

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Contrats électroniques et théorie générale des contrats

Poullet, Yves

*Published in:*

Liber Amicorum Lucien Simont

*Publication date:*

2002

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 2002, Contrats électroniques et théorie générale des contrats. dans *Liber Amicorum Lucien Simont*. Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 467-478.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# CONTRATS ÉLECTRONIQUES ET THÉORIE GÉNÉRALE DES CONTRATS

PAR

YVES POULLET

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE NAMUR,  
DIRECTEUR DU CRID DES FUNDP

1. Ces quelques lignes dédiées à un maître du droit des contrats soulignent l'apport de l'analyse des contrats conclus avec les services variés et en nombre indéfini utilisant la norme http et présents sur la toile d'Internet : les « *Web contracts* » à la théorie générale des contrats. Les « *Web contracts* » constituent la forme la plus avancée des contrats utilisant les technologies de la communication et de l'information<sup>(1)</sup>. Certaines caractéristiques les distinguent de formes plus primitives, qu'elles soient traditionnelles et *off line* comme les contrats par correspondance ou qu'elles soient électroniques comme les contrats d'Echanges de Données Informatisées (E.D.I.).

2. L'utilisation d'une architecture universelle et conviviale, première caractéristique, abolit les frontières et ouvre aux non-commerçants comme aux commerçants la possibilité de les conclure aisément. Une seconde caractéristique est certes la multiplication des intervenants. Certains relèvent directement de la chaîne transactionnelle : les opérateurs de réseaux, les hébergeurs ou les « galeries » (*shopping malls*), acteurs par lesquels transite l'internaute pour aboutir à la transaction ou la conclure ; d'autres lui restent extérieurs mais sans être directement mêlés à la transaction, jouent un rôle d'autant plus précieux qu'ils assurent la confiance entre parties en les identifiant et authentifiant leurs consentements comme les prestataires de service de certification, en garantissant la qualité de leurs opérations voire le respect de réglementations comme les organes de labellisation, enfin en certifiant un ou plu-

(1) ... ou « contrat électronique », c'est-à-dire tout « contrat conclu à distance au moyen d'équipement électronique de traitement et de stockage des données », selon la définition de R.J. BARCELO, E. MONTERO et A. SALAÜN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : Questions choisies », in *Commerce électronique - Le temps des certitudes*, Cahier du Crid, n° 17, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 16.

sieurs éléments de la transaction (le moment, la réception d'un message, la preuve) comme les *Trusted Third Parties*. On soulignera encore que l'utilisation de technologies interactives supprime toute matérialisation de l'expression de la volonté et offre la possibilité de transactions sur mesure et quasi immédiates, ce qui distingue profondément les transactions sur internet des transactions à distance classiques. Enfin, on notera la relation asymétrique des deux parties à la transaction. L'une d'elles est pour le moins transparente<sup>(2)</sup> et se contente d'exprimer ses souhaits au fur et à mesure des choix qui lui sont proposés par un menu certes sophistiqué mais totalement préprogrammé par le responsable du site *web*. Cette programmation dispense ce dernier de toute intervention humaine y compris lors de la conclusion du contrat conclu par des agents électroniques.

3. Ces diverses caractéristiques des *web contracts* induisent quelques thèses<sup>(3)</sup> que la suite du propos entend développer. La première oblige celui qui utilise la technologie pour la conclusion d'un contrat de développer les ressources de cette technologie pour rétablir une certaine symétrie de l'information. Une deuxième thèse entend mettre à charge de celui qui utilise la technologie de l'information et de la communication les risques de défaillance de celle-ci. Notre troisième proposition consiste dans l'affirmation du principe des équivalents fonctionnels : la dématérialisation invite non à renoncer aux formalismes classiques protecteurs du consentement mais à la recherche de mécanismes destinés, dans un environnement technologique nouveau, à assurer une protection équivalente à celle assurée par ces mécanismes traditionnels. Quatrième thèse : le caractère quasi immédiat de la transaction conclue via internet et l'interactivité du médium conduit à considérer le contrat non comme un acte clos mais comme une procédure à travers laquelle se construit un consentement.

