Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003

Montero, Etienne

Published in:
Le contrat sans papier

Publication date:
2003

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Montero, E 2003, La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003. Dans *Le contrat sans papier.* DAOR en évolution, Numéro 14, Bruylant ; Kluwer, Bruxelles, Antwerpen, p. 1-13.

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.

Download date: 19. Apr. 2024

LA CONCLUSION DU CONTRAT PAR VOIE ÉLECTRONIQUE APRÈS LA LOI DU 11 MARS 2003

PAR

ETIENNE MONTERO

PROFESSEUR AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES
NOTRE-DAME DE LA PAIX À NAMUR

1. Propos liminaires. Les contrats conclus par le biais des réseaux suscitent diverses interrogations sur le plan juridique. Celles-ci sont liées à la disparition de l'écrit papier cristallisant l'accord des parties, à la fugacité des contenus échangés, à l'éloignement des parties... et concernent, essentiellement, l'identification des parties contractantes, la qualité des consentements échangés, l'intégrité des contenus et la preuve des contrats ainsi conclus sans papier ni signature (manuscrite).

Ces questions se posent avec une acuité plus grande encore dans le contexte de l'internet, que les contrats soient conclus par échange de courriers électroniques ou 'directement' sur le Web (1). Le caractère ouvert du réseau des réseaux *aggrave* les interrogations relatives à l'identification des parties (comment s'assurer de l'identité de la personne 'dissimulée' derrière tel site ou telle adresse e-mail ?), à la qualité des expressions de volonté (*quid* des erreurs de manipulation et de saisie des données relatives à la 'commande', *quid* des possibles altérations en cours de transmission... ?), à la confidentialité des communications (comment se prémunir contre les interceptions ?), à la preuve (comment garder trace des opérations réalisées vu le

(1) Nous n'évoquerons pas les questions particulières posées par l'utilisation d'agents électroniques intelligents pour la conclusion de contrats. Pour plus d'explications sur les différents modes de contracter par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 695 et s., n°s 6 à 10.

caractère évolutif d'un site web et l'évanescence des informations communiquées..., comment établir le moment de l'envoi ou de la réception de tel message ?), à la sécurité des paiements, etc.

Le législateur européen s'est attaché, depuis plusieurs années, à apporter des réponses à ces multiples questions, à travers l'adoption d'une série de directives, notamment, en matière de contrats à distance (2), de signatures électroniques (3) et de commerce électronique (4). Conformément à ces directives, le législateur belge a adopté, récemment, plusieurs lois importantes (5), la dernière en date étant celle du 11 mars 2003 visant à transposer la directive sur le commerce électronique (6). Ces textes de loi dessinent, pour l'essentiel, le cadre juridique du commerce électronique.

(2) Directive 97/7 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.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19.

(3) Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 13 du 19 janv. 2000, p. 12.

(4) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Pour un commentaire complet de la directive sur le commerce électronique, voy. E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, 439 p.; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001 (n° 6000), pp. 133-145; E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique. Le projet 'Méditerranée' », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749-833.

(5) Ainsi a-t-il mis en place le cadre juridique complet de la signature électronique et des services de certification, moyennant l'adoption de la loi du 20 octobre 2000 « introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire » (*M.B.*, 22 déc. 2000, p. 42698) et de celle du 9 juillet 2001 « fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification » (*M.B.*, 29 sept. 2001, p. 33070). Ainsi encore a-t-il adopté récemment la loi du 17 juillet 2002 « relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de transfert électronique de fonds » (*M.B.*, 17 août 2002, p. 35337) de manière à transposer en droit interne les principes énoncés par la Recommandation 97/489/CE du 30 juillet 1997 « concernant les opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire » (*J.O.C.E.*, L 208 du 2 août 1997, p. 52).

(6) En réalité, cette directive a été transposée en droit belge par deux lois distinctes : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (ci-après, loi « article 77 »), *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960, et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963. Dans la suite de l'article, nous nous référons surtout à cette dernière loi. Pour un commentaire de ces lois, voy. notre article au *Journal des Tribunaux*, non encore publié au moment où nous écrivons ces lignes.

