

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique

Demoulin, Marie; Montero, Etienne

Published in:

Commerce électronique : de la théorie à la pratique

Publication date:

2003

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Demoulin, M & Montero, E 2003, Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique. dans *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*. Cahiers du CRID, numéro 23, Académia Bruylant, Bruxelles, pp. 131-194.

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.

LE FORMALISME CONTRACTUEL À L'HEURE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE*

Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO

*“Formalisme ne signifie pas forme compliquée,
mais forme impérative, c'est-à-dire imposée,
sans équivalent possible (...)”*

J. FLOUR**

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'activité législative de ces dernières années révèle, à n'en point douter, un véritable phénomène de résurgence du formalisme¹. Aujourd'hui, la solennité n'est plus l'apanage de quelques contrats du Code

* La présente étude est une version mise à jour d'un article paru dans *La théorie générale des obligations, suite*, Liège, Formation permanente CUP, octobre 2002, vol. 57, pp. 99-181.

** J. FLOUR, “Quelques remarques sur l'évolution du formalisme”, in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9.

¹ Voy., notamment, M. FONTAINE, “La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse”, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627, n° 19 ; J.-M. TRIGAUX, “L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats”, *Ann. Dr.*, 1997, pp. 189-238 ; J.-L. FAGNART, “La formation et l'exécution des contrats”, in E. BALATE et J. STUYCK (éds), *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur/Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Coll. Droit et Consommation, XVIII, Bruxelles, E. Story-scientia, 1988, pp. 120 et s. ; T. BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, spéc. pp. 211 et s., n° 96 et les réf. ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 72, n° 85.

civil ; les exceptions au principe du consensualisme tendent à se multiplier dans les contrats les plus courants.

La majorité des formalités entourant ces contrats ont été façonnées par référence au traditionnel support papier, utilisé de longue date pour cristalliser les conventions. Entre-temps, la prodigieuse évolution technologique qui caractérise notre époque est venue bouleverser les habitudes contractuelles. Il est désormais possible de contracter sur les réseaux numériques, sans papier ni stylo, par quelques simples clics de souris. Cette “dématérialisation” des contrats a immédiatement soulevé la question de leur valeur, sur le plan juridique, au regard d’une législation totalement inadaptée à de telles nouveautés. Sous peine de freiner le développement du commerce électronique, il convenait de mettre fin à cette insécurité juridique en procédant à un ajustement de notre droit des contrats.

Un premier pas a été franchi avec la reconnaissance juridique de la signature électronique². Bien que capitale, cette adaptation du droit ne suffit cependant pas à lever tous les obstacles juridiques à la conclusion de contrats par voie électronique. Aussi, le législateur européen a-t-il entendu compléter la réforme, par l’adoption de la directive sur le commerce électronique³, dont l’article 9, § 1^{er}, impose aux Etats membres de veiller “à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique” et “notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l’utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d’effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu’ils sont passés par voie électronique”.

A cette fin, les Etats membres doivent procéder à une adaptation de leur législation contenant des exigences, notamment de forme, susceptibles d’entraver directement ou indirectement la conclusion de contrats par voie électronique. Le considérant n° 34 de la directive précise que cet

² Directive européenne 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12, transposée en droit belge par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l’utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000, pp. 42698-42699 ; et 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 septembre 2001, pp. 33070-33078.

³ 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”), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

ajustement doit être opéré par un examen *systématique* de la législation relative à l'ensemble du processus contractuel. Les travaux préparatoires de la directive sont très clairs à cet égard : les Etats membres doivent faire cet examen *de manière qualitative*, ce qui veut dire qu'ils ne peuvent se contenter de modifier dans la réglementation des mots-clés (par exemple 'papier'), mais doivent identifier tout ce qui, en pratique, peut empêcher l'utilisation 'effective' des "contrats électroniques"⁴. Ainsi, les Etats membres doivent, notamment, supprimer les dispositions qui interdisent ou limitent manifestement l'utilisation de la voie électronique pour contracter et adapter les exigences de forme qui ne peuvent être remplies par voie électronique ou qui créent une insécurité juridique dans la mesure où il n'est pas certain qu'elles puissent être appliquées au "contrat électronique"⁵.

Il convient de noter que "la directive sur le commerce électronique n'oblige pas nécessairement à supprimer les exigences de forme, mais de faire en sorte que celles-ci – qui poursuivent divers objectifs – puissent également être satisfaites par voie électronique"⁶. En effet, selon le considérant n° 35, "la présente directive n'affecte pas la possibilité pour les États membres de maintenir ou d'établir pour les contrats des exigences juridiques générales ou spécifiques qui peuvent être satisfaites par des moyens électroniques (...)".

La directive sur le commerce électronique vient d'être transposée en droit interne par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après "la loi")⁷. Afin de rencontrer les exigences de l'article 9 de la directive, l'article 16 de la loi dispose que :

"§ 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat

⁴ Voy. le commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 26.

⁵ Voy. les exemples énumérés dans le commentaire article par article de la proposition de directive, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁶ Voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", in E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 199.

⁷ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963.

par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer :

– que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ;

– que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à 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 ;

– que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.

§ 3. En outre, le Roi peut, dans les 18 mois de l'entrée en vigueur de la présente loi, adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1^{er} et 2.

Les modifications prises par arrêté royal en vertu de l'alinéa 1^{er} sont abrogées lorsqu'elles n'ont pas été confirmées par la loi dans les quinze mois qui suivent la publication au Moniteur belge de l'arrêté royal.”

L'approche suivie consiste, comme l'on voit, à combiner l'adoption de plusieurs clauses transversales⁸, concernant les formalités les plus classiques (§§ 1^{er} et 2), et une délégation au Roi pour adapter, au cas par cas, les dispositions où subsisterait un obstacle non visé par l'une des clauses transversales (§ 3). “De la sorte, le projet permet d'aboutir à une solution adéquate et équilibrée, tenant compte, d'une part, des impératifs de sécurité juridique et de faisabilité du système adopté, d'autre part, de la difficulté de la tâche en raison notamment du court délai de transposition de la directive”⁹.

⁸ Cette approche n'apparaît pas évidente comme en témoignent les réflexions de certains auteurs. Voy., par exemple, P. CATALA, “Le formalisme et les nouvelles technologies”, *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 897-910, spéc. pp. 904-905, n° 13.

⁹ Voy. le commentaire de l'article 17 du projet de loi (devenu l'article 16 de la loi) sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 40.

Notre propos est de commenter l'article 16 de la loi sur les services de la société de l'information. L'étude s'articule en quatre sections. Tout d'abord, il n'est pas inutile de présenter à grands traits l'évolution du formalisme contractuel afin de mieux cerner la nature et les caractéristiques des règles de forme modernes (I). Ensuite, l'on tâchera de dégager la philosophie générale de l'article 16 à travers le prisme de la clause transversale générale (art. 16, § 1^{er}) (II), puis d'analyser, tour à tour, chacune des clauses transversales particulières (art. 16, § 2) (III). Enfin, un bref développement sera consacré à examiner la portée de la délégation au Roi (art. 16, § 3) (IV).

I. VUE GÉNÉRALE DU FORMALISME CONTRACTUEL

A. Brève digression historique à propos du formalisme

1. *Le formalisme des législations primitives*

Dans les législations primitives, les volontés individuelles sont généralement impuissantes par elles-mêmes à produire des effets juridiques¹⁰. Dans l'ancien droit romain, le mode normal pour s'obliger était la stipulation, qui repose sur un échange de demandes et réponses exprimées dans des formes solennelles (cf. l'emploi du verbe sacramentel *spondere*)¹¹. Que l'on songe aussi à la *mancipatio*, à l'*in iure cessio*, au *nexum* ou encore à l'*expensilatio*.

En dépit de l'assouplissement de ce formalisme primitif, par la reconnaissance des contrats réels, de plusieurs contrats consensuels (la

¹⁰ Pour rédiger ce bref historique du formalisme, nous avons consulté, outre les études citées dans la suite de cette contribution, les ouvrages et articles suivants : X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *J.C.P.*, G, 1999, doct. I 170, pp. 1767-1775 ; B. NUYTTEN et L. LESAGE, "Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme", *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 497-509 ; R. ROBAYE, *Le droit romain*, t. 1 et 2, Bruxelles/Louvain-la Neuve, Academia-Bruylant, 1997 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, spéc. pp. 40 et s., n^{os} 27 et s. ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil*, t. III, Paris, L.G.D.J., 1957, spéc. pp. 16 et s., n^{os} 33 et s. ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, spéc. pp. 100 et s., n^{os} 96 et s.

¹¹ Cf. R. ROBAYE, *op. cit.*, t. 2, pp. 52 et s.

vente, le louage, la société et le mandat) et, plus tard, des simples pactes (sanctionnés) et des contrats innomés, la règle *Ex nudo pacto actio non nascitur* demeura toujours en vigueur. L'invasion barbare marqua un retour au formalisme le plus archaïque, notamment celui de la *fides facta* : la volonté s'y exprime sous forme de promesse unilatérale accompagnée de gestes, de paroles solennelles ou de garanties matérielles.

Avec le temps, ces rites tendront à devenir symboliques, puis à s'analyser en de simples moyens de preuve, mais ils ne disparaîtront pas tous entièrement. Qu'il suffise de se souvenir des diverses traditions feintes du droit médiéval, qui attestent la difficulté à concevoir qu'une opération intellectuelle puisse être efficace si elle n'est matérialisée dans quelque geste, rite ou parole solennelle.

2. Le déclin progressif du formalisme

Le formalisme primitif s'explique non seulement par le besoin du rite et du symbolisme qui lui est consubstantiel, mais aussi par la nécessité de conserver une preuve des actes juridiques. A une époque où l'écriture demeure confinée dans des cercles très étroits, la publicité inhérente aux rites et gestes solennels (présence de témoins, d'une balance d'airain... dans la *mancipatio*, p. ex.) contribue à jouer un tel rôle probatoire.

Divers facteurs vont contribuer au déclin progressif du formalisme, dans l'ancien droit, à partir du XIII^e siècle : l'influence du droit canonique (qui contribue à inculquer la prééminence de l'esprit sur la lettre et le respect dû à la parole donnée), le développement considérable des échanges commerciaux au Moyen Age (le besoin de rapidité dans la conclusion des affaires conduira, bien plus tard, à émanciper la preuve commerciale des rigueurs de l'article 1341 du Code civil) et la généralisation de l'écriture (plus efficace que l'acte rituel du point de vue de la conservation de la preuve).

3. Le non-formalisme de principe du Code civil

Dès le début du XVI^e siècle, des praticiens sont acquis au principe du consensualisme, et au XVII^e siècle, des auteurs tels que Loysel¹² et Domat y adhèrent largement, ainsi que Pothier à la veille du Code civil¹³.

¹² “On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain”, note LOYSEL de manière très significative dans ses *Institutes coutumières*, 1607, liv. III, I, 2.

¹³ Voy. M. PLANIOL, G. RIPERT et P. ESMEIN, *op. cit.*, p. 102, et les réf.

Le Code civil de 1804 est résolument consensualiste : il refuse de soumettre, par principe, la force obligatoire du contrat à la nécessité pour les parties de couler leur volonté dans des formes préétablies¹⁴. Toutefois, il n'est pas pour autant anti-formaliste, en ce sens qu'il continue de soumettre certains contrats nommés au respect de solennités. Ainsi en est-il, en particulier, de la donation, du contrat de mariage ou de la constitution d'hypothèque.

Comme l'expose X. Lagarde¹⁵, sur le plan technique, les formes du Code civil se caractérisent par leur *simplicité* (obligation de s'adresser à un notaire ou de rédiger un écrit) et leur *globalité* (un même *instrumentum* répercute d'ordinaire l'acte dans tous ses aspects : protection du consentement, preuve, publicité...). Il s'agit essentiellement d'un formalisme "instituant", qui se situe à la frontière entre le droit des biens et le droit des personnes : réservé aux actes graves – qui engagent la personne autant que son patrimoine –, il s'explique plus précisément en raison de l'altération du statut personnel que ceux-ci supposent (le mariage implique une modification de l'état des personnes et leur impose un nouveau statut ; un certain effet d'affiliation s'attache aux donations ; quant à l'hypothèque, elle revient précisément à hypothéquer le statut social du propriétaire immobilier). Etant donné l'importance de ces différents actes juridiques, l'on conçoit sans peine qu'ils fassent l'objet d'exigences formelles.

4. La résurgence actuelle du formalisme

Comme l'ont relevé maints auteurs, l'on assiste de nos jours à une incontestable renaissance du formalisme. Cependant, il s'agit d'un formalisme d'un genre nouveau.

Omniprésentes dans nombre de lois particulières récentes – en particulier celles d'inspiration consumériste et celles adoptées en droit du travail –, les formes modernes sont surtout conçues dans une optique de *protection* de la partie dite "faible", que l'on entend garder du risque de s'engager à la légère.

¹⁴ Assez curieusement, le Code civil n'exprime pas directement le principe consensualiste, mais celui-ci se déduit *a contrario* de l'absence de référence à la forme dans la définition du contrat (art. 1101 C. civ.), de l'énumération des éléments constitutifs de la convention (art. 1107) et, plus directement, de l'effet suffisant et immédiat du seul consentement des parties contractantes pour la formation des contrats en général (art. 1138) et de la vente en particulier (art. 1583). Sur ce point, voy. B. NUYTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, p. 502, n° 17.

¹⁵ X. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. pp. 1770-1773.

A cet égard, les “formalités” d’aujourd’hui se distinguent nettement des formes du Code civil : elles sont *parcellaires* (bien souvent, elles visent seulement certains aspects de l’acte envisagé), *finalisées* (loin d’instituer les parties en un nouveau statut, elles poursuivent une diversité d’objectifs particuliers) et *de nature formulaire* (en certains cas, le législateur n’hésite pas à déterminer la forme que doivent revêtir certaines mentions obligatoires, non sans imposer parfois des formules très précises)¹⁶.

5. La restitution des formes modernes dans un environnement “dématérialisé”

Il se trouve que nombre de formalités sont associées à l’utilisation du papier comme support des actes juridiques (mentions manuscrites, signatures manuscrites, etc.). Or, avec l’essor des réseaux numériques et du commerce électronique, l’on assiste aujourd’hui à une prolifération des contrats conclus sans papier par voie électronique.

Pareils contrats sont dits “dématérialisés” (moyennant une imprécision légère, mais commode et, au demeurant, éloquente) au sens où l’accord des volontés ne se matérialise pas sous la forme d’un écrit (papier) signé (manuscritement), ni par l’expédition ou la réception d’une correspondance, mais résulte d’un échange de flux évanescents de données transmises par ondes électro-magnétiques, fibres optiques ou diffusion hertzienne.

Divers risques découlent de l’usage des réseaux comme canal pour communiquer et lier les volontés sur le plan juridique : la substitution de l’auteur d’un message, l’altération d’un message au cours de sa transmission, la répudiation du message par l’émetteur ou le destinataire, la prise de connaissance par un tiers non autorisé, etc. Ces difficultés – qui ressortissent globalement au problème de la sécurité des opérations réalisées dans un environnement électronique –, ont d’ores et déjà trouvé une parade apparemment fiable, qui a pour nom : cryptographie, et plus précisément, dans les systèmes ouverts, cryptographie asymétrique ou à clé publique, utilisée à des fins de signature (numérique) et de chiffrement (en vue d’assurer la confidentialité des communications).

Il n’en demeure pas moins que les données échangées aboutissent, en bout de course, dans une mémoire d’ordinateur ; il s’en suit que le support sur lequel se cristallise *in fine* l’accord des volontés n’est plus le papier, apprécié de longue date pour ses multiples qualités, mais des imprévisibles et volatiles (?) octets, nettement plus sujets à incidents, altérations ou fraudes.

¹⁶ Cf. *Ibidem*, p. 1773.

Il n'est pas besoin d'en dire davantage pour mesurer l'ampleur du défi auquel le juriste est confronté : il y a lieu aujourd'hui de repenser le formalisme, en identifiant les voies et moyens de restituer dans l'environnement numérique l'ensemble des garanties issues des règles de forme essentiellement façonnées dans une culture du papier.

La tâche apparaît d'autant plus épineuse que les formes modernes sont multiples et diversifiées quant à leur objet et leurs finalités (*infra*, point B). A l'évidence, elles constituent de réels obstacles à la conclusion de très nombreux contrats par voie électronique. Du moins créent-elle une insécurité juridique pour les parties dès lors qu'elles ont en principe vocation à être interprétées de manière formaliste. La directive sur le commerce électronique enjoint de lever ces obstacles, moyennant les adaptations nécessaires de notre système juridique.

B. Typologie des exigences de forme

Les formalités entourant la vie du contrat se présentent sous des dehors très diversifiés. Afin d'y voir plus clair, il n'est pas inutile de chercher à les ranger suivant une double classification : l'une en fonction de l'objet des formalités prescrites, l'autre en fonction de leurs finalités.

1. Classification des formalités en fonction de leur objet

En matière contractuelle, on peut distinguer, du point de vue de leur objet, quatre types de formalités¹⁷ : les exigences relatives au support, celles relatives à la localisation et à la présence des parties, celles requérant l'implication de tiers et, enfin, celles impliquant la remise de la chose qui fait l'objet du contrat.

a) Exigences relatives à l'écrit et à son support

Une des formes les plus fréquemment exigées est la rédaction d'un *écrit*, sous seing privé ou authentique, rédigé parfois de manière *manuscrite*. Notons que l'exigence d'un écrit peut également être implicite. C'est le cas, notamment, lorsque la loi requiert une *signature* ou l'insertion dans le contrat de *mentions particulières* à titre d'information.

Il arrive que la loi précise sur quel support l'écrit doit se matérialiser : dans une *lettre*, au recto de la première *page*, sur un *support durable*, sur un

¹⁷ D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, pp. 205-211. Cette classification s'inspire en partie des travaux préparatoires de la directive sur le commerce électronique (voy. le commentaire de l'article 9 de la directive, *op. cit.*, p. 27).

support matériel. Par ailleurs, l'emploi d'un certain type de *document* peut parfois être requis : un *bon de commande*, une *brochure*, un *formulaire*, un *prospectus*, un *avenant*, une *lettre recommandée à La Poste*, etc. Dans certaines hypothèses, le document doit être réalisé en *plusieurs exemplaires*, et la production d'une *copie*, le cas échéant *certifiée conforme*, est exigée.

b) Exigences relatives à la localisation et à la présence des parties

La loi exige parfois que certains contrats soient conclus dans des lieux précis : *locaux exclusivement destinés à cet usage*, *points de vente*, *établissements*, *salles de vente*, *locaux où des produits identiques étaient habituellement mis en vente*, etc.

