

**L'e-réputation de la marque dans le commerce en ligne :
Risques juridiques au cœur de la gestion de l'identité numérique**

Arnaud Delannoy

Enseignant-Chercheur en Marketing

Laboratoire Metis, EM Normandie

adelannoy@em-normandie.fr

Olivier Lasmoles

Enseignant-Chercheur en Droit

Laboratoire Metis, EM Normandie

olasmoles@em-normandie.fr

Mots-clés : E-réputation, commerce en ligne, risques juridiques, identité numérique

Résumé de l'article :

L'ère numérique a profondément modifié les relations entre les entreprises et les consommateurs, l'impact le plus flagrant de cette évolution concerne la réputation qui d'ailleurs un véritable enjeu pour lesdites entreprises (Power, 2011). Il est alors question de gestion d'identité notamment en ligne de la e-réputation (on-line reputation). Différentes dimensions sont alors mobilisées, parmi lesquelles des dimensions économiques, managériales et juridiques quand il s'agit de gestion de marque. Cette étude propose de se focaliser sur les risques juridiques de la gestion de la marque dans le commerce en ligne.

La revue de la littérature se concentre sur les concepts d'e-réputation des marques, sur les éléments constitutifs de l'atteinte à la e-réputation des marques en droit ainsi que l'approche managériale et juridique du risque. Concernant l'e-réputation des marques, l'approche consiste d'abord à définir le concept de réputation. Elle est vue en sciences de gestion comme « *une représentation collective des actions d'une organisation* » (Formbrun, 1996), un construit social (Bergman et al., 2014) et peut être reliée à la notion de jugement (Aloing et Pierre, 2012) tout en étant différenciée de l'image (Boistel, 2013). L'e-réputation est alors contextuelle en indiquant la réputation dans un contexte de l'industrie numérique, étant définie comme une réputation construite « *à partir de l'ensemble des perceptions que les stakeholders auront de l'objet, à partir de tout élément d'information circulant sur le Net* » (Paquerot et al., 2011). La gestion de la réputation (et donc de la e-réputation) s'appuie sur deux courants théoriques (Boistel, 2008), le premier consistant à considérer que la réputation résulte des images accumulées par l'entreprise et impactant ainsi les parties prenantes (consommateurs...). Le second courant né alors de l'accumulation des perceptions de toutes ces parties prenantes. L'e-réputation peut également être reliée aux concepts d'identité et de notoriété adaptées à l'internet (Cadel, 2010). En effet, l'utilisateur pourra tout aussi bien optimiser la réputation en ligne de la marque en diffusant du contenu admis comme positif mais aussi représenter un risque dans le cas d'un contenu jugé comme négatif (concept de dénigrement).

Concernant les éléments constitutifs de l'atteinte à la e-réputation des marques, le droit positif ne définit et ne traite pas l'e-réputation en tant qu'objet. La poursuite d'une telle atteinte doit se faire sur la base d'infractions existantes. La diffamation est une de ces infractions. Elle peut être définie comme « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* » (art. 29 al. 1er, Loi du

29 juillet 1881). Cinq conditions sont nécessaires : un fait précis et déterminé ; portant atteinte à l'honneur et à la considération de la marque ; concernant une personne identifiée ; la volonté de nuire ; elle doit être publique. La deuxième infraction est l'injure. Celle-ci est une « *expression outrageante, terme de mépris ou invective* » mais sans faits précis. La troisième infraction est le dénigrement qui est le fait de « *jeter publiquement le discrédit sur une personne ou une entreprise, par la critique de ses produits ou son travail, dans le but de lui nuire, et ce même en l'absence de toute situation de concurrence* » (Com., 24 nov. 2009). Le dénigrement sera poursuivi sur la base du régime de responsabilité civile de droit commun (art. 1240 C. civ.). Ainsi, la diffamation et l'injure concernent une personne ; tandis que le dénigrement vise des biens et des services. La dernière infraction est le parasitisme qui est le fait de « *tirer indûment profit du savoir-faire et des efforts humains et financiers consentis par une entreprise, victime des agissements de la personne qui usurpe la notoriété acquise par ce concurrent* » (Com., 5 juillet 2016). Il suffit pour cela de tirer économiquement profit d'investissements réalisés par un tiers. Ces infractions ont pour point commun l'atteinte à la e-réputation d'une marque, atteinte qui engendrera un dommage (Porchy-Simon, 2018). Ce dommage entraînera un droit à réparation, Le préjudice dépendra du degré de réputation de l'entreprise.

