

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Préface

Montero, Etienne

Published in:

Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique

Publication date:

2004

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2004, Préface. dans R Bisciari (ed.), *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*. UGA, Heule, pp. I-IV.

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.

PREFACE

Le sujet du livre qu'il m'est particulièrement agréable de présenter ici est d'une évidente actualité.

En dépit de la récession qui a frappé l'économie numérique, le commerce électronique serait en augmentation constante dans l'Union européenne. On enregistre des succès appréciables dans certains domaines comme la publicité en ligne, les plates-formes de commerce entre entreprises (B2B) ou les services financiers en ligne. En revanche, le commerce électronique B2C n'en finit pas de décoller. A l'heure actuelle, cette forme de commerce ne représente que 1 à 2 % des ventes au détail dans l'Union européenne. Sur ce terrain, les entreprises belges se révèlent plus lentes que leurs homologues européennes. Ainsi, 12 % seulement d'entre elles utilisent l'internet pour l'approvisionnement (avec une moyenne européenne de 42 %) et 19 % pour les ventes (avec une moyenne européenne de 49 %)¹. L'explosion maintes fois annoncée de l'e-commerce avec les particuliers n'était-elle qu'un formidable miroir aux alouettes? Point du tout, nous rassure-t-on, «*les perspectives de croissance sont prometteuses*»² D'après des estimations, 54 % des internautes européens achèteront en ligne d'ici à 2006³.

Méthode Coué? On n'en sait trop rien, à vrai dire, tant on a vu des chiffres différer d'une étude à l'autre et des projections démenties à l'heure des comptes.

Qu'à cela ne tienne, le commerce électronique se développe irrésistiblement. Quelle que soit son importance quantitative, actuelle et future, il représente une «*réalité*» qui ne peut laisser le juriste indifférent. La conclusion de contrats dans des environnements électroniques suscite toute une série de questions juridiques, parfois inédites, auxquelles il se doit de répondre. Dans la mesure où nombre de règles ont été conçues pour le «*monde en dur*», leur transposition à l'univers virtuel n'est jamais évidente, ni toujours possible.

¹ Source: Boston Consulting Group (2001). Cette information est extraite d'un ouvrage du Bureau fédéral du Plan, *Les technologies de l'information et de la communication en Belgique — Analyse des effets économiques et sociaux*, sous la direction de G. DEKKERS et C. KEGELS, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 30.

² Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen — Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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*»), COM (2003) 702 final, Bruxelles, 22 novembre 2003, p. 5.

³ *Ibidem*.

Un premier défi juridique est lié à la *dématérialisation* des contrats conclus — «sans papier» — sur les réseaux; à cet égard, les problèmes se situent essentiellement sur le terrain de la preuve et du formalisme contractuel. Les difficultés sautent aux yeux: notre droit de la preuve est dominé, en matière civile, par le principe de prééminence de la preuve littérale ou par écrit, qui, dans la conception traditionnelle, renvoie à l'écrit *papier* revêtu d'une signature *manuscrite*! Par ailleurs, se pose la question du respect des règles de forme, prescrites pour la validité de nombreux contrats de consommation courants, et essentiellement façonnées dans une culture du papier. Les autres défis sont liés à la qualité des consentements échangés dans un environnement à la fois *électronique et interactif*, et marqué par une *abolition de la distance et des frontières*. Qu'en est-il, dans ce contexte technologique, de la transparence du processus contractuel, de la mise en œuvre des obligations de renseignement et de conseil, de la détermination du lieu et du moment de la conclusion du contrat...? Autant de problèmes sur lesquels il convient de jeter un regard neuf, chargé d'interrogations.

L'imagination est de mise pour faire du neuf avec de l'ancien. Mais parfois l'exercice risque de déboucher sur des solutions artificielles car trop éloignées du sens clair des textes, et le juriste est alors invité, dans le cadre d'une réflexion plus fondamentale, à reconsidérer des solutions traditionnellement retenues. Le législateur européen s'est également attaché, depuis plusieurs années, à apporter des réponses aux problèmes évoqués, à travers l'adoption de plusieurs directives, notamment, en matière de contrats à distance, de signatures électroniques et de commerce électronique. A sa suite, le législateur belge a adopté récemment une série de lois particulières importantes. Outre la mise en place d'un cadre juridique complet pour les signatures électroniques et les services de certification, il a transcrit en droit interne, notamment, les directives sur les contrats à distance et le commerce électronique.

Il s'en suit que le régime du «*contrat électronique*» (entendez «*conclu par voie électronique*», c'est-à-dire, principalement, sur le Web ou par échange de courriers électroniques) résulte de la combinaison d'une grande diversité de règles, puisées à différentes sources, telles la théorie générale des obligations et des contrats, les règles spéciales applicables, le cas échéant, au contrat concerné⁴, la loi sur les pratiques du commerce (LPCC), en général (s'il s'agit d'un contrat de consommation, dit B2C) et sa section «*Des contrats à distance*», en particulier (puisque, par hypothèse, le contrat est conclu par le biais d'une technique de communication à distance), sans omettre, bien entendu, la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (étant donné que le contrat est conclu dans le cadre d'un réseau numérique).