<sup>(2)</sup> Nous n'aborderons pas ici la question des cookies et autres mécanismes qui permettent aux opérateurs de services de connaître *a priori* le profil de l'internaute qui visite leur site et contribue ainsi à accroître encore leur transparence.

<sup>(3)</sup> Il s'agit bien de thèses au sens premier du terme, c'est-à-dire d'affirmations posées dans un domaine encore neuf et dont l'esquisse de démonstration proposée par l'auteur ouvre à la discussion plutôt qu'elle ne la clôt. Ces thèses ne prétendent pas à l'exhaustivité, ainsi la question du rôle important des tiers de confiance dans la conclusion du contrat mériterait également l'une ou l'autre thèse. La première reposerait sur l'idée que la responsabilité de ces tiers doit être renforcée par une objectivation des comportements attendus de ces tiers. La seconde que la création de la confiance par l'intervention de ces tiers nécessite un rôle accru de l'Etat dans la définition des critères d'agrément de ces tiers de confiance.

Ces thèses s'appuient sur l'analyse des textes légaux nouveaux qui prolifèrent en matière de commerce électronique. Elles peuvent légitimement inspirer des développements réglementaires ou jurisprudentiels nouveaux.

PREMIÈRE THÈSE. – L'OBLIGATION D'UTILISATION  
DE LA TECHNOLOGIE POUR RÉTABLIR  
UNE CERTAINE SYMÉTRIE DE LA RELATION  
CONTRACTUELLE

4. La directive 2000/31 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (ci-après « directive sur le commerce électronique ») du 8 juin 2000<sup>(4)</sup> multiplie les obligations desdits « prestataires de services de la société de l'information » d'utiliser les ressources de la technologie pour avertir l'internaute du caractère publicitaire de ses messages<sup>(5)</sup>, pour l'informer « clairement, de manière compréhensible et sans ambiguïté », de son identité, des conditions générales contractuelles et des codes de conduite auxquels il se soumet le cas échéant, des différentes étapes suivies pour la conclusion du contrat et des moyens techniques pour l'identification et la correction des erreurs. De telles informations doivent être accessibles à tout moment et susceptibles de télé-déchargement. En ce qui concerne l'accessibilité de manière aisée et immédiate, on peut songer à des sigles explicites dotés d'hyperliens, sigles repris sur chaque page ou en tout cas sur les pages par lesquelles l'internaute devra nécessairement transiter lors de son parcours.

5. Ce même principe pourrait également être imposé en ce qui concerne le contenu du contrat, à propos tant de la description du produit ou du service offert que des conditions contractuelles de l'acquisition ou de l'utilisation de celui-ci. A propos du premier point, le principe général de conformité des biens de consommation avec le contrat affirmé par la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties de bien de consommation<sup>(6)</sup> pourrait recevoir, dans le cadre d'une vente via internet, une interprétation particulière. En effet, la description requise dans le cadre d'une telle opération

<sup>(4)</sup> *J.O.*, 17 juillet 2000, L 178/1.

<sup>(5)</sup> Ce qui permettra à celui-ci de les filtrer, le cas échéant en amont de son propre équipement.

<sup>(6)</sup> *J.O.*, 7 juillet 1999, L 171/1.

peut justifier des notices explicatives, des images et descriptions plus détaillées que celles normalement attendues sur un support papier<sup>(7)</sup>. Ces descriptions ou l'appel clair à ces descriptions devront être placés à des endroits de passage obligés du déroulement de la procédure contractuelle<sup>(8)</sup>. Dans la mesure où les limites d'utilisation du produit doivent, selon la même directive, faire l'objet de mentions particulières, le principe ci-dessous rappelé imposera que le fournisseur les fasse apparaître par l'insertion automatique de pages *web* appelées obligatoirement dans le cadre du processus contractuel si possible à un moment proche de la conclusion définitive du contrat.