Si l'on se concentre plus particulièrement sur les aspects juridiques de la conclusion des contrats par voie électronique, il y a lieu de se référer non seulement à la loi sur les pratiques du commerce (LPCC) et, en particulier, à sa section relative aux contrats à distance (7), mais aussi, dorénavant, à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, loi sur les SSI). Il n'est pas inutile de préciser le champ d'application respectif de ces deux textes.

2. Les textes applicables et leur articulation. – Les dispositions de la LPCC relatives aux contrats à distance s'appliquent à « tout contrat concernant des produits ou services conclu entre un vendeur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le vendeur, qui, pour ce contrat, utilise une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même » (8). En d'autres termes, ces dispositions visent uniquement la relation entre un *vendeur* et un *consommateur* au sens de la LPCC (art. 1er, 6 et 7).

Du point de vue qui nous intéresse ici, la loi sur les SSI concerne, elle, la relation entre un *prestataire* — « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » (art. 2, 3°) — et le destinataire du service — « toute personne physique ou morale qui, *à des fins professionnelles ou non*, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre

(7) Chapitre VI, section 9, de la LPCC. Cette section transpose la directive du 20 mai 1997 sur les contrats à distance. A ce sujet, A. SALAÜN, « Transposition de la directive 'contrats à distance' en droit belge : commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999 », *J.T.*, 2000, pp. 37-47; B. DE NAYER, « La loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999) modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur : un cadre cohérent pour le commerce électronique en Belgique ? », *D.C.C.R.*, 1999, pp. 329-346.

(8) LPCC, art. 77, § 1er, 1°. Quant à la notion de *technique de communication à distance*, elle désigne « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du vendeur et du consommateur, peut être utilisée pour la conclusion du contrat entre ces parties » (art. 77, § 1er, 2°).

accessible » (art. 2, 5°) (9). Le champ d'application de la loi sur les SSI est donc plus large, *ratione personae*, puisqu'il couvre aussi bien les rapports entre professionnels (dits « Business to Business » ou, plus couramment encore, « B2B ») que les rapports entre professionnels et consommateurs (« Business to Consumers » ou « B2C »).

La comparaison est plus complexe concernant le domaine d'application *ratione materiae*. D'un côté, le domaine de la loi sur les SSI est plus étroit puisque celle-ci vise les seuls services de la société de l'information, c'est-à-dire « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services » (art. 2, 1°) (10) (11), alors que les dispositions de la LPCC sur les contrats à distance visent aussi les contrats conclus par des moyens tels que le téléphone, la télécopie ou le courrier postal... Mais, d'un autre côté, les dispositions de la LPCC sur les contrats à distance régissent uniquement la conclusion de contrats, tandis que la loi sur les SSI touche, de manière générale, à la fourniture d'un SSI, *indépendamment de l'existence d'un contrat*. A ce titre, elle règle une grande diversité de questions, telles que les informations à fournir par tout

(9) Remarquons que la loi sur les SSI ne vise pas uniquement le vendeur de produits ou de services en ligne mais concerne, plus largement, toute personne exerçant une activité économique en ligne, à titre principal ou accessoire, qu'il soit commerçant, titulaire de profession libérale, prestataire d'hébergement de site, fournisseur d'accès, prestataire de services de certification, etc. Voy., à la note 11, notre remarque à propos de la notion de SSI.

(10) Conformément à l'article 2, a, de la directive sur le commerce électronique, la définition de « service de la société de l'information » est amplement calquée sur l'article 1er, § 2, de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaire techniques (*J.O.C.E.*, n° L 204 du 21 juillet 1998, p. 37, modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 217 du 5 août 1998, p. 18). Pour un commentaire des différents éléments de cette définition, outre les précisions fournies par le commentaire de l'article 2, 1°, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, pp. 13 et s. (ci-après, « exposé des motifs »), voy., en particulier, M. ANTOINE, « Objet et domaine de la directive », in E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails?*, *op. cit.*, pp. 1 et s., n°s 2 et s.

