

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le cadre législatif et réglementaire français

Salaun, Anne

Published in:

Le consentement électronique

Publication date:

2000

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Salaun, A 2000, Le cadre législatif et réglementaire français. dans *Le consentement électronique*. Droit et consommation, numéro 40, Centre de Droit de la Consommation, Louvain-la-Neuve, pp. 77-100.

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.

CHAPITRE 3

LE CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE EN FRANCE

Anne SALAÛN*

Chercheuse au CRID.

INTRODUCTION

Le commerce par Internet en France souffre de la concurrence et de la forte implantation du Minitel. Ce qui a été en son temps une avancée technologique est perçu aujourd'hui comme un frein à l'équipement en matériel informatique et en sensibilisation à l'égard du réseau ouvert qu'est Internet. Les chiffres parlent d'eux-mêmes¹ : en 1998, un micro-ordinateur est présent dans 23% à 25% des foyers français, alors que le niveau d'équipement des Britanniques, des Allemands ou des pays nordiques est supérieur de 50%, et les États-Unis où un foyer sur deux possède aujourd'hui un ordinateur. En 1998, la France comptait plus de 3 millions d'utilisateurs d'Internet, et approche probablement des 4 millions aujourd'hui. Malgré un doublement en un an, le chiffre des 6% d'utilisateurs d'Internet reste significativement inférieur aux chiffres constatés dans d'autres pays : Royaume-Uni 16%, Allemagne 8,7%, États-Unis 28%, Canada 26%.

Au niveau du nombre de sites français présents sur Internet, « en prenant en compte les sites enregistrés dans le .com, la France compterait en juillet 1998 environ 34.000 sites, en augmentation de 200% en un an. Ce chiffre reste cependant très faible face aux quelques 220.000 sites britanniques, 150.000 sites allemands et 2 millions de sites américains »².

Pour autant, des transactions se concluent en France par le biais d'Internet et surtout du Minitel. En 1998, le commerce sur Internet représentait un chiffre d'affaires de 500 millions à 1 milliard, tandis que le Minitel générait 8 milliards de francs. « Dans son ensemble, le secteur des technologies de l'information et de la communication pèse désormais 5% du PIB français »³.

Il est donc intéressant de se pencher sur le cadre législatif et réglementaire français eu égard aux transactions conclues par voie électronique. De nombreuses questions se posent à leur égard : comment une transaction électronique se conclut-elle ? A quelles obligations les vendeurs

Les chiffres sont issus de la « mission pour le commerce électronique » confiée à M. LORENTZ, plus particulièrement du rapport du groupe de travail 1 « L'état du commerce électronique », accessible à l'adresse suivante : <<http://www.finances.gouv.fr/lorentz/travaux>>.

Rapport Lorentz, synthèse du groupe de travail n°1 « L'état du commerce électronique », D. KAPLAN et F. SAKHOCHIAN.

Discours du Premier ministre à l'université d'été de la communication, Hourtin, 26 août 1999. <<http://www.internet.gouv.fr/francais/index.html>>.

électroniques sont-ils soumis quant à la présentation de leurs offres ? La législation relative à la publicité s'applique-t-elle aux publicités sur réseau ? Comment s'exécute une transaction conclue par voie électronique ? Et surtout, quelle est la valeur accordée aux transactions électroniques ? Comment apporter la preuve que le consentement a bien été donné, ainsi que la preuve du contenu de la transaction et des obligations respectives des parties ?

L'examen du cadre législatif et réglementaire doit permettre de répondre à ces questions et d'identifier les domaines dans lesquels une réforme est nécessaire.

L'exposé qui suit se divise en quatre parties : l'offre à distance, la publicité et l'exécution des transactions sont d'abord examinées avant d'approfondir la question cruciale de la preuve.

I. L'OFFRE À DISTANCE

A. OBLIGATION D'INFORMATION

En vertu de l'article 1602 du Code civil, « le vendeur est tenu d'indiquer clairement ce à quoi il s'oblige ». Le Code de la consommation détaille cette obligation pré-contractuelle d'information.

1. Informations sur le vendeur

L'article L121-18 du Code de la consommation impose au professionnel « d'indiquer le nom de son entreprise, ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège et, si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre ».

2. Le prix

L'article L113-3 du Code de la consommation prévoit que « tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente ».

L'arrêté du 3 décembre 1987⁴ précise que le prix de tout produit ou service, proposé au consommateur selon une technique de communication à distance, doit être indiqué de façon précise, par tous moyens faisant

⁴ J.O. du 10 décembre 1987.

preuve, avant la conclusion du contrat. La circulaire d'interprétation de cet arrêté précise que les professionnels ont une grande liberté dans la façon de remplir cette obligation. En tout état de cause, « le prix ne doit laisser planer aucune équivoque quant à la relation entre les produits ou les services offerts et les prix correspondants »⁵. L'article 14 de l'arrêté précise ce qu'il faut entendre par technique de communication à distance : « constitue une technique de communication à distance toute technique permettant au consommateur, hors des lieux habituels de réception de la clientèle, de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service. Sont notamment considérés comme des techniques de communication à distance la télématique, le téléphone, la voie postale et la distribution d'imprimés ».