6. La question de l'opposabilité des conditions générales contractuelles peut se résoudre de la même manière. Ne pourront être opposables au consommateur que les conditions dont l'existence a été notifiée à suffisance par le fournisseur. Ceci signifie que le fournisseur ne peut se contenter d'un vague hyperlien ou d'un simple renvoi à des conditions disponibles sur demande. Ce dernier a le devoir non seulement de placer un renvoi clair à ces conditions à un endroit nécessaire du parcours contractuel mais en outre, pour toute clause « surprenante » ou largement dérogatoire au droit commun, d'insérer la clause à un moment de passage obligatoire lors de ce processus et ce, par un procédé qui attire l'attention de l'internaute<sup>(9)</sup>. En conséquence, souligne Gautrais<sup>(10)</sup>, « la façon de rédiger un contrat électronique ne doit pas être perçue comme étant identique à celle d'un contrat papier et le juriste, l'avocat, doit adapter la règle au medium. En particulier, les critères de lisibilité, de compréhension, voire de raisonnabilité... risquent de ne pas être perçus de la même façon selon qu'on les analyse sur un document écrit ou sur un document électronique. »

(7) Sur la manière dont l'obligation de conformité du produit ou du service engendre, dans le cadre d'une transaction via internet, des obligations particulières d'information et les modalités de celle-ci, le lecteur se référera à l'article remarquable de S. CAVANILHAS MUGICA, *Dix thèses sur la protection du consommateur électronique* d'après la Directive sur la vente et les garanties de consommation, Ubiquité, n° 7, pp. 99 et s.

(8) Le même raisonnement peut être déduit de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, qui exige que le consommateur bénéficie d'informations claires et compréhensibles, dans le respect des principes de loyauté en matière de transactions commerciales et en tenant compte de la technique utilisée. Il est évident que le type et la qualité d'informations requises seront différents si le fournisseur choisit la technique du téléphone ou celle d'internet.

(9) Par exemple par une technique de « flickering » ou mieux de suspendre la suite du processus à un « click » marquant l'adhésion de l'internaute à cette clause.

(10) V. GAUTRAIS, « Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat : le contexte nord-américain », in *Le commerce électronique - Le temps des certitudes*, op. cit., p. 113.

DEUXIÈME THÈSE. — BÉNÉFICIER DES TECHNOLOGIES  
POUR LA CONCLUSION DE TRANSACTIONS OBLIGE  
À SUPPORTER LES RISQUES DES DÉFAILLANCES  
DE CES TECHNOLOGIES

7. L'introduction notait que le déroulement et la conclusion du processus contractuel s'opéraient, en matière de « web contracts », par des systèmes d'intelligence artificielle<sup>(11)</sup> qui remplaçaient avantageusement, du point de vue du moins de la rentabilité de la conduite des affaires du fournisseur, l'intervention humaine. Notre propos n'est pas d'analyser la question de la validité d'un contrat conclu par un agent électronique et non par une déclaration de volonté humaine<sup>(12)</sup> mais de s'interroger sur les conséquences d'une erreur de programmation qui aboutirait, par hypothèse, à une transaction défavorable au fournisseur<sup>(13)</sup>. Pour lier le fournisseur nonobstant cette erreur, deux voies sont théoriquement possibles : soit recourir à un raisonnement fondé sur la responsabilité, soit considérer que le recours à un tel système de conclusion de contrats emporte le risque de devoir supporter les conséquences de l'apparence ainsi créée, prix à payer pour créer la confiance du consommateur dans ce mode de conclusion de contrats<sup>(14)</sup>. En pratique, la solution sera la même dans la mesure où le fournisseur aura quelque difficulté à prouver son absence de faute personnelle, dans la mesure où il a contribué à la création de l'apparence de contrat, ou l'absence de faute d'un sous-traitant. La seule hypothèse où sa non-respon-

(11) A noter que ces systèmes sont de plus en plus sophistiqués ; ainsi, certains sont des systèmes programmés pour apprendre. En d'autres termes, les systèmes ne réagissent pas uniquement en fonction des paramètres déterminés à l'avance mais en fonction d'autres critères appris par l'expérience et ce en dehors de toute intervention humaine.