(11) Pratiquement, la notion de service de la société de l'information (SSI) couvre une grande diversité d'activités en ligne, non seulement les sites de commerce électronique *stricto sensu* (vente de produits et prestation de services en ligne), mais également les services gratuits (journaux en ligne, forums, *chat*...), les divertissements en ligne (vidéo à la demande, jeux en ligne, visites virtuelles de musées...), les services d'intermédiaires techniques (fourniture d'accès à un réseau, hébergement de sites, fourniture de messagerie...), les services de certification (archivage, recommandé, horodatage et signature électroniques...), les annuaires et moteurs de recherche, etc.

prestataire de service, le régime des publicités, la responsabilité des intermédiaires sur les réseaux, *etc.* Enfin, les contrats portant sur des services financiers sont visés par la loi sur les SSI (12), alors que la section sur les contrats à distance de la LPCC les exclut expressément de son champ d'application (13).

Au total, il apparaît que diverses couches de règles peuvent se superposer, conformément à la désormais fameuse « technique de la greffe » (14). Ainsi, une vente nouée en ligne sera soumise à divers faisceaux de règles cumulatives : d'abord, celles qui trouvent leur source dans la théorie générale des obligations et dans le régime de la vente (15), ensuite, celles figurant dans la LPCC — dans les cas où le contrat est conclu entre un « vendeur » et un « consommateur », au sens de cette loi —, enfin celles applicables aux « contrats à distance » — dès lors que le « vendeur » utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même. A ces diverses règles s'ajoutent encore certaines dispositions de la loi sur les SSI — dès l'instant où les parties au contrat peuvent être considérées, en outre, respectivement comme un « prestataire de SSI » et un « destinataire du service » au sens du nouveau dispositif.

Ces différents textes particuliers répondent, en réalité, à des préoccupations distinctes, qui peuvent se conjuguer dans cer-

(12) Voy. le considérant n° 27 de la directive sur le commerce électronique.

(13) Voy. l'art. 77, § 2, de la LPCC et l'art. 3.1, 1er tiret, de la directive sur les contrats à distance. Les services financiers font l'objet de la directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs, *J.O.C.E.*, n° L 271, 9 octobre 2002, pp. 16-24. Il faudra s'interroger sur l'articulation entre la loi qui transposera en droit interne cette directive et la loi sur les SSI. A ce propos, voy. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne relative à « l'application aux services financiers des articles 3, § 4 à 3, § 6 de la directive sur le commerce électronique », 14 mai 2003, COM (2003) 259 final; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Commerce électronique et services financiers », COM (2001) 66 final.

(14) L'expression est de L. SIMONT, « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats », in *La renaissance du phénomène contractuel*, C.D.V.A., 1971, pp. 487 et s., spéc. p. 494. A ce sujet, voy. aussi P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statut quo? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 509 et s., spéc. p. 516, n° 4.

(15) On tiendra également compte du fait que de nombreux contrats de consommation sont régis par une loi particulière : le contrat de crédit à la consommation, le contrat d'assurance, le contrat de voyage, le contrat de *time-sharing*, etc.

taines hypothèses, singulièrement dans le cas des contrats conclus par le biais des réseaux. De manière générale, la LPCC tend à corriger le déséquilibre inhérent aux relations de consommation, en renforçant la protection du consommateur assimilé à la partie « faible ». Le régime juridique des « contrats à distance » prend en charge les inconvénients posés par la distance séparant les parties contractantes. Les dispositions particulières de la loi sur les SSI visent à rencontrer les risques spécifiques liés à la conclusion de contrats sur les réseaux numériques, particulièrement en environnement ouvert, et à protéger les destinataires de services, y compris les consommateurs.

Le foisonnement des régimes applicables, joint à la dispersion des sources, est un indéniable facteur de complexité. A la difficulté d'identifier, au sein de ce maquis de règles, celles applicables à chaque situation, s'ajoute, comme on le verra, la circonstance que certaines sont impératives, tandis que d'autres sont seulement supplétives et peuvent donc faire l'objet d'aménagements conventionnels.