Par ailleurs, certaines notifications doivent être faites à des lieux déterminés : à la *dernière adresse connue*, à la *résidence principale*, au *siège d'exploitation*... Inversement, il est parfois interdit de faire parvenir une offre au consommateur à son *domicile*, à sa *résidence* ou sur son *lieu de travail*.

La réglementation des prix stipule que le prix doit être indiqué *sur le produit*, sur son emballage ou à *proximité immédiate* de celui-ci, ce qui constitue une exigence relative à la forme que doit revêtir l'offre. De même, la réglementation de l'étiquetage des produits stipule que les mentions faisant l'objet de l'étiquetage, les modes d'emploi et les bulletins de garantie sont au moins libellés dans la langue ou les langues de la *région linguistique où les produits ou les services sont mis sur le marché*.

Enfin, la loi peut également exiger la présence des parties. C'est le cas, par exemple, pour la rédaction des actes notariés, pour l'inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l'usufruit, pour la modification des conventions matrimoniales... On note également que, pour la vente de produits en vrac, la loi sur les pratiques du commerce exige que ceux-ci soient pesés *en présence du consommateur ou par celui-ci*.

c) Exigences relatives à l'implication de tiers

La loi requiert souvent l'implication de tiers pour des actes "graves" : mariage, adoption, vente immobilière, règlement collectif de dettes, etc. De manière générale, l'implication de tiers est exigée dès qu'il y a rédaction d'un acte authentique.

Ces tiers peuvent être de simples témoins, mais également le juge, le notaire, l'huissier de justice, le greffier, l'officier d'état civil, le receveur de l'enregistrement, le conservateur des hypothèques ou d'autres autorités publiques. Le tiers est ainsi appelé à conseiller les parties, à vérifier la

légalité de l'acte, à éviter des contestations ultérieures, à permettre la publicité de l'acte ou la perception de taxes prévues pour certains actes.

d) Exigence relative à la remise de la chose qui fait l'objet du contrat

La remise de la chose (*res*) qui fait l'objet du contrat est une condition de validité des contrats dits réels, tels que le gage, le prêt à usage (ou commodat), le prêt de consommation et le dépôt, auxquels il faut ajouter le don manuel.

En effet, "l'obligation (...) de conserver et restituer la chose ne peut prendre naissance, et par conséquent le contrat ne peut être formé, tant que la chose n'a pas été livrée"¹⁸. Certes, la promesse de faire un prêt, de constituer un gage ou de recevoir un objet en dépôt sont "des contrats consensuels valables qui obligent le promettant à exécuter sa promesse et seront convertis, au moment de l'exécution, en un contrat de prêt, de gage ou de dépôt. Cependant, d'après la doctrine classique, ces contrats préliminaires ne doivent pas être confondus avec les contrats définitifs *re* qui leur succèdent lors de la remise de l'objet"¹⁹.

Remarquons que cette analyse fait aujourd'hui l'objet de critiques de la part de nombreux auteurs, qui s'interrogent sur l'intérêt de maintenir cette catégorie de contrats ; en substance, ils considèrent que, dans la réalité des choses, le contrat s'est formé dès la rencontre des volontés, la remise de la chose n'en marquant pas la naissance, mais le premier acte d'exécution²⁰.

¹⁸ M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1952, p. 131, n° 119.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Notre propos n'est pas ici d'examiner en détail la controverse. Pour un aperçu du débat, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in M. FONTAINE (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 727-729, n^{os} 46-47, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., 1964, p. 424, n° 455 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *op. cit.*, pp. 132-135, n^{os} 120-121 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil – Obligations*, t. II, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 1998, pp. 71 et s., n^{os} 82-84.

2. Classification en fonction des finalités

Traditionnellement les auteurs distinguent plusieurs types de formalisme en fonction de la diversité des finalités qui lui sont assignées²¹ : le formalisme requis pour la validité des actes, le formalisme requis pour la préconstitution de la preuve, le formalisme requis pour la publicité des actes, le formalisme requis pour des raisons fiscales et le formalisme requis à des fins d'information.

Ces divers objectifs peuvent être atteints par les différentes exigences de forme distinguées plus haut. Inversement, il n'est pas rare qu'une même exigence de forme cumule divers objectifs.

a) Le formalisme de validité

Il arrive que la loi entoure la conclusion-même du contrat de certaines formalités, à défaut desquelles celui-ci est frappé de nullité. De tels contrats sont alors qualifiés de solennels, par opposition aux contrats consensuels. En effet, le formalisme de validité constitue une véritable exception au principe du consensualisme, dans la mesure où la seule volonté des parties ne suffit pas à conclure le contrat. L'objectif d'un tel formalisme est généralement de protéger le consentement des parties, en attirant leur attention sur la nature et l'étendue de leur engagement.

Dans le Code civil, ces exigences d'ordre formel consistent notamment en l'intervention d'un officier public, la rédaction d'un écrit, authentique ou sous seing privé, la signature, la datation, les mentions

²¹ Notre propos se veut ici très général. Pour un examen complet et critique des différents types de formalisme, nous invitons le lecteur à consulter : ASSOCIATION HENRI CAPITANT, "Journée Jacques Flour sur le formalisme", *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 865-943 ; P. BRASSEUR, "Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé", in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 605-691 ; J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, pp. 93-114 ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, pp. 94-122 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975 ; X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *J.C.P., G.*, 1999, I 170, pp. 1767-1775 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, "Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme", *Rép. Defrénois*, 1998, pp. 497-509 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et P. EISMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations, op. cit.*, pp. 125-135.

obligatoires ou encore l'exigence d'une écriture manuscrite. Comme on l'a vu, ces formalités sont généralement réservées aux "actes graves"²².

Mais à la faveur de la renaissance actuelle du formalisme, l'on observe une nette tendance à la multiplication des formalités liées à la conclusion du contrat : exigence d'un écrit (signé), mais également obligation de faire figurer certaines mentions dans le contrat, sous une forme précise ou à certains endroits. Dès lors, des auteurs considèrent désormais comme solennels le contrat de crédit à la consommation, le contrat de crédit hypothécaire, le contrat conclu en dehors de l'entreprise du vendeur, le contrat de courtage matrimonial, le contrat de *time-sharing* ou encore les contrats d'intermédiaire et d'organisation de voyages²³.

b) *Le formalisme probatoire*

Il est à noter que la plupart des formalités prescrites *ad validitatem* servent également de preuve préconstituée. Mais il est aussi des hypothèses où des formalités sont exigées par le législateur à des fins exclusivement probatoires. Ce formalisme probatoire se distingue du formalisme de validité, d'un point de vue théorique, en ce qu'il ne conditionne nullement l'existence ou la validité de l'acte juridique²⁴. En cas de non respect des formalités requises *ad probationem*, l'acte est valable, mais ne peut être prouvé s'il est contesté.

Parmi les formalités requises à titre de préconstitution de la preuve, l'exemple le plus typique est celui de l'article 1341 du Code civil. On pense également à l'article 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, qui précise que le contrat d'assurance ainsi que ses modifications

²² Pour une analyse nuancée de cette affirmation, voy. X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *op. cit.*, pp. 1170-1173, n^{os} 8-14.

²³ Voy. J.-M. TRIGAUX, "L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats", *Ann. dr.*, 1997, pp. 204-213 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ?", in *Hommage à J. Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 534-535.

²⁴ Se fondant sur l'adage *idem esse non esse aut non probari*, maints auteurs soulignent toutefois que la distinction entre formes solennelles et formes probatoires est en grande partie artificielle. En effet, l'acte qui ne peut être prouvé est pratiquement dépourvu d'efficacité, dans la mesure où son exécution risque de se trouver paralysée. A ce sujet, voy. J. FLOUR, "Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", *op. cit.*, pp. 98-99, n^o 6 ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, *op. cit.*, p. 109, n^o 205, b ; ainsi que les nuances apportées à cette analyse par M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 163-202.

se prouvent par écrit, quelle que soit la valeur des engagements²⁵. Notons que parfois le législateur ne précise pas s'il exige un écrit *ad probationem* ou *ad validitatem*. C'est notamment le cas de l'article 2044 du Code civil, qui exige que la transaction soit rédigée par écrit²⁶.

Mais il est d'autres formalités requises *ad probationem* que l'écrit signé. Ainsi, le législateur exige parfois, à des fins probatoires, certaines *mentions manuscrites*²⁷, ou encore la *datation* du contrat²⁸. Un autre exemple est fourni par l'article 10, § 3, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre qui impose à l'assureur de délivrer au preneur d'assurance, au plus tard au moment de la conclusion du contrat d'assurance terrestre, une *copie certifiée conforme* des renseignements que ce dernier a communiqués par écrit au sujet du risque à couvrir. Cette formalité a pour but de permettre au preneur d'assurance de conserver une trace de ce qu'il a déclaré, au cas où l'assureur invoquerait l'une ou l'autre omission ou inexactitude dans la déclaration initiale²⁹.

c) *Le formalisme de publicité*

Le législateur impose parfois une mesure de publicité afin de permettre aux tiers intéressés d'avoir connaissance de l'existence de certains actes. L'omission de la forme prescrite n'affecte pas, en principe, la validité de l'acte ; elle le rend seulement *inopposable* aux tiers.

Ainsi, on sait que les privilèges³⁰ et hypothèques³¹ doivent être inscrits au registre de la conservation des hypothèques pour être opposables aux tiers, et que tous les autres actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, doivent y être

²⁵ M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 1996, p. 207, n° 383.

²⁶ La jurisprudence considère cependant que cette disposition est requise *ad probationem* (voy. *infra*, les réf. citées note 116).

²⁷ Voy., p. ex., les art. 970 (testament olographe) et 1326 (formalité du "bon pour") C. civ. (*infra*, point III, C, 3).

²⁸ Voy., p. ex., l'art. 10, § 2, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992.

²⁹ Voy. les art. 5 à 7 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre. A ce sujet, M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, p. 211, n° 392.

³⁰ Art. 29 et s. de la loi hypothécaire.

³¹ Art. 81 de la loi hypothécaire.

transcrits³². Mais il est d'autres mesures que la transcription et l'inscription : la notification d'une cession de créance au débiteur cédé et au créancier du cédant³³, la notification d'une cession de fonds de commerce à l'administration fiscale³⁴, la notification d'une cession de brevet à l'Office de la propriété industrielle³⁵, etc.

d) Le formalisme fiscal

De nombreux contrats sont par ailleurs soumis à un *formalisme fiscal*, tel que l'enregistrement ou le timbre. L'objectif est d'assurer la perception des impôts établis à l'occasion de certains actes. En cas d'inobservation de ces formalités, la validité de l'acte n'est généralement pas remise en question, mais l'auteur de l'acte est passible de sanctions fiscales, notamment d'amendes. Notons que les formalités fiscales peuvent également avoir des implications civiles. Ainsi, l'enregistrement permet à un acte d'acquérir date certaine³⁶. Le dépôt et l'enregistrement d'un contrat de cession d'un droit exclusif à un dessin ou modèle auprès du Bureau Benelux des dessins ou modèles³⁷ ou d'un contrat de cession d'un droit exclusif à la marque auprès du Bureau Benelux des marques³⁸, ainsi que le paiement des taxes prévues pour ces formalités, ont pour effet de rendre l'acte de cession opposable aux tiers.

La formalité de l'enregistrement est exigée notamment pour les actes authentiques, mais également pour les actes sous seing privé relatifs à la location ou à la sous-location d'un immeuble, ou encore ceux contenant l'apport de biens meubles ou immeubles à des sociétés belges possédant la personnalité juridique³⁹.

La certification conforme de copie de documents par l'administration communale, via le timbre fiscal ou le papier timbré, peut également être

³² Art. 1^{er} de la loi hypothécaire. Pour de plus amples développements sur ces formalités et les actes qui y sont soumis, voy. J. HANSENNE, *Les biens*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, t. II, pp. 491-557.

³³ Art. 1690 C. civ.

³⁴ Art. 442*bis* du C.I.R.

³⁵ Art. 44 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985.

³⁶ Art. 1328 C. civ.

³⁷ Art. 13 de la loi uniforme Benelux du 25 octobre 1966 en matière de dessins ou modèles, approuvée par la loi du 1^{er} décembre 1970, *M.B.*, 29 déc. 1973.

³⁸ Art. 11 de la loi uniforme Benelux du 19 mars 1962 sur les marques, approuvée par la loi du 30 juin 1969, *M.B.*, 14 oct. 1969.

³⁹ Art. 29 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

requis, à l'occasion de certains contrats, comme le contrat d'assurance terrestre⁴⁰ ; de même, la notification d'une cession de brevet à l'Office national de la propriété industrielle doit être accompagnée d'une copie ou d'un extrait certifiés conformes de l'acte de cession⁴¹.

Parmi les formalités fiscales relatives aux contrats, il convient également de relever l'obligation d'établir une facture⁴², comportant certaines mentions⁴³. Cette formalité poursuit des objectifs fiscaux : contrôle par l'administration fiscale, justification du droit à déduction... Mais elle peut également remplir une fonction probatoire : preuve des engagements du fournisseur, de l'existence du contrat, d'une éventuelle quittance, du contenu des conditions générales...⁴⁴

e) Le formalisme administratif

On note également la multiplication des formalités d'ordre administratif sur le terrain de la formation des contrats. L'objectif de ce formalisme est principalement de permettre à l'administration d'exercer un contrôle sur la conclusion de certains contrats, en raison de préoccupations d'intérêt public.

Ainsi, le législateur exige parfois une notification à l'administration préalablement à la conclusion du contrat⁴⁵, une demande d'autorisation⁴⁶ ou

⁴⁰ Art. 10, § 3, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

⁴¹ Art. 44, § 3, de la loi sur les brevets d'invention.

⁴² Art. 53, 2°, Code TVA.

⁴³ Art. 5 de l'arrêté royal n° 1 du 29 décembre 1992 relatif aux mesures tendant à assurer le paiement de la taxe sur la valeur ajoutée, *M.B.*, 31 décembre 1992.

⁴⁴ A ce sujet, voy. D. GOBERT, "Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?", *Cah. Jur.*, 2001, pp. 45-54, spéc. pp. 49 et s. (également publié dans le présent ouvrage, pp. 7 et s.).

⁴⁵ C'est le cas, notamment, pour les ventes en liquidation (art. 48, § 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, ci-après "LPCC") ou les concentrations d'entreprises (art. 7 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, *M.B.*, 11 oct. 1991).

⁴⁶ Pour transférer d'un établissement à un autre des produits destinés à une vente en liquidation : art. 48, § 3, LPCC.

de dérogation⁴⁷, l'immatriculation⁴⁸, l'inscription⁴⁹, l'agrément⁵⁰ ou l'enregistrement du professionnel auprès de l'autorité compétente⁵¹, etc.

Les conséquences du non respect de ces formalités sont très variables⁵². Dans certains cas, la loi autorise le juge à prononcer la nullité des contrats conclus par des professionnels non "agrés" (au sens large)⁵³. Toutefois, on note que les effets de la nullité peuvent être fortement atténués, notamment si l'autre partie a contracté de bonne foi. Par exemple, en droit des assurances, l'assureur non habilité à exercer une activité d'assurance est tenu de remplir ses obligations envers le preneur qui a souscrit de bonne foi⁵⁴. A cet égard, un auteur souligne que "le régime de contrôle ne se situe pas au niveau des relations contractuelles entre assureur et assuré ; quand la loi prescrit la nullité des contrats conclus avec un assureur non agréé, cette nullité peut se comprendre comme la sanction pour illicéité de la violation d'une disposition d'ordre public, et non comme la conséquence du défaut d'un élément essentiel du contrat"⁵⁵. Par ailleurs, étant donné que le formalisme administratif poursuit avant tout un objectif

⁴⁷ Art. 72, al. 1^{er}, LPCC (autorisation de procéder à une vente publique dans des locaux qui ne sont pas exclusivement destinés à cet usage) et art. 76, al. 3, LPCC (dérogation à l'interdiction des achats forcés pour les œuvres philanthropiques).

⁴⁸ Pour le vendeur qui émet des titres visés à l'article 53, 1 à 3 : art. 59 LPCC.

⁴⁹ Pour les vendeurs d'un droit d'utilisation d'immeuble à temps partagé : art. 12 de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ("timesharing"), *M.B.*, 30 avril 1999 ; pour les intermédiaires de crédit : art. 77 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juil. 1991.

⁵⁰ Pour les prêteurs : art. 74 de la loi relative au crédit à la consommation ; pour les entreprises d'assurance : art. 3, § 1^{er}, de la loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurance, *M.B.*, 29 juil. 1975.

⁵¹ Pour les entreprises de courtage matrimonial : art. 2 de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993.

⁵² Pour de plus amples développements sur les interventions de l'administration et leur effet sur la formation des contrats, voy. P. DURAND, "Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat", *Rev. trim. dr. civ.*, 1948, pp. 155-182 ; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, L.G.D.J., 1963, pp. 209 et s. ; pp. 309 et s.

⁵³ Art. 15, 3^o, de la loi sur le timesharing ; art. 3, § 3, de la loi sur le contrôle des entreprises d'assurance.

⁵⁴ M. FONTAINE, *Droit des assurances, op. cit.*, pp. 35-36, n^o 55.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 193, n^o 137 et les réf. citées.

d'information de l'administration, "si le vendeur néglige d'obtenir les autorisations requises, on conçoit difficilement, à défaut de dispositions légales expresses, qu'une partie puisse s'en prévaloir pour obtenir l'annulation du contrat"⁵⁶. Il est à noter que la sanction du non respect du formalisme administratif est souvent d'ordre pénal⁵⁷.

f) Le formalisme informatif

Dans le cadre du mouvement actuel de résurgence du formalisme, les auteurs ont souligné le recours de plus en plus fréquent du législateur au formalisme dit "informatif"⁵⁸. C'est principalement en droit de la consommation et en droit du travail que ce nouveau formalisme est le plus significatif, afin de protéger la partie faible du contrat (le consommateur, le preneur d'assurance, l'emprunteur, le travailleur...). L'objectif est d'attirer l'attention sur l'importance ou sur certains aspects du contrat, voire de déterminer le contenu du contrat lui-même⁵⁹.

