

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Internet et le droit des obligations conventionnelles

Montero, Etienne

Published in:

Internet sous le regard du droit

Publication date:

1997

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 1997, Internet et le droit des obligations conventionnelles. dans *Internet sous le regard du droit*. vol. 12, Cahiers du CRID, numéro 12, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, pp. 31-65.

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.

INTERNET ET LE DROIT DES OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

par

Etienne MONTERO

*Chargé de cours à la Faculté de droit de Namur
Membre du Centre de Recherches Informatique et Droit*

I. INTRODUCTION

Le "commerce électronique" sur le Net

L'interconnexion d'un nombre croissant d'ordinateurs au sein de réseaux toujours plus vastes permet la multiplication des échanges de données électroniques de toute nature visant à conclure, modifier ou anéantir un acte juridique, envoyer une facture ou effectuer un paiement. Ainsi assiste-t-on actuellement au développement d'un véritable "commerce électronique" qui, sur Internet, explose littéralement ⁽¹⁾.

Il est vrai que l'usage des réseaux pour la conclusion de contrats ne manque pas d'attraits. En effet, il s'agit d'un moyen nettement plus commode et efficace que le courrier, la télécopie ou le téléphone pour mettre en contact des personnes géographiquement éloignées. La communication électronique permet l'automatisation des prises de commande et l'utilisation des informations échangées pour une gestion des stocks informatisée, sans saisie manuelle des données. Il en résulte un gain de temps et d'argent pour

(1) On peut trouver les "chiffres et tendances du commerce électronique" dans *Inside Internet* numéros 5, 6 et 7, 1997.

les cocontractants et une diminution des erreurs de saisie. Enfin, la dématérialisation du processus contractuel entraîne une réduction des coûts relatifs au classement, au stockage et à la manipulation des documents ⁽²⁾. Internet présente, en sus, d'autres avantages (voy. ci-après), qui expliquent l'actuel engouement des commerçants, mais aussi des consommateurs, pour ce "nouveau" moyen de communication. Conçu, à l'origine, dans un contexte militaire ⁽³⁾ puis académique, Internet a d'abord été une grande "foire aux idées", facilitant l'échange et la diffusion, à grande échelle, d'informations et de données de toutes sortes. Aujourd'hui, force est d'admettre qu'il évolue nettement vers la "foire commerciale", soit un formidable outil au service du marché ⁽⁴⁾.

Il faut s'entendre sur la portée de l'expression "commerce électronique". En toute hypothèse, il est question de contrats conclus par le biais des réseaux, en l'occurrence d'Internet. Fondamentalement, deux situations distinctes peuvent se présenter. Tout d'abord, des contrats peuvent être conclus et exécutés *via* Internet – par exemple, lorsqu'un usager se procure un logiciel ou une base de données par télé-chargement. On songe aussi à certains cas où le service proposé est consommé directement au cœur du réseau: il en est ainsi de certains services d'information librement accessibles à tous les internautes, notamment des sites web, des bases de données, des services de messagerie, des jeux électroniques... Dans un second cas de figure, le "commerce électronique" vise l'achat-vente de produits ou d'immeubles, ainsi que la commande/l'offre de services (location d'un bien, réservation d'une chambre d'hôtel, leasing d'un équipement...), ces opérations étant conclues par le biais des réseaux, mais exécutées en dehors de ceux-ci.

Il convient de ne pas perdre de vue que cette offre d'informations, de biens et de services sur Internet concerne aussi bien des professionnels que des particuliers: elle sert les échanges commerciaux entre entreprises autant

qu'elle s'adresse au grand public (de grandes sociétés de ventes par correspondance ont déjà commencé à s'adapter à cette nouvelle donne).

2. De la télématique à Internet: continuité et ruptures

Cela fait déjà plusieurs années que des entreprises utilisent des réseaux pour passer des contrats, avec une efficacité et un bonheur incontestables. Mais, il s'agissait alors de réseaux privés et fermés tels les réseaux sectoriels d'échange de données commerciales informatisées (EDI)⁽⁵⁾. Quant aux particuliers, ils jouissent aussi, depuis plusieurs années, de l'opportunité de réserver un billet d'avion, de commander un bien ou d'effectuer un paiement dans le cadre du vidéotex ou de l'infokiosque, soit des réseaux essentiellement nationaux ⁽⁶⁾.

De la télématique à Internet, la continuité est évidente. Les acteurs impliqués dans le commerce électronique sont les mêmes dans les deux contextes. Il s'agit des fournisseurs de services (les commerçants...), des serveurs d'hébergement, des opérateurs de télécommunications, et enfin des clients, qui peuvent être des professionnels ou des consommateurs. On signale toutefois l'apparition d'un **nouvel intervenant: le fournisseur d'accès**, qui joue un rôle fort important sur Internet. En effet, tout qui souhaite accéder au réseau et y être reconnu doit passer par cet intermédiaire et se faire attribuer une adresse. Les fournisseurs d'accès à Internet remplissent aussi, le plus souvent, une fonction de serveur, proposant des prestations de conception et d'hébergement de services électroniques.

Mais on doit relever aussi d'importants points de rupture, ce qui donne à penser que le commerce électronique est tout de même amené à se développer dans un contexte modifié. En effet, Internet présente certaines caractéristiques qui le différencient des réseaux spécialisés et/ou locaux ou nationaux.

Tout d'abord, Internet constitue, à proprement parler, non pas un réseau, mais une vaste structure, de couverture mondiale, constituée d'une

(2) Cf. B. AMORY, M. SCHAUSS, "La formation de contrats par des moyens électroniques", *Dr. inform.*, 1987-4, p. 206.

(3) On rappelle qu'Internet a été créé initialement pour le Département de la Défense des Etats-Unis: sa structure décentralisée a été conçue pour résister à toute tentative de destruction.

(4) A ce propos, voy. Y. POULLET, R. QUECK, "En conclusion. Le droit face à Internet", dans E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n° 12, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, p. 232 et p. 241.

(5) Lire L. ELIAS, G. KUO WANG et alii, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n° 8, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, et la bibliographie renseignée en fin d'ouvrage.

(6) Même si les Belges utilisent modérément les réseaux télématiques pour la conclusion d'actes de consommation courants, contrairement à ce qui se passe en France où le Minitel est largement exploité.

multitude de réseaux interconnectés. Un langage de communication commun – le fameux protocole TCP/IP – assure l'interopérabilité de tous les ordinateurs reliés au réseau, leur permettant ainsi de dialoguer entre eux. Il s'en suit une première caractéristique essentielle d'Internet: son ouverture. Cela mérite un mot d'explication. Un réseau fermé est un système géré par une entité unique, qui exerce un contrôle sur les composantes techniques du réseau (contenu, interfaces de communication, sécurité...) et sur la population des utilisateurs ⁽⁷⁾. Par opposition, **Internet est un réseau ouvert** dans la mesure où il présente une structure décentralisée, sans point unique de contrôle. Pratiquement, des internautes, qui ne se connaissent pas, peuvent entrer en relations, notamment contractuelles, ce qui n'était pas possible sur les réseaux EDI où les parties se connaissent en principe et ont souscrit préalablement une convention destinée à régler leurs relations commerciales.

Internet est, par ailleurs, un réseau international. En tant que tel, il attire de nombreux commerçants et particuliers qui voient ainsi s'ouvrir un vaste marché sans frontière. Mais il y a aussi le revers de la médaille: le droit international privé sera souvent sollicité pour résoudre les inévitables questions de loi applicable, de juridiction compétente ou d'exécution extra-territoriale de décisions de justice. Ce qui paraît évident, c'est que les règles édictées au niveau national ne régiront pas tous les contrats conclus par le biais d'Internet. Ce constat devra conduire à s'interroger sur la portée de diverses législations, telles celles relatives à la protection des consommateurs, à l'emploi des langues ou visant à prohiber la mise sur le marché de certains types de biens (médicaments, drogues...), etc.

Ces questions – souvent délicates mais, somme toute, classiques – se trouveront compliquées par la circonstance qu'**Internet s'analyse également comme un espace dit "virtuel"**. On sait, tout d'abord,

(7) Pour plus de précisions, voy. E. DAVIO, "Questions de certification, signature et cryptographie", dans *Internet face au droit*, op. cit., p. 74 et la référence à H. PERRIT, "Security in open networks: maintaining confidentiality and getting paid" (<http://ming.law.vill.edu/chron/articles/phiseu6.htm>).

qu'Internet est fondé sur la technique du "packet switching" ⁽⁸⁾, en sorte que la circulation des données sur le Net se fait selon des chemins toujours imprévisibles. S'agissant en particulier du WWW, les points d'entrée sur un site peuvent être multiples, par le jeu des liens hypertextes. Ainsi l'internaute peut-il naviguer d'un site ou d'un serveur à l'autre, certains d'entre eux étant situés éventuellement à l'autre bout de la planète. Par ailleurs, il est aisé de déplacer un site pour l'héberger sur un serveur distinct. Tout se passe comme si on avait affaire à un espace sans cesse modifié, "jamais clos ni situé mais chaque fois renvoyant à d'autres lieux, à d'autres possibles" ⁽⁹⁾.

Enfin, **Internet est aussi un réseau multimédia et interactif.** La numérisation de tous les types de données – y compris les sons et les images (c'est-à-dire leur représentation sous une forme binaire) – et l'amélioration notoire des capacités de transmission (notamment grâce à de nouvelles techniques de compression) permettent effectivement de combiner et de transporter sur un même support des informations de toutes natures (textes, sons, images fixes et animées). A telle enseigne que le commerce électronique prend aujourd'hui un visage nouveau. L'*interactivité* offre de riches possibilités de choix et de sélection, au bénéfice des commerçants et de leurs clients: le *multimédia* favorise une description et une promotion des produits et services à l'aide non seulement de textes et de chiffres, mais aussi d'images en couleur, fixes ou animées, de sons, de musique... Ces nouveaux atouts aidant, on assiste également à l'émergence de "galeries marchandes virtuelles". Leur vocation est de rassembler sur un site informatique une pluralité de fournisseurs de produits ou de services. Les commerçants qui hésitent à se lancer seuls sur le Net ont ainsi le loisir de devenir membres d'une de ces espèces de grandes surfaces électroniques. Selon leurs animateurs, les fonctions de ces dernières sont multiples: créer la confiance (dans la mesure où le nom de la galerie virtuelle peut faire office de label de qualité), promouvoir des campagnes de marketing communes (qu'un commerçant ne pourrait entreprendre seul), développer

(8) Elle consiste à découper les informations en "paquets" qui, pour être acheminés de A vers B, n'empruntent pas forcément la route A-B. Si cette dernière est encombrée ou impraticable, les paquets d'informations peuvent être aiguillés vers d'autres chemins: A-C-B ou A-D-B ou A-C-D-B, etc. Les différents paquets peuvent, en outre, être acheminés sur des routes distinctes, l'ensemble des informations de départ étant reconstitué à l'arrivée.