(12) Sur cette question, Y. POULLET, « La conclusion du contrat par un agent électronique », in *Commerce électronique - Le temps des certitudes*, Bruylant, Cahier du Crid n° 18, pp. 129 et s. Sur l'intérêt de cette question de revenir aux débats entre les romanistes : Windscheid - Von Savigny sur le fondement du caractère obligatoire du contrat (théorie de la Willenserklärung ou théorie de la Vertrauen) lire W. KILIAN, « Electronic Commerce - Dear Abschluss von verträgen im Internet », in *Arbeiten zur Rechtsvergleichung*, n° 196, Nomos, Baden-Baden, 2001, p. 30 et s. On notera en sus que l'acceptation par nombre de droits, y compris le droit belge, de la signature électronique des personnes morales en vertu de l'article 4 § 4 de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification, *M.B.*, 29 sept., 2001, pp. 33.070 et s.) accrédite un peu plus la distanciation entre contrat et expression de la volonté individuelle d'une personne physique.

(13) ... soit parce que le prix de la transaction a été mal calculé, soit parce que la transaction a été passée alors que le produit n'était plus en stock ou n'était plus produit.

(14) C'est toute la doctrine de l'« attribution » développée par R. NIMMER (« Electronic Contracting : Legal Issues », (1996) 14 *Journal of Computer and Information Law*, 211 and ff.) doctrine à l'origine de la disposition du très controversé article 2B de l'Uniform Commercial code américain suivant laquelle il est moins important de déterminer quelle est la volonté exprimée dans un contrat électronique, que de rechercher l'attribution des risques découlant du mode de conclusion de celui-ci.

sabilité sera retenue sera celle où, au vu de l'importance de l'erreur engendrée, il pourra invoquer que la répudiation du contrat ne heurte pas la légitime confiance de l'internaute contractant<sup>(15)</sup>. En définitive, une partie contractante, dans la mesure où son comportement crée une situation qui fonde une attente légitime dans le chef de l'autre partie, est tenue en tant que « maître » de l'agent électronique<sup>(16)</sup>.

8. L'application du même principe se retrouve dans bien d'autres dispositions qui entendent mettre à charge de la personne qui désire utiliser des technologies nouvelles aux fins de conclure un contrat ou de l'exécuter, la responsabilité de l'outil technologique qu'elles utilisent ou dont elles ont la maîtrise. La solution n'est pas neuve en matière de systèmes électroniques de paiement<sup>(17)</sup> ou de signatures électroniques<sup>(18)</sup> où le législateur a rejoint l'assertion doctrinale classique suivant laquelle en cas de perte du support ou de confidentialité du numéro, le titulaire du moyen de paiement ou de la signature sera responsable des conséquences de ces faits tant qu'il ne les aura pas signalés à la personne émettrice du moyen de paiement ou certificat à l'appui de la signature. Dans la directive sur le commerce électronique, le même principe est appliqué lorsqu'il est affirmé que la commande et l'accusé de réception des messages relatifs à une procédure de passation de commande sont réputés reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès, c'est-à-dire non lorsqu'ils en ont pris connaissance mais lorsque, arrivés à leur serveur de messagerie, ces messages sont entrés dans la zone de risque couvert par la partie destinataire du message.

<sup>(15)</sup> A ce propos, le raisonnement tenu par J. WINN et B. WRIGHT, *Law of Electronic commerce*, Aspen Law & Business, 4<sup>th</sup> ed., 5-24.1 à propos du cas United Airlines (février 2001) où par suite d'une erreur de programmation, le prix des tickets pour une destination avait été calculé sur la seule base des taxes et autres frais administratifs. Selon les auteurs, la compagnie était bien engagée dans la mesure où légitimement les clients avaient pu croire à une offre promotionnelle.