Dans certains cas, le formalisme informatif entoure la conclusion du contrat d'un certain nombre d'informations, dont l'acceptation est rendue certaine par l'intégration de mentions obligatoires dans le contrat lui-même. Dès lors, l'exigence de mentions vise implicitement celle d'un écrit signé⁶⁰. On peut parfois assimiler ce formalisme informatif à un formalisme de validité, dans la mesure où le non respect de ces exigences est sanctionné par la nullité, relative ou absolue de l'acte, ce qui n'est pas toujours le cas. Ces mentions obligatoires peuvent concerner les éléments

⁵⁶ J.-L. FAGNART, "La formation et l'exécution des contrats", in *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur – Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 126.

⁵⁷ Art. 101, § 1^{er}, de la loi relative au crédit à la consommation ; art. 17, § 1^{er}, de la loi sur le timesharing ; art. 10 de la loi tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial ; art. 102 LPCC ; art. 83 de la loi sur le contrôle des entreprises d'assurance.

⁵⁸ Voy. L. AYNÈS, "Formalisme et prévention", in *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Litec, 1982, pp. 63-92 ; G. COUTURIER, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *Rép. Defrénois*, 2000, pp. 885-888 ; J.-L. FAGNART, "La formation et l'exécution des contrats", *op. cit.*, p. 125 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, "Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme", *op. cit.*, p. 506, n° 25 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ?", *op. cit.*, pp. 536-537, n° 17.

⁵⁹ L. AYNÈS, *op. cit.*, pp. 74 et s.

⁶⁰ G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 506 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, *op. cit.*, p. 886.

essentiels du contrat, mais aussi les protections légales dont bénéficie la partie faible⁶¹.

Dans d'autres cas, le formalisme d'information est dissocié du contrat lui-même. L'information exigée par la loi peut alors être pré-, para- ou post-contractuelle⁶². Ainsi, en matière de contrats à distance, la loi sur les pratiques du commerce oblige le fournisseur à communiquer au consommateur un certain nombre d'informations préalablement à la conclusion du contrat⁶³, mais également de lui confirmer ces informations postérieurement à celle-ci⁶⁴. De même, la loi sur les services de la société de l'information impose au prestataire de service de fournir certaines informations dès le stade de la publicité⁶⁵, avant la passation de la commande⁶⁶, et d'envoyer un accusé de réception de la commande⁶⁷. L'organisateur ou l'intermédiaire de voyages est tenu de délivrer au voyageur un bon de commande⁶⁸. La loi sur le contrat de voyage précise les informations à fournir dans les brochures de voyages qui seraient mises à la disposition du voyageur⁶⁹ et avant la conclusion du contrat⁷⁰, celles devant figurer dans le bon de commande⁷¹. La publicité concernant l'octroi d'un crédit à la consommation⁷², ainsi que l'offre d'un tel crédit doivent contenir certaines informations⁷³, etc.

⁶¹ Dans ce dernier cas, la clause qui doit figurer dans le contrat n'est pas créatrice de droit à l'égard de la partie faible. Ce droit existe déjà dans la loi, et la clause qui le reproduit a pour seul objectif de porter ce droit à la connaissance de la partie concernée. Voy. J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 125.

⁶² G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 887.

⁶³ Art. 78 LPCC.

⁶⁴ Art. 79 LPCC.

⁶⁵ Art. 14 et 15 de la loi sur les services de la société de l'information.

⁶⁶ Art. 10 de la loi sur les services de la société de l'information.

⁶⁷ Art. 11 de la loi sur les services de la société de l'information.

⁶⁸ Art. 9 de la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *M.B.*, 1^{er} avril 1994 (ci-après : "Loi sur le contrat de voyage").

⁶⁹ Art. 5 de la loi sur le contrat de voyage.

⁷⁰ Art. 7 de la loi sur le contrat de voyage.

⁷¹ Art. 10 de la loi sur le contrat de voyage.

⁷² Art. 5 de la loi relative au crédit à la consommation.

⁷³ Art. 14 de la loi relative au crédit à la consommation.

Par ailleurs, le formalisme informatif peut parfois atteindre un degré de sophistication remarquable, allant jusqu'à imposer pour ces mentions un style (*clair, compréhensible, non équivoque...*)⁷⁴, un libellé à reproduire à la lettre⁷⁵, voire une forme déterminée ("*en caractères gras*", "*en caractères d'un type différent*", "*dans un cadre distinct du reste du texte*", "*sous forme d'alinéas séparés*")⁷⁶.

II. LA PHILOSOPHIE DE L'ARTICLE 16 À TRAVERS LE PRISME DE LA CLAUSE TRANSVERSALE GÉNÉRALE

L'article 16 de la loi sur les services de la société de l'information s'ouvre sur une clause transversale générale, libellée comme suit : "*§ 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées*".

Cette clause constitue véritablement la clef de voûte de l'article 16, sur laquelle reposent les trois clauses transversales particulières (art. 16, § 2), et la délégation au Roi (art. 16, § 3). En effet, les clauses transversales consacrées aux formalités de l'écrit, de la signature et des mentions manuscrites ne sont rien d'autre que des applications de la clause transversale générale. L'application de cette dernière conditionne également les pouvoirs du Roi, dans la mesure où seules les dispositions contenant des obstacles non couverts par les clauses transversales pourront être adaptées par arrêté royal.

Dès lors, l'analyse du champ d'application de cette clause (A) et de la théorie des équivalents fonctionnels qui la sous-tend (B) s'avère déterminante pour saisir la portée l'article 16 dans son intégralité.

⁷⁴ Voy., p. ex., l'art. 10 de la loi sur les services de la société de l'information ; art. 78 LPCC.

⁷⁵ Voy., p. ex., l'art. 79 LPCC ; art. 14, § 4, de la loi relative au crédit à la consommation ; art. 3, 13°, de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, *M.B.*, 9 août 2000.

⁷⁶ Voy., p. ex., art. 79, § 1^{er}, LPCC, art. 14, § 4, de la loi relative au crédit à la consommation ; art. 7, § 1^{er}, *in fine*, de la loi sur le timesharing ; art. 3, 11° et 13°, de l'arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

A. La mesure du défi

La notion d'*exigence de forme* envisagée par la clause transversale générale est susceptible de s'étendre, de manière extrêmement large, à une grande diversité de formalités entourant la vie du contrat.

Toutefois, parmi les nombreuses exigences de forme observées, toutes ne sont pas soumises à l'article 16. En effet, par application de l'article 17 de la loi, il convient d'exclure les formalités relatives à certaines catégories de contrats (1). Par ailleurs, l'article 16 vise uniquement les formalités relatives au "processus contractuel" (2). Enfin – cela va de soi –, cette disposition ne s'applique que dans la mesure où une formalité est constitutive d'un obstacle juridique potentiel à l'utilisation de la voie électronique pour contracter (3).

1. Exclusion de certains contrats

De prime abord, il convient d'écarter du champ d'application de l'article 16 certaines catégories de contrats, énumérées à l'article 17 de la loi⁷⁷ :

- 1° les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers, à l'exception des droits de location ;
- 2° les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ;
- 3° les contrats de sûretés et garanties fournis par des personnes agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de leur activité professionnelle ou commerciale ;
- 4° les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions.

Concrètement, un certain nombre de contrats sont ainsi exclus, certains pouvant correspondre à plusieurs catégories : vente d'immeuble, hypothèque, privilège sur immeuble, constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation sur un immeuble, contrat de crédit hypothécaire, vente d'habitations à construire ou en voie de construction, vente de gré à gré de biens immeubles saisis, règlement collectif de dettes, contrat de gage ou de caution personnelle, contrat de mariage, adoption, convention préalable au divorce par consentement mutuel, etc. De manière générale, sont exclus tous les actes authentiques.

⁷⁷ L'article 17 de la loi est une transposition fidèle de l'article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique.

Ainsi, on constate que les formalités relatives à *l'implication de tiers* tombent sous le coup des exceptions prévues à l'article 17 de la loi : intervention d'un juge, d'un notaire, d'un huissier de justice, du receveur de l'enregistrement, du conservateur des hypothèques, ou d'autres agents de l'Etat. L'exigence de la présence de témoins n'est pas à écarter en tant que telle, mais dans la mesure où elle est souvent combinée avec l'exigence d'un acte authentique, ou le fait que le contrat relève du droit de la famille.

En outre, de nombreuses *formalités fiscales* gravitant autour du contrat *semblent* exclues du champ d'application de l'article 16. En effet, l'enregistrement et la certification conforme de copie nécessitent "l'intervention d'autorités publiques". Pour la même raison, bien des *formalités administratives* sont à écarter, *a fortiori* lorsqu'elles interviennent bien avant le commencement du processus contractuel (*infra*).

Quant aux *formalités de publicité*, la plupart d'entre elles (*i.e.* l'inscription et la transcription) concernent des actes relatifs à des "contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers", ou "pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique". Il est toutefois quelques mesures de publicité, telle la notification, qui pourraient être soumises à l'application de l'article 16.

Les formalités relatives aux catégories de contrats susmentionnées ne peuvent donc être interprétées à la lumière des clauses transversales. Les raisons qui ont motivé l'adoption de ces exceptions résident sans aucun doute dans le caractère "grave" de la plupart de ces contrats, qui modifient l'état ou le patrimoine des parties. Il convient en effet de prendre le temps d'examiner minutieusement les garanties qui entourent ces contrats afin de voir si elles peuvent être rencontrées par voie électronique et, le cas échéant, de mettre en place l'infrastructure nécessaire⁷⁸.

Notons que si les actes authentiques échappent à l'application de l'article 16, cela ne signifie pas pour autant qu'ils sont à l'abri d'une adaptation aux nouvelles technologies. En effet, l'article 28 de la loi complète l'article 1317 du Code civil d'un second alinéa, qui stipule : "[L'acte authentique] peut être dressé sur tout support s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres". Ainsi, la loi pose d'ores et déjà le principe que l'acte authentique peut être dématérialisé et que la signature de l'officier public peut emprunter la forme électronique. "Toutefois, étant donné l'importance de pareil acte et la volonté de veiller à ce que sa

⁷⁸ D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, pp. 203-204, n° 383.

dématérialisation ne remette pas en cause les garanties de l'authenticité, il convient d'approfondir la question, tant sur le plan juridique que technique, en vue de vérifier que les exigences de l'authenticité peuvent être préservées dans un environnement dématérialisé. C'est pourquoi le texte renvoie la question de sa mise en œuvre pratique à l'adoption d'un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres⁷⁹.

2. La notion de "processus contractuel"

Hormis les exceptions prévues à l'article 17 de la loi, la clause transversale générale s'applique à toute exigence de forme relative au "processus contractuel". Cela signifie que cette disposition, d'une part, s'étend au-delà des seules exigences relatives à la conclusion proprement dite du contrat, d'autre part, se limite exclusivement au formalisme *contractuel*.

a) Conception large de la notion de processus contractuel

La clause transversale générale ne se limite pas aux formalités exigées lors de la *conclusion* du contrat, mais s'étend à toutes les exigences de forme inhérentes au "processus contractuel", conformément à la volonté du législateur européen⁸⁰. En effet, il se peut qu'une formalité, qu'elle soit requise en amont ou en aval de la conclusion du contrat, entrave indirectement la conclusion de celui-ci par voie électronique.

Les travaux préparatoires de la loi donnent une large acception de la notion de processus contractuel : "la notion de "processus contractuel", et par voie de conséquence l'exigence consacrée à l'article [16], § 1^{er}, ne se limite pas à l'étape de la conclusion du contrat, mais comprend toutes les étapes allant de la période précontractuelle (prospectus publicitaires, offre par écrit, autres documents de la période précontractuelle, etc.), à sa modification, à son enregistrement, à son dépôt éventuel, etc."⁸¹. Il nous semble que cette énumération ne doit pas être considérée comme exhaustive. La notion de processus contractuel peut encore viser bien

⁷⁹ Voy. le commentaire de l'article 30 du projet de loi (devenu l'article 28 de la loi), Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁰ Voy. le considérant n° 34 de la directive sur le commerce électronique, qui précise : "Il convient que l'examen des législations nécessitant cet ajustement (...) porte sur l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel, y compris l'archivage du contrat". Cette précision se retrouve également dans le commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique, *op. cit.*, p. 26.

⁸¹ Voy. le commentaire de l'article 17, § 1^{er}, du projet de loi (devenu l'article 16, § 1^{er}, de la loi), Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 41-42.

d'autres phases importantes de la vie du contrat, et notamment son exécution (facturation, paiement, livraison), son archivage ou sa fin (terme, résiliation).

Pour en revenir aux classifications théoriques, on constate que la notion d'exigence relative au processus contractuel peut embrasser à la fois : le formalisme informatif (pré-, para- ou post-contractuel) ; le formalisme de validité, entourant la conclusion même du contrat ; le formalisme probatoire, postérieur à la conclusion du contrat ; et, dans une certaine mesure, les formalismes publicitaire, administratif et fiscal, qui interviennent à différents stades du contrat.

Par ailleurs, on relève que c'est précisément dans le domaine du formalisme probatoire que le législateur belge, sous l'impulsion du législateur européen, a levé les premiers obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, avec la reconnaissance en droit belge de la signature électronique⁸². En vertu du postulat de rationalité du législateur, une telle reconnaissance emporte également l'admission de l'écrit électronique au titre de preuve littérale, puisqu'une signature électronique ne peut être liée qu'à un écrit... électronique⁸³. Toutefois, cette réforme se limite, dans une large mesure, au droit de la preuve. Et si de nombreuses formalités exigées *ad probationem* consistent en l'exigence d'un écrit signé, certains auteurs soulignent que l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies n'est pas pour autant achevée⁸⁴ et qu'il y subsiste des exigences, autres que la signature, qui empêchent de recourir à des modes de preuves électroniques.

L'article 16 viendra donc compléter l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies. En réalité, la clause transversale générale s'appliquera à bien peu de formalités probatoires, étant donné que les

⁸² Voy. la modification apportée à l'article 1322 du Code civil par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 déc. 2000, ainsi que 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 juillet 2001. A ce sujet, voy. notamment E. MONTERO, "Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique", in *La preuve*, Liège, Formation Permanente CUP, vol. 54, mars 2002, pp. 39-82, et les réf. citées.

⁸³ P. LECOCQ et B. VANBRABANT, "La preuve du contrat conclu par voie électronique", in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?* Liège, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 131, n° 120.

⁸⁴ *Ibidem*, n°s 116-118, pp. 127-129 ; E. MONTERO, "Définition des effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique", *op. cit.*, pp. 52-55, n°s 14-16.

exigences d'un écrit, d'une signature et de mentions manuscrites font l'objet des trois clauses transversales spécifiques de l'article 16, § 2. Il en subsiste néanmoins une, et non des moindres, susceptible de tomber dans le champ d'application de la clause transversale générale : la règle des originaux multiples posée par l'article 1325 du Code civil (*infra*).

Quant aux formalités administratives, fiscales ou publicitaires, nous avons vu que nombre d'entre elles sont déjà écartées par l'application de l'article 17 (*supra*). Toutefois, il subsistera çà et là de telles formalités, non exclues par l'article 17, qui s'imposent au cours du processus contractuel, étant donné l'acception extrêmement large de cette notion : notification du contrat à l'administration à des fins purement informatives, obligation de garder une trace du contrat dans les livres comptables, obligation d'établir une facture, etc. Ces formalités pourraient donc tomber dans le champ d'application de l'article 16, pour autant qu'elles constituent un obstacle à la conclusion du contrat par voie électronique.

En ce qui concerne l'établissement d'une facture, notons que cette formalité a déjà fait l'objet d'une simplification, d'une harmonisation et d'une modernisation au niveau européen, avec la directive du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE⁸⁵. Quant aux mesures de publicité consistant en une simple notification, le nouvel article 2281 du Code civil permet désormais qu'elle s'effectue par courrier électronique, télécopie, télex ou télégramme⁸⁶. Il semblerait donc que, dans l'ensemble, le formalisme de publicité et le formalisme fiscal ne soient guère affectés par l'article 16 de la loi.

Enfin, la notion de processus contractuel se veut générale et ne distingue pas les différentes branches du droit. Dès lors, à l'instar des autres dispositions de la loi, la clause transversale générale s'applique indifféremment en matière civile ou commerciale, aux concentrations d'entreprises, aux marchés publics, au contrat de travail, aux conventions collectives, etc.

⁸⁵ Directive du 20 décembre 2001 modifiant la directive 77/388/CEE en vue de simplifier, moderniser et harmoniser les conditions imposées à la facturation en matière de taxe sur la valeur ajoutée, *J.O.C.E.*, n° L 15 du 17 janvier 2002, p. 24. A ce sujet, voy. D. GOBERT, "Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ?", *Cah. Jur.*, 2001, pp. 45-54.

⁸⁶ Pour un commentaire, D. MOUGENOT et L. GUINOTTE, "La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire", <http://www.droit-technologie.org>, dossier du 19 janvier 2001.

b) Limitation aux exigences de forme relatives au processus contractuel

Etant limitée au processus contractuel, la clause transversale générale ne s'applique qu'aux formalités relatives aux contrats. De manière générale, cette limitation concerne toutes les dispositions de l'article 16 de la loi. En effet, l'article 9 de la directive sur le commerce électronique n'impose pas aux Etats membres de procéder à une adaptation de leur législation en dehors du domaine contractuel.

Cela signifie, en premier lieu, qu'il faut exclure les actes juridiques unilatéraux. Ainsi, les formalités exigées pour les testaments (p. ex. l'art. 970 C. civ.) ne devraient pas être adaptées en vue de la transposition de l'article 9 de la directive⁸⁷. Par contre, l'article 1326 du Code civil et la formalité du "bon pour", étant susceptible de s'appliquer tant aux actes juridiques unilatéraux qu'aux contrats unilatéraux (tels le cautionnement ou le prêt)⁸⁸, tombe sous le champ d'application de la clause transversale générale, et, partant, des clauses transversales particulières, notamment celle relative aux mentions manuscrites (*infra*).