(9) Y. POULLET, R. QUECK, "En conclusion. Le droit face à Internet", dans *Internet face au droit*, op. cit., p. 232.

des technologies en commun (d'où des économies d'échelle) ⁽¹⁰⁾. Les commerçants qui choisissent de rester autonomes ont intérêt, quant à eux, pour se faire connaître, à s'inscrire dans divers répertoires spécialisés tels que Internet Shopping Directory ou le BuyITOnline Shopping Locator.

3. Les questions juridiques: du neuf et de l'ancien

Les problèmes juridiques qui se posaient à propos du commerce électronique dans le contexte de la télématique se retrouvent pour l'essentiel, avec Internet ⁽¹¹⁾. Hier comme aujourd'hui, ils sont liés à l'immatérialité des contrats passés par le biais des réseaux, à la fugacité des messages échangés, à l'éloignement des parties... Ces problèmes concernent l'identification des intervenants, l'authentification des contenus échangés, la preuve des contrats conclus sans papier, la confidentialité des communications, la sécurité des paiements... Dans une large mesure, ils relèvent du droit commun des obligations et des contrats: c'est le droit général de la formation, de l'interprétation, de l'exécution et de la pathologie des contrats qui trouvera à s'appliquer ⁽¹²⁾. Ceci n'est pas sans rappeler le débat doctrinal portant sur

(10) À ce propos, voy. l'article "Shopping en ligne. Chiffres et tendances du commerce électronique (3ème partie)", in *Inside Internet*, n° 7, 1997, p. 22 et s., où il est suggéré de visiter, par exemple, ViaMall (<http://www.viamall.com>), BranchMall (<http://www.branchmall.com>) ou MegaMall (<http://infotique.lm.com/magamall.html>).

(11) En ce sens, H. MAISTL, "De la télématique à Internet: rupture ou continuité?", *Gaz. Pal.*, 1996, p. 56-60 et J. HUET, "Le commerce électronique", *Gaz. Pal.*, 1996, p. 60-63; K. BENYEHIEF, "Les transactions dématérialisées sur les voies électroniques: panorama des questions juridiques", *Les autoroutes électroniques. Usages, droit et promesses*, Québec, Ed. Y. Blais, 1995, p. 115-146, spéc. p. 120.

(12) Pour un cas d'application, voy. T.G.I. Paris (réf.), 23 mai 1996, Association Relais et Châteaux c. Calvacom, *D.I.T.*, 1997/2, p. 42. Calvacom hébergeait le service web de l'association sous son propre nom de domaine. Cette dernière décide de changer de fournisseur de services et le contrat est dénoncé au 1er avril 1996. Cependant, Calvacom maintient sur l'URL qui servait de page d'accueil au web de l'association une sorte de page web Relais et Châteaux "non officielle" avec des liens sur les pages web de certains membres de l'association avec lesquels Calvacom déclare avoir passé directement des contrats. Par ailleurs, Relais et Châteaux est encore référencé sous l'ancienne URL (sous le nom de domaine calvacom.fr) dans différents moteurs de recherche Internet. Le juge ordonne sous astreinte la suppression de la référence Relais et Châteaux du service litigieux sur le réseau Internet, ainsi que toutes références à Relais et Châteaux... Il s'agit là de la simple application d'une clause contractuelle dans le protocole d'accord liant STI-Calvacom (un fournisseur de service Internet) et l'association Relais et Châteaux (auteur du guide du même nom), qui disposait, en son article 4, que Calvacom (chargé de la réalisation du service télématique du guide Relais et Châteaux 1995, (à suivre...))

'l'existence' ou 'l'autonomie' du 'droit de l'informatique' ⁽¹³⁾. Dans un premier temps, fascinés sans doute par l'apparition de cet objet singulier qu'est le logiciel, certains auteurs s'étaient plu à célébrer l'avènement d'un droit nouveau, le droit de l'informatique. Cette approche a ensuite été rejetée pour faire place à "la très large emprise du droit commun" ⁽¹⁴⁾. À l'instar du droit de l'informatique, le droit des réseaux n'est jamais que du droit dans le droit.

Il n'en demeure pas moins que l'informatique et les réseaux – et, plus fondamentalement, l'avènement des biens et des opérations immatériels qui leur sont liés – interpellent le juriste sur certains points, l'invitant, le cas échéant, à une relecture du droit (plus qu'à une révolution ⁽¹⁵⁾), ...à l'approfondissement de notions, voire à l'élaboration de solutions nouvelles. *In casu*, les caractéristiques d'Internet décrites ci-avant conduisent à mettre le doigt sur certaines questions juridiques spécifiques. Sans être totalement inédites, elles se posent avec une acuité toute spéciale dans le contexte d'Internet. Le caractère ouvert du réseau suscite d'évidents problèmes d'identification de l'utilisateur, d'authentification des messages et de preuve des liens obligatoires noués entre parties. Il importe que les acteurs d'Internet puissent s'assurer, avec quelque certitude, de l'identité et de la volonté de leurs interlocuteurs qui offrent ou commandent des biens ou des services. Il est clair que le commerce électronique ne connaîtra un véritable essor que dans un cadre juridique précis et rassurant où des solutions satisfaisantes auront été apportées à ces questions.

4. Objet et limites du présent rapport

Il n'est naturellement pas possible de passer en revue toutes les notions du droit des obligations à l'épreuve d'Internet. On comprendra, à la

(...suite)
par décalque du guide papier) devait procéder à la destruction de l'intégralité des fichiers informatiques constitutifs du guide relais et châteaux.

(13) À ce propos, E. DAVIO, E. MONTERO, "Aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise", dans *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Titre III, Livre 37, 1996, p. 7 et les réf. citées.

(14) M. VIVANT, C. LE STANC et alii, *Lamy droit de l'informatique. Informatique-télématique-réseaux*, Paris, Ed. Lamy, 1995, p. 1.

(15) Y. POULLET, "Le droit de l'informatique existe-t-il?", *Droit de l'informatique: enjeux-nouvelles responsabilités*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1993, p. 2.

lumière des considérations qui précèdent, que pareil exercice serait, du reste, assez superflu.

On s'attache plutôt à certaines questions spécifiques posées par Internet. Après un examen sommaire des problèmes de droit international privé ⁽¹⁶⁾, difficiles à passer complètement sous silence, on se propose d'aborder quelques questions originales liées à la formation des contrats dans l'environnement Internet.

Ensuite, on s'intéressera aux questions de preuve des obligations nouées *via* Internet, en mettant l'accent sur les développements les plus récents survenus en cette matière: attention grandissante portée à la cryptographie, utilisée à des fins de confidentialité et de signature; apparition de "notaires électroniques", etc.

Le *corpus* jurisprudentiel relatif à Internet est encore mince à ce jour. Les quelques décisions connues concernent, pour la plupart, des cas de contrefaçon d'œuvres protégées par des droits intellectuels ⁽¹⁷⁾, des

(16) Sur ces problèmes, on peut consulter également Y. BRULARD, P. DEMOLIN, "Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet", dans E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n° 12, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, p. 1-64; P. TRUDEL, "Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet", *Revue du Barreau*, 1995, vol. 55, p. 521-551; M. VIVANT, "Cybermonde: droit et droit des réseaux", *J.C.P.*, G. 1996, I. 3969. *Aide*: P.-Y. GAUTIER, "Du droit applicable dans le 'village planétaire', au titre de l'usage immatériel des œuvres", *D.S.*, 1996, p. 131-135.

(17) Chacun garde en mémoire la retentissante affaire relative au livre "Le grand secret" du docteur Gubler (mise sur Internet de cet ouvrage, rédigé par le médecin personnel de François Mitterrand, qui relatait l'évolution du cancer dont était atteint, dès 1981, l'ancien Président). Pour un commentaire de cette affaire et des décisions rendues en matière de droits intellectuels, voy. A. STROWEL, J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur, du logiciel au multimedia*, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, n° 11, Bruxelles, E. Story-Scientia-Braylant, 1997, p. 403 et s. Voir aussi T.G.I. Paris (réf.), 14 août 1996 (deux décisions), *Expertises*, 1996, p. 410; *D.*, 1996, p. 490, note P.-Y. GAUTIER (des étudiants de l'Ecole Nationale Supérieure des Télécommunications et de l'Ecole Centrale de Paris avaient numérisé des chansons de Sardou et de Brel et les avaient insérées dans des pages web sur le serveur 'étudiants' de leur institution); T.G.I. Paris (réf.), 5 mai 1997, inédit (mise sur Internet d'un recueil de poèmes de Raymond Queneau sans l'autorisation des titulaires des droits sur les œuvres de l'auteur). En jurisprudence belge, voy. Civ. Bruxelles, 16 octobre 1996, A.G.J.P.B. c. Central Station, *D.I.T.*, 1997 I, p. 36 et la note A. CRUQUENAIRE; Comm. Courtrai, 6 septembre 1996, *R.D.C.*, 1997 I, p. 47 et la note B. DE VUYST.

questions de droit des marques (protection des noms de domaine) ⁽¹⁸⁾ et des mises en cause de la responsabilité délictuelle d'acteurs d'Internet (des fournisseurs d'accès généralement) ⁽¹⁹⁾. Etant donné que ces matières ne font pas l'objet de notre rapport, nous aurons malheureusement peu le loisir de puiser dans la jurisprudence pour nourrir notre réflexion.