3. Objet, limites et structure de l'exposé. – La présente contribution se concentre sur la conclusion du contrat par voie électronique. Etant donné l'adoption récente de la loi sur les SSI, l'exposé fait la part belle à l'analyse des dispositions nouvelles y figurant, dans la mesure où elles se rapportent à la matière contractuelle. Par contre, sauf à les aborder incidemment, nous avons pris le parti de passer sous silence les problèmes de preuve, nonobstant leur importance et l'étroitesse de leurs liens avec les règles relatives à la conclusion des contrats (16); la réforme du droit de la preuve a déjà fait l'objet d'une abondante littérature et il nous a semblé superflu de

(16) A ce sujet, voy. P. LECOCQ et C. BIQUET-MATHIEU, « Le commerce électronique : conclusion et preuve du contrat. Rapport de droit belge », *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1105-1165.

l'enrichir d'une nouvelle publication (17). Précisons encore que les questions — essentielles — relatives à la juridiction compétente et à la loi applicable ne sont pas traitées puisqu'elles font l'objet d'une contribution distincte.

Qu'il soit conclu sur le Web, par échange d'e-mails ou de toute autre manière, le contrat résulte d'un accord de volontés. Dès lors, le consentement apparaît comme la pierre d'angle de sa formation. Aussi est-ce à juste titre que l'attention du juriste — et du législateur — se porte principalement sur des questions liées aux consentements échangés. Si, pour une large part, celles-ci renvoient au droit commun (18), les particularités de la communication électronique invitent toutefois à l'interroger à nouveaux frais (19). Pratiquement, l'exercice consiste à envisager une série de problèmes et de solutions classiques en théorie générale du contrat (effectivité des consentements échangés, obligation d'information, notions

(17) Parmi les études récentes, voy., en doctrine belge, R. MOUGENOT, *Droit des obligations La preuve*, 3e éd. revue et mise jour par D. MOUGENOT, Bruxelles, Larcier, 2002, spéc. pp. 169-206 et pp. 308-323; E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 179-210; IDEM, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, Formation permanente CUP, vol. 54, mars 2002, pp. 39-82; B. DE GROOTE, « Het bewijs in de elektronische handel Enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2001, pp. 881-901; M.E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht — Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1525; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 51-137; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114-128; IDEM, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39; D. MOUGENOT, « Droit de la preuve et technologies nouvelles : synthèse et perspectives », *Droit de la preuve*, CUP, vol. XIX, octobre 1997, pp. 45-105; E. DAVIO, « Certification, signature et cryptographie », in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, E. Story-Scientia, 1997, pp. 65-86.

(18) Pour une présentation critique de ce droit commun, voy. l'ouvrage collectif publié récemment par le Centre de droit des obligations de l'UCL, *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, 920 pages.

(19) La réflexion s'appuie, à cet égard, sur nos travaux antérieurs, auxquels nous nous permettrons de renvoyer fréquemment : voy., en particulier, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », étude précitée; IDEM, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 131-194. Voy. encore, not., C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 192-221, ainsi que B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000.

d'offre et d'acceptation, lieu et moment de la conclusion du contrat...), en les confrontant aux particularités de l'environnement électronique et aux règles nouvelles adoptées en la matière.

L'exposé s'articule en cinq paragraphes. Le premier s'intéresse au sort, dans un environnement « dématérialisé », des règles de forme imposées pour la conclusion de nombreux contrats et souvent associées au support-papier. Le deuxième paragraphe s'attache à préciser les contours de l'obligation d'information dans l'environnement numérique. Les troisième et quatrième paragraphes abordent la formation du contrat sous un angle plus dynamique, en examinant, d'une part, les conditions de l'offre sur les réseaux (formes de l'offre, éléments essentiels...), d'autre part, le moment et le lieu de la conclusion du contrat. Enfin, les moyens de revenir sur son engagement sont exposés dans un cinquième paragraphe.