<sup>(16)</sup> Comparer le raisonnement parallèle fondé sur la théorie de la volonté déclarée et de l'erreur obstacle, de M<sup>me</sup> LECOCQ et BIQUET, « Le commerce électronique : conclusion et preuve du contrat », in *Rapports de droit belge au Congrès de droit comparé de Brisbane*, Bruylant, Bruxelles, à paraître.

<sup>(17)</sup> A ce propos, l'hypothèse formulée par X. TRUNIS (*Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, *Travaux de la faculté de droit de Namur*, P.U.N., n° 19, p. 251) et largement démontrée par lui dans la suite de la thèse : « Notre hypothèse est qu'émerge la qualification de 'prestataire de services automatisés', dont la responsabilité se fonde sur une théorie du risque qui ne se réfère plus aux articles 1239 et 1937 du Code civil ». Cette hypothèse est largement accréditée par la recommandation de la Commission européenne du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, *J.O.*, 1997, 2 août 1997, L.208. (A cet égard, Y. POULLET et J.-F. LEROUGE, *La responsabilité des acteurs de l'Internet*, *Rapport de droit belge au Congrès de droit comparé de Brisbane*, Bruylant, à paraître).

<sup>(18)</sup> Cf. l'article 8 de la loi - type de la CNUDCI qui définit les « normes de conduite du signataire », en particulier celle de veiller à la confidentialité de ses clés.

TROISIÈME THÈSE. - LA TENDANCE  
À LA « PROCÉDURALISATION » DE LA CONCLUSION  
DU CONTRAT

9. Les réseaux interactifs modernes se caractérisent par l'instantanéité de l'envoi et de la réception des messages. Ce fait contraste avec les délais parfois longs de conclusion des contrats à distance traditionnels. Il fait craindre que l'internaute ne se trouve lié par une commande d'un bien ou service non désirés ou insuffisamment réfléchi. Cette crainte conduisit les auteurs de la directive sur le commerce électronique à énoncer le principe suivant : « Les Etats membres veillent à ce que les différentes étapes à suivre pour conclure un contrat de manière électronique soient telles qu'elles assurent un consentement complet et informé »<sup>(19)</sup>. En d'autres termes, c'est à travers la consécration de différentes étapes de la « passation de commande » et leur respect que se réalise la conclusion du contrat conclu via un site internet. Le texte final de la directive insiste sur l'information qui doit être donnée au consommateur à propos des différentes étapes de la passation de la commande, il oblige à insérer dans le processus un mécanisme de correction des erreurs et il subordonne cette passation à la réception de la commande mais surtout à la réception par l'internaute de l'accusé de réception qui doit être émis par le fournisseur, « sans délai injustifié et par des moyens électroniques ». En outre, la directive « Contrats à distance » impose l'envoi d'une confirmation de la commande sur un support durable. Dans le même esprit, la loi luxembourgeoise<sup>(20)</sup> réclame du fournisseur la présentation juste avant la commande d'une page récapitulative de la transaction.

10. Cette « procéduralisation » de la transaction électronique si elle diminue quelque peu l'aspect instantané et dynamique qui caractérisent les processus de présentation et de communication de ce type de transaction restaure quelque peu les avantages des processus lents de formation des contrats à distance traditionnels. Ce sera au fournisseur à s'as-

<sup>(19)</sup> Il s'agit de la première version de l'article 10 (1) de la proposition de directive. Le retrait de ce texte a été justifié par la volonté des auteurs de ne plus faire référence à des notions juridiques, ainsi celle de conclusion du contrat ou d'offre mais de s'en tenir à un vocabulaire purement économique, ainsi la notion de passation de commande et de placement d'un ordre. Cette solution avait pour but d'éviter les débats juridiques entre Etats membres sur l'interprétation de ces termes juridiques.