3. Caractéristiques du bien ou du service

Une obligation générale d'information est également prévue aux articles L 111-1 à L111-3. Les informations sont relatives aux caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé et la période pendant laquelle il est prévisible que les pièces indispensables à l'utilisation du bien seront disponibles sur le marché.

B. COMMERCE ÉLECTRONIQUE : VENTE À DISTANCE OU DÉMARCHAGE ?

M. Bensoussan classe le commerce électronique en deux catégories, suivant le rôle joué par le consommateur : si celui-ci a un rôle actif, il entre dans la catégorie du *pullmedia* qui entraîne la qualification de vente à distance ; alors que s'il est passif et reçoit des informations et sollicitations chez lui, il est dans la catégorie *pushmedia*⁶. Cette double classification permet de différencier la vente à distance du démarchage. « Le *pullmedia* s'apparente à la vente à distance, tandis que le *pushmedia* s'apparente davantage au démarchage »⁷.

Cette distinction est par ailleurs confortée par M. Lorentz⁸ pour qui « la frontière entre la vente à distance et le démarchage semble pouvoir être

⁵ Circulaire du 19 juillet 1988, J.O. du 4 août 1988.

⁶ A. BENSOUSSAN, *Le commerce électronique, aspects juridiques*, Ed. Hermès 1998, p. 21.

⁷ A. BENSOUSSAN, *op.cit.*, p. 22.

⁸ Rapport du groupe de travail présidé par M. LORENTZ, « Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics », janvier 1998. Disponible sur le site du Ministère des Finances : <<http://www.finances.gouv.fr>>.

raisonnablement tracée entre la transaction qui résulte d'un acte positif, où le consommateur se connecte sur un site, et l'offre commerciale transmise directement sur la messagerie de l'utilisateur, cette dernière relevant sans contestation du démarchage ».

Il semble toutefois que l'enjeu de cette distinction soit limité. Si à l'heure actuelle elle a son intérêt dans la mesure où le point de départ et les modalités d'exercice du droit de renonciation varient suivant la qualification juridique⁹, cette différence de régime est amenée à disparaître en raison de la directive européenne relative aux contrats à distance¹⁰. La transposition de cette directive en droit français entraînera une harmonisation qui rendra cette double classification obsolète et dénuée de conséquences.

C. DURÉE DE VALIDITÉ DE L'OFFRE

Il n'existe pas d'obligation spécifique imposée au professionnel de préciser la durée de validité de l'offre faite au consommateur.

D. ACCEPTATION DE L'OFFRE

Sauf cas particulier¹¹, le droit français ne pose pas de condition quant à la forme de l'acceptation. Celle-ci peut donc émaner de l'utilisation du médium électronique (« clic » sur une icône par exemple).

En cas d'erreur de manipulation, le consommateur peut utiliser le délai légal de 7 jours mis à sa disposition pour revenir sur son achat. Toutefois, le droit français ne prévoit pas qu'un tel délai s'applique aux contrats de services. L'article L121-16 du Code de la consommation dispose en effet : « Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa

⁹ S'il s'agit d'une vente à distance, le délai de renonciation de 7 jours court à compter de la livraison de la commande (article L121-16 du Code de la consommation) ; s'il s'agit d'une vente à domicile, le délai part à compter de la commande et le vendeur n'a pas le droit d'encaisser la moindre somme avant l'expiration du délai.

¹⁰ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E. L* du 4 juin 1997, p. 144. Un avant-projet de loi de transposition a été élaboré par la Chancellerie début 1999.

¹¹ Par exemple : article L112-3 du Code des assurances qui exige que le contrat soit rédigé par écrit.

commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour ».

La législation relative à l'offre à distance fera nécessairement l'objet de modifications lors de la transposition de la directive européenne relative aux contrats à distance. Actuellement, plusieurs dispositions de la directive ne sont en effet pas présentes dans le Code de la consommation. C'est le cas dans un premier temps du champ d'application qui se limite aux ventes de biens, alors que la directive couvre également les « prestations de services à distance »¹². En ce qui concerne les informations à fournir au consommateur avant la conclusion du contrat, celles-ci devront être complétées pour tenir compte notamment de l'information sur les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, sur le droit de renonciation, sur les coûts de l'utilisation de la technique de communication à distance, sur la validité de l'offre ou du prix, et sur la durée minimale d'un contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique de biens ou services.

II. LA PUBLICITÉ

A. DÉFINITION

La réglementation de la publicité s'applique à l'objet de la publicité mais aussi au contenu des messages publicitaires, quel qu'en soit le support, c'est-à-dire y compris les publicités effectuées par voie électronique.

Les articles L121-1 à L121-15 du Code de la consommation régissent la publicité. Une définition de la publicité se trouve dans l'article 2 du décret du 27 mars 1992 fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage¹³. Selon l'article 2 du décret, la publicité est « toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens, y compris ceux qui sont présentés sous leur application générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée ».

¹² Article 2, 1° de la directive.

¹³ Décret n° 92-280, *J.O.* du 20 mars 1992 p. 4313.