Enfin, concernant l'approche managériale et juridique du risque, ce dernier est vu en droit comme « *un événement dommageable dont la survenance est incertaine quant à sa réalisation* » (Cornu, 1987). La cindynique évoque pour définir le risque, le produit d'un aléa et d'une vulnérabilité (Veyret et al., 2004). D'un point de vue managériale, la gestion des risques a fait l'objet de plusieurs typologies (Bouyssou, 1997 ; Pesqueux, 2010), devenant ainsi une discipline transversale (Louisot, 2009). La littérature en gestion autour de la gestion des risques reste centrée autour des risques financiers de l'entreprise, le risque humain ou juridique étant plus en retrait. Enfin, pour approcher la gestion du risque sur la réputation numérique, le concept de sources d'incidents est plus souvent mis en avant.

Cette recherche mobilisant un gestionnaire et un juriste, une méthodologie orientée autour des études de cas a été privilégiée afin de répondre aux problématiques mobilisant les deux disciplines. Faisant valoir le fait qu'une seule étude de cas « *manque de rigueur, de comparabilité et de reproductibilité* » (Barzelay, 1993), la jurisprudence a été privilégiée. Il a été recensé les arrêts concernant la e-réputation sur le site Legifrance^[1]. La requête « *e-réputation* » n'étant

^[1] <http://www.legifrance.gouv.fr>.

pas probante, les décisions identifiées concernent les infractions suivantes : dénigrement, diffamation, contrefaçon, parasitisme et injure en y associant le terme « *internet* ». 1582 décisions ont ainsi été identifiées. Une nouvelle sélection a conduit à n'en retenir que 32. Enfin, 6 de décisions ont été retenues pour des études de cas.

Le premier cas concerne le dénigrement et la liberté d'expression. Il pose la question de la critique d'une marque et des limites de cette critique. Un agent d'assurance, n'ayant obtenu de sa compagnie, de céder ses agences à ses enfants, avait dénigré par voie de presse ladite compagnie. La première chambre civile de la Cour de cassation rappelle le devoir de loyauté entre professionnels collaborant. Comme cela a été souligné « *La critique s'arrête quand la loyauté commence* »^[2]. Ce cas permet également de faire la distinction entre dénigrement et diffamation. La Cour de cassation a précisé que la critique des produits ou services d'un concurrent, afin de s'approprier sa clientèle, constitue un dénigrement (art. 1240 C. civ.). Si les propos ne portent atteinte qu'à l'honneur et à la réputation d'une personne, il s'agira de diffamation (art. 29 Loi 1881).

Le deuxième cas concernait une entente anticoncurrentielle conclue entre deux sociétés. L'une des sociétés contestait l'accusation de dénigrement par le biais d'une entente anticoncurrentielle en affirmant qu'il n'y avait pas eu l'accomplissement d'actes positifs de sa part ; ce que n'était pas le cas. La chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que le seul accord entre les deux sociétés dans un but de dénigrement, permettait de constater l'infraction.