<sup>(20)</sup> Article 62 de la loi luxembourgeoise : « De la récapitulation de la transaction. Avant la conclusion du contrat, le professionnel doit mettre en place une procédure de récapitulation finale de l'ensemble des choix opérés par le consommateur, et doit lui donner la possibilité de les confirmer, en toute connaissance de cause, ou de les modifier à sa convenance ».

surer que les étapes de formation du contrat électronique tels qu'il les impose par les programmes qu'il met en place, permettent effectivement un consentement complet et réellement informé. On retrouve ici les conséquences de la deuxième thèse ci dessus évoquée.

11. Plus fondamentalement, on peut affirmer, à la suite de Katsch<sup>(21)</sup>, que « *Paper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process* ». Une telle assertion prend la pleine mesure de l'interactivité de la technologie utilisée. Si dans les contrats traditionnels, les différents moments du processus contractuel s'effacent au profit du seul document final, représentatif ou censé représenter l'accord final, si dans les contrats à distance, les seuls moments identifiés sont l'offre et l'acceptation, deux moments figés, dans les contrats conclus via internet, l'interactivité du réseau permet au consentement de se construire au fur et à mesure dans le cadre d'un dialogue continu où il est difficile d'isoler les moments classiques de l'offre et de l'acceptation. Les déclarations sur une page web sont-elles une offre ou une invitation à contracter? La réponse est difficile, sachant que cette page est suivie, le cas échéant<sup>(22)</sup>, d'autres par lesquelles l'internaute précisera l'objet de son choix, suggérera certaines modalités de paiement du prix, acceptera ou non telle ou telle clause surprenante ou, le cas échéant, demandera une adaptation sur mesure du produit. On conçoit dès lors que les auteurs de la directive sur le commerce électronique aient renoncé<sup>(23)</sup> à se référer à ces étapes de la formation du contrat pour parler de manière plus vague de la passation d'une commande. Certains auteurs<sup>(24)</sup> peuvent regretter qu'on s'écarte des certitudes que la doctrine classique attachait à la conception classique de la formation du contrat comme une rencontre d'une offre et d'une acceptation mais

(21) M.E. KATSCHE, *Law in a digital world*, p. 129. Comp. W. KILLIAN, « Electronic commerce - der Abschluss von Verträgen im internet », *op. cit.*, p. 16 qui oppose au modèle classique de conclusion du contrat, celui d'internet où le contrat doit être examiné comme une procédure « informationnelle et décisionnelle » (« Informations-und Entscheidungsprozess »).

(22) Selon nous, une page web de présentation du produit peut tantôt être qualifiée de simple entrée en pourparlers, tantôt d'« invitatio ad offerendum », tantôt d'offre.

(23) La première version de la directive (ancien libellé de l'article 11) parlait d'offre et fixait le moment de la formation du contrat. Sur cette première version, les raisons de l'abandon du premier texte et ses conséquences, lire notamment, R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO, A. SALAÜN, « La proposition de directive sur le commerce électronique : Questions choisies », *op. cit.*, pp. 29 et s.; M. DEMOULIN, « La passation d'une commande sur les réseaux », in *Le commerce électronique enfin sur les rails?*, Cahiers du Crid, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 255 et s.

(24) Ainsi, parmi d'autres, L. GRYNBAUM, « La directive 'commerce électronique' ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », *JCP - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2001, p. 1621 : « Une telle dichotomie entre modes traditionnels et internet est à éviter absolument; il n'est sans doute pas souhaitable que la formation du contrat soit soumise au bon vouloir de l'offrant... ».

il nous semble que la réalité de la construction d'un contrat sur internet oblige à de tels écarts<sup>(25)</sup>.