La publicité audiovisuelle est soumise à un régime spécialement déterminé par la loi du 30 septembre 1986¹⁴ relative à la liberté de communication, et qui s'applique quel que soit le mode de diffusion, télévisuel, radiophonique ou télématique. Aux termes de l'article 2 de la loi, on entend par télécommunication « toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature, par fil optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques ». Une communication audiovisuelle est « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ».

B. LA PUBLICITÉ TROMPEUSE

En matière de publicité trompeuse, la protection des consommateurs est assurée par les articles L 121-1 à L 121-7 du Code de la consommation. L'interdiction ainsi prévue vise « toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses de nature à induire en erreur ». Cette interdiction a une portée générale et doit être respectée par toute publicité, quel que soit son support. À ce titre, toute publicité sur réseau est concernée par cette interdiction.

C. LA PUBLICITÉ COMPARATIVE

En matière de publicité comparative, les L121-8 à L121-14 prévoient que la publicité comparative :

doit être loyale, véridique et non de nature à induire en erreur le consommateur ;

doit être limitée à une comparaison objective qui ne peut porter que sur des caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables de biens ou de services de même nature et disponibles sur le marché ;

lorsque la comparaison porte sur le prix, elle doit concerner des produits identiques vendus dans les mêmes conditions et indiquer

¹⁴ Loi n° 86-1067, *J.O.*, 1^{er} octobre 1986, modifiée par les lois n° 86-1210 du 27 novembre 1986 (*J.O.* 28 novembre 1986) et n° 89-25 du 17 janvier 1989 (*J.O.*, 18 janvier 1989).

la durée pendant laquelle les prix mentionnés sont maintenus par l'annonceur ;

la publicité comparative ne peut pas s'appuyer sur des opinions ou des appréciations individuelles ou collectives ;

aucune comparaison ne peut avoir pour objet principal de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque ;

- aucune comparaison ne peut présenter des produits ou des services comme l'imitation ou la réplique de produits ou de services revêtus d'une marque préalablement déposée.

Là aussi, la publicité effectuée sur Internet doit respecter ces exigences en matière de publicité comparative.

D. LES SANCTIONS

Le Code de la consommation prévoit à titre de sanction d'une publicité fautive ou de nature à induire en erreur :

la cessation de la publicité,

des peines d'amende dont le maximum peut être porté à 50% des dépenses de la publicité constituant le délit,

- la publicité du jugement aux frais du condamné.

Des sanctions pénales sont également cumulables avec ces sanctions civiles.

III. L'EXÉCUTION DES TRANSACTIONS

L'exécution de la transaction implique la livraison du bien ou du service par le fournisseur et le paiement du prix par le consommateur.

A. LA LIVRAISON

La livraison sur Internet peut s'effectuer par l'intermédiaire du réseau ou en dehors de celui-ci. Dans ce dernier cas, le bien sera livré ou le service sera presté par les voies traditionnelles au même titre que la vente par correspondance classique. Lors de la livraison, « la marchandise sortie d'un

magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient »¹⁵.

1. Délai de livraison

L'article L 114-1 du Code de la consommation prévoit que « dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation de services à un consommateur, le professionnel doit, lorsque la livraison du bien ou la fourniture de la prestation n'est pas immédiate et si le prix convenu excède les seuils fixés par voie réglementaire, indiquer la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation ». Il précise également que le consommateur peut dénoncer le contrat « par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en cas de dépassement de la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation excédant sept jours et non dû à un cas de force majeure ». Le consommateur dispose d'un délai de 60 jours pour exercer ce droit, à compter de la date présumée de la livraison.

2. Défaut de livraison

Le consommateur peut être confronté à deux grands types de difficultés : soit le bien est livré mais il n'est pas conforme à sa description ou il est défectueux, soit le bien commandé n'est pas livré.

En cas de livraison défectueuse ou non conforme, le consommateur dispose de la possibilité de retourner le bien dans le cadre de l'exercice du droit de renonciation. Notons cependant que l'exercice de ce droit n'est pas gratuit pour le consommateur puisque les frais de retour du bien restent à sa charge : l'article L121-16 du Code de la consommation précise en effet que le droit de renonciation s'exerce « sans pénalités à l'exception des frais de retour ». Bien que conforme à la directive communautaire relative aux contrats à distance qui ne prévoit pas d'exception aux frais de retour à charge du consommateur, cette disposition est critiquable puisqu'elle risque de dissuader le consommateur de retourner un bien non conforme ou défectueux.

En cas d'absence de livraison, le consommateur peut, en vertu de l'article 1610 du Code civil, « demander la résolution de la vente ou sa mise en possession si le retard ne vient que du fait du vendeur ».

¹⁵ Article 100 du Code de commerce.

B. LE PAIEMENT

La contrepartie de la livraison par le vendeur est le paiement du prix par le consommateur. Il faut noter que le paiement peut s'effectuer avant la livraison du bien ou après celle-ci, voire de façon concomitante. La législation française n'interdit pas qu'un paiement anticipé ait lieu, c'est-à-dire un paiement avant l'expiration du délai de renonciation de 7 jours.