Il convient également d'écarter tout formalisme étranger au processus contractuel. Par exemple, les formalités administratives de l'agrément, l'immatriculation, l'inscription ou l'enregistrement du professionnel auprès d'une autorité n'interviennent pas au cours du processus contractuel, mais en aval de celui-ci, comme condition d'accès à une activité contractuelle. Par ailleurs, il nous semble que l'article 16 ne s'applique pas davantage au formalisme judiciaire, et ce, en toute hypothèse. En effet, s'il est relatif à un contrat, il est exclu par l'article 17 puisqu'il nécessite l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique (greffiers, huissiers...); si, à l'inverse, il n'est pas relatif au processus contractuel, il sort du champ d'application de l'article 16. Notons à ce sujet qu'une réflexion est actuellement menée en vue d'adapter la procédure judiciaire aux nouvelles technologies, dans le cadre du projet *e-justice*⁸⁹, sous l'égide du Ministre de la Justice.

⁸⁷ En ce sens, D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, p. 217, n° 403.

⁸⁸ R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 2^e éd., tiré à part du Rép. not., Bruxelles, Larcier, 1997, p. 159, n° 142.

⁸⁹ Pour davantage d'informations quant au projet *e-justice*, consultez le site www.e-justice.be.

3. La levée des obstacles juridiques à la conclusion de contrats par voie électronique

Parmi toutes les exigences de forme retenues, la clause transversale générale n'intéresse, de manière globale, que celles susceptibles de constituer un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique. Ainsi que le précisent les travaux préparatoires de la loi, "est visée toute exigence de forme qui aurait pour effet de rendre juridiquement impossible la conclusion d'un contrat par des moyens de communication électronique, ou simplement de limiter les effets juridiques reconnus au contrat ainsi conclu en lui donnant par exemple un effet juridique inférieur, ce qui reviendrait à favoriser en pratique l'utilisation des contrats sur support papier"⁹⁰.

Certaines formalités peuvent aisément être accomplies par voie électronique et ne posent dès lors guère problème. C'est le cas, par exemple, de l'obligation de fournir certaines informations ou d'indiquer dans le contrat certaines mentions. En l'absence d'exigences particulières, la fourniture d'information peut se faire par n'importe quel moyen, notamment à distance et par voie électronique. En outre, certaines exigences relatives à la forme de la mention (caractères gras, cadre distinct, etc.) peuvent aisément être rencontrées par l'utilisation de logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration.

Par contre, d'autres exigences de forme sont susceptibles de constituer un obstacle à l'utilisation de la voie électronique au cours du processus contractuel. Ainsi, on se trouve face à un obstacle manifeste lorsque le législateur recourt à une terminologie marquée par l'environnement papier, telle l'obligation de faire figurer une information "*au recto de la première page*"⁹¹, au "*verso du bon de commande*"⁹², ou "*à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature*"⁹³. De plus, certaines formalités nécessitent des démarches impossibles à réaliser par voie électronique,

⁹⁰ Commentaire de l'article 17, § 1^{er}, du projet de loi (devenu l'article 16, § 1^{er}, de la loi), Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 42.

⁹¹ Voy., p. ex., art. 79, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o et 3^o, LPCC ; art. 6, § 1^{er}, 6^o, de la loi tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial ; art. 3 et 5 de l'arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

⁹² Art. 4 de l'arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

⁹³ Art. 14, § 4, 2^o, de la loi relative au crédit à la consommation.

comme le “*dépôt à La Poste d’une lettre recommandée*”⁹⁴, la mesure des marchandises vendues en vrac “*en présence du consommateur*”⁹⁵ ou la réalisation de la vente dans des *locaux* ou *établissements* spécifiques⁹⁶.

Toutefois, on relève que l’inadéquation de certaines dispositions avec les nouvelles technologies s’explique parfois par la simple raison que le législateur n’entend viser que certaines situations spécifiques, étrangères au commerce électronique. Il en va ainsi, par exemple, des ventes au consommateur conclues en dehors de l’entreprise du vendeur (art. 86 à 92 LPCC). A cet égard l’article 87, d, LPCC stipule expressément que ces dispositions ne s’appliquent pas à la vente à distance. Malheureusement, le législateur n’a pas toujours songé à prévoir pareille dérogation. Ainsi, certaines dispositions de l’arrêté royal relatif à l’indication du prix des produits et des services et au bon de commande⁹⁷, apparemment de portée générale, ne visent manifestement que l’affichage des prix dans le traditionnel “magasin” (voy., p. ex., l’art. 14 de l’arrêté royal), sans dérogation pour les ventes à distance. Dans ce cas, il ne s’agit pas de lever un obstacle à l’utilisation des nouvelles technologies, en appliquant la clause transversale générale, mais de constater que semblable disposition ne s’applique pas au commerce électronique (*infra*).

Par ailleurs, certaines formalités peuvent également constituer un obstacle dans la mesure où subsistent des incertitudes quant à l’interprétation qui pourrait en être donnée. On pense ainsi à l’exigence d’un écrit ou à la référence à certains documents, papier à l’origine, mais qui peuvent aujourd’hui revêtir la forme électronique. Une certaine insécurité juridique règne autour de ces notions, dès lors qu’il n’est pas certain qu’aux yeux du juge, elles puissent s’appliquer à des documents dématérialisés⁹⁸. Il pourrait être soutenu, par exemple, qu’un “*bon de*

⁹⁴ Voy., p. ex., art. 24, al. 3, 1^o, art. 29, 1^o, et art. 58, § 3, de la loi relative au crédit à la consommation ; art. 15, al. 2, et art. 29, § 2, de la loi sur le contrat d’assurance terrestre.

⁹⁵ Art. 7, 1, et art. 10 LPCC.

⁹⁶ Voy., p. ex., art. 48, § 2, LPCC, art. 51, § 1^{er}, LPCC, art. 55, 2, a, LPCC, art. 57, 3, b, LPCC, art. 69, § 1^{er}, 3, LPCC, art. 72, al. 1^{er}, LPCC.

⁹⁷ Arrêté royal du 30 juin 1996 relatif à l’indication du prix des produits et des services et au bon de commande, modifié par l’arrêté royal du 7 février 2000, *M.B.*, 30 juil. 1996.

⁹⁸ Voy. le commentaire de l’article 17, § 1^{er}, du projet de loi (devenu l’article 16, § 1^{er}, de la loi), Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 42.

*commande*⁹⁹, un *“prospectus”*¹⁰⁰, la demande ou la proposition d’assurance via un *“formulaire”*¹⁰¹, ou la modification du contrat par un *“avenant”*¹⁰² doivent revêtir la forme papier.

Notons encore que la directive sur le commerce électronique précise, en son considérant n° 37, que “l’obligation faite aux Etats membres d’éliminer les obstacles à l’utilisation des contrats électroniques ne concerne que les obstacles résultant d’exigences juridiques et non pas les obstacles d’ordre pratique résultant d’une impossibilité d’utiliser les moyens électroniques dans certains cas”. Il semblerait que ce considérant ait été rajouté à la directive afin de préciser que les Etats membres ne sont évidemment pas tenus d’équiper tous leurs citoyens d’un ordinateur. Cette précision nous semble non seulement superflue, mais également dangereuse, étant donné que d’aucuns pourraient en tirer argument pour soutenir que certaines obligations juridiques constituent en réalité des obstacles pratiques, c’est-à-dire des formalités pratiquement impossibles à réaliser par voie électronique. Seraient alors considérés comme des obstacles pratiques, ne devant pas être supprimés par les Etats membres, l’impossibilité d’écrire à la main sur un document électronique ou au verso de celui-ci, l’impossibilité de déposer à La Poste une lettre recommandée électronique, l’impossibilité pour les parties d’être en présence l’une de l’autre, etc. On aperçoit d’emblée le caractère excessif de pareil raisonnement, qui pourrait conduire à priver d’objet l’obligation de supprimer les obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique.

Pour illustrer la notion d’obstacle d’ordre pratique, on peut songer aux formalités relatives à l’usufruit¹⁰³. Selon l’article 600 du Code civil, l’usufruitier ne peut entrer en jouissance qu’après avoir fait dresser, en *présence du propriétaire*, ou lui dûment appelé, un inventaire des meubles et un état des immeubles sujets à l’usufruit. En pratique, il paraît difficile

⁹⁹ Art. 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage ; art. 1, 3 et 4 de l’arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

¹⁰⁰ Art. 5 de la loi sur le timesharing ; art. 47, § 2, de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire (*M.B.*, 19 août 1992) ; art. 1, al. 2, de l’arrêté royal du 23 mars 1995 relatif à l’indication des tarifs des services financiers homogènes, tel que modifié par l’arrêté royal du 1^{er} mars 1998 et par l’arrêté royal du 10 octobre 2000, *M.B.*, 26 avril 1995.

¹⁰¹ Art. 1, points K et L, de la loi sur le contrat d’assurance terrestre.

¹⁰² Art. 118, 120 et 123 de la loi sur le contrat d’assurance terrestre.

¹⁰³ Cf. D. GOBERT et E. MONTERO, “Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne”, *op. cit.*, p. 207, n° 389.

que cet inventaire puisse se faire par voie électronique dans la mesure où il nécessite que les parties concernées se rendent physiquement dans le lieu afin de constater visuellement l'état des biens meubles et immeubles faisant l'objet de l'usufruit et de répertorier ceux-ci.

Les travaux préparatoires de la loi évoquent le cas des contrats réels, qui se forment par la remise de la chose qui fait l'objet du contrat¹⁰⁴. Or, il est évident que la tradition ne peut s'opérer par voie électronique. Il s'agit à cet égard d'un obstacle pratique. Mais on pourrait répliquer que c'est la loi qui exige la tradition comme condition de formation du contrat et que, partant, on se trouve en présence d'un obstacle juridique. On voit que la frontière entre les deux types d'obstacles n'est pas nette. Cela étant, en ce qui concerne les contrats réels, il nous semble que l'obstacle peut aisément être contourné en pratique. Rien n'empêche, en effet, de conclure par voie électronique des conventions consensuelles ayant pour objet un prêt, une mise en gage ou un dépôt, et de faire livrer la chose par la suite, sans que les parties aient besoin d'être en présence l'une de l'autre¹⁰⁵.

Enfin, il convient de souligner que la clause transversale ne s'applique qu'aux exigences *de forme* constitutives d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique. Ainsi, certaines dispositions relatives au processus contractuel sont libellées en des termes inadaptés à l'environnement numérique, mais n'imposent aucune formalité. Elles visent le plus souvent à interdire certains comportements aux parties ou à poser une sanction en cas de violation d'une obligation légale, mais il n'est pas ici question de formalisme. Ainsi, l'interdiction "*de faire parvenir au domicile ou à la résidence du consommateur, ou sur son lieu de travail, un moyen de crédit ou une offre de contracter*"¹⁰⁶, d'indiquer "*des prix différents pour des produits identiques offerts en vente dans un même établissement, faute de*

¹⁰⁴ Voy. le commentaire de l'article 17, § 1^{er}, du projet de loi (devenu l'article 16, § 1^{er}, de la loi), Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰⁵ Par contre, le don manuel ne peut évidemment se former que par la remise de la chose (pour rappel, la donation est un contrat solennel, dont la validité est subordonnée au respect des formes prescrites à peine de nullité ; l'institution du don manuel – contrat réel – a été imaginée pour échapper à ce formalisme). En l'état actuel de notre droit, on ne voit pas comment un don manuel pourrait être réalisé par voie électronique. Cependant, cette impossibilité peut être justifiée au titre de l'article 9, § 2, de la directive sur le commerce électronique. Sur tout ceci, D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, p. 211, n° 393.

¹⁰⁶ Art. 9, al. 1^{er}, de la loi relative au crédit à la consommation.

*quoi le prix à payer par le consommateur est le prix le plus bas*¹⁰⁷, ou la sanction pénale prévue pour ceux qui “*suppriment, dissimulent ou lacèrent totalement ou partiellement les affiches apposées*” pour la publication d’un jugement¹⁰⁸. Ces dispositions ne pourront dès lors être interprétées à la lumière de la clause transversale. On examinera plus loin si une adaptation par le Roi est envisageable (*infra*).

B. Question de méthode : la théorie des équivalents fonctionnels

Les étapes qui précèdent nous ont fourni les éléments nécessaires à la détermination du champ d’application de la clause transversale générale : cette disposition vise les *exigences formelles*, concernant des catégories de contrats *non exclues* par l’article 17, relatives au *processus contractuel*, et susceptibles de constituer un *obstacle juridique* à la conclusion d’un contrat par voie électronique.

En présence d’un tel obstacle, l’article 16, § 1^{er}, nous invite à adopter une approche dite “fonctionnelle”. Il s’agit de rechercher quelles sont les “*qualités fonctionnelles*” de la formalité considérée, puis de vérifier si le procédé utilisé pour conclure le contrat par voie électronique permet de préserver ces qualités. Dans l’affirmative, l’exigence de forme est réputée rencontrée par le procédé en question et le contrat conclu par voie électronique ne peut être remis en cause à cet égard.

1. Une conception iconoclaste du formalisme

La clause générale vise à donner une conception ouverte de la notion de formalité, affranchie du traditionnel environnement papier. On y reconnaît la désormais célèbre théorie des équivalents fonctionnels, qui consiste à “se départir d’une lecture formaliste des concepts pour s’attacher plutôt aux fonctions qui leur sont assignées”¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Art. 3, al. 1^{er}, de l’arrêté royal du 30 juin 1996 relatif à l’indication du prix des produits et des services et au bon de commande, modifié par l’arrêté royal du 7 février 2000, *M.B.*, 30 juil. 1996.

¹⁰⁸ Art. 104, 3, LPCC.

¹⁰⁹ M. DEMOULIN et E. MONTERO, “La conclusion des contrats par voie électronique”, *op. cit.*, p. 716, n° 32. Pour plus de développements sur la théorie des équivalents fonctionnels, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l’approche fonctionnelle”, *D.A./O.R.*, 2000, n° 53, pp. 17-39 ; E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, “Le commerce international électronique : vers l’émergence de règles juridiques transnationales”, *J.D.I.*, 1997/2, pp. 323-393, spéc. p. 380-382.

L'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel a été consacrée par la CNUDCI à l'occasion de l'adoption de la loi-type sur le commerce électronique. Ainsi, le Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type explique que cette approche repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence de forme, et vise à déterminer comment ceux-ci peuvent être assurés par des moyens électroniques¹¹⁰. Il s'agit donc d'accepter des équivalents électroniques aux formalités traditionnelles, à condition qu'ils remplissent les mêmes fonctions que ces dernières.

Il convient de souligner qu'une telle théorie constitue une véritable révolution eu égard à la conception traditionnelle du formalisme. En effet, jusqu'ici, on considérait qu'il n'existait pas d'équipollent à une forme solennelle¹¹¹. «La règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite»¹¹². Ainsi, la jurisprudence considérait, de manière très stricte, que l'exigence d'une mention écrite de la main du signataire ne pouvait être satisfaite par des procédés de dactylographie, que la signification par exploit d'huissier ne peut être remplacée par une lettre missive, qu'on ne saurait se passer de mentions obligatoires en prouvant que la partie protégée était pleinement informée, etc.

En 1950, J. Flour soulignait que la jurisprudence française se montrait plus conciliante lorsqu'il s'agissait d'apprécier la sanction applicable quand la forme requise faisait défaut. En particulier, si la loi ne précisait pas que la formalité était requise à peine de nullité, la jurisprudence avait tendance à considérer le texte équivoque comme une formalité *ad probationem*, afin d'éviter la nullité de l'acte irrégulier¹¹³. Il s'ensuivait une opposition manifeste entre, d'une part, un législateur formaliste, soucieux de protéger les parties contre l'insécurité juridique, la captation, la fraude, l'irréflexion..., d'autre part, un juge plutôt libéral, soucieux de lutter contre la mauvaise foi d'une partie qui entendrait se dégager de ses engagements à la faveur d'une simple irrégularité matérielle. Il semblerait qu'aujourd'hui la situation soit différente, et les auteurs français observent désormais «l'imperméabilité de la jurisprudence au discours libéral classique et son

¹¹⁰ Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), n° 16.

¹¹¹ A ce sujet, voy. G. COUTURIER, «Les finalités et les sanctions du formalisme», *op. cit.*, p. 880 ; J. FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», *op. cit.*, p. 101, n° 9 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 103 et s.

¹¹² G. COUTURIER, «Les finalités et les sanctions du formalisme», *op. cit.*, p. 886.

¹¹³ J. FLOUR, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme», *op. cit.*, pp. 104 et s., n°s 12 et s.

adhésion presque totale à la doctrine formaliste du législateur¹¹⁴ ou, à tout le moins, un comportement plus nuancé face au formalisme, entre souplesse et rigueur¹¹⁵. En droit belge, c'est cette dernière attitude qui semble de mise, et l'on peut relever certaines similitudes avec la jurisprudence française¹¹⁶. Toutefois, les auteurs s'accordent à dire qu'il n'est guère aisé d'apporter la preuve systématique et statistique de l'une ou l'autre tendance.

Dans un tel contexte, on mesure aisément la profonde mutation apportée au formalisme par la consécration de la théorie des équivalents fonctionnels en droit belge. Mais cette mutation semblait inévitable, dans la mesure où la prodigieuse évolution technologique de ces dernières années a modifié les mœurs contractuelles dans la société : désormais, le papier n'est plus le seul (ni le meilleur) moyen de cristalliser l'accord des volontés. Les progrès technologiques ont en effet permis de développer autour du document électronique une série de procédés additionnels, permettant aujourd'hui d'atteindre un niveau de sécurité équivalent et, à certains égards, supérieurs à celle offerte par le document papier. Dès lors, on ne pouvait plus longtemps faire l'économie d'une adaptation du formalisme classique, trop marqué de l'empreinte du papier.

2. *Les frontières de l'approche fonctionnelle*

Néanmoins, il ne faudrait pas conférer à cette nouvelle conception une portée exagérée : d'une part, l'approche fonctionnelle ne constitue pas un retour au consensualisme par l'octroi d'une liberté totale aux parties,

¹¹⁴ X. LAGARDE, "Observations critiques sur la renaissance du formalisme", *op. cit.*, p. 1768, n° 3, suivi par G. COUTURIER, "Les finalités et les sanctions du formalisme", *op. cit.*, pp. 895-896.