II. L'ABOLITION DE L'ESPACE ET DU TEMPS

A. Les affres du droit international privé

5. Juridiction compétente?

En cas de litige relatif à un contrat conclu entre cocontractants situés dans des pays différents, se pose la question de la détermination du juge compétent. Pour la régler, on se référera, en Europe occidentale, aux principes inscrits dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, à condition que le pays de chacune des parties en litige ait signé cette Convention. Hors les cas de compétence exclusive prévus à l'article 16, les parties peuvent convenir de commun accord du tribunal compétent pour statuer sur leur différend (art. 17 et 18). A défaut, la Convention prévoit qu'en principe, est seul compétent, le tribunal de l'Etat dans lequel le défendeur est domicilié ou dispose de son siège social (art. 2).

Cependant, au titre des "compétences spéciales", l'article 5, 1° dispose qu'en matière contractuelle, le défendeur domicilié sur le territoire d'un Etat contractant peut être attiré, dans un autre Etat contractant, devant le tribunal du lieu où l'obligation a été ou doit être exécutée.

(18) Par exemple, T.G.I. Bordeaux (réf.), 22 juillet 1996, *Expertises*, 1996, p. 448 et commentaire "Le droit des marques et les noms de domaines Internet", par P. DEPREZ et V. FAUCHOUX; *D.I.T.*, 1997 2, p. 44. Sur le sujet, voir aussi M. NAMM, "La problématique des noms de domaine, ou l'attribution des adresses électroniques sur le Web", *D.I.T.*, 1997 2, p. 6-11.

(19) Pour une réflexion d'ensemble et un commentaire des décisions rendues sur le sujet, voy. notre étude "Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexacts sur Internet", dans *Internet face au droit*, op. cit., p. 111-137 et la bibliographie indiquée. Voir aussi, dans le présent ouvrage, le rapport de D. FESLER.

6. Droit applicable?

Il faut bien apercevoir que la question du droit applicable se pose à propos de divers types de contrats. Il y a lieu de s'interroger sur la loi de référence appelée à régir les rapports contractuels qui s'établissent entre le bénéficiaire des produits ou services et le fournisseur concerné, commerçant ou prestataire de service. Mais il s'impose aussi de se demander quelle est la loi applicable aux éventuels contrats passés entre l'animateur d'une galerie marchande virtuelle et les fournisseurs qui y proposent leurs produits ou services. A cet égard, deux situations peuvent se présenter. L'animateur en question commercialise parfois lui-même des produits de fabrication diverse, mettant en jeu sa propre marque et son savoir-faire. D'autres fois, il se contente de jouer un simple rôle de serveur d'hébergement, accueillant sur son site plusieurs commerçants. Dans les deux cas, un contrat est généralement conclu, qui précise le rôle, les droits et les obligations des parties. D'où le problème de la détermination de la loi applicable à pareils contrats, étant donné que les professionnels peuvent être établis dans des pays différents.

En principe, il est loisible aux parties de choisir de commun accord la loi applicable à leur relation. Une telle indication peut figurer sur une page écran élaborée par l'une des parties, même s'il n'est pas évident de prouver ultérieurement que l'autre partie en a eu connaissance et a donné son consentement sur ce point précis.

Le principe du choix par les parties de la législation applicable au contrat est consacré, moyennant quelques nuances, par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles,

qui a été transposée en droit belge par la loi du 14 juillet 1987 ⁽²⁰⁾. En réalité, les solutions peuvent dépendre de la qualité des parties.

Si le contrat est conclu entre deux professionnels ou deux consommateurs, le principe du choix de la loi du contrat ne souffre pas d'exception (art. 3). Si aucune loi n'a été choisie par les parties, le contrat est régi par la *loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits*.

A cet égard, il est présumé que ce critère vise le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou son principal établissement (art. 4). En matière contractuelle, il s'agit vraisemblablement du lieu d'établissement du commerçant, de l'animateur de la galerie marchande virtuelle... Si le contrat a pour objet un immeuble, le contrat est présumé avoir les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble (art. 4).

Si le contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur, les parties peuvent aussi choisir librement la loi applicable à leurs relations contractuelles. Cependant, ce choix ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent des dispositions impératives contenues dans les législations du pays dans lequel il a sa résidence habituelle, notamment si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans le pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat (art. 5).

Ainsi, d'après certains auteurs, si le consommateur répond chez lui à une proposition de contracter reçue sur son ordinateur, il y accomplit les

(20) *M. B.*, 9 octobre 1987. Cette loi prétend régler l'ensemble du droit applicable aux contrats. Elle peut cependant être écartée par l'application d'autres Conventions internationales signées par la Belgique. En matière de vente, plusieurs Conventions internationales sont en vigueur en Belgique, dans le détail desquelles on n'entre pas. On peut citer la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (loi du 21 septembre 1962, *M. B.*, 29 septembre 1964), la Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (loi du 15 juillet 1970, *Pasim.*, 1970, 1154) et la Convention de La Haye du 1er juillet 1964 portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (loi du 15 juillet 1970, précitée). Sur ces textes, voy., par exemple, F. RIGAUX et M. FALLOU, *Droit international privé*, tome II, Précis de la Faculté de Droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1993, p. 604-609.

actes nécessaires à la conclusion du contrat de sorte qu'il peut toujours prétendre à la protection de son droit national ⁽²¹⁾. Selon une autre opinion, cette interprétation n'est pas nécessairement conforme à l'esprit de la Convention de Rome. L'idée de base de cette dernière serait que le consommateur a droit à la protection de sa loi nationale lorsqu'il est sollicité dans son pays ou que la conclusion du contrat se situe dans ce pays. Or, étant donné la nature immatérielle du contrat, il est malaisé de localiser sa conclusion: en principe, l'offre de contracter n'est pas reçue, il faut aller la chercher sur un serveur. Quant à la conclusion du contrat, elle est initiée à partir d'un terminal, traitée dans un ordinateur qui la reçoit et acheminée vers son destinataire, le tout dans des lieux différents ⁽²²⁾. Il n'en reste pas moins sûr que le consommateur pourra bénéficier des lois qui le protègent dans son pays lorsqu'y auront été réalisés des actes matériels de sollicitation ou de publicité.

Si aucune loi n'a été choisie par les parties, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, notamment si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si la consommation a accompli dans le pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat (art. 5).

En somme, il est loin d'être exclu que le consommateur belge ayant passé un contrat par le truchement d'Internet puisse tirer parti des règles impératives du droit belge. Parmi les lois belges contenant des dispositions impératives protectrices des consommateurs, on mentionne la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ⁽²³⁾ (ci-après, LPC) et celle du 12 juin 1992 sur le crédit à la consommation.

Quant à la substance des règles de protection des consommateurs à prendre en compte, plusieurs dispositions de la LPC méritent d'être

relevées⁽²⁴⁾. On songe, en particulier, aux règles de la section 9 consacrée aux "ventes à distance". Aux termes de l'article 77, "la vente à distance est celle qui se forme, en dehors de la présence physique simultanée du vendeur et du consommateur, à la suite d'une offre en vente effectuée dans le cadre d'un système de vente recourant à une technique de communication à distance". A la lumière de cette définition, il apparaît que les ventes sur Internet constituent sans conteste des ventes à distance au sens de la LPC. L'article 78 prévoit, quant à lui, un droit de rétractation au profit du consommateur: "la vente à distance de produits n'est parfaite qu'après un délai de réflexion de sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison. Avant la livraison et pendant ce délai de réflexion, le consommateur a le droit de notifier au vendeur qu'il renonce à l'achat". Cette disposition peut s'avérer précieuse tant il est vrai qu'interactivité et multimédia aidant, Internet facilite les achats irréfléchis... D'autres dispositions sont également importantes, notamment l'article 79 dont il résulte que "lors de l'offre en vente à distance [de produits], le consommateur doit être informé, de manière claire et non équivoque, notamment sur les éléments suivants: l'identité du vendeur, le prix, la quantité, l'identification du produit, la durée exacte de la validité de l'offre, les modalités de paiement..." ⁽²⁵⁾. On reviendra sur les manières concrètes de porter ce genre d'informations à la connaissance des usagers d'Internet.

On signale, par ailleurs, l'adoption récente d'une Directive européenne relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ⁽²⁶⁾.

(24) Pour de plus amples développements, voy. Y. BRULARD, P. DEMOLIN, *op. cit.*, p. 1-64; B. DE NAYER, "Acheter et vendre sur Internet: réflexions sur le cadre juridique belge", *D.C.C.R.*, n° 34, 1997, p. 5-21.

(25) L'ajout entre crochets est de nous. On peut regretter que la vente à distance de services ne soit pas soumise à de semblables exigences, à défaut d'arrêté royal étendant à ceux-ci les prescriptions de l'article 79. Une initiative en ce sens serait utile étant donné que l'offre de services proposés sur Internet aux consommateurs croît et se diversifie: services bancaires, de traduction, d'information... Rapp. B. DE NAYER, *op. cit.*, p. 12.

(26) Directive 97/7 CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, 4 juin 1997, n° L 144/19. Sur l'application de ce texte aux contrats de consommation conclus par le biais d'Internet, voy. Y. POULLET, "Transactions via Internet et protection des consommateurs", étude non publiée présentée aux Journées d'étude sur la Vente à distance, KU Leuven, 18 avril 1997, p. 27 et s.

(21) J.-P. BUYLE et O. POELMANS, "Internet: quelques aspects juridiques", *D.I.T.*, 1996 2, p. 11.

(22) J. HUET, "Dimension internationale de la communication et de ses conséquences juridiques", étude non publiée, p. 21.

(23) *M.B.*, 29 août 1991.