⁴ On songe non seulement au régime supplétif de certains contrats nommés du Code civil, mais aussi aux nombreuses dispositions impératives figurant dans diverses lois d'inspiration consumériste, en matière de contrats de voyage, de *timesharing*, de crédit à la consommation...

Pour orienter le non spécialiste dans ce maquis de règles éparses, il fallait un guide avisé. Il était tout trouvé en la personne de Raphaël Bisciari. D'un pas décidé, mais sans jamais forcer la marche, il débale le terrain afin d'offrir un chemin sûr dans ce droit touffu et complexe. S'il prend la peine de le suivre jusqu'au bout, le lecteur sera tout étonné, à l'arrivée, de la diversité des recoins visités. Autrement dit, on relève, avec satisfaction, que l'auteur n'esquive aucune question et envisage chacune sous tous ses aspects. Loin de se borner à décrire le droit en vigueur, il en décortique les solutions, sans se montrer avare de précisions relatives à leur mise en œuvre et prenant constamment soin d'illustrer le propos. Le point de vue adopté est, dans l'ensemble, résolument pratique, sans négliger pour autant les indispensables éclairages théoriques.

Il ne nous est naturellement pas possible de présenter par le menu tous les développements renfermés dans l'ouvrage. Contentons-nous plutôt d'ouvrir l'appétit du lecteur, par quelques brèves considérations en marge de la lecture.

L'ouvrage se subdivise en deux parties. La première examine les questions de droit contractuel liées au commerce électronique. L'auteur examine, tour à tour, la formation des contrats dans un environnement numérique, la force obligatoire des conditions générales communiquées par voie électronique et l'exécution de ces contrats.

L'auteur ne s'attarde guère sur l'examen des différentes conditions de validité des contrats. Il est vrai que les notions d'objet et de cause n'appellent pas de développements particuliers. La question de la capacité, en revanche, mérite une plus grande attention. Il n'est pas exclu, en effet, que des incapables (mineurs, faibles d'esprit...) tentent de conclure un contrat via l'internet. Cette éventualité suscite diverses interrogations. Cependant, l'auteur a choisi de focaliser l'attention sur les questions juridiques liées à l'échange des consentements. Ce choix est judicieux dans la mesure où le consentement est, bien évidemment, la pierre d'angle de la formation des contrats. L'accent est mis sur l'analyse d'une série d'obligations nouvelles imposées au prestataire de services par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (LSSI). Ainsi l'auteur consacre-t-il des développements circonstanciés à l'obligation, originale, d'accuser réception de la commande (art. 10), en s'interrogeant sur la portée de pareille obligation, sur ses modalités et sur la manière dont elle s'articule avec l'obligation de confirmation des informations prescrite en matière de contrats de consommation conclus à distance (LPCC, art. 79). Il se penche aussi sur les nouvelles informations à fournir visant à assurer la transparence du processus contractuel (art. 8), ainsi que sur l'obligation faite au prestataire de mettre à disposition de ses clients un moyen technique permettant d'identifier et de corriger les erreurs commises dans la saisie des données relatives à la commande

(art. 9). Au titre des remèdes disponibles pour revenir sur un engagement pris trop hâtivement, ou suite à une méprise, une maladresse ou une erreur, il étudie en détail le droit de renonciation institué au bénéfice du consommateur en matière de contrats à distance (LPCC, art. 80). Enfin, à la lumière d'une série de législations particulières, il traite de la question de l'archivage du contrat conclu en ligne, question délicate s'il en est, qui lui permet, en fin de première partie, de faire le lien avec la seconde partie relative à la preuve.

Envisageant la formation du contrat dans une perspective plus dynamique, l'auteur examine les notions d'offre et d'acceptation, ainsi que leur mise en œuvre dans différents scénarios de conclusion de contrats en environnement électronique.

Sur chaque point, M. Bisciari nous propose une analyse approfondie, en distinguant toujours bien, comme il se doit, les règles de fond et les problèmes de preuve, les relations B2B (entre professionnels) et B2C (entre un professionnel et un consommateur) (cf. art. 11, al. 1, LSSI), et, le cas échéant, la différence de solution applicable selon que le contrat est conclu sur le Web ou par échange de courriers électroniques (cf. art. 11, al. 2, LSSI).

La seconde partie s'intéresse aux problèmes de preuve posés par le commerce en ligne. Après un rappel des principes et un bref examen de leur application au commerce électronique, l'auteur fournit une analyse approfondie des notions d'écrit et de signature électroniques.