Le troisième cas pose la distinction entre le dénigrement et la diffamation. Une association avait dénoncé sur internet la cherté des prix pratiqués par une compagnie aérienne et avait évoqué, dans un communiqué de presse, une plainte en justice contre ladite compagnie. La Cour d'appel de Paris a jugé qu'il y avait eu dénigrement et non diffamation du fait que les critiques portaient non sur la compagnie aérienne, personne morale, mais sur ses services et sa réputation dans un objectif de nuisance. L'intention malveillante étant prouvée par le vocable employé. Il résulte de cette décision la nécessaire la modération des propos des internautes mécontents, quand bien même leur mécontentement serait justifié.

La quatrième décision porte sur les conditions de la diffamation. Un site d'annonces immobilières en ligne avait poursuivi une association de défense de consommateurs pour des propos

^[2] De Ravel d'Esclapon T., « Agent d'assurances : les limites de la liberté d'expression, Civ. 1re, 27 nov. 2013, n° 12-24.651 », Dalloz actualité, 11 décembre 2013.

diffamatoires. Après une première cassation, la seconde cour d'appel avait repris l'ensemble des propos incriminés en les articulant afin de démontrer leur caractère diffamatoire. En effet, des messages apportant la preuve d'une volonté de nuire sont constitutifs de diffamation. La liberté d'expression est préservée tant qu'une volonté de nuire ne peut être prouvée. Les sites de défense de consommateurs doivent exercer leur rôle de modérateurs sous peine de voir leur responsabilité engagée.

La cinquième décision touche à la contrefaçon et à l'usurpation d'identité. Une femme a été condamnée à deux ans de prison et 26 500 €. Elle avait, entre autres, créé de faux profils de ses victimes et de leur entreprise sur les réseaux sociaux. Il y avait ainsi délit d'usurpation d'identité (art. 226-4-1 C. pén.). Cette décision est intéressante car, jusqu'alors, l'application de ce délit aux personnes morales, aux entreprises et leurs marques, n'était pas certaine. L'article 226-4-1 du Code pénal se trouve, en effet, dans le Livre II, Titre II qui traite des atteintes à la personne humaine. Des indices permettaient d'envisager l'application de cet article aux personnes morales. Cependant, le jugement de la chambre correctionnelle du TGI de Paris a été frappé d'appel. Il est donc nécessaire d'attendre l'arrêt de la Cour d'appel afin d'être certain que le jugement de première instance ne sera pas cassé.

Le dernier arrêt concerne l'infraction de parasitisme. Le prévenu avait été poursuivi pour avoir reproduit intégralement un site internet. Débouté en première instance, il avait interjeté appel. Les juges ont précisé les éléments constitutifs du délit de parasitisme. Celui-ci consiste pour un agent économique à tirer profit des efforts et des investissements d'un tiers, sans rien dépenser. Les juges d'appel ont été, en l'espèce, pragmatiques en comparant les deux sites. Le fondement juridique d'une plainte apparaît ici crucial. En effet, le droit d'auteur aurait pu être invoqué. Il aurait fallu, pour cela, démontrer que son site était original. Or, la multitude de sites internet aurait rendu la tâche ardue. Grâce au droit commun de la responsabilité civile, le plaignant n'a eu qu'à prouver que l'intimé avait intégralement copié son site. Le caractère original de son site n'avait pas à être démontré. Cet arrêt a fait jurisprudence en consacrant la formule selon laquelle les investissements réalisés représentent une valeur économique qui procure un avantage concurrentiel protégeable.

Les principaux éléments de discussion portent sur la gestion des risques de l'e-réputation ainsi que la gestion extra-judiciaire de l'e-réputation. Concernant la gestion des risques de l'e-réputation, des éléments autour de la veille automatisée de toute information diffusée sur les réseaux