¹¹⁵ F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 1996, 6^e éd., pp. 117-120, n° 138.

¹¹⁶ J.P. Renaix, 26 sept. 2000, *D.C.C.R.*, 2001, p. 283, *D.A./O.R.*, 2001, p. 179 ; *Ann. jur. créd.*, 2000, p. 101 ; *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 126 ; Gand, 7 avril 1998, *A.J.T.*, 1998-99, p. 724 ; Liège, 25 nov. 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 150 ; J.P. Saint Nicolas, 3 janv. 1996, *R.W.*, 1996-97, 406 ; J.P. Namur, 22 oct. 1996, *J.J.P.*, 1997, p. 401 ; Anvers, 7 fév. 1995, *A.J.T.*, 1995-96, p. 325 ; *R.W.*, 1997-98, 643 ; J.P. Mol, 13 décembre 1994, *Turnh. Rechtsl.*, 1995-96, p. 16 ; Prés. Comm. Bruxelles, 21 déc. 1992, *Ann. Prat. Comm.*, 1992, p. 29 ; *R.D.C.*, 1993, p. 675 ; Bruxelles, 15 déc. 1992, *Pas.*, 1992, II, p. 134 ; Liège, 6 mars 1990, *J.T.*, 1990, p. 443. Comp. avec F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, pp. 117-120, n° 138 et les réf. citées.

d'autre part, l'accueil de cette théorie est strictement limité au domaine des contrats conclus par voie électronique.

En premier lieu, la clause transversale générale ne vise pas à instaurer un régime consensualiste dans l'environnement électronique, par opposition à un régime formaliste dans le monde "réel". Il ne s'agit pas de donner une totale liberté aux parties qui contractent sur les réseaux. Certes, les parties disposent d'une relative latitude dans le choix des procédés électroniques, mais ce choix est limité par la condition fixée par la clause transversale générale. En effet, les parties ne pourront recourir valablement à la voie électronique qu'à condition de choisir des procédés qui préservent les qualités fonctionnelles de la formalité exigée. Dans ce cas, le contrat n'est pas consensuel, puisque les parties ne sont pas totalement libres de choisir le mode d'extériorisation du consentement¹¹⁷. Il reviendra au juge, en cas de contestation, d'apprécier si cette condition est remplie. Toute la difficulté consiste dès lors à dégager ces qualités fonctionnelles de manière claire et sûre. On peut craindre, à cet égard, que la jurisprudence mette un certain temps à s'affirmer en la matière, ce qui pourrait être source d'une certaine insécurité juridique.

En outre, l'approche fonctionnelle privilégiée par la clause transversale générale ne vise que les contrats conclus par voie électronique, afin de permettre le recours aux nouvelles technologies pour contracter et, partant, de favoriser le développement du commerce électronique. En dehors de cette hypothèse, aucun équivalent fonctionnel à la formalité exigée ne pourra être admis.

Notons que les termes "par voie électronique" doivent être compris de la même manière que dans la définition de la notion de "service de la société de l'information". Le commentaire de cette dernière¹¹⁸ renvoie à la directive "sur les services"¹¹⁹. Sur cette base, on peut dire qu'un contrat conclu par voie électronique est un contrat "*envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est*

¹¹⁷ Rappr. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, pp. 104-105.

¹¹⁸ Voy. le commentaire de l'article 2, 1°, du projet de loi, Exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 13 et s.

¹¹⁹ Directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques, *J.O.C.E.*, n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37 ; modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 217 du 5 août 1998, p. 18 (ci-après : "directive sur les services").

*entièrement retransmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques*¹²⁰.

Ainsi, sont considérés comme des contrats conclus par voie électronique et, partant, bénéficient de l'approche fonctionnelle : les contrats conclus par échange de courriers électroniques, mais aussi par chat, téléphonie vocale sur l'internet, vidéo-conférence, voire par échange de SMS¹²¹, les contrats conclus sur un site web, ou encore les contrats conclus par l'intervention d'agents électroniques¹²². Toutefois, il va de soi qu'un contrat conclu par de tels procédés ne sera admis par le juge que s'il préserve les qualités fonctionnelles des formalités requises par le législateur. Par contre, aucun équivalent fonctionnel ne pourra être admis pour les contrats conclus par téléphone ou sur papier (entre parties présentes ou à distance, par fax, télécopie ou correspondance).

On pourrait craindre que cette limitation conduise à des situations discriminatoires. Ainsi, en application de l'approche fonctionnelle, le juge devra accepter que l'exigence d'une mention manuscrite soit rencontrée par tout procédé électronique permettant de garantir que la mention a bien été apposée par celui qui s'engage (*infra*). Par contre, il pourra toujours rejeter les mentions dactylographiées sur papier, même accompagnées d'une signature manuscrite. Il nous semble toutefois que pareille différence de traitement pourrait se justifier *in casu* par le fait que, sur les réseaux, il est matériellement impossible de recourir à la mention manuscrite, étant donné l'absence de support papier. Tandis que les parties qui dactylographient une mention au lieu de l'écrire à la main ne se trouvent pas dans cette impossibilité : elles disposent d'un support papier, sur lequel elles choisissent délibérément de recourir à un autre mode d'écriture que

¹²⁰ Voy. la définition de la notion de "service presté par voie électronique", art. 1^{er}, § 2, 2^e tiret, de la directive sur les services.

¹²¹ La notion de courrier électronique est largement définie par l'article 2, 2^o, de la loi, comme "tout message sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communications qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère". Comme le souligne l'exposé des motifs (pp. 16-17), cette définition est issue de l'art. 2, h, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, n° L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

¹²² Pour davantage de détails sur les modalités de conclusion des contrats par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *op. cit.*, pp. 695-697, n^{os} 6-9.

manuscrite, ce que le législateur ne tolère pas, car il s'agirait là d'une forme de retour au consensualisme.

3. *L'identification des qualités fonctionnelles des formalités*

Selon nous, les qualités fonctionnelles d'une exigence de forme sont ses propriétés, vertus ou attributs particuliers qui la rendent apte à remplir les fonctions que le législateur lui a assignées. En effet, si ce dernier a porté son choix sur telle formalité à l'exclusion de toute autre, c'est qu'elle présente à ses yeux toutes les qualités nécessaires à rencontrer les objectifs qu'il poursuit. Il convient donc d'identifier ces objectifs ou fonctions afin de déterminer si le procédé utilisé pour contracter par voie électronique permet de les préserver.

Signalons d'emblée que le législateur poursuit rarement un objectif unique. En outre, on distinguera les objectifs généraux et les objectifs particuliers. Par objectifs généraux, on entend, par exemple, la protection du consentement d'une partie faible, des intérêts des tiers ou des intérêts publics, la fourniture d'un moyen de preuve, l'exercice d'un contrôle sur le contrat conclu, etc. Rappelons que ces objectifs ne sont pas exclusifs les uns des autres (*supra*). En outre, chacun peut être subdivisé en divers objectifs particuliers. Dès lors, une même formalité peut poursuivre divers objectifs, généraux et particuliers, et remplir ainsi plusieurs fonctions.

Ainsi, l'exigence d'un acte sous seing privé à peine de nullité peut notamment avoir pour fonction de protéger le consentement des parties (objectif général A), en attirant leur attention sur l'acte qu'elles s'approprient à conclure, en les obligeant à déterminer précisément les droits et obligations de chacun et en leur permettant de s'en informer avant de signer (objectifs particuliers A), mais également de leur fournir un moyen de preuve de l'existence et du contenu du contrat (objectif général B), en permettant d'identifier les auteurs de l'acte, de garantir leur adhésion à ce dernier ou encore de préserver son intégrité (objectifs particuliers B)¹²³.

Notons que l'identification de ces fonctions ne devrait pas être faite *in abstracto*, mais eu égard au contexte spécifique dans lequel l'exigence de forme est posée. On s'attachera notamment au contrat concerné, aux parties impliquées, aux dangers éventuels qui les menacent, etc. Il est vrai qu'on peut dégager des constantes parmi les fonctions de certaines formalités,

¹²³ Au sujet des fonctions de la signature, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle", *D.A./O.R.*, n° 53, 2000, n°s 17 et s. A propos des fonctions de l'écrit, le Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type sur le commerce électronique en énonce onze, sans prétendre à l'exhaustivité (voy. n° 48).

comme l'attestent les clauses transversales particulières relatives à l'écrit, à la signature et aux mentions manuscrites (*infra*). Toutefois, il est essentiel de replacer toute formalité dans son contexte, afin de s'assurer qu'aucune fonction additionnelle ne lui est assignée par le législateur. Par ailleurs, il convient de s'en tenir aux fonctions strictement indispensables à l'exigence considérée¹²⁴. Une fois ces fonctions dégagées, il convient de s'assurer qu'elles peuvent également être remplies sous forme électronique.

Un premier exemple nous vient de l'exigence de mentions dans le contrat. Ainsi, lorsque le législateur exige la mention d'une clause de renonciation, libellée en des termes qu'il impose, et rédigée "*en caractères gras dans un cadre distinct du texte au recto de la première page*"¹²⁵, l'objectif est de protéger le consommateur, en s'assurant que l'information en question n'échappera pas à son attention.

Nous avons vu que l'exigence relative à la mise en page et à la taille de caractères peut être remplie par voie électronique sans grande difficulté, moyennant le logiciel approprié. Par ailleurs, peu importe que la notion de "recto" du document n'existe pas dans l'environnement dématérialisé. En effet, un document électronique n'ayant qu'une seule face – celle qui apparaît à l'écran –, on peut considérer qu'il n'a jamais de verso. Dès lors, tout ce qui figure sur le contrat est, en quelque sorte, toujours écrit au "recto" du document électronique.

Quant à la notion de première page, elle ne semble guère problématique au regard de certains documents électroniques. En effet, les logiciels de traitement de texte permettent d'organiser un texte en pages et de numéroter celles-ci¹²⁶. Ainsi, lorsque la loi exige qu'une information figure en première page d'un document (par exemple d'un contrat), il n'y a aucune difficulté à rencontrer cette exigence lorsque le document prend la forme d'un document Word ou PDF, qu'il soit attaché à un courrier électronique ou à télécharger d'un site web. Par contre, si l'on parle couramment de "page" web sur les réseaux, la présentation de cette dernière diffère de celle d'un document papier ou d'un document électronique issu d'un traitement de texte. En effet, quelle que soit la longueur du texte qu'elle contient, une "page" web (c'est-à-dire un document HTML) n'est pas elle-même divisée en pages. La même observation vaut pour les courriers électroniques.

¹²⁴ Voy. le commentaire de l'article 17 du projet de loi (devenu l'article 16 de la loi), Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 43.

¹²⁵ Art. 6, § 1^{er}, 6^o, de la loi tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial ; art. 7, § 1^{er}, al. 3, de la loi sur le timesharing.

¹²⁶ Techniquement, cette opération est qualifiée de pagination ou *paging*.

En tant que telle, la notion de “première page” ne se retrouve donc pas systématiquement dans l’environnement électronique. Il nous semble que l’objectif du législateur, dans cette hypothèse, est d’assurer que l’information en question n’échappe en aucun cas à l’attention du consommateur. Dès lors, tout moyen électronique permettant d’attirer, au premier coup d’œil, l’attention du consommateur sur la mention requise devrait être admis comme équivalent à l’exigence d’une mention figurant en première page.

A cette fin, différents moyens pourraient être mis en œuvre par les professionnels. Toutefois, aucun ne peut être recommandé avec certitude *in abstracto* et leur adéquation avec les exigences du législateur devra être appréciée au cas par cas.

En premier lieu, on pourrait considérer que l’équivalent de la première page, dans un document web ou un e-mail, serait la première “page écran”, c’est-à-dire ce qui s’affiche d’emblée à l’écran lorsque la page web ou l’e-mail apparaît et qui peut être lu sans faire défiler le texte¹²⁷. On pourrait également envisager l’utilisation d’un message *pop-up*, c’est-à-dire d’une fenêtre indépendante apparaissant automatiquement en même temps que la page web. Ainsi, la mention requise sautera littéralement aux yeux du consommateur¹²⁸. Une autre possibilité, plus sujette à caution, pourrait

¹²⁷ En effet, il semblerait que les internautes sont rares à lire l’intégralité des informations contenues dans un e-mail ou une page web et se contentent généralement d’un rapide coup d’œil sur la première “page écran”. Dès lors, si l’on veut s’assurer qu’ils lisent effectivement l’information exigée par la loi, mieux vaut faire figurer celle-ci dans la partie supérieure du document. Toutefois, ici encore, la notion de “page écran” est fluctuante, en fonction de la taille de l’écran de l’utilisateur, de la taille d’affichage des caractères, de la configuration du navigateur ou du logiciel de courrier électronique, etc. On note toutefois que ces variables échappent au contrôle du professionnel. Il semblerait dès lors excessif de lui reprocher que la mention exigée en première page n’apparaît pas d’emblée sur un écran anormalement petit et/ou lorsque la taille de caractère choisie par l’utilisateur est excessivement grande. Le professionnel pourra tout au plus prendre des mesures raisonnables pour qu’un consommateur normalement équipé (résolution d’écran standard, taille moyenne des caractères, etc.) puisse lire du premier coup d’œil la mention exigée.

¹²⁸ Il est à noter que cette technique est couramment employée à des fins publicitaires. Au point qu’elle apparaît parfois incommode pour l’internaute, qui voit surgir de toutes parts des messages publicitaires qu’il n’a pas sollicités. C’est pourquoi des logiciels anti-*pop-up* ont été mis sur le marché afin d’empêcher ces fenêtres parasites de s’ouvrir. Cela peut poser problème dans la mesure où la technique du *pop-up* serait utilisée à des fins d’information légale.

consister à placer ostensiblement, au début du document, un hyperlien sous forme d'un texte (en gras, clignotant...) du genre "Vous (ne) disposez (pas) d'un droit de renonciation". En cliquant sur l'hyperlien, le consommateur serait automatiquement renvoyé au texte complet de la clause de (non) renonciation. Toutefois, il s'agit là d'un procédé indirect d'information, dépendant de l'action du consommateur, et il se pourrait qu'un juge considère cette méthode comme insuffisante au regard de l'objectif poursuivi par la formalité de la "première page".

Une autre difficulté peut surgir lorsque la loi exige qu'une information apparaisse au *verso* d'un document. Ainsi, l'article 4 de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs stipule que "*le verso [du bon de commande] mentionne les conditions générales de vente dans un caractère clairement lisible*". En l'espèce, cette disposition tient compte de l'habitude en matière commerciale qui consiste à faire figurer les conditions générales au verso du bon de commande, du bon de livraison, de la facture ou du contrat. La fonction de cette formalité est simplement de permettre au consommateur de prendre facilement et directement connaissance des conditions générales et de joindre celles-ci aux autres éléments du contrat. Notons qu'il convient ici de faire en outre application de l'article 8, § 2, de la loi, qui précise que "*les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire*". Une solution acceptable aux yeux de la clause transversale générale serait dès lors de les faire figurer tout simplement à la suite du bon de commande, sur le même document électronique, voire de recourir à un hyperlien, placé en évidence sur le bon de commande à côté des autres éléments contractuels, qui renverrait à une page web contenant les conditions générales, tout en encourageant le consommateur à les imprimer. Encore faudrait-il, pour que le procédé soit admissible, que le prestataire configure ladite page de telle manière que l'on puisse effectivement l'imprimer ou l'enregistrer.

4. La distinction de la fin et des moyens

Les cas examinés ci-dessus sont relativement simples dans la mesure où le procédé électronique permettant de remplir les fonctions attendues est très semblable à la formalité requise par le législateur. Mais il ne faudrait s'y tromper. La clause transversale générale ne met pas l'accent sur les méthodes employées, mais sur les fonctions que les formes prescrites sont appelées à remplir. A notre sens, il convient de se détacher des moyens particuliers, choisis par le législateur, pour se concentrer sur les finalités fondamentales que ces moyens poursuivent. La clause transversale générale

permettrait ainsi d'accueillir les contrats conclus par voie électronique au moyen de procédés complètement différents de ceux envisagés par le législateur, pourvu qu'ils permettent de remplir les fonctions assignées à la formalité envisagée.

5. Applications¹²⁹

a) La prévention du blanc seing

L'exemple de l'article 14, § 4, 2°, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation permet d'illustrer notre propos. Cette disposition précise en effet que l'offre de crédit doit contenir, *“à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature, la mention : ‘Ne signez jamais un contrat non rempli’”*.

Cette formalité n'envisage que le cas où l'on appose une signature (manuscrite) sur le papier. Si l'on utilise une signature numérique pour conclure le contrat par voie électronique, il n'y a pas, sur l'offre numérisée, d'endroit où le consommateur appose sa signature. Il convient dès lors de s'interroger sur la (ou les) fonction(s) de cette exigence afin de voir de quelle manière elle pourrait être satisfaite par voie électronique. D'une manière générale, nous y voyons un objectif de protection du consommateur par la mise en œuvre d'un dispositif d'information préalable à la conclusion du contrat. Plus précisément, la fonction particulière de cette exigence est, à l'évidence, d'éviter un blanc seing du consommateur.

Afin de remplir cette fonction, la loi recourt au formalisme de la mention (moyen). Pour être efficace, cette mention doit être portée à la connaissance du consommateur avant qu'il signe. C'est pourquoi le législateur exige que cette mention apparaisse à l'endroit le plus visible au consommateur au moment où il va apposer sa signature. Dans l'environnement papier traditionnel, c'est en étant placée à la hauteur de l'endroit où le consommateur signe que la mention a le plus de chance d'être lue par lui¹³⁰. Dans l'environnement numérique, la mention pourra

¹²⁹ Pour d'autres applications de la clause transversale générale, voy., dans le présent ouvrage, M. DEMOULIN, “Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques”, pp. 54 et s. ; M. DEMOULIN et D. GOBERT, “L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ?”, pp. 110 et s.