Il expose et analyse les nouvelles dispositions de la loi du 11 mars 2003 visant à lever toute discrimination entre les «contrats papier» et les «contrats électroniques». On aurait préféré qu'il aborde cette question importante dans la première partie de l'ouvrage. Un rapide coup d'œil jeté sur la table des tables pourrait faire croire, à tort, que les articles 16 et 17 de la loi du 11 mars 2003 s'inscrivent dans l'orbite du droit de la preuve. Alors qu'ils visent, en réalité, à traiter les règles de forme prescrites à des fins autres que probatoires (notamment *ad validitatem* ou dans un but d'opposabilité)! Cela étant, l'auteur est bien conscient des enjeux de ces dispositions et il leur consacre des développements critiques pertinents. Il insiste, à juste titre, sur la relative insécurité juridique qu'elles créent, surtout tant que les arrêtés royaux visés à l'article 16, § 3, n'auront pas été adoptés.

Il ne manque pas de décrire les différents types de signature électronique, en faisant la part belle aux procédés de signature numérique à double clé cryptographique, ainsi que le fonctionnement des infrastructures à clé publique (PKI). Viennent ensuite d'importants développements relatifs à la force probante des signatures électroniques: il dégage la portée du nouvel alinéa 2 de l'article 1322 du Code civil et expose en détail le régime de faveur

accordé à la «signature électronique avancée réalisée sur la base d'un certificat qualifié et conçue au moyen d'un dispositif sécurisé de création de signature électronique». Sur ces questions, il défend des positions originales, qui s'écartent parfois des analyses de la doctrine majoritaire. Ainsi fait-il valoir que le respect des conditions d'imputabilité et d'intégrité fixées par l'article 1322, alinéa 2, du Code civil ne suffit pas à la reconnaissance de la force probante de toute signature électronique. Ainsi encore, soutient-il que la disposition précitée transpose le principe d'assimilation déposé dans l'article 5, 1, de la directive européenne sur les signatures électroniques (et pas seulement le principe de non-discrimination de l'article 5, 2). Encore nuance-t-il son propos, en considérant que la transposition du principe d'assimilation est «imparfaite» étant donné la marge d'appréciation du juge, qui serait autorisé à prendre en considération «d'autres qualités complémentaires». Son examen des conditions d'imputabilité et d'intégrité est plus «rangé». A propos de cette dernière condition, il semble pressentir que le fait de rattacher au seul mécanisme de signature l'intangibilité du contenu de l'acte risque d'avoir pour effet de limiter le bénéfice de l'article 1322, alinéa 2, aux seules signatures numériques. Mais il ne va pas jusqu'à estimer, comme nous, qu'«il eût mieux valu poser le maintien de l'intégrité comme condition de l'acte sous seing privé électronique, sans exiger que l'intégrité résulte du mécanisme de signature»⁵. En ce qui concerne son analyse de l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001, on se borne à relever son opinion suivant laquelle le domaine d'application de cette disposition serait limité aux actes sous seing privé et au droit commun de la preuve.

Il a raison de s'étendre longuement sur les obligations et responsabilités des titulaires de certificats et des prestataires de services de certification. La matière du désaveu de signature prend un tour nouveau puisque, désormais, le débat est susceptible de se déplacer sur le terrain des responsabilités. De manière intéressante, il compare le régime de responsabilité prévu par la loi du 9 juillet 2001 avec celui établi par la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds. Enfin, il se penche sur l'acte authentique électronique, le recommandé électronique et les notifications électroniques.

On n'est pas obligé de partager tous les points de vue exprimés par l'auteur mais, reconnaissons-le, la règle de droit est exposée avec précision et l'on n'est jamais déçu de la vigueur de ses analyses. Son mérite est d'autant plus grand que le traitement du sujet suppose non seulement une bonne connaissance du droit applicable — lequel s'élabore sous nos yeux —, mais aussi une maîtrise des aspects techniques.

⁵ Cf. notre étude «L'introduction de la signature électronique dans le Code civil: jusqu'à bout de la logique «fonctionnaliste»», in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 179-210, spéc. n° 10.

Raphaël Bisciari ne manquait pas d'atouts pour mener à bien son projet. Après des études de droit aux Facultés universitaires de Namur et à l'UCL, il a décroché, avec brio, un diplôme d'étude spécialisée en droit et gestion des technologies de l'information et de la communication (DGTIC) aux FUNDP. Son cursus universitaire achevé, il n'a pas tardé à rejoindre le service juridique d'ING, où il est particulièrement en charge des dossiers touchant au droit des TIC. En dépit d'une fonction absorbante en entreprise, il n'a pas hésité à s'adonner aux affres de l'écriture, y sacrifiant sans doute une bonne partie de ses loisirs. Au moment d'achever la lecture du manuscrit, avouons-le, on est impressionné par la motivation, l'énergie et la force de travail qui lui ont permis de nous livrer une étude aussi fouillée... et on est enchanté du résultat!

Tout en félicitant l'auteur pour la qualité du travail accompli, je forme le vœu que cet ouvrage rencontre auprès des lecteurs l'audience qu'il mérite.

Etienne MONTERO

Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix
Membre effectif de l'Observatoire des Droits de l'internet