B. Questions liées à la formation des contrats *via* Internet

7. Propos liminaires

Il est à noter que tous les contrats ne peuvent pas être conclus par voie électronique. Tout d'abord, il semble évident que ni les contrats réels (prêt, dépôt...) – dès lors qu'ils portent sur un objet corporel –, ni les contrats solennels (hypothèque...), ne peuvent être conclus par le biais des réseaux. Les premiers se forment, en effet, par la remise de la chose: on ne les conçoit donc que pour certains biens immatériels transmissibles au moyen des réseaux (ainsi, les prêts de logiciels, de films ou de bases de données). Quant aux formalités imposées aux seconds, pour autant qu'elles soient une condition de leur validité, elles font obstacle à leur conclusion par des moyens électroniques. Il faut signaler que plusieurs lois récentes, spécialement dans le champ de la consommation, exigent la rédaction d'un écrit⁽²⁷⁾. Mais, comme la notion d'écrit n'est généralement pas définie, on peut se demander s'il n'est pas permis de l'interpréter soupagement de manière à y inclure les enregistrements magnétiques. Comme le font remarquer MM. Amory et Schauss, "lorsque la formalité consiste en la délivrance par une partie d'un écrit aux fins d'informer l'autre partie, il semble que la communication des informations par téléfax ou par le biais d'une imprimante connectée à un réseau télématique, assigne le but d'information voulu par le législateur"⁽²⁸⁾. Ne peut-on en dire autant des informations figurant sur une page web destinée à s'afficher à l'écran?

L'on sait qu'aux termes de l'article 1108 du Code civil, "quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation". Les notions d'objet et de cause n'appellent pas, à première vue, de commentaires particuliers. Le droit commun s'applique et il suffit

de renvoyer aux études qui s'y rapportent⁽²⁹⁾. La question de la capacité des parties mériterait une plus grande attention, mais cette matière relève traditionnellement du droit des personnes, conformément au plan du Code civil (les articles 388 et s.), et non du droit des obligations. On s'en tiendra donc à quelques observations. Dans la formation des contrats entre parties non présentes, il n'est pas exclu que des incapables (mineurs, fous, faibles d'esprit...) tentent de conclure un contrat. Ce risque est accru dans les réseaux ouverts tel Internet où, bien souvent, les parties entrent en relation sans se connaître au préalable. Celui qui contracte avec un incapable, un mineur par exemple, s'expose à voir le contrat annulé. Toutefois, il ne faudrait pas grossir le problème. Il suffit, pour l'écarter, de prendre un minimum de précautions en termes de sécurité. Certains accès peuvent être subordonnés à la composition d'un code secret que l'incapable ne saurait pas pouvoir aisément se procurer. Dans un même ordre d'idées, l'obligation de signer le message d'acceptation d'une offre, par le recours aux procédés cryptographiques (à ce propos, voy. *infra*, n° 16), est de nature à faire obstacle à d'éventuelles initiatives de mineurs ou d'autres types d'incapables. Il est à remarquer que la signature semble prendre une nouvelle signification dans le contexte des réseaux ouverts: elle n'a plus seulement une portée probatoire – pour attester *a posteriori* de la présence d'une partie à un acte et de son adhésion au contenu de celui-ci –, elle tend à devenir un moyen d'identification *a priori* et, par là, une condition même de la validité du contrat⁽³⁰⁾.

Dans la suite de l'exposé, on s'attache essentiellement aux questions liées à l'appréciation du consentement.

(27) Voir, par exemple, les articles 79, § 2, 88 et 89 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

(28) B. AMORY et M. SCHAUS, "La formation de contrats par des moyens électroniques", *Dr. inform.*, 1987/4, p. 207. Comp. B. DE NAYER, *op. cit.*, p. 12.

(29) Par exemple, P.-A. FORIERS, "L'objet et la cause du contrat", *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1984, p. 99-161, et du même auteur, "L'objet", *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Dalloz, 1994, p. 65-89, et l'étude classique de P. VAN OMMESELAGHE, "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", *R.C.J.B.*, 1970, p. 328 et s.

(30) En ce sens, W. WILMS, "Van handtekening naar elektronische notaris. De validering van elektronische communicatie", *R.W.*, 1995-1996, p. 837 et s.; E. DAVIO, "Questions de certification...", *op. cit.*, p. 74; Y. POULIET, "Transactions via Internet et protection des consommateurs", *op. cit.*, p. 14.

8. Un consentement libre et éclairé

Le contrat naît de la rencontre des consentements. Tout d'abord, le consentement doit exister. En d'autres termes, on ne peut être engagé dans des liens contractuels sans y avoir consenti. Cela pose le problème de l'utilisation d'un terminal par une personne non autorisée, à l'insu de son titulaire. Il peut arriver, en effet, qu'un message soit envoyé par une personne non habilitée qui *apparaît* comme le véritable titulaire des moyens d'accès. Par application de la théorie de l'apparence (ou de la confiance légitime) ⁽³¹⁾, ce dernier pourrait, le cas échéant, se voir tenu par le message émis, dès l'instant où le récepteur du message pouvait raisonnablement croire qu'il était envoyé par une personne autorisée. Depuis l'important arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988, il semble généralement admis que l'apparence constitue une source autonome d'obligations ⁽³²⁾. Il est certain, en tout cas, que point n'est besoin de prouver que la personne à qui l'apparence est opposée a commis une faute. *In casu*, il n'est pas requis d'établir une négligence dans le chef du titulaire du terminal (local trop aisément accessible au premier venu, légèreté dans la conservation ou l'usage du code d'accès, etc.); il suffit que la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs de l'usurpateur soit légitime. En pareille hypothèse, la victime de l'apparence deviendra effectivement titulaire des droits qu'elle croyait acquérir. Réciproquement, le véritable titulaire du droit sera tenu d'exécuter les obligations mises à sa charge par l'acte juridique conclu à son insu ⁽³³⁾.

De manière générale, celui qui envoie (ou reçoit) un message n'est pas toujours certain de l'identité du récepteur (ou de l'émetteur). La question de savoir qui se cache derrière un écran ou un terminal est spécialement délicate dans les réseaux ouverts. D'où l'attention grandissante portée aux techniques d'authentification (*infra*, n° 16), qui visent à permettre l'identification des auteurs de messages et à indiquer leur volonté d'être liés par l'engagement contenu dans les messages.

Le consentement doit être libre et éclairé.

Une première question qui se pose à cet égard est celle d'une possible discordance entre la volonté réelle et la volonté déclarée des parties. Ainsi, un message de prise de commande, envoyé à un commerçant, peut ne pas refléter la volonté de l'émetteur par suite d'une erreur de manipulation. Il est aussi possible qu'un message subisse une altération à l'occasion de sa transmission. En pareils cas, l'article 1156 du Code civil invite à "rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes". Cette disposition consacre, dans notre droit, la primauté de la volonté réelle sur la volonté déclarée. Toutefois, dans un arrêt du 19 février 1987, la Cour de cassation souligne qu'il n'existe pas de principe général du droit consacrant, pour l'interprétation des actes écrits, la prééminence de la volonté réelle des parties sur la volonté déclarée ⁽³⁴⁾. Sans doute la Cour a-t-elle voulu rappeler que, dans l'interprétation des conventions, le juge doit respecter le principe de la force obligatoire des contrats et tenir compte des règles de preuve ⁽³⁵⁾. On ajoutera que le système de la volonté réelle est corrigé par le souci d'honorer la confiance légitime de l'autre partie. Ainsi, en cas de non-concordance entre la volonté réelle d'une partie et la confiance légitime de l'autre, le besoin de sécurité juridique peut conduire à privilégier cette dernière ⁽³⁶⁾.

Ces principes s'appliquent normalement aux contrats conclus par voie électronique. Aussi, moyennant les réserves indiquées, en cas d'erreur de manipulation non fautive, la partie qui se prévaut de la discordance pourra voir sa volonté réelle consacrée. Il est à noter que les hypothèses évoquées ne seront pas fréquentes étant donné l'existence de dispositifs techniques invitant l'émetteur du message à confirmer celui-ci avant son envoi. La plupart des programmes d'interrogation de catalogues électroniques sont, par ailleurs, munis d'une fonction permettant la détection automatique de certaines aberrations: valeurs qui sortent des marges

(31) Pour une synthèse récente de la jurisprudence en la matière, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations: les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 693 et s., n° 10 et s.

(32) Cass. (3^e ch.), 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 45 et s., et la note R. KRUTHOF, "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase".

(33) Pour de plus amples précisions sur les conditions d'application et les effets de la théorie de l'apparence, voy. la chronique de jurisprudence précitée et les nombreuses études citées.

(34) Cass. (1^{re} ch.), 19 février 1987, *Pas.*, 1987, p. 738.

(35) S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, Chronique de jurisprudence précitée, p. 716, n° 82. Le juge ne peut davantage méconnaître la foi due aux actes.

(36) A ce sujet, R. KRUTHOF, "La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase", *op. cit.*, p. 79, n° 25. Pour un approfondissement de la question, on peut lire X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Coll. de la Faculté de droit de l'U.L.B., Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, spéc. p. 111 et s., n° 47 et s.

prédéfinies, données incompatibles avec la définition d'un champ, introduction de données contradictoires... Une déformation de données lors de leur transport n'est pas fréquente, mais ne peut être totalement exclue. En ce cas, un recours est théoriquement possible contre les transporteurs ou les gestionnaires de réseaux. Cependant, il se heurtera généralement aux clauses d'exonération de responsabilité stipulées par ces derniers ⁽³⁷⁾.

Dès l'instant où la volonté d'une partie s'est trouvée affectée par un vice de consentement (erreur, dol...), elle peut toujours introduire une action en annulation du contrat. Il s'agit de l'application, tout à fait classique, de la théorie des vices du consentement ⁽³⁸⁾. Ce problème est étroitement lié à l'émergence de l'obligation de renseignement, dégagée par la jurisprudence, afin de corriger le déficit informationnel dont peut souffrir l'une des parties durant la phase précédant la conclusion du contrat.