12. Ainsi, le contrat naît d'un processus et chaque phase de ce processus doit être prise en compte pour son interprétation. Cette réflexion nous est inspirée par la thèse pertinente de S. Cavanilhas<sup>(26)</sup> à propos de la notion de conformité du produit ou service acquis via un site web. Selon l'auteur, la conformité doit s'apprécier en fonction des attentes légitimes suscitées par l'ensemble de l'itinéraire susceptible d'être parcouru par l'internaute pour aboutir à la transaction. Cette assertion nous amène à considérer que le prestataire serait tenu non seulement par les pages web publicitaires présentes ou passées qui jalonnent le parcours de l'internaute sur le propre site du prestataire mais également<sup>(27)</sup> par les pages en dehors de son site, qui accompagnent ou guident l'internaute jusqu'au site du prestataire, ainsi les bannières publicitaires ou pages de liens sur les portails, les moteurs de recherche ou sur des sites publicitaires invitant par hyperlien à une visite du site du prestataire. Notre conviction vient du fait que c'est bien souvent le prestataire qui, par l'inclusion de métatags ou dans le cadre des conventions d'hébergement, crée lui-même directement ou indirectement l'expectative légitime de l'internaute à travers ces multiples « descriptifs ».

#### QUATRIÈME THÈSE. - LA NÉCESSITÉ DE DÉFINIR DES ÉQUIVALENTS FONCTIONNELS AUX FORMALISMES TRADITIONNELS PROTECTEURS DU CONSENTEMENT

13. La nécessité d'adapter les règles de droit aux nouvelles données technologiques a suivi, en matière de droit de la signature et de l'écrit, un principe sain. Le législateur est invité à retrouver les caractéristiques fonctionnelles des exigences légales de la signature et de l'écrit afin de

(25) On pourrait rapprocher ce phénomène de celui des contrats où la complexité de l'objet et la multiplicité des paramètres à prendre en considération aboutissent à une multiplication de documents qui témoignent d'un avancement souvent chaotique des négociations (lettre d'intention, compte-rendu de pourparlers, *memorandum of understanding*, etc). Sur ces contrats et la valeur de ces documents aux appellations et statuts divers (lire M. Fontaine). Ce qui est intéressant, c'est qu'avec les contrats internet, on assiste à la nécessité de généraliser même à des contrats de consommation, le raisonnement jusqu'à présent confiné à quelques contrats commerciaux d'ampleur.

(26) S. CAVANILHAS-MUGICA, *Dix thèses sur la protection du consommateur électronique* d'après la Directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, Ubiquité, n° 7, 2000, pp. 103 et s.

(27) L'auteur se montre plus prudent sur cette extension encore qu'il cite de nombreux arguments à l'appui d'une présomption d'élargissement de l'obligation de conformité à des pages web ou à des bannières externes au site du prestataire.

consacrer les signatures et documents électroniques répondant à ces mêmes caractéristiques. A cet égard, on souligne l'importance des travaux de la CNUDCI qui, par sa loi type sur le commerce électronique<sup>(28)</sup>, définit les conditions fonctionnelles de recevabilité et de la force probante de la signature et de l'écrit électroniques<sup>(29)</sup>. Au delà des questions de signature et d'écrit, ce même principe doit s'appliquer à l'ensemble des formalismes légaux exigés par les législations traditionnelles pour protéger le consentement. Le texte de l'article 9 de la directive européenne sur le commerce électronique fournit l'opportunité d'une telle réflexion : « Les Etats membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduisent à priver d'effets et de validité juridiques de tels contrats au motif qu'ils sont passés par voie électronique. »

14. Les exigences de forme sont multiples dans notre arsenal législatif et poursuivent des objectifs divers que l'on peut résumer comme suit : attirer l'attention de la personne invitée à signer un engagement sur la portée de celui-ci et les enjeux que représente sa signature au bas de l'acte. L'effet psychologique des formalités est essentiel mais il peut être atteint par des procédés adaptés à la technologie de communication utilisée. Ainsi l'exigence de mentions en caractères gras à des fins d'information se réalise à la limite plus adéquatement par un système d'affichage clignotant devant apparaître nécessairement à un moment du processus contractuel. L'écriture de la main parfois exigée pour attirer l'attention du contractant sur la portée de son engagement peut être obtenue par l'obligation programmée de la frappe sur le clavier de certaines mentions ou par la nécessité de signatures électroniques en cascade. Dans cet esprit, on comprend la disposition de l'avant-projet de loi belge<sup>(30)</sup> qui s'énonce comme suit : « Lorsqu'il est exigé, au cours du

(28) Le § 16 du préambule de la loi type sur le Commerce électronique définit ce qu'il faut entendre par l'approche de l'équivalence fonctionnelle « which is based on an analysis of the purposes and functions of the traditional paper-based requirement with a view to determining how those purposes or functions could be fulfilled through electronic commerce techniques ».