§ 1er. – Le formalisme contractuel dans l'environnement électronique

4. Position du problème. – Comme chacun sait, l'on assiste depuis quelques années à une indéniable montée en puissance du formalisme contractuel (20). Dans nombre de lois récentes — spécialement en droit de la consommation et en droit du travail —, les exigences de forme sont devenues un instrument privilégié de protection de la partie faible, que l'on entend garder du risque de s'engager à la légère. Or, il se trouve que ces formalités, souvent associées à l'utilisation du papier comme support des actes juridiques (écrit, mentions manuscrites...), sont souvent prescrites *ad validitatem* ou à des fins d'opposabilité aux tiers, et plus seulement *ad probationem*. On sait que le législateur est déjà intervenu sur le terrain du

(20) Ce phénomène a été relevé par maints auteurs. Voy., not., M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels — Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels — comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627, n° 19; J.-M. Trigaux, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 189-238; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, p. 72, n° 85.

formalisme probatoire, via la reconnaissance juridique de la signature électronique. L'introduction de pareille signature dans notre droit a supposé, implicitement, mais certainement, l'admission des formes électroniques de l'écrit et de l'acte sous seing privé. Ainsi, émancipé de son traditionnel support papier, « l'écrit sous forme électronique a fait son entrée dans le Code civil, non par la petite porte des articles 1347 ou 1348 retouchés ou encore de cette autre 'demi-preuve' qu'est la copie, mais par la grande porte de la preuve littérale » (21). En clair, le document électronique signé — conformément aux conditions légales — peut être élevé au rang d'acte sous seing privé, et, à ce titre, déclaré recevable en justice (art. 1341 C. civ.) et faire pleine foi de son contenu (art. 1319, 1320 et 1322 C. civ.) (22).

Cela étant rappelé, insistons sur le fait que, par exception au principe du consensensualisme, des formes sont fréquemment requises non seulement pour la preuve du contrat, mais également pour sa validité ou son opposabilité aux tiers. Ces formalités modernes — multiples et diversifiées quant à leur nature et à leurs objectifs (23) — sont donc susceptibles de constituer

(21) D. Gobert et E. Montero, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *op. cit.*, p. 123.

(22) Encore se demandera-t-on, au passage, comment respecter la règle « des originaux multiples » (art. 1325 C. civ.) dans le cas de contrats synallagmatiques conclus par le biais des réseaux. L'hypothèse du contrat conclu par un échange de courriers électroniques est à rapprocher du cas des contrats conclus par échange de lettres missives, auxquels ne s'applique pas le prescrit de l'article 1325, suivant l'avis unanime de la doctrine et de la jurisprudence. On n'aperçoit pas de motif pour qu'il en aille différemment dans l'hypothèse d'un échange de courriers électroniques signés (P. Lecocq et C. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, n° 28, et les réf.; D. Gobert et E. Montero, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques... », *op. cit.*, p. 53, n° 26, et les réf.; Idem, « L'ouverture de la preuve littérale... », *op. cit.*, p. 128, et les réf.). Plus complexe est l'hypothèse du contrat conclu directement sur un site web de commerce électronique (sur la question, P. Lecocq et C. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, n° 28, que nous suivons de près). Supposons, tout d'abord, que le prestataire ait recours à un tiers chargé de l'archivage des contrats (et que le cocontractant soit informé de la possibilité de consulter à tout moment et sans frais le contrat conclu); dans ce cas, pour échapper à la règle de l'article 1325, les parties pourraient songer à invoquer l'exception du dépôt de l'original entre les mains d'un *tiers* (sur cette exception à la règle du double, voy. D. Mougenot, *La preuve, op. cit.*, 3e éd., 2002, p. 210, n° 132.). A défaut d'archivage, l'exception relative à l'échange de lettres missives pourrait trouver à s'appliquer si l'on veut bien assimiler à ce cas de figure le double envoi de la page web complétée par le client, d'une part, de l'*accusé de réception* (*infra*, n° 14) expédié par le prestataire, d'autre part. Encore faut-il que ces documents soient signés, ce qui n'est pas encore toujours le cas, mais devrait le devenir à brève échéance.