¹³⁰ On relève que la jurisprudence semble être particulièrement attentive à la visibilité de cette mention. Ainsi, il a été jugé qu'une mention reproduite dans le même type de caractère que le reste du texte, ou figurant dans le corps même du texte, ne ressort pas suffisamment et, partant, ne satisfait pas à l'exigence de l'article 14, § 4, 2°, de la loi relative au crédit à la consommation (Civ. Gand, 21 janvier 2000,

être portée efficacement à la connaissance du consommateur par un message suffisamment visible. Celui-ci pourrait apparaître, le cas échéant, à l'endroit où le consommateur est invité à valider le contrat sur le web, ou au moment où il s'apprête à activer son logiciel de signature électronique. Il appartient aux prestataires, secondés de techniciens, d'imaginer et de mettre en œuvre des procédés adéquats.

Ainsi, en application de la clause transversale générale, si le prêteur veille à mettre en place un système de protection au cours du processus de conclusion du contrat de crédit par voie électronique, ce contrat aura la même valeur juridique qu'un contrat de crédit conclu sur papier.

Toutefois, lorsque le signataire utilise une signature électronique, les risques liés au blanc seing sont inexistant, étant donné qu'il est impossible à l'autre partie de modifier le contenu du document électronique ainsi signé. Dès lors, le problème du blanc seing électronique ne se pose pas en termes de risque de fraude. Tout au plus, certains éléments du contrat ont pu ne pas être déterminés, ni acceptés par le signataire. C'est alors en vue de résoudre cet inconvénient majeur que la formalité imposée par le législateur intervient.

On relève que, dans l'environnement numérique, il existe d'autres moyens, bien plus efficaces que l'affichage d'une mention "Ne signez jamais un contrat non rempli", pour éviter que certains éléments du contrat demeurent indéfinis. Par exemple, si l'offre de crédit se présente comme un formulaire électronique à compléter, il est techniquement possible d'empêcher que le contrat soit signé tant que tous les champs n'ont pas été remplis. Avant de signer numériquement, le consommateur pourrait être invité à valider le contrat en cliquant sur une icône spécifique. Si le contrat était incomplet, un message d'erreur apparaîtrait à l'écran, informant le consommateur du champ qui est resté vacant et de l'obligation de le compléter pour pouvoir conclure le contrat. Un dispositif logiciel garantirait que le processus ne peut aboutir à la conclusion du contrat par voie électronique tant que le consommateur n'a pas entièrement rempli le contrat.

J.J.P., 2002, liv. 1-2, p. 93 ; Civ. Gand, 2 mars 2001, *J.J.P.*, 2002, liv. 1-2, p. 99). Est également jugée insuffisante la mention reproduite dans la marge, à l'extrême gauche au bas du formulaire d'offre de crédit, dans un cadre étroit bleu – alors que le reste du texte est imprimé dans le même bleu – et disposée dans une position verticale. L'on ne peut pas exiger d'un consommateur normalement attentif qu'il fasse tourner le document dans toutes les directions pour prendre connaissance des avertissements prescrits par la loi qui ont pour but d'attirer son attention sur des éléments particulièrement essentiels et de le protéger (J.P. Landen, 28 juin 2000, *Ann. jur. du crédit*, 2000, p. 44).

C'est face à ces méthodes originales et spécifiques aux contrats conclus par voie électronique que la clause transversale générale prend toute son importance.

De prime abord, on semble bien loin de la formalité requise par l'article 14, § 4, de la loi relative au crédit à la consommation, et le juge pourrait être tenté d'annuler¹³¹ le contrat conclu par voie électronique, au seul motif que la mention requise n'apparaît pas aux yeux du consommateur.

Mais la clause transversale générale nous invite à nous détacher d'un formalisme obtus, pour adopter une conception ouverte des exigences de forme, afin d'admettre juridiquement les contrats conclus par voie électronique lorsque tous les objectifs visés par la formalité sont atteints. Dans le cas d'espèce, la fonction de l'exigence formelle est, on l'a dit, d'empêcher qu'un contrat non rempli puisse être signé par le consommateur. Dans cette optique, *tout procédé permettant d'atteindre efficacement cet objectif devrait être considéré comme valable*. Ainsi, il serait excessif qu'un juge annule le contrat conclu par voie électronique sous prétexte que la mention requise par l'article 14 n'apparaît pas à l'écran, alors qu'il n'est pas douteux qu'un dispositif de sécurité tel que décrit ci-dessus empêche – bien plus efficacement qu'une simple mention – un blanc seing.

La clause transversale générale s'avère donc un outil précieux pour reconnaître pleine et entière valeur juridique à des contrats conclus par voie électronique selon des procédés *a priori* éloignés de la formalité requise, mais revêtant les mêmes qualités fonctionnelles.

b) La formalité des originaux multiples

L'article 1325 du Code civil prévoit que *“Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct (...) Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux qui en ont été faits”*.

On sait que la notion d'original désigne en réalité l'acte signé. La distinction entre la copie et l'original réside en effet dans la signature, la première n'étant qu'une transcription non signée du second¹³². C'est donc

¹³¹ Sanction prévue à l'article 86 de la loi relative au crédit à la consommation.

¹³² H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3^e éd., n° 832 ; R. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 185, n° 187 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 201, n° 417.

sur la base de ce seul critère qu'il convient d'attribuer à un écrit la qualité d'original ou de copie.

“L'unicité d'un écrit n'est pas le critère de son originalité, comme l'atteste la formalité des originaux multiples prescrite par l'article 1325 du Code civil. Dans le même ordre d'idées, l'originalité, en droit de la preuve, ne se confond pas avec l'écriture sur le support originel (ou originaire). Un écrit ne perd pas automatiquement sa qualité d'original dès l'instant où il ne se trouve plus sur son premier support. La notion n'est pas non plus liée à la nature d'un support en particulier (papier et, en tout cas, matériel ou tangible). Enfin, contrairement à ce qui est aussi parfois affirmé, l'existence d'une garantie relative à l'intégrité d'une écriture n'est pas davantage une condition suffisante de la forme originale de celle-ci. Un acte ne peut être tenu pour original par le seul fait que son intégrité est préservée”¹³³.

Dans l'environnement numérique, on peut considérer qu'un document a valeur d'original dès qu'il est signé électroniquement. “Dès l'instant où la signature de l'émetteur demeure liée à l'acte (écrit numérique) – non plus physiquement, mais logiquement ! – nonobstant la transmission, et que son authenticité peut être vérifiée, le nouveau document a valeur *d'original*, à l'instar de l'acte *originnaire*”¹³⁴.

Notons qu'en ce qui concerne les contrats conclus par échange de courriers électroniques, on peut considérer que l'article 1325 ne s'applique pas, en vertu de l'exception traditionnellement admise pour les lettres missives¹³⁵. D'autres exceptions pourraient jouer en matière de contrats conclus par voie électronique, du moins dans certaines hypothèses : l'article 1325 du Code civil ne trouve pas à s'appliquer dans tous les domaines où la preuve est libre (notamment les contrats commerciaux), ni lorsque le contrat est déposé entre les mains d'un tiers, ni lorsqu'une des parties a intégralement exécuté ses obligations au moment de la rédaction de l'écrit. Ajoutons encore que l'article 1325 n'est pas d'ordre public et que les parties peuvent donc y déroger¹³⁶.

Quoi qu'il en soit, en présence d'un contrat conclu par voie électronique ne pouvant bénéficier de ces exceptions, le respect de la

¹³³ D. GOBERT et E. MONTERO, “L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, pp. 127-128.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 127.

¹³⁵ D. GOBERT et E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle”, *D.A./O.R.*, 2000, p. 53, n° 26, et les réf. citées.

¹³⁶ R. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 153 et s., n°s 129-133 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, pp. 248-251, n°s 523-527.

formalité des originaux multiples doit être apprécié par le juge à la lumière de la clause transversale générale. L'on songe notamment aux contrats conclus directement sur le web. Il s'agit alors de vérifier si, *in casu*, la technique employée pour contracter permet de préserver les qualités fonctionnelles de la formalité.

L'objectif de la formalité des originaux multiples est de permettre à chacune des parties ayant un intérêt distinct de conserver une preuve du contrat et de son contenu, prévenant ainsi les risques de modification, voire de destruction, de l'acte¹³⁷.

Si le contrat est signé numériquement par les deux parties, il est impossible à l'une d'entre elles de procéder unilatéralement à une modification de l'acte signé. Le recours à la signature électronique permet ainsi de rencontrer l'une des fonctions de la formalité des originaux multiples, à savoir la prévention des fraudes.

Il convient également de vérifier si chaque partie a la possibilité de conserver une preuve de la convention. Lorsqu'un contrat est conclu sur un site web, le prestataire du service peut toujours conserver l'original. L'article 1325 ne sera respecté que si le destinataire du service dispose lui aussi d'un exemplaire signé du contrat. Ce sera le cas, par exemple, s'il peut enregistrer sur son disque dur le contrat signé électroniquement. Selon nous, la simple possibilité d'imprimer le contrat ne suffit pas, étant donné que le document imprimé perd le bénéfice de la signature électronique et devrait donc être considéré comme une simple copie. On pourrait aussi admettre que l'article 1325 est respecté si le prestataire, suite à la conclusion du contrat sur son site, envoie par courrier électronique au destinataire un exemplaire signé du contrat. Cette pratique est à rapprocher de l'obligation pour le prestataire d'envoyer au destinataire un accusé de réception de la commande, contenant un récapitulatif du contrat, en vertu de l'article 10 de la loi¹³⁸.

Quant à la mention du nombre d'exemplaires sur chaque original, elle a pour fonction d'éviter qu'une des parties conteste avoir reçu son exemplaire, en cas de litige, afin de faire perdre toute force probante à l'exemplaire de son adversaire. Cette mention permet également de prouver que la règle des originaux multiples a été respectée¹³⁹.

¹³⁷ R. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 151, n° 126.

¹³⁸ Notons toutefois que cette disposition est supplétive pour les contrats conclus entre professionnels, en vertu de l'article 11, al. 1^{er}, de la loi.

¹³⁹ R. MOUGENOT, *op. cit.*, pp. 155 et s., n° 136 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 253, n°s 534-535.

Dans le cas des contrats conclus par voie électronique, il n'est guère difficile d'inclure dans le contrat la mention du nombre d'exemplaires avant de le signer. Toutefois, étant donné qu'il s'agit de contrats conclus à distance, rien n'empêcherait une partie de prétendre n'avoir jamais reçu son exemplaire, prétextant une défaillance technique. Le meilleur moyen d'éviter toute contestation quant à la réception du contrat serait de recourir au recommandé électronique, confié aux soins d'un tiers de confiance attestant que le contrat est bien parvenu à destination. Il nous semble que, dans ce cas, le défaut de mention du nombre d'exemplaires sur l'original ne pourrait être invoqué, étant donné que le recours à la technique du recommandé électronique permet de préserver la qualité fonctionnelle de la deuxième formalité prévue à l'article 1325, alinéa 3.

III. LES CLAUSES TRANSVERSALES PARTICULIÈRES

Un rapide tour d'horizon a tôt fait de démontrer que certaines formalités sont exigées de manière récurrente par le législateur. Il s'agit de l'exigence d'un écrit (A), d'une signature (B) et de mentions manuscrites (C). Ces formalités classiques font l'objet de l'article 16, § 2, de la loi, qui énonce trois clauses transversales particulières.

L'article 16, § 2, se présente ainsi comme une application de la clause transversale générale, en dégagant les qualités fonctionnelles de ces trois formalités. Dès lors, ce qui a été dit précédemment à propos de la clause transversale générale est d'application pour les clauses transversales particulières. Ainsi, ces clauses appliquent la théorie des équivalents fonctionnels à toute exigence d'un écrit, d'une signature ou d'une mention manuscrite, relative au processus contractuel et limitée à celui-ci, dans des hypothèses non exclues par l'article 17.

A. La clause relative à l'écrit

A l'occasion de l'adaptation du droit de la preuve aux technologies nouvelles par la loi du 20 octobre 2000, le législateur belge n'avait pas jugé utile de définir le concept d'écrit. L'exposé des motifs de cette loi précisait en effet : "Afin d'éviter de devoir introduire dans le Code civil un concept totalement nouveau tel que celui de *document* ou *d'information*, ce qui mettrait en péril la cohérence du Code, le projet ne touche pas au concept *d'écrit*". Ce même exposé ajoute que "Cette notion n'a nulle part été définie expressément dans le Code civil, mais la jurisprudence et la doctrine s'accordent de plus en plus pour considérer qu'il convient de

l'interpréter de façon large et qu'il ne faut pas considérer comme écrit le seul texte manuscrit ou imprimé sur un support papier"¹⁴⁰.

Si la plupart des auteurs s'accordent effectivement à dissocier l'écrit de tout support¹⁴¹, les opinions divergent quant à ses fonctions. Une partie de la doctrine attribue à l'écrit les qualités de lisibilité, de stabilité et d'inaltérabilité, tandis que d'autres estiment que certaines de ces qualités ne sont pas de l'essence de l'écrit, mais des caractéristiques de son support traditionnel, à savoir le papier¹⁴².

Face aux controverses relatives à la notion d'écrit, on ne pouvait se passer plus longtemps d'une définition légale de l'écrit. C'est ainsi que l'article 16, § 2, 1^{er} tiret, de la loi dispose que "*l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*".

1. Distinction entre l'écrit et son support

Dans la lignée de la clause transversale générale, cette clause transversale particulière adopte une approche fonctionnelle de l'écrit, qui se trouve ainsi dégagé de tout support ou mode de transmission, et en particulier du papier, son support traditionnel.

Dès lors, un écrit peut être fixé ou transmis sur tout support, matériel ou immatériel : papier, CD-Rom, disquette, disque dur, fibre optique... Il est intéressant de noter que cette conception ouverte de la notion d'écrit se retrouve dans une disposition antérieure à la loi, l'article 4, § 1^{er}, et 5, § 1^{er},

¹⁴⁰ Proposition de loi introduisant de nouveaux moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1999-2000, n° 38/6, p. 11.

¹⁴¹ Voy. M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La Preuve*, colloque U.C.L., 1987, p. 18 ; M. ANTOINE et D. GOBERT, "Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification", *R.G.D.C.*, 1998, n° 4/5, p. 291 ; A. PRÜM, "L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance", in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p. 267. Pour une étude approfondie du concept d'écrit au regard des nouvelles technologies, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", *J.T.*, 2001, spéc. pp. 117-119 ; D. MOUGENOT, "Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?", *Revue Ubiquité*, 2000, pp. 121-128.

¹⁴² A ce sujet, outre les références citées à la note précédente, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", *op. cit.*, p. 207.

de la loi relative aux virements d'argent transfrontaliers¹⁴³, qui précise que “*Les établissements mettent à la disposition de leurs clients effectifs et potentiels des informations écrites y compris, le cas échéant, par voie électronique (...)*”. Cette formulation nous semble de la même veine que la clause transversale examinée ici, puisqu'elle sous-entend que l'écrit peut revêtir la forme électronique, étant indépendant de tout support ou mode de transmission particulier.

Par contre, on relève, dans d'autres législations soucieuses de permettre le recours aux nouvelles technologies, des formulations qui trahissent une conception de l'écrit tributaire du support papier. En effet, au lieu d'exiger un écrit, en laissant les parties libres de choisir un support, certaines dispositions donnent le choix entre l'écrit *ou un autre support*. Une telle formulation nous semble erronée à double titre. D'une part, elle sous-entend, à tort, que l'écrit est un support parmi d'autres. A l'évidence, l'écrit est ici confondu avec l'écrit *sur papier*. D'autre part, elle nous paraît maladroite, étant donné qu'elle semble laisser le choix entre un écrit *ou* un support. Or, en tout état de cause, quel que soit le support, on n'échappe pas à l'écriture.

A titre d'exemple, épinglons des expressions telles que “*par écrit ou au moyen de tout autre support*”¹⁴⁴, “*par écrit ou sur un autre support durable*”¹⁴⁵, sans omettre l'énumération d'une liste de supports et de moyens de transmission auxquels est mêlé l'écrit : “*au moyen d'une technique de téléprocéssing, sur support magnétique, par écrit ou par tout moyen permettant de garantir le respect des principes contenus à l'article 69, § 4 et § 6, de la loi*”¹⁴⁶. Ces dispositions ne constituent certes pas un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, mais bien une incohérence flagrante par rapport à la conception ouverte que veut imposer la clause transversale relative à l'écrit.

¹⁴³ Loi du 9 janvier 2000 relative aux virements d'argent transfrontaliers, *M.B.*, 9 févr. 2000.

¹⁴⁴ Art. 3 de l'arrêté royal du 5 décembre 2000 rendant applicables aux instruments financiers et aux titres et valeurs certaines dispositions de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 3 janv. 2001.

¹⁴⁵ Art. 79, § 1^{er}, al. 1^{er}, LPCC ; art. 4, § 1^{er}, al. 2, et art. 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juillet 2002 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds (*M.B.*, 17 août 2002).

¹⁴⁶ Art. 6 de l'arrêté royal du 20 novembre 1992 relatif au traitement des données à caractère personnel en matière de crédit à la consommation, *M.B.*, 11 déc. 1992.

2. L'écrit comme exigence minimale

Il convient également de distinguer l'écrit d'autres notions, telles que l'acte sous seing privé, l'acte authentique, l'original, la copie, etc. Comme le souligne le Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique : "lorsqu'on adopte une approche fonctionnelle, il faut garder à l'esprit que l'exigence d'un écrit doit être considérée comme la strate inférieure de la hiérarchie des conditions de forme, qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits"¹⁴⁷. L'exigence d'un écrit doit donc être considérée comme une exigence *minimale*, à laquelle on peut ajouter celle d'une signature, de l'intervention d'un notaire, etc.

Certes, l'exigence d'une signature est parfois implicitement liée à celle d'un écrit. Ainsi, lorsque l'article 10, § 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre dispose que le contrat d'assurance se prouve par écrit, il n'est pas besoin de lire qu'il faut une signature pour comprendre que le législateur exige ici un acte sous seing privé. Mais il est des cas où le législateur prend la peine de préciser explicitement que l'écrit exigé doit en outre être signé, ce qui signifie qu'à ses yeux, le concept d'écrit n'implique pas nécessairement une signature. C'est le cas, par exemple, de l'article 19, alinéa 3, de la loi relative au crédit à la consommation, qui stipule que la notification au prêteur de la livraison du bien ou de la prestation du service financé est constituée obligatoirement "*par un écrit, notamment un document de livraison, daté et signé par le consommateur*".