Le contenu de pareille obligation, mise à charge de la partie jugée la mieux informée, a été décrit dans de multiples études ⁽³⁹⁾. Il nous semble que l'utilisation de moyens électroniques pour la conclusion d'un contrat n'empêche pas cette dernière de s'acquitter de son obligation de fournir tous les éléments objectifs d'information de nature à éclairer l'autre partie sur l'objet du contrat. Au contraire, le multimédia permet, sous certains aspects, d'améliorer les conditions d'exécution de l'obligation de renseignement. En effet, la combinaison de textes, d'images, fixes ou animées, voire de sons,

offre, plus encore que le support papier, des possibilités de fournir au client une information claire et précise sur la chose qui fait l'objet du contrat. En revanche, la standardisation et la dépersonnalisation de la communication électronique rendent plus problématique la mise en œuvre des obligations de conseil et de mise en garde. Certes, certains avertissements sont possibles à l'aide de messages (pré-programmés) destinés à apparaître à l'écran. Cependant, l'automatisation du procédé peut conduire à les analyser en de simples clauses de style, dont la portée est nécessairement limitée.

9. Les conditions de l'offre et de l'acceptation

On sait que la notion d'offre désigne l'émission définitive d'une des volontés en présence sur les éléments essentiels du contrat à conclure de sorte qu'il suffit qu'elle soit acceptée par l'autre partie pour que le contrat se forme ⁽⁴⁰⁾. Pour être valable, l'offre doit être précise, ferme et non équivoque: elle doit porter sur tous les éléments objectivement nécessaires à la formation du contrat (les éléments essentiels) et sur ceux que les parties considèrent, dans chaque cas d'espèce, comme déterminants (les éléments substantiels) ⁽⁴¹⁾. Dès l'instant où ces conditions sont réunies, une offre transmise par voie électronique peut être analysée comme une offre au sens juridique.

Quant aux catalogues électroniques hébergés sur un serveur et accessibles en ligne à partir des terminaux des utilisateurs, ils constituent, en principe, des *offres au public*. Une doctrine autorisée considère, dans une situation analogue, que "sont également en état d'offre au public les négociants qui annoncent leurs fournitures dans des catalogues, des prospectus, des circulaires ou des affiches lorsque le prix et les autres conditions essentielles des prestations proposées sont indiquées avec suffisamment de précisions..." ⁽⁴²⁾. On sait, en revanche, que la publicité ne saurait, en soi, être considérée comme une offre de contracter. Cela

(37) Pour une analyse plus approfondie de la question, voy. notre thèse *Base de données et informations inexactes*, 1996, n° 241, à paraître.

(38) Des difficultés peuvent, toutefois, se présenter sur le terrain de la preuve. Ainsi, supposons qu'un contrat d'achat-vente soit conclu *via* Internet et que le bien livré en exécution du contrat (par le biais des réseaux si la nature du bien en question le permet ou, dans le cas contraire, à l'aide d'autres moyens de transport) ne corresponde pas au bien commandé (sur foi du descriptif figurant sur le site du vendeur). Comment l'acheteur va-t-il établir l'erreur sur la chose, en tenant compte du fait que le vendeur a pu corriger, sans délai, l'erreur ou l'imprécision affectant son catalogue électronique? Dans certains cas, le seul moyen de convaincre un juge de la véracité d'un fait sera de pouvoir invoquer certaines inscriptions informatiques (messages électroniques, sorties sur imprimante de pages web, informations de routage, accusés de réception informatiques...). D'où la nécessité de leur reconnaître, à certaines conditions, quelque valeur significative sur le plan probatoire. Lire X. LINANT DE BELLEFONDS, "L'Internet et la preuve des actes juridiques", *Expertises*, 1997, p. 225.

(39) Par exemple, J. GHESTIN, *Le contrat: formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 502-566; J.-L. FAGNART, "L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant", note sous Cass., 28 février 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 223 et s.

(40) Cf. Cass., 23 sept. 1969, *R.C.J.B.*, 1971, p. 216, note Y. MERCIERS; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, *op. cit.*, p. 714, n° 73, et les réf.; F. T. KINT, "Négociation et conclusion du contrat", dans *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1984, p. 9-51, spéc. p. 30 et s.

(41) Sur cette distinction, voy. not. P. VAN OMME-SLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1986, p. 139, n° 56.

(42) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 17, n° 11, et les réf. citées.

n'empêche qu'elle peut effectivement inclure une telle offre, à condition de contenir une mention suffisamment précise, complète et ferme de l'identité du fournisseur et de l'objet, du prix et des autres conditions essentielles du contrat.

10. La détermination du moment et du lieu de la conclusion du contrat

Cette question est d'importance à plusieurs égards. A l'instant de la formation du contrat, l'acheteur devient propriétaire du bien vendu et supporte la charge des risques. Ce moment peut servir à fixer le point de départ des délais de garantie et de prescription. Il peut s'avérer utile pour apprécier la capacité des parties. Enfin, il permet de préciser la loi applicable au contrat en cas de changement intervenu dans la législation. Quant au lieu de la formation du contrat, il entre en ligne de compte dans la détermination du tribunal compétent et de la loi applicable.

En droit belge, selon la doctrine et la jurisprudence majoritaires, le contrat se forme *au moment et à l'endroit* où l'offrant a pu avoir connaissance de l'acceptation de son offre. Dans plusieurs arrêts récents, la Cour de cassation s'est clairement prononcée en ce sens:

"Attendu que, cependant, en ce qui concerne les contrats entre absents, est applicable la règle de droit supplétif suivant laquelle le contrat est parfait au moment où le sollicitant a eu connaissance ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation; que ce moment détermine également le lieu où le contrat est présumé avoir été conclu" ⁽⁴³⁾.

Cette position est désignée sous le nom de "théorie de la réception"⁽⁴⁴⁾. Il en découle que le contrat doit être tenu pour conclu au lieu, au jour et à l'heure où le système informatique de l'offrant a reçu le message d'acceptation de l'offre. Peu importe que ce dernier se soit trouvé à ce moment précis devant son écran, il suffit qu'il ait eu la possibilité d'en prendre connaissance: en d'autres termes, il est censé prendre connaissance de l'acceptation au moment où elle lui parvient. Tels sont les principes de solution. En pratique, des hésitations sont possibles. Ainsi, *quid* lorsqu'un

message d'acceptation d'une offre arrive sur un serveur localisé à tel endroit et que l'offrant consulte les messages qui lui sont destinés à partir d'un autre lieu? Il nous semble que la solution doit être guidée, en toute hypothèse, par le principe de prévisibilité contractuelle. Il s'agit d'éviter que les prévisions des parties puissent être déjouées par des astuces d'ordre technique. Le lieu de conclusion du contrat sera donc celui auquel les parties pouvaient légitimement s'attendre compte tenu des circonstances (surtout de la présentation de l'offre): il peut s'agir du lieu où l'offrant a son siège social, du lieu de son site, *etc.* En aucun cas, l'endroit à partir duquel il prend effectivement connaissance du message d'acceptation ne devrait entrer en ligne de compte. Le moment de la formation du contrat sera toujours celui où le message est parvenu à l'endroit de destination tel que prévu par les parties.

11. La connaissance et l'acceptation des conditions générales du contrat

On sait que les cours et tribunaux font preuve d'une vigilance particulière à l'égard des conditions générales des contrats. On n'admet pas que, par le jeu de celles-ci, le consentement d'une partie au contrat soit surpris. La jurisprudence subordonne leur opposabilité à leur connaissance effective. Cette connaissance des conditions générales, ou du moins la possibilité d'en prendre connaissance, doit être préalable à l'acceptation de l'offre pour qu'elles puissent faire partie du contrat ⁽⁴⁵⁾. A cet égard, la jurisprudence a dégagé, au fil des cas d'espèce, divers critères d'appréciation tels que le type et la taille des caractères utilisés, l'emplacement ou la langue du texte des conditions contractuelles... Pour qu'une clause soit opposable au cocontractant, celui qui l'invoque doit être en mesure de prouver qu'elle a été connue et acceptée par l'autre partie. Tout est, en définitive, une question d'espèce.

A notre avis, la communication des conditions générales par voie électronique, notamment sur Internet, ne pose pas de problème particulier.

(45) Cette affirmation doit être nuancée dans les relations entre commerçants, pour les clauses figurant sur les factures envoyées, par hypothèse, après la conclusion du contrat... et cela, spécialement en matière de vente, en raison de la force probante donnée à la facture par l'article 25, alinéa 2 du Code de commerce. Pour plus de détails, voy. M. COIPEL, "Théorie générale des contrats", dans *Guide Juridique de l'Entreprise*, Livre 29, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 1996, pp. 31-32, et les réf. citées.

(43) Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, 1182.

(44) Sur les autres théories émises à propos de cette classique question, voy. J. HEENEN, "l'acceptation de l'offre faite par correspondance", *R.C.J.B.*, 1962, p. 303.

dans la mesure où sont respectés les critères fixés par la jurisprudence: clarté, lisibilité, emplacement, rédaction dans une langue compréhensible par le cocontractant... Ces considérations valent aussi à propos des conditions générales figurant dans un catalogue électronique interrogeable en ligne, peu importe qu'elles figurent sur les pages affichées "d'office" à l'écran ou que l'utilisateur soit invité à "cliquer" ou à exercer une fonction *ad hoc* pour obtenir leur apparition à l'écran.

III. DEMATERIALISATION... ET PREUVE DES OBLIGATIONS

12. Nouveaux débats à propos d'un vieux problème

Sur Internet, se nouent des liens obligatoires, se réalisent des opérations commerciales en l'absence d'écrit papier cristallisant l'accord intervenu entre les parties. Logiquement, il s'en suit une autre disparition, celle du graphisme manuscrit ayant juridiquement la qualité de signature. Ces actes juridiques dématérialisés soulèvent d'évidentes difficultés au plan de la preuve.

Par ailleurs, on l'a déjà suffisamment souligné, confiné jusqu'il y a peu dans des réseaux spécialisés et relativement bien contrôlés, le commerce électronique sur Internet se développe aujourd'hui dans le cadre d'un réseau ouvert. Cette évolution confère une acuité plus grande encore aux problèmes de l'authentification des partenaires et de la sécurisation des messages échangés.

Il s'agit à présent de donner un aperçu de quelques solutions apportées à ces problèmes ⁽⁴⁶⁾.