Si le paiement a lieu avant la livraison, le consommateur peut être confronté au problème d'un éventuel défaut de livraison, auquel cas il devra réclamer le remboursement de la somme versée ou l'exécution du contrat (voir article 1610 du Code civil décrit ci-dessus). Si le paiement a lieu après la livraison, le consommateur aura le loisir de vérifier la conformité et l'état du bien avant de le payer.

Si le consommateur fait usage de son droit de retourner le bien, le vendeur a l'obligation d'échanger ou de rembourser le bien¹⁶.

C. LE RETOUR DU PRODUIT

Conformément à l'article L121-16, « l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour ».

En cas de refus du vendeur de changer ou de rembourser le produit retourné par l'acheteur, les sanctions prévues par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sont applicables¹⁷.

D. LA PREUVE

La question de la preuve est fondamentale pour les deux parties au contrat : en cas de contestation, elles devront apporter la preuve de l'existence de la transaction, du consentement du consommateur, du contenu de la transaction, des obligations respectives des parties, etc. Les contrats qui se forment par voie électronique ont nécessairement besoin d'une sécurité juridique équivalente à celle accordée aux contrats qui se forment par voie traditionnelle.

¹⁶ Article L121-16 du Code de la consommation.

¹⁷ Ordonnance n° 86-1243, Titre VI.

L'importance fondamentale de cette question mérite un examen particulier et approfondi qui fait l'objet de la partie IV.

IV. LA PREUVE

Les transactions effectuées sur Internet se caractérisent par une dématérialisation. Ce type de transactions étant amenées à se développer, il est crucial de leur apporter une sécurité juridique équivalente à celle accordée aux transactions effectuées dans un environnement physique.

Un examen préalable du droit de la preuve dans la législation actuelle permettra d'identifier les évolutions nécessaires en la matière.

A. LA PREUVE DANS LE CODE CIVIL ET LE CODE DE COMMERCE

En France, le système de la preuve est un système mixte, c'est-à-dire « un système de preuve légale qui prévoit des exceptions au principe »¹⁸. L'admissibilité des moyens de preuve est régie par la loi, qui prévoit des exceptions. C'est le cas notamment dans le Code civil et le Code de commerce.

1. Le Code civil

L'article 1316 du Code civil énonce cinq types de preuve : l'écrit, l'aveu, le serment décisoire, le témoignage et les présomptions. Les trois premiers types de preuve sont classés dans la catégorie dite des *preuves parfaites*, c'est-à-dire des preuves qui lient le juge sans lui donner de liberté d'appréciation ; tandis que les deux derniers sont des *preuves imparfaites* que le juge est libre d'apprécier.

Le postulat de base en matière de preuve est double : d'une part la preuve doit nécessairement être un écrit, d'autre part, contre cet écrit, seule une preuve écrite peut être présentée (principe de l'article 1341 du Code civil). Ce principe connaît toutefois des exceptions qui rendent la preuve libre. Les exceptions font passer du domaine de la preuve parfaite au domaine de la preuve imparfaite où le juge a une totale liberté d'appréciation.

Cinq catégories d'exceptions sont répertoriées dans le Code civil :

l'exception de l'article 1341 : pour les actes juridiques dont le montant n'excède pas 5000 francs, la preuve est libre¹⁹ ;

l'exception de l'article 1347 : lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit : « ce commencement de preuve peut revêtir des formes variées et notamment il peut ne pas être écrit »²⁰. Le commencement de preuve par écrit doit nécessairement être complété par une autre preuve, mais celle-ci ne doit pas impérativement être écrite ;

l'exception de l'article 1348 alinéa 1 : en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit. L'alinéa 1 fait également état de l'hypothèse où le titre qui servait de preuve littérale a été perdu suite à un cas fortuit ou une force majeure ;

l'exception de l'article 1348 alinéa 2 : lorsque l'écrit original est remplacé par « une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support » ;

enfin, l'exception peut résulter d'une manifestation expresse de la volonté des parties de déroger à l'article 1341 qui n'est pas d'ordre public, et ainsi prévoir que la preuve est libre quelque soit le montant de l'acte.

2. Le Code de commerce

L'article 109 du Code de commerce prévoit qu'entre commerçants la preuve est libre. Aucun formalisme n'est donc exigé. Ce principe connaît toutefois une exception dans la relation commerçant-consommateur où le régime de la preuve légale s'applique, c'est-à-dire qu'un acte authentique ou un acte sous-seing privé est nécessaire pour apporter une preuve. Cette exception s'explique par la volonté de protéger le consommateur, partie faible dans la relation contractuelle avec un professionnel.

¹⁸ I. de LAMBERTERIE, « La valeur probatoire dans les documents informatiques dans les pays de la CEE », *R.I.D.C.*, 1992.

¹⁹ Montant fixé par le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980, *J.O.*, 16 juillet 1980.

²⁰ F. CHAMOUX, *La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve*, point 13.

B. COMMENT ADMETTRE LA PREUVE DANS UN ENVIRONNEMENT ÉLECTRONIQUE ?

L'admission d'un document électronique comme mode de preuve poursuit deux objectifs : d'une part, que ce document soit recevable comme moyen de preuve, et, d'autre part, qu'il bénéficie d'une force probante. La recevabilité suppose que le document électronique puisse être accepté par un juge comme mode de preuve : un des principaux obstacles se trouve dans la loi qui exige un acte authentique ou un acte sous-seing privé pour prouver un acte d'une valeur supérieure à 5000 francs. Quant à elle, la force probante détermine la valeur qui sera accordée au document présenté au juge.