Toutefois, une telle association entre l'écrit et la signature n'est pas systématique. Ainsi, l'écrit qui est exigé à l'article 79, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la LPCC pour la confirmation d'informations au consommateur dans le cadre de la conclusion d'un contrat à distance ne doit à l'évidence pas être signé.

3. Les qualités fonctionnelles minimales de l'écrit : lisibilité et stabilité

L'écrit est appelé à remplir bien des fonctions au cours du processus contractuel, selon qu'il est envisagé comme une exigence *ad validitatem* ou *ad probationem*, à des fins fiscales, de publicité ou d'information, ou encore au cours d'une démarche administrative concernant le contrat¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996), n° 49.

¹⁴⁸ A titre d'exemple, le guide pour l'incorporation en droit interne de la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique énumère, de manière non exhaustive, onze fonctions différentes traditionnellement assurées par l'écrit sur papier : "1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles ; 2) aider les parties à prendre

Mais on a vu que la clause transversale particulière saisit l'écrit dans sa conception minimale. Dans cette optique, les qualités fonctionnelles qu'elle énonce constituent le dénominateur commun de toutes les formalités relatives à l'écrit.

Ainsi, l'écrit est considéré comme *une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement*. Il se compose donc d'un ensemble de lettres ou de chiffres (tel le langage binaire) doté de sens et *lisible*, soit directement, soit par le biais d'un dispositif quelconque (ordinateur, logiciel *ad hoc* et éventuellement logiciel de décryptage). L'écrit doit en outre être suffisamment *stable*, puisqu'il doit pouvoir être consulté ultérieurement.

Dans certains cas, l'écrit exigé ne doit pas présenter d'autres qualités aux yeux du législateur. C'est le cas, notamment, lorsque des mentions informatives sont exigées préalablement à la conclusion du contrat, sans que ces informations soient intégrées au contenu obligationnel. Il s'agit là d'une exigence, implicite, d'un écrit stable et lisible. On songe, par exemple, aux informations devant être fournies avant la passation d'une commande sur un site web¹⁴⁹.

4. Les qualités supplémentaires de l'écrit

Lorsque l'écrit doit présenter des garanties additionnelles (inaltérabilité, signature, mentions manuscrites, emploi de certains caractères, support durable...), le respect de ces exigences supplémentaires sera apprécié souverainement par le juge, à la lumière des clauses transversales générale ou particulières.

Ainsi, il ressort des articles 14 et 17 de la loi relative au crédit à la consommation que le contrat de crédit à la consommation doit être un *écrit*, remis en *deux exemplaires*, contenant des *mentions obligatoires*, dont

conscience des conséquences de la conclusion du contrat ; 3) fournir un document lisible par tous ; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace de l'opération ; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte ; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature ; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux ; 8) consigner l'intention de l'auteur de l'écrit et conserver la trace de cette intention ; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible ; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires ; 11) établir l'existence de droits et obligations juridiques dans tous les cas où un écrit était requis aux fins de validité" (n° 48).

¹⁴⁹ Art. 8, § 1^{er}, de la loi.

certaines à présenter sous une forme spécifique (*sous forme d’alinéas séparés et en caractères gras d’un type différent*), à un endroit précis (*à la hauteur de l’endroit où le consommateur appose sa signature*), et sous un libellé imposé. Cet écrit doit en outre être *signé*, et la signature du consommateur doit être précédée de certaines *mentions manuscrites*, le cas échéant *en toutes lettres*. Ainsi, pour ce seul contrat, toutes les clauses transversales de l’article 16 devront être mises en œuvre. En application de la clause transversale générale, on peut ajouter l’*inaltérabilité* comme qualité fonctionnelle supplémentaire à cet écrit, étant donné que ces formalités sont requises non seulement *ad validitatem*, mais également à des fins probatoires.

5. L’écrit et les documents du processus contractuel

L’exigence d’un écrit peut se rencontrer non seulement lorsqu’il s’agit de rédiger le contrat, mais aussi à tout moment du processus contractuel et pour tout type de document. Par ailleurs, l’exigence d’un écrit (signé ou non) peut être implicite, en particulier lorsque la loi requiert des mentions, le cas échéant manuscrites, ou l’emploi de certains documents. A titre de curiosité, on mentionnera l’article 23, § 1^{er}, de la loi sur le contrat de voyage qui, pour exiger la rédaction d’un écrit, dispose que “*toute vente par un intermédiaire de voyages d’une prestation de voyage ou de séjour ou d’une autre prestation doit faire l’objet d’un contrat*” (*sic*).

Ainsi, la notion d’écrit est sous-jacente aux termes *brochure, prospectus, bon de commande, avenant, lettre, formulaire*, etc.

Il convient dès lors d’appréhender ces documents selon l’approche fonctionnelle suggérée par la clause transversale particulière relative à l’écrit. D’abord, ces documents doivent être distingués de leur support, et en particulier du papier. Ils peuvent donc revêtir la forme électronique. Ensuite, les qualités fonctionnelles minimales de ces documents doivent être, comme pour l’écrit, la lisibilité et la stabilité.

Toutefois, si le choix du législateur s’est porté sur un certain type de document au lieu d’exiger un simple écrit, c’est que ce document revêt à ses yeux des qualités additionnelles qui lui sont propres. Ainsi, un avenant doit être signé, un formulaire ou un bon de commande sont des écrits organisés d’une certaine façon, selon un contenu et une forme parfois définis par la loi, etc.

A nouveau, la détermination et la préservation de ces qualités additionnelles se fera à la lumière de la clause transversale générale et, le cas échéant, des autres clauses transversales particulières.

A titre d’exemple, l’article 5 de la loi sur le contrat de voyage énonce les mentions que doit contenir toute brochure mise à la disposition du

consommateur. A la lecture de cette disposition prise isolément, on pourrait croire que les fonctions minimales de l'écrit sont suffisantes pour que les qualités fonctionnelles de la brochure soient préservées. Toutefois, l'article 6 de la loi précise que les informations contenues dans la brochure de voyages engagent l'organisateur ou l'intermédiaire de voyages. Par ailleurs, l'article 10, § 3, permet de remplacer les mentions obligatoires du contrat de voyage par de simples références à la page de la brochure de voyage contenant ces informations. Dès lors, la brochure de voyage fait bel et bien partie du contenu obligationnel du contrat et pourra, le cas échéant, être produite pour faire la preuve des engagements du professionnel. A ce titre, l'article 8, § 2, de la loi sur les services de la société de l'information, nous semble d'application : *“les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire”*. Par contre, la signature des parties n'est pas requise.

Il conviendra de tenir compte de ces qualités et fonctions additionnelles en présence d'une brochure sous forme électronique. Ainsi, une brochure sous forme de CD-Rom remis au consommateur, un fichier téléchargé sur un site ou attaché à un courrier électronique, présentent en principe toutes les qualités requises. Il peut en aller de même d'un site web, à condition que le consommateur soit vivement encouragé par le prestataire à imprimer les pages concernées, par exemple au moyen de messages apparents et non équivoques, et que le site soit configuré de telle manière que ses pages puissent être correctement et entièrement imprimées.

De la même manière, lorsque le législateur exige que le bon de commande ou le contrat de voyage mentionne au moins les conditions d'assurance *“ou l'indication de la page de la brochure où figurent ces informations”*¹⁵⁰, cette exigence de forme pourra être satisfaite sur un site web si, à défaut de reprendre *in extenso* dans le contrat les conditions d'assurance, le professionnel y fait figurer un hyperlien renvoyant à la page de son site contenant ces informations, avec une invitation expresse à imprimer ces informations, en soulignant leur importance pour l'exécution du contrat.

Ces exemples montrent que l'approche fonctionnelle de l'exigence d'un écrit peut être également appliquée aux nombreuses dispositions préconisant l'emploi de certains documents, afin de permettre le recours à la voie électronique. Toutefois, il ne faudrait pas s'en tenir aux fonctions minimales attribuées par cette clause à l'écrit. Il convient également de vérifier, à la lumière de la clause transversale générale, si des qualités additionnelles ne sont pas attendues du document en question.

¹⁵⁰ Art. 10, § 1^{er}, 14^o, et art. 23, § 2, 14^o, de la loi sur le contrat de voyage.

B. La clause relative à la signature

L'article 16, § 2, deuxième tiret, de la loi est libellé comme suit :

“Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à 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”.

Un commentaire circonstancié de cette disposition exigerait des développements importants sur les aspects techniques de la signature électronique et sur les modalités de son introduction dans notre droit. La place nous fait ici défaut pour de tels développements¹⁵¹. Le sujet a déjà fait couler beaucoup d'encre, dont la nôtre¹⁵², et nous renvoyons donc le lecteur à cette abondante littérature¹⁵³.

¹⁵¹ Sur les aspects techniques des signatures électroniques, voy., parmi d'autres, A. JAMAR, “La sécurité des transactions – Introduction technique”, in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 21 et s. ; P. TRUDEL *et alii*, *Droit du cyberspace*, Québec, Thémis, 2000, chap. 19 ; J. DUMORTIER et P. VAN EECHE, “De nieuwe wetgeving over digitale en elektronische handtekening”, in *Recente ontwikkelingen in informatica- en telecommunicatierecht*, Die Keure, 1999, pp. 1 et s. ; J. HUBIN, *La sécurité informatique, entre technique et droit*, Cahiers du CRID, n° 14, E. Story-Scientia, 1998, spéc. pp. 68-112 ; S. PARISIEN et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Québec, Ed. Yvon Blais Inc., 1996 ; D. SYX, “Vers de nouvelles formes de signature ? Le problème de la signature dans les rapports juridiques”, *Dr. Inform.*, 1986/3, pp. 133-147.

¹⁵² E. MONTERO, “Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique”, in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, vol. 54, pp. 41-82 ; D. GOBERT et E. MONTERO, “L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, pp. 114-128 ; *Idem*, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle”, *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39.

¹⁵³ En doctrine belge, parmi les études les plus récentes, outre celles citées à la note précédente, voy. B. DE GROOTE, “Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen”, *A.J.T.*, 2001, pp. 881-901 ; J. DUMORTIER et S. VAN DEN EYNDE, “De juridische erkenning van de elektronische handtekening”, *Computerr.*, 2001, pp. 185 et s. ; M. E. STORME, “De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen”, *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1525 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, “La preuve du contrat conclu par voie électronique”, in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 51-

Dans le cadre de cette étude, qu'il nous soit permis de nous en tenir à l'essentiel, à savoir justifier la nécessité de cette clause transversale relative à la signature et expliquer brièvement les choix qui ont présidé à sa rédaction.

Comme l'on sait, pour adapter notre droit de la preuve aux nouvelles technologies, le législateur belge a pris le parti d'adopter deux textes distincts¹⁵⁴ : un texte général visant à introduire, dans le Code civil, une définition fonctionnelle de la signature électronique, et un texte plus technique, sous la forme d'une loi particulière, visant à désigner un mécanisme de signature électronique présumé apte à réaliser les fonctions attendues.

Tout d'abord, un nouvel alinéa a été ajouté à l'article 1322 du Code civil par la loi du 20 octobre 2000 "introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire"¹⁵⁵. Cette disposition donne une définition fonctionnelle de la signature électronique, consacre sa recevabilité de principe comme preuve en justice et fixe les conditions de son assimilation à la signature manuscrite du point de vue de sa force probante.

Il faut mentionner ensuite la loi du 9 juillet 2001 "fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification"¹⁵⁶. Cette loi accorde un régime de faveur 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". Sans préjudice d'une éventuelle procédure en vérification d'écritures, pareille signature¹⁵⁷ est assimilée de plein droit à une signature manuscrite, qu'elle soit réalisée par une personne physique ou morale (art. 4, § 4 de la loi). Pour le reste, comme l'indique son intitulé, la loi définit le régime juridique applicable aux activités des prestataires de

137 ; D. MOUGENOT, "Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives", *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, octobre 1997, pp. 45-105 ; E. DAVIO, "Certification, signature et cryptographie", in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, E. Story-Scientia, 1997, pp. 65-86.

¹⁵⁴ Sur les raisons de ce choix, voy. E. MONTERO, "Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique", *op. cit.*, pp. 45-47, n^{os} 5 et 6.

¹⁵⁵ *M. B.*, 22 décembre 2000, p. 42698.

¹⁵⁶ *M.B.*, 29 septembre 2001, p. 33070.

¹⁵⁷ Que nous désignerons, par commodité : "signature électronique qualifiée".

service de certification, ainsi que les règles à respecter par ces derniers et par les titulaires de certificats¹⁵⁸.

Venons-en à la justification de la clause transversale qui retient notre attention (1) et à l'analyse de celle-ci (2).

1. Pourquoi cette clause transversale ?

Il est à remarquer que la modification du Code civil, opérée par l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article 1322, se situe dans la seule orbite du droit de la preuve. Cela se déduit notamment de sa localisation dans le Code civil. Dès lors, cette réforme n'affecte pas, en principe, les situations où une signature manuscrite est requise pour la validité d'un acte juridique ou son opposabilité aux tiers.

A titre d'exemple de signature requise *ad validitatem*, on peut songer à l'article 17 de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, dont il résulte que "le contrat est conclu par la signature du document contenant l'offre visée à l'article 14", signature qui doit être précédée de diverses mentions manuscrites. Pareille exigence ressortit bien au formalisme de validité dès lors que les sanctions prévues en cas de non respect (cf. art. 86 et 92, de la loi relative au crédit à la consommation) affectent le *negotium*.

Certes, on pourrait être tenté d'estimer que l'équivalence désormais reconnue, sur le terrain de la preuve, entre l'écrit pourvu d'une signature électronique et l'écrit assorti d'une signature manuscrite vaut également sur le terrain du formalisme de la validité ou de l'opposabilité. Cependant, rien n'est moins sûr. Le doute subsiste car ces dernières manifestations du formalisme obéissent à des préoccupations différentes (la protection du contractant ou des tiers) que le formalisme probatoire. La prudence commande de circonscrire l'effet de la loi dans les limites de son domaine propre, celui du droit de la preuve¹⁵⁹.

La clause transversale commentée ici permet d'obvier à cette lacune, en consacrant le principe suivant lequel toute exigence de signature prescrite à quelque étape que ce soit du processus contractuel et à toutes fins généralement quelconques peut être satisfaite par le recours à une signature électronique aux conditions fixées par le texte.

Cette interprétation résulte d'une lecture combinée de la clause particulière et de la clause générale. En effet, la clause générale pose le

¹⁵⁸ Pour un commentaire de cette loi, voy. D. GOBERT, "Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001", in *La preuve*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 54, 2002, pp. 83-172.

¹⁵⁹ Pour une semblable analyse en droit français, voy. P. CATALA, "Le formalisme et les nouvelles technologies", *op. cit.*, p. 905, n^{os} 13 et 14.

principe de l'admissibilité des équivalents électroniques à toute exigence de forme, et détermine le domaine (à savoir, le processus contractuel) et la condition d'application dudit principe (à savoir, la préservation des qualités fonctionnelles de la forme concernée).

L'intérêt de la clause transversale particulière qui nous occupe est de préciser, pour le cas de la signature, dans quelles circonstances cette condition est remplie. A cet effet, il est nécessaire et suffisant que le mécanisme de signature utilisé satisfasse aux "*conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à 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*".

Un élémentaire souci de cohésion imposait que l'on ne retienne pas deux notions différentes de la signature – comme de l'écrit – selon qu'elle est exigée *ad probationem* ou à d'autres fins (*ad validitatem*, en particulier). Pour dissiper tout doute à cet égard, encore convenait-il d'inscrire dans un texte cette conception unitaire de la notion.

2. Analyse de la clause transversale

Pour le cas où une signature est exigée à des fins autres que probatoires, la clause suggère de faire le lien soit avec l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit avec l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001.

La référence au principe d'assimilation à la signature manuscrite consacré par l'article 4, § 4, de la loi précitée va pratiquement de soi, pour au moins trois motifs :

- tout d'abord, lorsqu'une signature électronique "qualifiée" est présentée au juge, ce dernier ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation quant au fait de savoir si les fonctions de la signature sont remplies ; il doit se borner à constater que les exigences énoncées à l'article 4, § 4, sont rencontrées¹⁶⁰, auquel cas la signature en question est assimilée de plein droit à une signature manuscrite.

¹⁶⁰ A cet égard, les vérifications auxquelles le juge doit procéder seront généralement aisées et rapides. Ainsi, en particulier, si la signature électronique est basée sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité, le juge pourra se contenter de vérifier la réalité de cette accréditation – qui, pour rappel, n'est nullement obligatoire, la seule obligation liée à l'émission de certificats qualifiés consistant à faire une déclaration auprès de l'Administration ! (art. 4, § 2, de la loi). Pour de plus d'explications à ce sujet, voy. P. LECOCQ et B. VANBRABANT, *op. cit.*, pp. 119-121, n^{os} 105-107.

- ensuite, contrairement au cas de l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, aucun élément ne permet de considérer que la loi du 9 juillet 2001 s'inscrit dans le seul champ du droit de la preuve.
- enfin, sur le plan psycho-sociologique, nous sommes portés à croire que la lourdeur des opérations nécessaires à l'obtention et à l'utilisation d'une signature électronique qualifiée suppose une détermination de nature à attirer l'attention du signataire et à lui faire prendre conscience des conséquences juridiques de son geste.

Pour les raisons inverses, la référence à l'article 1322, alinéa 2, est moins évidente. Des mécanismes de signature ordinaires – aisés à mettre en œuvre – peuvent en principe satisfaire aux conditions d'imputabilité et d'intégrité¹⁶¹. En outre, en cas de contestation, le juge jouit d'un pouvoir d'appréciation non négligeable pour décider si oui ou non telle signature électronique satisfait aux conditions énoncées au texte. Il s'en suit que le recours à une signature électronique non qualifiée expose les parties contractantes à la nullité du *negotium* (ou aux autres sanctions prévues en l'absence de signature) si l'une d'elles en venait à contester sa signature et si le juge devait conclure à l'inaptitude du procédé à assurer les fonctions d'imputabilité et d'intégrité.