(29) Sur cette approche fonctionnelle de l'écrit et de la signature, parmi d'autres auteurs, lire D. GÖBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques », *DAOR*, 2000, pp. 17 et s. et des mêmes auteurs, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114 et s.

(30) Article 17 § 1 de l'avant-projet de loi belge rédigé par le Crid dans le cadre du contrat conclu avec le Ministère des Affaires économiques et portant sur la transposition de la directive sur le commerce électronique. Cet avant-projet est publié en annexe du cahier n° 19 du Crid, *Le commerce électronique enfin sur les rails?*, Bruxelles, Bruylant, 2001. Cf également le § 2 du même article qui applique le même principe à l'écrit, aux mentions écrites de la main et aux mentions à des fins d'information.

processus contractuel, une formalité qui peut faire obstacle, directement ou indirectement, à la conclusion de contrats par voie électronique, celle-ci s'interprète indépendamment de sa forme et de son support. En toute hypothèse, les qualités fonctionnelles de la formalité considérée doivent être respectées. » « C'est pourquoi, note S. Cavanilhas<sup>(31)</sup>, les vieilles règles (*old rules*) que l'on s'apprête à retirer ou modifier doivent être soumises à un dernier test 'téléologique' (*teleological*). Tous les intérêts protégés par l'ancienne loi sont-ils toujours protégés et ce de manière équivalente sous l'empire de la nouvelle. »

## CONCLUSIONS

15. Les « contrats électroniques » doivent-ils être considérés comme des contrats différents des contrats papier? C'est l'interrogation à laquelle nous invitent les considérations qui précèdent. Sans doute, est-il utile de rappeler d'abord que l'expression contrat électronique ne vise qu'un mode de formation du contrat et non le contenu matériel particulier d'une catégorie de contrats<sup>(32)</sup>. En d'autres termes, l'incidence de la technologie porte sur les seules règles de formation des contrats à l'exclusion des autres règles. Elle conduit ainsi à réclamer du législateur qu'il reconnaisse la validité et l'efficacité probatoire de ces contrats ainsi formés non en sacrifiant aux règles traditionnelles mais en s'interrogeant sur le sens de ces dernières et sur la manière dont la technologie peut satisfaire à ces exigences fonctionnelles.

16. Au delà, l'interactivité du medium utilisée pour la transaction invite à considérer – mais ce n'est jamais là qu'une application du principe de bonne foi dans la formation du contrat – que le prestataire est tenu d'obligations d'informations supplémentaires et à utiliser au maximum les ressources du medium pour permettre à l'internaute d'exprimer un consentement éclairé tant sur le contenu de la transaction que sur les modalités de celle-ci. Cette interactivité oblige à construire le contrat comme un processus à travers lequel se construisent les « attentes légitimes » de l'acquéreur électronique du bien ou du service et le contrat lui-même. Enfin, si la technologie utilisée présente des risques, ces risques doivent être partagés selon les zones de « maîtrise » res-

(31) S. CAVANILHAS-MUGICA, « An introduction to web contracts », in *E-commerce Law and Practice in Europe*, I. Walden – J. HÖRNLE (eds.), Woodhead Publishing Ltd, Cambridge, Sect. 2, Chap. 1, p. 9.

(32) Sur ce point, lire D.L. KIDD et W. DAUGHTREY, « Adapting Contract Law to accommodate Electronic contracts », *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, vol. 26, 269.

pectives que chaque partie a de l'outil technologique, sauf si l'apparence créée par la défaillance technologique n'est pas source de confiance légitime dans le chef de l'autre partie.