(23) Pour un essai de classification des formalités en fonction de leur objet et de leurs finalités, voy. M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, spéc. pp. 139-150, et les références citées.

autant d'obstacles à la conclusion de nombreux contrats par voie électronique. A tout le moins créent-elles une grande insécurité juridique pour les parties car elles font en principe l'objet d'une interprétation formaliste, en ce sens que la règle de forme exclut, par définition, le procédé équipollent (24). Aussi l'intervention du législateur s'imposait-elle afin d'adapter notre système juridique à ce nouveau mode de contracter.

C'est dans cette optique que l'article 9 de la directive sur le commerce électronique oblige les Etats membres à ajuster leur législation dans la mesure où elle contient des exigences de forme (25). A cet égard, il ne s'agit pas de supprimer nécessairement ces dernières, mais de faire en sorte qu'elles puissent être satisfaites à l'aide d'équivalents électroniques (26). Ainsi que le précisent le considérant n° 34 et les travaux préparatoires de la directive (27), l'examen des législations nécessitant un ajustement doit se faire de manière *systématique* et porter sur *l'ensemble des étapes et des actes nécessaires au processus contractuel*. Bien que l'article 9, § 1er, de la directive vise la « conclusion des contrats par voie électronique », sont en réalité concernées toutes les étapes du « processus contractuel », depuis la période précontractuelle, y compris la publicité, jusqu'à l'archivage, en passant par l'offre, l'exécution du contrat, sa modification, son enregistrement, etc. (28) En définitive, il s'agit de lever le moindre obstacle à l'automatisation complète du processus contractuel, afin d'éviter toute discrimination entre les « contrats-papier » et les « contrats électroniques ».

5. La méthode des équivalents fonctionnels. – On peut avoir quelque difficulté à concevoir comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités y associées — qui garantissent une expression correcte des volontés — pourraient être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé, où l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable.

(24) En ce sens, G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 886; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 103 et s.

(25) Pour une étude de cette disposition, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne », in *Le commerce électronique sur les rails?..., op. cit.*, pp. 199 et s.

(26) Voy. le considérant n° 35 de la directive sur le commerce électronique.

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

(28) Le considérant n° 34 et le commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique (*op. cit.*, p. 26) ne laissent planer aucun doute à cet égard.

L'ampleur de la tâche assignée aux Etats membres par l'article 9 de la directive laisse rêveur, en ce qu'elle suppose un examen minutieux et exhaustif de l'ensemble de leur législation. Pour s'en acquitter, le législateur belge a choisi, comme en matière de signature, la méthode dite « des équivalents fonctionnels » (29); il y est fait application à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003, par le biais d'une clause transversale générale et de trois clauses transversales particulières (30).

Cette approche fonctionnelle repose sur une analyse des fonctions essentielles des exigences de forme traditionnelles, afin de reconnaître une même valeur juridique aux contrats conclus sur support papier et aux contrats conclus par voie électronique, pourvu que ces derniers assurent le respect de ces fonctions. Néanmoins, ces clauses ne permettent sans doute pas de lever tous les obstacles susceptibles de se présenter. C'est pourquoi l'article 16 prévoit, en son paragraphe 3, une délégation au Roi pour adapter, au cas par cas, les éventuelles dispositions non couvertes par les clauses transversales générale et particulières. Par ailleurs, l'article 17 de la loi (31) écarte certains types de contrats du champ d'application de l'article 16. Il s'agit, notamment, des contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers (à l'exception des droits de location), des contrats requerrant l'intervention

(29) Une autre manière de procéder eut consisté à adapter les textes légaux, disposition par disposition. Une telle approche aurait présenté l'avantage de permettre l'introduction de modifications particulièrement appropriées en fonction des différentes formalités prescrites et des objectifs poursuivis par chacune d'entre elles. Toutefois, pareille entreprise aurait nécessité un inventaire complet de l'ensemble des dispositions éparses dans notre arsenal législatif et réglementaire, ce qui représente une tâche considérable et fastidieuse, voire impossible dans le bref délai assigné pour la transposition de la directive. Sans compter le risque de manquer certaines dispositions. De plus, ce type d'approche n'était pas de nature à garantir la cohérence d'ensemble des modifications.