Cela étant, une relation de confiance suffisante peut exister entre les parties en manière telle qu'aucune d'elles ne redoute la mauvaise foi de l'autre. Par ailleurs, la validité de l'acte juridique ne saurait être discutée dès l'instant où le juge a estimé que les conditions exigées par l'article 1322, alinéa 2, sont satisfaites. Aussi, la loi sur les services de la société de l'information pas voulu soustraire, par principe, au bénéfice de la clause transversale sous examen, les signatures électroniques visées à cet article. A tout prendre, dans la logique de l'herméneutique fonctionnaliste des formes, prônée par la loi, les juges pourraient être enclins à faire preuve de souplesse dans l'appréciation des conditions fixées par l'article 1322, alinéa 2, du moins dans le cas où ils soupçonneraient la mauvaise foi d'une partie (qui, en désavouant sa signature, chercherait uniquement à se dégager des liens contractuels) et voudraient y faire échec.

C. La clause relative aux mentions manuscrites

Une troisième formalité classiquement exigée par le législateur est celle relative à d'éventuelles mentions manuscrites.

L'exigence d'une mention manuscrite a pour objectif de protéger celui qui s'engage, en s'assurant qu'il a pleinement conscience de l'engagement

¹⁶¹ Pour une analyse plus nuancée, voy. E. MONTERO, "Définition et effets juridiques...", *op. cit.*, pp. 62-65, n^{os} 25-29 et pp. 70-73, n^{os} 37-40.

qu'il prend, en favorisant la réflexion et en diminuant les risques de faux grâce à l'apposition d'une marque personnelle et difficilement imitable¹⁶².

1. L'exigence de mentions manuscrites face à l'évolution des techniques d'écriture

Longtemps, l'exigence de mentions manuscrites a résisté à l'évolution des techniques d'écriture. Avec l'apparition de la dactylographie, les auteurs se sont demandé si un texte tapé à la machine à écrire pouvait être considéré comme "écrit de la main" de celui qui s'oblige. Le débat s'est en particulier concentré autour du testament olographe, notamment en France. Ainsi, certains auteurs ont fait observer que "si l'article 970 du Code civil exige une écriture de la main du testateur, on n'écrit jamais directement avec la main. Il y a toujours un intermédiaire qui sert de prolongement à la main (stylo, crayon). Or, qu'est la machine à écrire sinon un instrument plus perfectionné que la plume ? L'article 970 du Code civil en disant "de la main du testateur" a voulu que le testament soit l'œuvre personnelle du testateur, mais n'a pas imposé véritablement de procédé particulier d'écriture. Par conséquent, le testament dactylographié serait valable dès lors qu'il ne serait pas mis en doute qu'il est l'œuvre du testateur"¹⁶³. Toutefois, cette interprétation a été formellement rejetée par la Cour de cassation française, qui a affirmé, à plusieurs reprises, que seule l'écriture manuscrite était admise pour le testament olographe, au motif qu'elle, et elle seule, permet d'attester que le testament est bien l'œuvre du testateur¹⁶⁴.

Face à la multiplication des exigences de mentions manuscrites dans les contrats de consommation et l'utilisation des nouvelles technologies pour contracter, nous avons souligné, pour notre part, la nécessité d'une intervention législative en la matière. Pour appuyer la démarche législative proposée, nous avons développé une analyse proche de celle avancée ci-avant : "après tout", avons-nous écrit, "n'est-on pas en droit d'assimiler à une mention "manuscrite" le texte ("lu et approuvé pour ... francs à crédit", par exemple) que l'internaute introduit (avant de signer), par clavier interposé, dans le champ *ad hoc* du formulaire électronique ? La seule différence nous paraît être que la main tiendrait désormais la souris, en lieu et place de la plume. Mais, en toute hypothèse, c'est par le truchement d'un

¹⁶² Voy. N. DUTOUR et F. VIGNAL, "La mention manuscrite et l'acte authentique", *Rép. Defrénois*, 1998, p. 218, n° 1 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, p. 333.

¹⁶³ M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, *op. cit.*, p. 107 et les réf. citées.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 108 (et les réf. citées) et p. 334.

objet manipulé à l'aide de la main, que l'intéressé est invité à apposer la mention dite manuscrite. (...) On ne doute pas que, le temps passant et le commerce électronique entrant dans les mœurs, le mouvement de la souris puisse remplacer, avec un effet analogue, le mouvement de la plume"¹⁶⁵.

Dans la ligne de l'analyse suggérée, l'article 16, § 2, 3^e tiret, de la loi détermine les qualités fonctionnelles de cette formalité : "*l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier*". Ainsi, cette formalité peut désormais être accomplie par voie électronique, du moment qu'il n'existe aucun doute quant à l'auteur de la mention.

2. Les mentions manuscrites et la signature

La clause transversale se veut neutre quant au procédé permettant de garantir que la mention émane bien de celui qui s'oblige. On songe immédiatement au recours à la signature électronique, mais celle-ci n'est pas indispensable pour établir quel est l'auteur de la mention requise. Dès lors, on pourrait éventuellement envisager de recourir à un système de mot de passe personnel, encodé par le client au début du processus contractuel.

Toutefois, on constate que l'exigence de mentions manuscrites dans la loi accompagne toujours celle d'une signature. Par exemple, "*Le consommateur doit faire précéder sa signature de la mention manuscrite en toutes lettres : 'lu et approuvé pour ... euros à crédit.' Il doit y apporter également la mention manuscrite de la date et de l'adresse précise de signature du contrat*"¹⁶⁶ ou encore "*Le recto du bon de commande mentionne (...) la signature du vendeur et la signature de l'acheteur, précédée par la mention manuscrite et en toutes lettres : "lu et approuvé", ainsi que la date de signature*"¹⁶⁷, sans oublier la formalité du "bon pour" prévue à l'article 1326 du Code civil.

En effet, par l'apposition sur le papier d'une écriture qui est propre à l'auteur et difficilement falsifiable, les mentions manuscrites attirent l'attention sur l'importance de l'acte, mais renforcent également la fonction d'identification de la signature¹⁶⁸. Elles ne la remplacent toutefois pas,

¹⁶⁵ M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", in *Le processus de formation du contrat, op. cit.*, pp. 724-725, n° 73.

¹⁶⁶ Art. 17 de la loi relative au crédit à la consommation.

¹⁶⁷ Art. 3, 14°, de l'arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

¹⁶⁸ M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel, op. cit.*, pp. 338-339.

puisque la signature a en outre pour fonction de manifester l'adhésion de l'auteur au contenu de l'acte.

Dans l'environnement numérique, comme sur le papier, les mentions manuscrites seront toujours suivies d'une signature. La seule différence réside dans le fait que la fonction d'identification de celui qui s'oblige sera intégralement remplie par la signature électronique, tandis que l'écriture des mentions requises, grâce au clavier ou à la souris de l'ordinateur, aura pour seule fonction d'attirer davantage l'attention.

3. Application : la formalité du “bon pour”

Ainsi que nous l'avons observé, l'article 16 de la loi couvre bel et bien l'article 1326 du Code civil, qui dispose que “*Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un ‘bon’ ou un ‘approuvé’, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose*”.

A vrai dire, cette disposition rassemble à elle seule les exigences d'un écrit, d'une signature et de mentions manuscrites, posées *ad probationem*. Depuis la reconnaissance en droit belge de la signature électronique, les deux premières formalités pouvaient être rencontrées par voie électronique, mais restait l'obstacle des mentions manuscrites. Ce dernier est désormais levé par la troisième clause transversale particulière énoncée à l'article 16, § 2. Ainsi, les mentions manuscrites pourront valablement prendre la forme électronique, pourvu que le procédé utilisé garantisse que la mention émane bien de celui qui s'oblige.

Cependant, cette clause transversale particulière ne joue que pour aider le juge à déterminer si les qualités fonctionnelles de la *mention manuscrite* sont bel et bien remplies. Elle ne suffit pas, à elle seule, à garantir que *toutes les qualités fonctionnelles de la formalité du “bon pour”* sont pleinement rencontrées. Il convient à cet égard de cumuler l'application des clauses transversales particulières avec la clause transversale générale, afin de dégager les qualités fonctionnelles additionnelles et de vérifier si le procédé utilisé permet de les préserver.

Ainsi, les autres fonctions de la formalité du “bon pour” sont d'éviter un blanc seing, de déjouer les manœuvres frauduleuses visant à obtenir une signature par surprise, et de rendre difficile toute falsification de la somme en jeu¹⁶⁹.

¹⁶⁹ R. MOUGENOT, *La preuve*, *op. cit.*, p. 158, n° 141 ; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 257, n° 543. Voy. aussi Cass., 26 févr. 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 220.

Nous avons déjà observé que l'on peut empêcher un blanc seing par le recours à un logiciel empêchant la validation du contrat si le champ réservé à la mention obligatoire ("bon pour la somme de..." ou "approuvé pour la somme de...") n'a pas été dûment rempli. En outre, la signature pourra difficilement être obtenue par surprise, dans la mesure où, les parties n'étant pas en présence l'une de l'autre, celui qui s'engage peut prendre le temps d'inscrire lui-même et de lire les mentions du billet. Enfin, toute modification de la somme en jeu est rendue en principe impossible par le recours à la signature électronique.

IV. LA DÉLÉGATION AU ROI

Les clauses transversales générale et particulières visent à englober un maximum de formalités susceptibles de constituer un obstacle à l'utilisation de procédés électroniques pour contracter. Elles n'ont toutefois pas la prétention d'être exhaustives. C'est pourquoi l'article 16, § 3, de la loi donne délégation au Roi pour "*adapter toute disposition législative ou réglementaire qui constituerait un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique et qui ne serait pas couverte par les §§ 1^{er} et 2*".

A. Portée de la délégation

La délégation est ainsi faite au Roi dans certaines limites, au-delà desquelles il ne peut intervenir.

En premier lieu, cette intervention du Roi ne se justifie que dans la mesure où les clauses transversales des §§ 1^{er} et 2 ne permettent pas de lever tous les obstacles formels à la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, face à une formalité susceptible de constituer un tel obstacle, il convient d'abord de se demander si l'application des clauses transversales ne suffit pas à permettre le recours à la voie électronique pour contracter. Dans la négative, une adaptation des textes s'avère alors nécessaire.

Par ailleurs, la totalité de l'article 16 étant exclue par l'article 17 de la loi pour certaines catégories de contrats, le Roi ne dispose pas du pouvoir d'adapter les dispositions relatives à ces contrats si elles constituent un obstacle à l'utilisation des nouvelles technologies pour contracter.

Dans les limites que nous venons de préciser, le Roi est donc habilité à adapter les dispositions constitutives d'un obstacle à *la conclusion de contrats* par voie électronique. Il ne fait aucun doute que c'est à nouveau tout le *processus contractuel* qui est visé, conformément à la volonté du législateur européen. *A contrario*, l'intervention du Roi ne pourra dépasser

le périmètre du processus contractuel. Il n'est donc pas question de procéder, dans le cadre de l'article 16, § 3, à une adaptation des procédures administratives d'agrément, d'enregistrement ou d'inscription auprès d'une autorité de contrôle, de la procédure de transaction en cas d'infraction, de la procédure fiscale, de la procédure judiciaire, etc.

Enfin, il convient de noter qu'à la différence des clauses transversales, la délégation au Roi ne se limite pas aux exigences *de forme*, mais s'étend à *toute disposition législative ou réglementaire* constitutive d'un obstacle à l'utilisation de la voie électronique. Or, nous avons observé certaines dispositions relatives au processus contractuel sont libellées en des termes inadaptés à l'environnement numérique, tout en n'imposant aucune formalité. C'est le cas notamment lorsqu'il s'agit d'interdire certains comportements aux parties ou de poser une sanction en cas de violation d'une obligation légale (*supra*).

Toutefois, soulignons encore que certaines de ces dispositions protectrices ne se justifient pas dans le commerce électronique. Par exemple, l'interdiction d'apposer une "*mention sur une enveloppe dont il ressort que la correspondance concerne la récupération d'une créance*"¹⁷⁰, n'envisage que la correspondance postale, et non le courrier électronique. En effet, l'objectif est de préserver la vie privée du consommateur-débiteur, pour ne pas que les personnes manipulant l'enveloppe (personnel des postes, proches du débiteur...) puissent savoir qu'il s'agit d'une lettre concernant la récupération d'une créance. Or, avec le courrier électronique, ce problème ne se pose pas, dans la mesure où, en principe, seul le destinataire du courrier électronique peut accéder à sa boîte aux lettres électronique, par un mot de passe personnel.

On se demande en outre si ces dispositions constituent bien un obstacle *juridique*, direct ou indirect, à la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, on pourrait défendre l'idée que ces comportements, interdits dans le monde "réel", sont permis dans l'environnement numérique, puisqu'ils ne sont pas envisagés par la loi. Un tel laxisme pourrait éventuellement être constitutif d'un obstacle *psychologique* à la conclusion de contrats sur les réseaux, dans la mesure où les consommateurs seraient pour le moins réticents à conclure un contrat dans des circonstances où ils sont moins bien protégés par la loi. Certes, une telle situation devrait préoccuper le législateur, soucieux de rassurer le consommateur et de stimuler le développement du commerce électronique. Toutefois, il nous semble que la directive sur le commerce électronique impose avant tout aux Etats membres de supprimer les obstacles *juridiques* à la conclusion de contrats par voie électronique.

¹⁷⁰ Art. 39, § 2, 3^o, de la loi relative au crédit à la consommation.

B. Pouvoirs du Roi

En présence d'un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, le Roi a la possibilité d'adapter la disposition concernée en vue de permettre le recours aux nouvelles technologies (1). On se demande toutefois si, dans certains cas, il ne pourrait également établir un régime spécifique ou dérogatoire pour les contrats conclus par voie électronique (2).

1. Adaptation des dispositions aux contrats conclus par voie électronique

L'adaptation opérée par le Roi peut être *ponctuelle*, c'est-à-dire réalisée au cas par cas, à mesure que serait relevé un obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique.

Mais il nous semble que rien n'empêche le Roi d'agir, lui aussi, par le biais d'une *clause transversale particulière*, afin de couvrir d'autres exigences de forme usuelles.

On songe, par exemple, à l'envoi ou au dépôt d'une lettre recommandée à La Poste. Afin de permettre le recours à des systèmes de recommandé électronique, le Roi pourrait éventuellement adopter une clause transversale prévoyant que lorsqu'une lettre recommandée à La Poste est requise, cette exigence est satisfaite par le recours à un service de recommandé électronique, quel qu'en soit le prestataire¹⁷¹.

2. Etablissement de régimes dérogatoires pour les contrats conclus par voie électronique

Dans certains cas, une adaptation de la disposition en cause ne sera peut-être pas la solution la plus adéquate. Certaines dispositions se révèlent inadaptées aux contrats conclus par voie électronique pour la simple raison que le législateur n'entend pas viser ce type de contrats, mais exclusivement les relations "traditionnelles" entre un vendeur et un consommateur dans un magasin. Dès lors, une adaptation se révélera bien difficile, étant donné la spécificité de ces dispositions et leur inadéquation totale avec tout autre type de relation contractuelle.

On se demande toutefois si la délégation au Roi prévue par l'article 16, § 3, lui permet de déroger aux textes législatifs et réglementaires en ce

¹⁷¹ En ce sens, M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *op. cit.*, p. 726, n° 44. Pour une étude plus complète sur le sujet, voy. E. MONTERO, "Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées", dans le présent ouvrage, pp. 69 et s., spéc. pp. 90 et s.

qui concerne les contrats conclus par voie électronique, étant donné qu'il n'est question que d'*adaptation* des textes.

Par bonheur, dans certains cas, la loi contenant des dispositions problématiques permet déjà au Roi de prévoir des exceptions ou des régimes particuliers pour certaines catégories de contrats, de produits ou de services.

Ainsi, l'article 72, al. 1^{er}, LPCC prévoit que "*les ventes publiques au sens de l'article 69 ne peuvent avoir lieu que dans des locaux exclusivement destinés à cet usage, sauf dérogation accordée en cas de nécessité par le Ministre ou le fonctionnaire désigné par lui à cet effet*". Sont soumises aux dispositions de la section relative aux ventes publiques, "*les offres en vente et ventes publiques, soit aux enchères, soit au rabais ainsi que l'exposition, en vue de telles ventes, de produits manufacturés*"¹⁷².

Selon cette disposition, les ventes aux enchères sur l'internet seraient en principe soumises à cette législation. Or, l'exigence que les ventes publiques aient lieu dans des "*locaux exclusivement destinés à cet usage, sauf dérogation*" constitue d'évidence un obstacle de taille à la conclusion de ce type de vente par voie électronique, auquel la clause transversale générale ne peut remédier. En outre, une simple adaptation de la disposition semble difficilement envisageable.

Heureusement, en vertu de l'article 83, § 1^{er}, 6^o, LPCC, "*le Roi peut prescrire des dispositions particulières pour les ventes publiques organisées au moyen d'une technique de communication à distance*". Dès lors, le Roi pourrait prévoir que l'article 72, alinéa 1^{er}, n'est pas applicable aux ventes publiques conclues par voie électronique.

On s'avise que, dans cet exemple, la dérogation prévue par le Roi s'inscrirait davantage dans le cadre des délégations spécifiques que la LPCC donne au Roi pour prévoir des mesures particulières, que dans celui de la délégation prévue par l'article 16, § 3, de la loi.

¹⁷² Art. 69, § 1^{er}, LPCC.

CONCLUSION

La reconnaissance en droit belge de la théorie des équivalents fonctionnels constitue sans l'ombre d'un doute une étape décisive dans l'évolution du formalisme contractuel. Avec l'adoption de l'article 16 de la loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, le législateur vient d'ouvrir largement la porte à la conclusion de contrats par voie électronique.

Il reste cependant bien du chemin à parcourir pour apprécier l'impact de cette approche audacieuse et rencontrer les interrogations et difficultés qu'elle suscite. Au Roi, puis aux juges, épaulés par la doctrine, revient à présent la tâche délicate de définir de nouveaux repères spatio-temporels dans un monde virtuel où tout se passe comme si l'espace et le temps étaient abolis, et ce, afin de préserver les garanties du formalisme et d'assurer au maximum la sécurité juridique.