ensemble des relations BtoB**, dont celles relatives à l'e-commerce

“ Pour LIBÉRER nos potentiels, REDONNER l'envie d'entreprendre,
DÉFENDRE le pouvoir d'achat. ”
Christine LAGARDE

Suppression de la prohibition des pratiques discriminatoires

Depuis la LME :



- Réforme de l'art. L. 442-6-I du Code de Commerce
- Changement d'orientation : liberté tarifaire entre fournisseur et distributeur
- Objectif visé : faire baisser les prix
- Mais les abus seront sévèrement sanctionnés (3 fois les sommes indûment perçues, consultation de la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales, publication du jugement et astreinte en cas de non exécution)
- L'obligation de communication des CGV persiste
- Les CGV constituent le socle de la négociation commerciale
- Possibilité de différencier les CGV selon les catégories de produits, d'acheteurs ou de demandeurs de services

Modalités de la coopération commerciale

Convention unique (apport de la loi Chatel)

- Cette convention doit être établie avant le 1er mars de chaque année ou dans les 2 mois suivants le début de commercialisation des produits ou services. Elle doit notamment préciser :
 - Les obligations de chaque partie
 - Les conditions de vente des produits / prestations de services
 - Les services annexes
 - Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale
- Sanction : amende de 75 000 euros pour la personne physique et de 375 000 euros pour la personne morale.
- Note : certains produits alimentaires ne sont pas concernés (L441-2-1 al 1 Code de Commerce)

Les limites de la libre négociabilité : le déséquilibre significatif

- Le pendant de la suppression de l'interdiction des pratiques discriminatoires : la sanction du déséquilibre significatif
 - Une libéralisation totale est trop risquée en raison des abus potentiels
 - Maintien des sanctions des pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante...) et de certaines incriminations (ex : obtention d'avantages indus ou disproportionnés)
- Article L442-6-I du Code de Commerce

La notion de déséquilibre significatif

Sanctions

- Droit commun de la responsabilité qui exige une faute et un préjudice
- Mais ce concept demande encore à être précisé ...
 - C'est un concept non défini à ce jour
 - Risque d'appréciation au cas par cas
 - Fort pouvoir donné aux juges d'interpréter les contrats
 - Il faudra suivre la jurisprudence

Nullité de la clause du client le plus favorisé

- Réforme de l'article L. 442-6-II du Code de Commerce : nullité des clauses accordant automatiquement des conditions plus favorables aux entreprises concurrentes du cocontractant
 - « II.- Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :
(...)
d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant »
- Un outil pour :
 - Garantir l'effectivité de la négociation et la liberté contractuelle
 - Favoriser la concurrence par les prix et les conditions de vente

La réforme des délais de paiement

- Avant la LME
 - Délai de 30 jours prévu par l'art. L. 441-6, sauf disposition contractuelle contraire
 - Quelques exceptions dans des domaines particuliers (ex : denrées alimentaires, ...)
- Depuis la LME : réforme de l'article L. 441-6 du Code de Commerce
 - Favoriser le développement des PME en instaurant des délais de paiement raisonnables applicables à toutes les entreprises
 - Plafond légal : 45 jours fin de mois / 60 jours à la date d'émission de la facture
 - En l'absence de convention : délai de 30 jours suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée

La réforme des délais de paiement

- Nuance : mécanisme sectoriel transitoire possible jusqu'au 1^{er} janvier 2012
 - Projets d'accords dérogatoires aux délais de paiement : à ce jour, aucun décret n'a été pris. La DGCCRF a transmis à l'Autorité de la concurrence pour avis 14 accords en application de l'article 21-III de la LME
- Difficultés pratiques : comment faire respecter le délai de paiement ?
 - La publication d'informations sur les délais de paiement, obligatoire pour les entreprises établissant des comptes certifiés
 - À charge pour les CAC de dénoncer les manquements répétés au ministère de l'Économie et des finances
 - Sanctions civiles si non respect du plafond légal
 - Sanctions pénales (amende 15.000 euros)



Merci de votre attention