Des évolutions notables de la part des tribunaux et du législateur, tendant à admettre le document électronique, sont à signaler.

1. Évolution jurisprudentielle : l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 2 décembre 1997

Une évolution notable vers l'assimilation du document électronique est à remarquer dans l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en 1997²¹ : selon cette dernière, « l'écrit constituant, aux termes de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981, l'acte d'acceptation de la cession ou de nantissement d'une créance professionnelle, peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopie, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiés, ou ne sont pas contestés »²².

La cour déclare donc la télécopie recevable comme mode de preuve, au même titre qu'un écrit traditionnel : la télécopie doit être traitée comme un écrit et non comme une copie fidèle et durable. La recevabilité de la télécopie – document électronique – est donc réglée. En ce qui concerne la force probante de ce document, la situation est moins nette. La force probante ne lui est accordé au même titre que l'écrit que dans l'hypothèse où il n'est pas contesté. « Par contre, si l'acte est contesté, le juge ne lui accordera la force probante d'un acte sous seing privé que si l'intégrité et l'imputabilité de celui-ci ont été vérifiées »²³. Or, cette double vérification

laisse au juge une forte liberté d'appréciation, ce qui ne place pas les parties dans une situation confortable. De plus, comme concluent D. Gobert et E. Montero, cet arrêt « se situe sur le terrain de la preuve commerciale, caractérisé par sa souplesse, et il traite de la cession de créance, matière régie par une loi particulière et non le Code civil ou de commerce ».

Il est donc malheureusement difficile de généraliser le principe posé dans cet arrêt et de l'appliquer à tout document électronique, quelle que soit la relation en cause.

2. Évolution législative

Deux décrets adoptés en 1998 et 1999 montrent la tendance du législateur à admettre le document électronique.

Décret du 9 avril 1998 - A l'heure actuelle, aucune modification législative générale n'est encore intervenue. Toutefois, un décret adopté le 9 avril 1998 relatif à la carte professionnelle de santé est à signaler²⁴. Ce décret modifie le Code de la sécurité sociale et le Code de la santé publique, il prévoit à l'article R 161-58, « pour les applications télématiques et informatiques du secteur de la santé, la signature électronique produite par la carte de professionnel de santé est reconnue par les administrations de l'État et les organismes de sécurité sociale comme garantissant l'identité et la qualité du titulaire de la carte ainsi que l'intégrité du document signé. Ainsi signé, les documents électroniques mentionnés à l'article L 161-33 sont opposables à leur signataire ».

Comme le précisent M. H. Tonnelier et F. Dupuis-Toubol²⁵, « ce texte passé presque inaperçu constitue pourtant l'une des premières pierres consacrant une évolution juridique forte dans ce domaine de la signature et de la preuve ».

*Décret du 2 février 1999*²⁶ - Ce décret relatif à la mise en ligne des formulaires administratifs prévoit la mise à disposition gratuite à destination des citoyens de formulaires administratifs sous forme numérique. Ces formulaires peuvent être utilisés « pour accomplir une démarche auprès d'une administration ou d'un établissement public

21 Aff. Descamps c. Banque Scalbert Dupont, *Dalloz*, 1998, p. 192.

22 Pour un commentaire de l'arrêt, voir D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », (plus particulièrement II, A) à paraître dans les actes du colloque « Le consentement électronique », CDC, 1999.

23 D. GOBERT et E. MONTERO, *op.cit.*, II, A, paragraphe 1.

24 Décret n° 98-271, *J.O.*, 12 avril 1998, p. 5714.

25 M.-H. TONNELIER et F. DUPUIS-TOUBOL, « Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve », *J.C.P. Ent. et Aff.* n° 51, 17 décembre 1998, p. 2016.

26 Décret n° 99-68, *J.O.*, 4 février 1999, p. 1775.

administratif de l'État ». Le décret précise que « les administrations et établissements publics administratifs de l'État ne peuvent refuser d'examiner les demandes présentées par les usagers au moyen de formulaires imprimés à partir des données numériques (...), dès lors que ces formulaires, dûment renseignés, n'ont fait l'objet d'aucune altération par rapport aux données figurant sur le site ». Le Premier ministre précise d'ailleurs dans son discours du 26 août 1999 qu'en 1998, près d'un million de contribuables ont calculé le montant de l'impôt sur le revenu par la voie de l'Internet.

C. LA NÉCESSITÉ D'UNE RÉFORME DU DROIT DE LA PREUVE

Une véritable réforme du droit de la preuve apparaît nécessaire si l'on veut donner au document électronique une réelle valeur, et par là même accorder une sécurité juridique aux transactions réalisées par voie électronique.

Dans un environnement physique, la signature manuscrite emporte plusieurs effets dont l'identification de son auteur et l'expression de son consentement. Dans l'environnement électronique, l'enjeu est d'accorder cette même valeur probante à la signature électronique utilisée dans le cadre des transactions opérées sur réseau.