(30) Pour une étude détaillée de l'article 16 de la loi, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 131-194.

(31) Cette disposition transpose fidèlement l'article 9, § 2, de la directive.

d'un notaire, des contrats de sûretés ou encore des contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions. Relevons toutefois que les Etats membres seront tenus de justifier envers la Commission européenne le maintien des exceptions relatives aux « contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique » (art. 9, 3, de la directive sur le commerce électronique).

6. Une clause transversale générale. – L'article 16, § 1er, introduit une première disposition à caractère général sur la notion d'exigence de forme au sens large, sans opérer à ce stade de distinction entre les multiples espèces de formalités. Il prévoit, à cet effet, que « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ».

Cette clause transversale générale constitue le cœur même du dispositif de l'article 16. Les trois clauses particulières n'en sont, en définitive, que des applications.

En présence d'une exigence de forme susceptible d'entraver la conclusion d'un contrat par voie électronique, il s'agit donc d'identifier quelles sont les « qualités fonctionnelles » de cette formalité pour vérifier ensuite s'il peut y être satisfait sous forme électronique. Dans l'affirmative, la formalité est présumée satisfaite (32).

Dans certains cas, le procédé utilisé peut simplement être l'équivalent électronique du procédé envisagé à l'origine par le législateur dans un contexte papier. Ainsi, les exigences relatives à la forme de mentions obligatoires — en caractères gras,

(32) Pour des applications pratiques, voy. notre analyse des dispositions législatives et réglementaires de la compétence du Service Public Fédéral Economie : M. Demoulin et E. Montero, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne — Recommandations relatives à la mise en œuvre de l'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information », rapport réalisé pour le Service Public Fédéral Economie, 15 octobre 2002, disponible à l'adresse : http://www.droit-.fundp.ac.be/Textes/formalisme.pdf.

dans un cadre distinct, sous forme d'alinéas séparés... (33) — devraient vraisemblablement être remplies sans grande difficulté dans l'environnement numérique, où les documents peuvent être présentés sous toutes les formes grâce aux logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration, de manière à garantir que l'information n'échappe pas à l'attention du cocontractant.

Par contre, dans d'autres hypothèses, le moyen envisagé par le législateur est tel qu'il n'a pas de pendant électronique. Il en est ainsi, par exemple, de l'exigence de la mention « Ne signez jamais un contrat non rempli » à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature (34). A notre avis, c'est en pareille hypothèse que la clause transversale générale trouve toute sa signification. En effet, elle constitue une invitation à se détacher des moyens concrets envisagés par le législateur, pour prendre en considération la fin poursuivie. En l'espèce, l'important n'est pas tant d'indiquer une mention informative que d'éviter un blanc seing. Or, cette finalité peut être rencontrée dans un contexte électronique par d'autres moyens — parfois plus efficaces, d'ailleurs —, tel le recours à un logiciel empêchant la signature (électronique) d'un contrat non rempli. Grâce à la clause transversale générale, les contrats conclus par voie électronique au moyen de tels dispositifs de sécurité sont parfaitement valables à cet égard (35).

Ainsi entendue, l'approche fonctionnelle privilégiée par cette clause s'apparente à une petite révolution dans le champ du formalisme contractuel. En effet, on considère traditionnellement que toute exigence de forme doit être interprétée de

(33) Voy., p. ex., l'art. 79, § 1er, de la LPCC; l'art. 14, § 4, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juill. 1991; l'art. 7, § 1er, *in fine*, de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé (« timesharing »), *M.B.*, 30 avril 1999; l'art. 6, § 1er, 6°, de la loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993.

(34) Voy. l'art. 14, § 4, 2°, de la loi relative au crédit à la consommation.

(35) Pour une présentation plus détaillée de cet exemple, voy. M. Demoulin et E. Montero, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 170-172.

manière stricte, sans équivalent possible (36). Face à cette jurisprudence inexorable, une intervention du législateur s'imposait pour garantir la sécurité juridique des contrats conclus dans les environnements électroniques.