13. Rappel (sommaire) des principes

L'article 1315 du Code civil pose en règle que "celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction

de son obligation". Dans l'administration de la preuve, il y a lieu de distinguer, en pratique, selon que l'existence d'un contrat est opposée à un commerçant ou à un non-commerçant ⁽⁴⁷⁾.

Dans le premier cas, comme chacun sait, la preuve est libre: une personne peut donc établir l'existence d'un contrat passé entre elle et un commerçant *par toutes voies de droit*, et notamment par témoignages ou présomptions. En principe, peuvent donc être admis, au titre de présomptions de l'homme, un listing d'ordinateur ou un document sur support électronique. Encore faudra-t-il pouvoir convaincre le juge que les données figurant sur pareil listing ou document émanent bien du commerçant en question et n'ont pas été altérées. Les techniques modernes d'authentification seront à cet effet d'un précieux secours.

Dans la seconde hypothèse, soit lorsqu'il s'agit d'établir qu'un non-commerçant a conclu un contrat et dès lors que celui-ci porte sur une somme supérieure à 15.000 FB, la preuve doit être rapportée *par écrit*, lequel n'aura de force probante qu'à la condition d'être *signé* (art. 1341 C. civ.). Il est à noter que le législateur ne précise pas formellement que, pour valoir preuve, l'acte sous seing privé doit avoir été constaté par un écrit. Il n'en reste pas moins que la seule condition de signature sous-tend l'exigence distincte, quoique non spécifiée dans la loi, de l'écrit.

On rappelle aussi que, pour valoir comme telle, la signature doit être tracée directement sur l'original. A défaut de signature, l'écrit aura tout au plus la valeur probatoire d'un "commencement de preuve par écrit" et ne permettra de prouver l'engagement de son auteur que s'il est corroboré par d'autres éléments de preuve tels des témoignages et présomptions. Seul l'original vaut comme acte sous seing privé, à l'exclusion des copies. Ces dernières ne peuvent être produites, utilement, dans les procédures, que s'il n'existe aucune contestation sur leur conformité à l'original (art. 1134 C. civ.). En matière civile, il est exigé, par ailleurs, que l'acte sous seing privé soit rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, chaque original devant contenir la mention du nombre des originaux

(46) Sur le droit de la preuve en général, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Précis de la Faculté de Droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1991.

(47) Pour plus de nuances, N. DIEUX, "La preuve en droit commercial", *R.D.C.*, 1986, p. 84 et s.

(art. 1325 C. civ.)⁽⁴⁸⁾. On considère traditionnellement que la notion d'écrit renvoie au seul support papier et que la signature doit être manuscrite⁽⁴⁹⁾. D'où la réticence de nombreux juristes à admettre les preuves issues de moyens électroniques. Néanmoins, force est de remarquer qu'en l'état actuel des textes et de leur interprétation, notre droit ménage déjà une large place aux contrats dématérialisés puisque l'article 1341 du Code civil réserve la preuve par tous les moyens non seulement entre commerçants, mais aussi dans les rapports avec les non-commerçants pour les opérations dont le montant est inférieur à 15.000 FB. Cela n'est déjà pas si mal, mais la difficulté reste entière dans les hypothèses restantes.

14. Les conventions relatives à la preuve

On rappelle que les conventions relatives à la preuve sont toujours possibles, même en l'absence de liberté probatoire, puisque les règles du Code civil relatives à la preuve ne sont pas considérées d'ordre public⁽⁵⁰⁾. Etant donné les incertitudes entourant le problème de la preuve, également en régime de liberté probatoire (où demeure la nécessité d'emporter la conviction du juge), les parties ont souvent intérêt à définir elles-mêmes, de commun accord, leurs propres règles de preuve. En pratique, le recours à de telles conventions est concevable surtout dans les cas où les parties adhérentes ont des rapports suivis. Elles sont donc surtout envisageables, par exemple, entre commerçants qui entretiennent des relations d'affaires continues (ainsi les réseaux fermés d'E.D.I.)⁽⁵¹⁾, mais aussi entre les banques et leurs clients (pour les opérations réalisées aux guichets

(48) La doctrine considère unanimement que cette disposition ne s'applique pas en matière commerciale. Cf. P. VANNESLAGHIE, *Examen de jurisprudence précité*, 1988, p. 165, n° 244, et les réf.

(49) M. VAN QUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", note sous Cass. (3^e ch.), 28 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1985, p. 65-104, spéc. p. 83, n° 23.

(50) P. VANNESLAGHIE, *Examen de jurisprudence précité*, 1988, p. 156, n° 238; N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 148. On relève toutefois qu'aux termes de l'article 32, 18^e de la LPC, pareilles conventions relatives à la preuve pourraient être considérées comme abusives dès lors qu'elles auraient pour effet de limiter les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser.

(51) Dans ce cadre, les parties pourront s'inspirer du modèle des règles UNIDIT édictées par la Chambre de Commerce Internationale. Pour une analyse fouillée de ces règles, voy. J.F. BRAKELAND, "Les règles UNIDIT", in *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, p. 182 et s.

automatiques). Sur les réseaux ouverts tel Internet, où chacun peut conclure des contrats avec une grande variété de partenaires occasionnels, l'approche conventionnelle se conçoit plus difficilement⁽⁵²⁾.

Dès l'instant où le commerce électronique vise, idéalement, à faire l'économie de tout document papier, on peut se demander ce que deviennent, dans un tel contexte, les règles rappelées ci-avant. Cette réflexion est d'autant plus nécessaire que les conventions relatives à la preuve ne représentent pas toujours une solution satisfaisante et ne sont, du reste, pas toujours possibles (en l'absence de rapports continus).

15. Vers une reconnaissance de l'écrit électronique?

Plusieurs auteurs plaident pour une admission des moyens électronique de preuve à la faveur des exceptions prévues par le Code civil. Ainsi, le commerce électronique serait un terrain d'élection pour l'admissibilité de la preuve par toutes voies de droit, justifiée par une impossibilité pratique, résultant des usages, de se procurer une preuve littérale (art. 1348 C. civ.). Telle est la voie qui a été suivie par les législateurs français⁽⁵³⁾ et luxembourgeois⁽⁵⁴⁾. La réforme de l'article 1348, intervenue dans ces deux pays, appelle diverses critiques que l'on peut résumer comme suit⁽⁵⁵⁾:

- il est regrettable, et intellectuellement peu satisfaisant, que l'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies se fasse par le biais d'une exception au principe de la prééminence de l'écrit.
- il est à craindre que l'extension de la portée de l'exception de l'article 1348 ait pour effet de vider peu à peu l'article 1341 de son contenu.
- il est discutable de soutenir que l'usage des technologies entraîne l'impossibilité de se constituer un écrit.

(52) A ce propos, E. DAVIO, "Preuve et certification sur Internet", étude à paraître à la R.D.C., spéc. la section 2 du troisième chapitre.

(53) Loi du 12 juillet 1980.

(54) Loi du 22 décembre 1986.

(55) Cf. M. ANTOINE, M. ELOY et alii, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Cahiers du C.R.I.D., n° 7, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, p. 207-208; F. GAILLOUEDEC-GENUYS, *Une société sans papier? Nouvelles technologies de l'information et droit de la preuve*, Paris, La Documentation française, 1990; X. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p. 227.

Pour ces motifs, la thèse qui tend à légitimer la preuve électronique par le biais d'exceptions est rejetée par divers auteurs. Ces derniers suggèrent qu'une **approche fonctionnelle** des notions du Code civil autorise, à certaines conditions, de ranger sous les vocables d'écrit et de signature, respectivement certains documents électroniques et certaines signatures électroniques. Dès la fin des années 1980, s'autorisant de l'absence de définition légale de l'écrit, plusieurs auteurs ont proposé d'interpréter aussi largement que possible cette notion de manière à pouvoir y faire entrer certaines preuves issues des techniques modernes ⁽⁵⁶⁾.

D'après M. Fontaine, trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait un écrit. Il faut qu'il s'agisse de l'expression d'un *langage* (mots et phrases), à travers des *signes* connus et traduisibles, inscrits sur un *support*, mais peu importe le type de langage, de signe et de support utilisé ⁽⁵⁷⁾. Le Code civil, en effet, ne pose nulle exigence particulière quant à l'élément matériel de l'écriture. Il en résulte que celui-ci ne paraît donc pas limité à un type de caractères, à certaines formes ou au seul support papier. En réalité, la valeur probatoire reconnue à l'écrit s'explique par ses caractéristiques, appréciées en référence aux *fonctions* attendues de l'*instrumentum*. Trois qualités fonctionnelles caractérisent l'écrit: l'inaltérabilité, la lisibilité et la stabilité ⁽⁵⁸⁾. En bref, l'écrit papier est placé au sommet dans la hiérarchie des modes de preuve au motif qu'il est inaltérable (la fraude est malaisée à

(56) M. FONTAINE, "La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles", in *La preuve*, Actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve les 12 et 13 mars 1987, p. 9; J. LARRIEU, "Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé?", *Cahiers Lamy du droit de l'informatique*, 1988, II, p. 8-19; 1988, I, p. 26-34 (suite et fin); M. ANTOINE, M. ELOY et alii, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, op. cit., p. 212 (ces auteurs proposaient alors d'élargir la notion d'écrit à "tout document reproduisant la volonté d'une personne par des signes susceptibles d'être lus grâce à un procédé approprié", et suggéraient, par ailleurs, d'instaurer une présomption de vraisemblance en faveur des documents qui respecteraient des conditions de sécurité énumérées dans une loi ou un arrêté d'application).

(57) Il tire, par ailleurs, argument de l'article 1333 du Code civil, qui traite des "taillies" dans la section consacrée à la preuve littérale, attestant d'une conception pour le moins libérale des exigences requises quant au langage, aux signes et au support (étude précitée). Dans le même sens, J. LARRIEU, op. cit., p. 12, n° 13.

(58) Pour un exposé plus complet, J. LARRIEU, op. cit., p. 12 et s., n° 16 et s. et, plus récemment, Y. POULLET, "Transactions via Internet et protection des consommateurs", étude précitée, et du même auteur, "Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour de la preuve", *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 1996, p. 39-67, spéc. p. 53 et s., n° 11 et s.

dissimuler), facilement lisible (car rédigé, en principe, dans un langage et à l'aide de signes – l'écriture – directement accessibles à la compréhension humaine) et stable (le support papier se dégrade peu).