1. Pourquoi une réforme ?

Une réforme est nécessaire pour offrir aux utilisateurs d'Internet, qu'ils soient consommateurs ou professionnels, un cadre juridique sécurisant qui leur permet d'apporter une preuve de l'existence des transactions et de leur contenu. Une réforme est aussi un besoin à portée plus « psychologique » : si d'un côté les opportunités nouvelles offertes par Internet sont unanimement reconnues, d'un autre côté les utilisateurs potentiels ont besoin de se sentir rassurés quant à la valeur juridique des actes passés par ce médium. D'autant qu'un cadre juridique rassurant devrait attirer un nombre croissant d'utilisateurs et généraliser l'utilisation d'Internet à titre privé, professionnel, tout comme dans les relations avec les administrations, et ainsi faciliter son intégration.

Comment réaliser cette réforme ? Une des voies possibles est de tirer profit des exceptions énumérées dans le Code civil.

2. La voie des exceptions : une voie possible mais pas souhaitable

Comme déjà expliqué, le Code civil prévoit une série d'exceptions qui ont pour but de faire passer du régime de la preuve légale au régime de la preuve libre. Le document électronique pourrait bénéficier de ces exceptions et être accepté par un juge dès lors que l'écrit n'est plus exigé.

Pourtant, il apparaît que cette voie n'est pas la bonne. La doctrine semble en effet s'y opposer. Comme le soulignent M. Antoine et D. Gobert²⁷, « cette solution consisterait à étendre le champ d'application de l'article 1347 (commencement de preuve par écrit) ou 1348 (impossibilité de se procurer une preuve écrite). Or, le commencement de preuve par écrit présuppose l'existence d'un écrit (article 1347 du Code civil), ce qui, selon la conception actuelle, fait défaut lorsqu'il est fait usage des nouvelles technologies et l'impossibilité de se procurer un écrit ne doit, quant à elle, pas être volontaire. En effet, la jurisprudence exige une véritable impossibilité et non de simples difficultés. Agir par le biais des exceptions est intellectuellement peu satisfaisant et risquerait d'aboutir à un renversement de la règle (article 1341 : prééminence de l'écrit) et des exceptions (articles 1347 et 1348), avec l'augmentation prévisible du nombre d'actes juridiques passés électroniquement ».

De la même façon, le Conseil d'État dans son rapport sur « Internet et les réseaux numériques » du 2 juillet 1998²⁸, estime que « le régime des exceptions à l'écrit ne permet qu'une prise en compte partielle et aléatoire du document électronique »²⁹. Que ce soit par le biais du commencement de preuve par écrit, de l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit ou de la copie constituant une reproduction fidèle et durable, ces exceptions bénéficient d'une jurisprudence qui ne facilite pas leur ouverture aux documents électroniques. Le Conseil d'État conclut ainsi « en définitive, aucune des solutions d'exception ne semble pleinement satisfaisante pour permettre une véritable reconnaissance de la valeur juridique du document électronique ».

Il faut donc chercher une solution ailleurs. Le Conseil d'État propose des solutions dans son rapport de juillet 1998, ainsi que le rapport présenté par Monsieur Lorentz.

3. Les propositions du Conseil d'État

Le Conseil d'État propose de considérer qu'une signature électronique remplit les conditions d'une signature dès lors qu'elle est fiable. La fiabilité s'apprécie en fonction de l'intégrité et de l'imputabilité. L'intégrité est liée aux données que la signature authentifie, elle doit être créée dans des conditions qui permettent la conservation des données et le

27 R.G.D.C., septembre 1998, *op.cit.*

28 <<http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/accueil.htm>>.

29 Rapport p. 77.

respect de leur intégrité. L'imputabilité exige que la signature soit imputable au signataire qu'elle identifie.

Pour cela, le Conseil opte pour l'approche fonctionnelle de la signature et propose une définition technologiquement neutre de la signature électronique : « une signature identifie le signataire et manifeste son consentement au contenu de l'acte auquel elle est attachée et aux obligations qui en découlent ».

Ainsi, dès lors qu'un document électronique est assorti d'une signature électronique fiable et qu'il est présenté pour établir la preuve d'un acte, il ne doit pas être contesté au seul motif qu'il se présente sous forme électronique.

Le Conseil d'État prône pour la solution de l'assimilation du document électronique signé à un acte sous-seing privé, à la double condition suivante :

- que le document soit assorti d'une signature fiable et
- qu'il soit conservé de façon durable sous le contrôle des signataires ou d'un tiers à qui ces derniers confient cette fonction de conservation.

Il propose la mise en place d'un régime de présomption réfragable permettant de présumer satisfaites les exigences légales de fiabilité et de conservation. Cette présomption serait valable dans les cas où une autorité de certification agréée est intervenue. Cette proposition est en accord avec la proposition de directive européenne sur un cadre commun pour les signatures électroniques³⁰. Ainsi, un document électronique signé sera présumé doté de la force probante dès lors qu'il est accompagné d'un certificat délivré par une autorité de certification agréée, et que l'intégrité du document, l'imputabilité à son auteur et la conservation du document sont garantis.