sociaux ou les sites institutionnels d'une marque ont été produits. Il a été évoqué que bien souvent cette tâche de risk manager est confiée au community manager (Cadel, 2010) alors qu'elle doit être l'affaire de l'ensemble des parties prenantes d'une entreprise. De plus, des éléments autour de la gestion interne de l'e-réputation ont été avancées comme les chartes et la *soft-law*¹. En effet, malgré leur caractère non contraignant, ces chartes peuvent comporter une dimension de contrainte (Pereira, 2017). Toutefois, si la gestion des risques ne permet pas de prévenir les atteintes à la marque, la gestion extra-judiciaire sera alors nécessaire. Cette gestion intervient en amont de toute procédure judiciaire, par voie amiable. Ainsi, une demande de suppression de données présentes sur un site internet et pouvant être porter préjudice à une entreprise, à une marque, peut être adressée à l'hébergeur concerné ; selon certaines formes (art. 6-I-5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique). Un droit de réponse est également prévu dans les périodiques en ligne (art. IV de la loi LCEN). Si, enfin, la voie extra-judiciaire reste infructueuse, la voie judiciaire reste la seule issue.

Les recommandations managériales s'orientent autour de principes de précautions afin d'éviter toute atteinte en fonction de la qualification juridique retenue. Ainsi, afin par exemple de se prémunir du dénigrement, les marques pourront mettre en place une veille active de la part du community manager, de procéder à la mise en place d'une charte d'utilisation des réseaux sociaux (devoir de loyauté) ou encore adjoindre cette charte au contrat de travail.

Pour conclure, les apports de cette étude jurisprudentielle sont doubles. Elle a, tout d'abord, permis de mettre en avant les limites en liberté d'expression et atteinte à l'e-réputation des marques. Elle a, ensuite, donné des pistes d'action quant à la gestion de cette réputation : managériale, extra-judiciaire et judiciaire. La limite principale de cette étude est de se situer en aval de la gestion des risques, une fois le risque réalisé. Une étude en amont de la réalisation de ce risque serait souhaitable. Elle permettrait d'analyser les perceptions de l'e-réputation de la marque au sein de l'entreprise tout en prenant en compte les spécificités des secteurs étudiés.

¹ La *soft-law* ou droit mou est l'ensemble des règles dont la forme est dépourvue de caractère obligatoire (Voir Pascale Deumier, RTD Civ. 2016. 571)

Bibliographie sélective :

- Aloing, C. et Pierre, J. (2012) Construire un cadre d'analyse avec les SIC pour comprendre les pratiques et enjeux de la réputation en ligne (des individus et des organisations), *Actes du colloque SFSIC 2012*
- Boistel, P. (2008), La réputation de l'entreprise : un impact sur les ressources de l'entreprise, *Management & Avenir*, 3, 17, 11-27
- Boistel, P. (2013), L'entreprise peut-elle encore gérer sa réputation ?, *Revue Communication*, 31, 1
- Cadel, P. (2010), Le marché de l'e-réputation. Du positionnement fonctionnel aux enjeux technologiques, *Les Cahiers du numérique*, 6, 4, 111-121
- Cornu, G. (1987), *Vocabulaire juridique*, Puf, Qauidrige Dicos Poche
- Fombrun, C.J. (1996), Reputation : realizing value from the corporate image, *Harvard Business School Press*
- Louisot, J.P.(2009) *Gestion des risques*, AFNOR.
- Paquerot, M. et al. (2011), L'e-réputation ou le renforcement de la gouvernance par le marché de l'hôtellerie ?, *Management & Avenir*, 45, 5, 280-296
- Pereira, B. (2017). Entreprises : loyauté et liberté d'expression des salariés sur les réseaux sociaux numériques. *Annales des Mines - Gérer et comprendre*, 130, (4), 67-75. <https://www-cairn-info.doc-distant.univ-lille2.fr/revue-gerer-et-comprendre-2017-4-page-67.htm>.
- Porchy-Simon, S. (2018). *Droit civil 2^e année, Les obligations*, Dalloz, Coll. Hyper Cours
- Power, M. (2011), Un nom, c'est quoi ? Le risque image et la transformation de la notion de responsabilité sociale, *Sécurité et Stratégie*, 2, 6, 5-8
- Veyret, Y. et al. (2004) *Les risques*, collection Amphi Géographie, Bréal