Dans la mesure où un document électronique présente ces mêmes qualités, on n'aperçoit pas pourquoi le statut d'écrit lui serait dénié. Il saute aux yeux que le problème est largement tributaire des performances de la technique ⁽⁵⁹⁾. L'exigence de lisibilité ne fait guère difficulté: les informations sur support magnétique sont certes codées, en un langage binaire inaccessible à la compréhension humaine; toutefois, il suffit de recourir aux outils informatiques *ad hoc* pour les restituer sous une forme compréhensible pour l'homme. Il importe bien entendu que le document informatique ait été créé à l'aide d'outils informatiques encore disponibles, et puisse être transformé "en clair" dans l'hypothèse où il aurait été chiffré. Quant aux exigences d'inaltérabilité et de stabilité du contenu (et non du support, dont la permanence importe moins), il est aujourd'hui possible d'y satisfaire grâce aux progrès incontestables de la cryptographie, utilisée pour préserver l'intégrité d'un document (contre les manipulations) (voy. *infra*, n° 16).

Il est donc permis de considérer qu'un document électronique peut être assimilé à un acte sous seing privé (soit à un écrit signé, par hypothèse original) dès l'instant où il répond aux exigences de sécurité évoquées ci-avant. Cela étant, avec l'apparition des supports informatiques, et compte tenu de la facilité de reproduction des données numériques y figurant, la distinction original/copie se trouve quelque peu malmenée. On aurait tort de croire que toute reproduction d'un document informatique s'analyse en une simple copie. Faut-il rappeler que l'unicité d'un document n'est pas une condition de son originalité, comme l'atteste la formalité des originaux multiples imposée par l'article 1325 du Code civil? En fait, c'est la signature qui élève un document au rang d'original. "La copie se distingue de l'original par la circonstance qu'elle en constitue une transcription non signée" ⁽⁶⁰⁾. La technique informatique rend particulièrement aisée la reproduction, en original ou en copie, d'un document. Dès lors que la signature de l'émetteur est restée attachée au document nonobstant la

(59) A ce propos, voy., en particulier, E. DAVIO, "Preuve et certification sur Internet" étude précitée, dont s'inspirent les considérations qui suivent.

(60) N. VERHEYDEN-JEANMART, op. cit., p. 201, n° 417.

transmission et que son authenticité peut être vérifiée, le nouveau document a valeur d'original. Dans le cas contraire, il s'analyse en une copie et a valeur de commencement de preuve par écrit ou de simple présomption⁽⁶¹⁾.

Enfin, on peut s'interroger sur le sort des échanges de messages électroniques (signés) en vue de conclure un acte juridique. Ces derniers sont à rapprocher des lettres missives, elles-mêmes assimilées aux actes sous seing privé. Or, les lettres missives sont soumises aux règles de forme des actes sous seing privé, à l'exclusion de celles qui sont incompatibles avec leur nature. Ainsi, une doctrine et une jurisprudence unanimes considèrent que la formalité des originaux multiples, imposée en matière d'actes sous seing privé constatant des conventions synallagmatiques (art. 1325 C. civ.), ne leur est pas applicable⁽⁶²⁾. L'analogie de situations porte à considérer que la règle de l'article 1325 du Code civil peut aussi être écartée dans la communication électronique.

16. Qu'en est-il de la signature électronique?

Classiquement, on considère que la signature est le graphisme personnel qui permet d'établir la présence physique du scripteur à l'acte, et

par lequel une personne manifeste son consentement⁽⁶³⁾. Une double fonction est donc assignée à la signature: d'une part, elle permet d'identifier l'auteur d'un document, d'autre part, elle indique la volonté de ce dernier d'approuver le contenu de l'acte signé.

Les procédés modernes de signature devraient pouvoir être admis dès l'instant où ils sont aptes à remplir les deux fonctions classiques de la signature, à savoir permettre d'établir que son auteur est à l'origine de l'acte signé et qu'il en approuve la teneur⁽⁶⁴⁾. C'est la position de la Cour de cassation de France⁽⁶⁵⁾, tandis que la cour suprême belge ne s'est pas encore écartée du critère plus restrictif (signature manuscrite)⁽⁶⁶⁾. La première fonction peut être assurément remplie par d'autres procédés que le graphisme personnel. On songe notamment à l'utilisation d'une carte personnelle (parfois combinée avec un code secret) ou aux signatures biométriques telles que les empreintes digitales, la reconnaissance de la voix ou la reconnaissance dynamique de la signature — qui consiste à analyser non le graphisme lui-même, mais la manière dont il est tracé (vitesse, mouvements, pression sur la plume...). Si ces procédés permettent d'identifier l'auteur de la signature, ils ne garantissent pas nécessairement l'expression correcte de son consentement. En revanche, d'autres procédés dits de "signature électronique" paraissent mieux pouvoir remplir la double fonction de la signature. Parmi ceux-ci, la cryptographie connaît aujourd'hui un succès grandissant⁽⁶⁷⁾.

Le cryptage ou chiffrement consiste en la transformation d'un message dit "en clair" en une chaîne de caractères alphanumériques qui ne sont compréhensibles que pour la personne autorisée. Il combine l'utilisation

(61) Ces réflexions sont à rapprocher des dispositions adoptées récemment dans le nouveau Code civil du Québec. Ce dernier accorde une pleine reconnaissance probatoire aux documents reproduisant les données d'un acte juridique. Cette question est réglée dans une section intitulée "Des inscriptions informatisées":

Art. 2837. Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier.

Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit.

Art. 2838. L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise.

Pour un commentaire des nouvelles dispositions relatives à la preuve, lire K. BENYEHLEF, "Les transactions dématérialisées sur les voies électroniques: panorama des questions juridiques", in *Les autoroutes électroniques. Usages, droit et promesses*, Québec, Ed. Y. Blais, 1995, spéc. p. 123 et s.

(62) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 295, n° 639 et les réf.; P. VAN OMMESLAGHE, Examen de jurisprudence précité, 1988, p. 169 et s., n° 248.

(63) N. VERHEYDEN-JEANMART, *op. cit.*, p. 234, n° 494. Sur la signature en général, voir aussi la substantielle étude de M. VAN QUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", *op. cit.*, p. 65 et s.

(64) Sur le sujet, voy. D. SYX, "Vers de nouvelles formes de signature? Le problème de la signature dans les rapports juridiques électroniques", *Dr. inform.*, 1986/3, pp. 133-147.

(65) Cass. fr., 5 octobre 1959, *J.C.P.*, 1959, II, n° 11323; Cass. fr., 25 janvier 1977, *Bull. Cass. fr.*, 1977, I, n° 46.

(66) Voy. la jurisprudence citée et analysée par M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, *passim*.

(67) Sur les aspects techniques de la cryptographie, voy. les développements, à la fois substantiels et didactiques, de J. HUBIN, "La sécurité informatique. Aspects techniques" dans *La sécurité informatique, entre technique et droit*, à paraître dans la collection des cahiers du C.R.I.D., Bruxelles, E. Story-Scientia.

d'un algorithme (tel que le DES créé par IBM, le RSA élaboré par Rivest, Shamir et Adelman ou encore le célèbre PGP mis au point par Zimmermann et diffusé sur Internet) et d'une clé, dont l'inviolabilité est d'autant mieux assurée que la suite aléatoire des bits qui la constitue est longue.

Le chiffrement peut être symétrique ou asymétrique. Le premier système repose sur l'utilisation d'une seule et même clé: l'émetteur s'en sert pour chiffrer son message et le destinataire pour le déchiffrer. Ce procédé cryptographique n'est efficace que dans les réseaux fermés. Dans des réseaux ouverts tel Internet, la sécurité de la communication n'est pas suffisamment assurée étant donné la nécessité de faire connaître sa clé à son destinataire, avec les risques d'interception que l'on imagine.

D'où l'intérêt, spécialement dans le contexte des réseaux ouverts, du chiffrement asymétrique. Ce dernier suppose l'utilisation de deux clés, l'une secrète et l'autre publique, unies entre elles par une formule mathématique. Pour signer un message, l'émetteur procédera au chiffrement de celui-ci à l'aide de sa clé secrète. Pour le déchiffrer, le destinataire utilisera, quant à lui, la clé publique de l'émetteur. Ainsi est-il certain du fait que le message émane bien de son auteur dûment identifié. La cryptographie peut également être utilisée dans le but de garantir la confidentialité d'un message. A cet effet, l'émetteur procédera au chiffrement du message à l'aide, cette fois, de la clé publique de son destinataire. Ce dernier sera dès lors le seul à pouvoir le déchiffrer en utilisant sa propre clé secrète, s'assurant ainsi de l'intégrité du message⁽⁶⁸⁾. Bien entendu, ces deux usages de la cryptographie peuvent être combinés pour l'envoi d'un message à la fois confidentiel et signé.

17. Les autorités de certification

Le chiffrement à clé publique soulève deux questions de premier plan. Tout d'abord, comment les usagers d'Internet peuvent-ils connaître la clé publique de leurs interlocuteurs, éventuellement occasionnels? Il importe, en effet, d'assurer la publicité des clés publiques, soit de les porter à la connaissance de tous. Ensuite, tout qui est intéressé à faire usage de telle

(68) D'où les discussions actuelles sur d'éventuelles limites à assigner à la liberté d'usage de la cryptographie. Sur la situation en Belgique, voy. M. ANTOINE, "Cryptography in Belgian Law", *EDI Law Review*, 1996, vol. 3, n° 3, p. 221-228; et du même auteur, "La cryptographie en Belgique", dans *La sécurité informatique, entre technique et droit*, à paraître dans la collection des cahiers du C.R.I.D., Bruxelles, E. Story-Scientia.

clé publique doit pouvoir être sûr qu'elle est effectivement celle de la personne qui s'en prétend titulaire. D'où le besoin de recourir à un organisme chargé de contrôler l'identité du titulaire d'une clé publique afin de garantir à tout utilisateur potentiel de celle-ci qu'elle correspond bien à telle personne.