En cas de contestation du document, la présomption conduirait à inverser la charge de la preuve.

³⁰ Proposition du 13 mai 1998, disponible à <<http://www.ispo.cec.be/eif/policy/com98297fr.doc>>.

4. Les propositions du rapport Lorentz³¹

Les conclusions du rapport Lorentz préconisent, d'une part, de lever les incertitudes d'ordre juridique en inscrivant dans le Code civil une définition générique de la signature, et, d'autre part, de modifier le droit de la preuve.

« La première urgence est d'inscrire dans le Code civil une définition générique de la signature qui en retienne les éléments essentiels, et sur laquelle s'appuient toutes les définitions ultérieures de méthode de signature, manuscrite, électronique, biométrique, etc. ». A cet égard, le rapport Lorentz se montre en faveur de la définition proposée par le Conseil d'État.

En ce qui concerne le droit de la preuve, le rapport préconise les modifications suivantes :

- une reconnaissance du principe de l'admissibilité en preuve de l'écrit numérique scellé par une signature électronique fiable,
- un élargissement de la preuve littérale, par opposition à la preuve libre, en y incluant l'écrit numérique signé électroniquement, à côté de la preuve papier qui ne doit plus se voir accorder une force probante supérieure,
- une présomption de force probante aux signatures électroniques qui présentent le plus de garanties, de façon à ce qu'elles ne puissent être contestées que sur la base d'indices graves et fondés,
- une réflexion sur les services de tiers impartiaux pour la délivrance de certificats et pour leur aptitude à pré-constituer des éléments de preuve (tels que l'horodatage, la journalisation, la conservation, la traçabilité).

Les propositions du Conseil d'État et du rapport Lorentz vont dans le même sens : accorder à la signature électronique la même valeur que la signature manuscrite, pour autant que la signature électronique soit fiable et que le document soit conservé de manière durable.

³¹ Voir rapport Lorentz, Rapport du groupe de travail 10 « Authentification et certification, signature électronique », pp. 3 et suivantes.

D. LE PROJET DE LOI PORTANT ADAPTATION DU DROIT DE LA PREUVE AUX TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET RELATIF À LA SIGNATURE ÉLECTRONIQUE

Le 19 janvier 1999, à l'issue d'un Comité Interministériel pour la Société de l'Information, le Premier Ministre annonçait un certain nombre de décisions, parmi lesquelles une adaptation du Code civil et du droit de la preuve pour permettre la prise en compte, avec toutes les garanties nécessaires, de la valeur probante des documents sous forme numérique et des signatures électroniques. Un projet de loi³² a été adopté par le Conseil des ministres le 1^{er} septembre 1999.

Suite au constat selon lequel l'exigence d'un écrit pour tout engagement supérieur à 5000 francs « freine l'utilisation des documents électroniques comme mode de preuve et nuit au développement du commerce électronique en France », d'autant que « différents pays ont déjà adapté leurs dispositifs juridiques », le projet de loi opte pour la reconnaissance de la valeur juridique du document et de la signature électroniques. Ce projet constitue la première étape du programme législatif annoncé par le Premier ministre le 26 août 1999, qui se poursuivra par la présentation avant la fin de l'année du projet de loi relatif à la protection des données personnelles et transposant la directive européenne, puis au début de l'année 2000 d'un projet de loi réunissant un ensemble de dispositions législatives nécessaires pour accélérer l'entrée de la France dans la société de l'information.

En quatre articles, le projet de loi réforme les articles 1316, 1322 et 1326 du Code civil.

1. La preuve littérale : article 1316

L'article 1^{er} du projet propose la définition suivante de la preuve littérale :

Article 1316 : La preuve littérale ou par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.

Cette définition générale permet de couvrir aussi bien l'écrit papier que le document électronique, puisque la preuve littérale est désormais détachée du support utilisé. Ainsi, pour autant qu'il ait une « signification

intelligible », le document électronique peut constituer une preuve littérale au même titre que l'écrit papier.

2. Admissibilité de l'écrit électronique : article 1316-1

L'équivalence opérée par l'article 1316 n'est cependant admise que lorsque certaines conditions sont remplies : le nouvel article 1316-1 les énonce :

Article 1316-1 : L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

L'écrit électronique ne sera admissible comme mode de preuve qu'à la double condition que son auteur soit identifié, et que son intégrité soit garantie. Cette approche est par ailleurs conforme à celle préconisée par la CNUDCI, Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

Les conditions énumérées par l'article 1316-1 sont liées à la notion même de signature électronique.

3. Les conflits de preuve littérale : article 1316-2

Le projet consacre l'importance du rôle du juge qui doit régler, en l'absence de réglementation et d'accord entre les parties, les conflits de preuve littérale.

Article 1316-2 : Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support.

Le Code civil ne contenant actuellement aucun article réglant les conflits entre preuves littérales, il est proposé d'insérer dans le code civil un article 1316-2, précisant que le juge règle ces conflits de preuve en se fondant sur la vraisemblance des éléments qui lui sont soumis. Il appartiendra donc souverainement au juge de déterminer au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, la preuve littérale qui doit l'emporter sur l'autre.

L'avancée du projet de loi est de ne pas consacrer de hiérarchie entre les preuves et de mettre sur un pied d'égalité les écrits électroniques et les écrits sur support papier. C'était la voie nécessaire pour qu'une réelle

³² <http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/actualite/preparation/pl_preuventi.htm>.

assimilation soit opérée et qu'un « cadre juridique clair et sûr propre à créer la confiance dans les transactions électroniques »³³ se développe. A cet égard, le projet de loi constitue une avancée importante au regard de l'avant-projet : celui-ci tempérait la réforme du droit de la preuve en maintenant une prééminence de l'écrit papier sur l'écrit électronique : l'ancien article 1316-1, § 3 précisait que « il ne peut pas être prouvé par écrit électronique contre et outre un écrit rédigé sur des registres ou papiers quelconques et signé par les parties »³⁴.

4. La force probante de l'écrit électronique : article 1322-1

Une force probante est accordée à l'écrit électronique qui constate des droits et obligations et qui porte une signature. La force probante accordée est identique à celle accordée à l'acte sous seing privé sur support papier.

Article 1322-1 : La même force probante est attachée à l'écrit sous forme électronique lorsqu'il constate des droits et obligations et qu'il est signé.

L'article 4 du projet procède à un aménagement de l'article 1326 du Code civil afin de rendre compatible avec l'environnement électronique l'exigence de la mention manuscrite « de la somme ou de la quantité » : aux termes « écrite de sa main » se substituent les termes « par lui-même » (c'est-à-dire par celui qui souscrit un engagement). La référence explicite à un écrit papier signé manuscritement disparaît au profit de l'écrit et de la signature électroniques.

5. La signature électronique : article 1322-2

Le nouvel article 1322-2 donne une définition générique de la signature et précise les conditions de validité d'une signature électronique.

Article 1322-2 : La signature nécessaire à la perfection d'un acte sous seing privé identifie celui qui l'appose et manifeste son consentement aux obligations qui découlent de cet acte.

Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et

33 Exposé des motifs du projet de loi : <http://www.legifrance.gouv.fr/citoyen/actualite/preparation/exp_preventi.htm>.

34 Pour le texte de l'avant-projet de loi, voir le site : <<http://www.droit-technologie.org>>, actualités du mois de janvier 1999, et les commentaires d'E. WERY.

l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

On retrouve dans la définition de la signature sa double fonction : elle doit, d'une part, renseigner sur l'identité de l'auteur de l'acte, et, d'autre part, manifester l'adhésion du signataire au contenu de l'acte. Cette approche fonctionnelle était prônée par le Conseil d'État dans son rapport en juillet 1998. Notons que la définition est technologiquement neutre ce qui évite une énumération par nature limitative.

Quant à elle, la signature électronique est acceptée à la condition qu'elle utilise un procédé fiable qui garantisse l'imputabilité à l'acte auquel elle s'attache. On retrouve là aussi une neutralité technologique permettant une meilleure adaptation aux développements technologiques. Une présomption réfragable est introduite : la fiabilité de la signature est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque « la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État ».

L'on peut d'ors et déjà anticiper le contenu de ce décret : le rapport du Conseil d'État faisait le lien entre cette présomption réfragable et l'intervention d'une autorité de certification agréée. Le futur décret devrait donc fixer les conditions d'agrément d'une autorité de certification pour que la présomption soit effective.

CONCLUSION

La situation des contrats conclus par voie électronique en France est en attente de la transposition de la directive européenne relative aux contrats à distance. Cette transposition devrait compléter les règles existantes notamment quant aux informations préalables à fournir, à la confirmation de ces informations, à l'extension de l'application des dispositions aux services, etc.

Par ailleurs, il est important de noter que la 20^{ème} université d'été de la communication, qui s'est réunie à Hourtin le 26 août 1999, a été l'occasion pour le Premier ministre d'annoncer la volonté du gouvernement de légiférer en matière de société de l'information³⁵. Le gouvernement s'est engagé à présenter au Parlement début 2000 un projet de loi en la matière³⁶. Le discours de Monsieur Jospin nous éclaire sur le

35 <<http://www.internet.gouv.fr/francais/index.html>>.

36 Texte qui devrait être préparé par le Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie en étroite collaboration avec le Ministère de la justice et le Ministère de la culture et de la communication.

contenu de ce futur projet : le libre usage de la cryptologie, la protection du consommateur, la lutte contre la délinquance, la mise en place d'un organisme chargé d'associer les acteurs publics et privés, la protection des contenus et des droits d'auteur, etc.

En ce qui concerne le droit de la preuve, le projet de loi du 1^{er} septembre 1999 constitue une avancée considérable vers l'acceptation du document électronique et vers le développement d'un contexte juridique sûr propice au développement des transactions électroniques. Reste à attendre son adoption définitive.

Saluons le caractère avant-gardiste de ce projet quant au statut de l'écrit électronique. Cette adaptation du droit de la preuve « permettra à la France, à ses entreprises et à ses consommateurs de profiter pleinement de l'essor du commerce électronique et contribuera de surcroît au renforcement de l'efficacité du système juridique français »³⁷.

37 Exposé des motifs du projet de loi.