Ces fonctions de certification et de publicité sont confiées à des "Trusted third parties (TTP's), encore appelés "autorités de certification", "tiers certificateurs" ou "notaires électroniques" ⁽⁶⁹⁾. Ils s'agit de tiers indépendants habilités, d'une part, à vérifier l'identité des titulaires de clé publique et, d'autre part, à créer et délivrer des certificats, soit une structure de données signées numériquement qui fait le lien entre une personne et sa clé publique. Il leur revient d'attester que les clés émises sont authentiques, c'est-à-dire qu'elles ont été créées dans le respect des conditions fixées à leur génération et ont été attribuées à des personnes reconnues.

Comme suggéré plus haut, une autre mission des autorités de certification est d'assurer la publicité la plus large des clés publiques. A cet effet, ces organismes constituent généralement un répertoire contenant les certificats émis, offert à la consultation des usagers du réseau. Elles ont aussi, logiquement, des obligations en ce qui concerne l'actualisation du répertoire, c'est-à-dire le renouvellement, la suspension et la révocation des certificats.

D'autres rôles peuvent encore être assignés aux autorités de certification comme le stockage des messages échangés (à des fins probatoires en cas de contestation) et éventuellement une fonction d'arbitrage entre parties en litige.

Les autorités de certification ont, de toute évidence, un rôle éminent à jouer: de la manière dont elles s'acquittent de leurs missions, dépend, pour

(69) En Belgique, BelSign, fondé par la Fédération nationale des Chambres de commerce et d'Industrie, déclare agir comme autorité de certification. Le réseau ISABEL (Interbank Standards Association Belgium), créé par le secteur bancaire belge est, lui, un système standardisé et sécurisé de communication permettant des liaisons, par voie télématique, entre partenaires financiers et commerciaux; l'accès au réseau n'est possible qu'à la suite d'une procédure d'enregistrement et de certification de chaque utilisateur, au terme de laquelle l'utilisateur habilité dispose des moyens d'authentification lui permettant des communications sécurisées dans le système.

beaucoup, la sécurité des échanges sur les réseaux et, partant, l'essor du commerce électronique. On sera donc amené dans un proche avenir à s'interroger plus largement sur l'ampleur de leurs responsabilités. Sans pouvoir naturellement approfondir ici cette question, on peut néanmoins épingler certaines causes de responsabilité. Il est clair que les usagers des réseaux doivent pouvoir se fier aux certificats de clé publique émis. L'autorité doit nécessairement s'engager sur le degré d'exactitude des informations figurant dans les certificats qu'elle émet. Elle peut également engager sa responsabilité en cas de négligence dans la tenue du répertoire contenant les certificats: omission ou retard dans le renouvellement, la suspension ou la révocation de ces derniers ⁽⁷⁰⁾.

18. Une intervention du législateur est-elle souhaitable?

Cela fait plusieurs années qu'est évoquée, de façon récurrente, la nécessité de réformer le droit de la preuve en vue de l'adapter aux nouvelles technologies de l'information. Pareille initiative a pu être différée jusqu'ici, sans inconvénients majeurs, dans la mesure où il était généralement possible de s'accommoder de solutions conventionnelles étant donné le caractère fermé des réseaux concernés (banque à distance, réseaux spécialisés d'EDI...). De fait, les intéressés n'ont pas manqué de faire usage de cette faculté d'aménager les règles de preuve supplétives, notamment en conférant une valeur juridique à des enregistrements magnétiques ou à certaines signatures électroniques.

L'avènement d'Internet change à cet égard les données du problème. Le réseau se caractérise, on l'a vu, par sa radicale ouverture en ce sens que quiconque peut y accéder librement dès le moment où il s'est fait enregistrer auprès d'un fournisseur d'accès. Aucun contrôle à l'entrée, aucune entité chargée de contrôler les éléments matériels ou logiciels du réseau, ni les usagers ni les communications. Dans un tel contexte – qui favorise l'établissement de relations juridiques occasionnelles entre personnes qui ne se connaissent pas au préalable –, on comprend que la solution contractuelle ne soit plus une panacée.

(70) Sur cette question, S. PARISIEN, P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Faculté de droit de l'Université de Montréal, étude dactylographiée, 1996, p. 182; E. DAVIO, "Questions de certification, signature et cryptographie", *op. cit.*, p. 81 et s.

La réforme du droit de la preuve devient incontournable si l'on veut promouvoir l'usage d'Internet comme support de la conclusion d'actes juridiques. Le commerce électronique sur Internet ne pourra se développer tant que ne seront pas levées les incertitudes juridiques concernant la valeur juridique accordée aux écrits et signatures électroniques ⁽⁷¹⁾.

S'il n'est pas possible, dans le cadre de ce rapport, de nous prononcer sur la teneur de cette réforme, on peut néanmoins indiquer quelques pistes.

Tout d'abord, il convient d'observer que la réforme attendue ne doit pas nécessairement passer par une modification substantielle des dispositions du Code civil relatives à la preuve. Celui-ci ménage, d'ores et déjà, une large place aux preuves informatiques, grâce à "l'imprécision ou l'ouverture providentielle" ⁽⁷²⁾ des notions fondamentales d'écrit et de signature. Actuellement, l'enjeu n'est plus tellement d'admettre que les écrits et signatures électroniques remplissent, aujourd'hui, les fonctions traditionnelles de l'écrit papier et de la signature manuscrite. Certes, il serait opportun que, d'une manière ou d'une autre ⁽⁷³⁾, la loi consacre formellement l'équivalence de principe entre divers procédés de signature électronique – uniquement la signature digitale? – et la signature manuscrite. Mais il s'agit, bien plus, d'identifier les techniques et les critères de sécurité qui permettent de rencontrer les fonctions assignées à l'écrit et à la signature ⁽⁷⁴⁾. En matière de preuve, on ne peut éluder le débat portant sur les garanties de sécurité offertes par les moyens de preuve présentés. Est-ce au législateur à apprécier et à définir les qualités qu'un document ou une signature électroniques doivent réunir pour pouvoir faire preuve? ⁽⁷⁵⁾ Cette

(71) Voy., en ce sens, la note intitulée "Vers une réglementation juridique en matière de signature digitale", signée par les Ministres Stéfano De Clerck (Justice) et Elio Di Rupo (Affaires économiques et télécommunications) et approuvée au Conseil des Ministres du 30 mai 1997.

(72) N. THUNIS, *Responsabilité du banquier et automatisation des paiements*, Travaux de la Faculté de droit de Namur, n° 19, Presses Universitaires de Namur, 1996, p. 228, n° 160.

(73) En adoptant une définition large de la notion de signature, susceptible de couvrir des procédés de signature électronique, ou en définissant plutôt le concept de signature électronique...

(74) Dans un sens analogue, voy. E. DAVIO, "Preuve et certification sur Internet", *op. cit.*, les conclusions.

(75) Il apparaît, à première vue, qu'une "loi technologique" risque d'être rapidement obsolète.

appréciation doit-elle revenir au juge, assisté d'un expert? Voilà des questions essentielles auxquelles il y aura lieu de répondre.

Une intervention législative est également nécessaire afin d'instaurer un système d'agrégation publique des autorités de certification (octroi de licences aux organismes qui satisfont à certaines conditions d'homologation à définir). On veillera en outre, d'une part, à déterminer les procédures à suivre pour la délivrance des clés et l'émission des certificats et, d'autre part, à préciser les missions et responsabilités des autorités de certification ⁽⁷⁶⁾.

IV. CONCLUSIONS

19. Ce tour d'horizon de quelques questions de droit des obligations en rapport avec Internet nous inspire ces dernières réflexions:

1° Pour l'essentiel, le droit des obligations n'est pas pris en défaut par les développements d'Internet. La plupart des questions susceptibles de se poser dans ce contexte sont tout à fait classiques et seront résolues par référence au droit commun des obligations. Ces questions concernent notamment la formation, l'exécution ou la fin des contrats. La circonstance qu'ils soient conclus et/ou exécutés *via* Internet ne change pas la substance des règles applicables. Il arrive même que l'usage d'Internet comme support pour la conclusion d'actes juridiques facilite la mise en œuvre de certaines obligations. Ainsi, les vertus du multimédia peuvent contribuer à améliorer l'information des consommateurs.

2° Avec Internet, on retrouve certaines questions plus spécifiques déjà posées dans le contexte de la télématique traditionnelle. Cependant, elles se trouvent aggravées, principalement en raison du caractère ouvert d'Internet. Ces questions concernent, bien entendu, la sécurité: authentification des usagers, confidentialité des messages échangés, preuve des obligations contractées. Dans ce contexte, la cryptographie à clé publique est appelée, de toute évidence, à jouer un rôle déterminant. Elle permet la sécurisation de chacun des flux de données et messages véhiculés – surtout par le biais

(76) A ce propos, Y. POULLET, "Transactions via Internet et protection des consommateurs", étude précitée, n° 11.

de la signature digitale –, à défaut d'une sécurité au niveau de la structure du réseau ⁽⁷⁷⁾.

3° Toutefois, on aurait tort de réduire la signature à sa seule fonction probatoire. Jusqu'ici, il est vrai, elle n'est guère apparue comme un élément déterminant dans l'identification du cocontractant. D'autres facteurs entraient en ligne de compte à cet effet: la reconnaissance physique entre parties présentes, la reconnaissance de la voix ou sur base de documents (c'est selon) entre absents... Dans les réseaux ouverts, la signature électronique a vocation à jouer un rôle crucial dans l'identification d'un interlocuteur: elle permet aussi de s'assurer du consentement de ce dernier. Elle peut donc apparaître comme une exigence inéluctable au niveau de la formation du contrat ⁽⁷⁸⁾.

(77) S. PARISIEN, P. TRUDEL, *op. cit.*, p. 27; E. DAVIO, "Certification, signature...", *op. cit.*, p. 76.

(78) Pour une explication et un développement de cette idée, E. DAVIO, *Ibidem*, p. 77 et la référence à l'étude de D. G. MASSE.