7. **Trois clauses transversales particulières.** – L'analyse des textes législatifs et réglementaires révèle que, parmi la grande variété des exigences de forme susceptibles de faire obstacle à la conclusion de contrats par voie électronique, certaines reviennent régulièrement. Ainsi, les notions d'écrit, de signature, de lettre recommandée à La Poste, l'exigence de mentions manuscrites (c'est-à-dire écrites de la main de celui qui s'oblige)... constituent des constantes dans notre droit. Par ailleurs, des exigences de forme moins fréquentes apparaissent de manière éparse, comme les notions de prospectus, d'avenant, de formulaire-type, etc.

L'article 16, § 2, de la loi du 11 mars 2003 prévoit dès lors plusieurs dispositions transversales particulières visant à couvrir les trois exigences de forme les plus récurrentes, à savoir celles relatives à un écrit, à une signature ou à des mentions manuscrites (37).

a. – *La clause relative à l'écrit*

La première clause transversale particulière consacre une conception fonctionnelle de la notion d'écrit, désormais entendu comme une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. Dès lors, il ne fait plus l'ombre d'un doute que le concept d'écrit ne se confond pas au papier, son support traditionnel. Il se distingue également et de l'acte sous seing privé, et de l'acte authentique, étant

(36) Voy. *supra*, n° 4, et les références à G. COUTURIER, *op. cit.*, p. 886 : « La règle de forme, par définition, exclut le recours à des procédés équipollents : on ne peut échapper à son application en prétendant que le résultat attendu de la règle a été atteint par un autre moyen que la formalité prescrite », ou encore à J. FLOUR, *op. cit.*, p. 101, n° 9 : « Formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible ».

(37) Pour une analyse plus fouillée de ces clauses, nous nous permettons une fois encore de renvoyer à notre étude antérieure, déjà citée, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », spéc. pp. 175-190.

donné que la définition donnée ne requiert pas nécessairement de signature (38).

En réalité, l'écrit est envisagé ici dans sa plus simple expression, comme un ensemble de signes dont les caractéristiques nécessaires et minimales seraient leur lisibilité et la possibilité de les consulter ultérieurement. Pour le surplus, lorsque l'écrit doit présenter des garanties additionnelles, requises par le législateur (inaltérabilité, signature, mentions manuscrites, emploi de caractères déterminés, datation, conservation pendant un certain nombre d'années...), il y a lieu d'apprécier le respect de ces exigences supplémentaires à la lumière des clauses transversales générale ou particulières.

b. – *La clause relative à la signature*

La deuxième clause particulière est relative à la signature. De prime abord, on peut être surpris que le législateur ait adopté une disposition supplémentaire à cet égard, vu l'important dispositif déjà mis en place (39).

Pour faire bref, on se borne à relever que l'article 1322, alinéa 2, du Code civil se situe dans la seule orbite du droit de la preuve et ne vise dès lors pas les hypothèses où une signature est requise pour d'autres fins que probatoires. Certes, il est tentant d'estimer que l'équivalence, désormais acquise sur le terrain de la preuve, entre l'écrit pourvu d'une signature électronique et celui assorti d'une signature manuscrite vaut également sur le terrain du formalisme de la validité ou de l'opposabilité. Néanmoins, pareille interprétation eut été discutable et discutée.

Pour obvier à cette lacune, la clause transversale particulière envisagée ici consacre le principe selon lequel toute exi-

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

(39) Voy. la note 5.

gence de signature posée au cours du processus contractuel peut être satisfaite par le recours à une signature électronique, aux conditions prévues par la loi (soit à l'article 1322, al. 2, C. civ.; soit à l'art. 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001).

c. – *La clause relative aux mentions manuscrites*

En vertu de la troisième clause particulière, chaque fois qu'une mention manuscrite est exigée au cours du processus contractuel, cette formalité peut désormais être satisfaite par tout moyen permettant de garantir que la mention émane bien de celui qui s'oblige.

En pratique, on constate que l'exigence d'une mention manuscrite est toujours accompagnée de celle d'une signature. Dès lors, même si la clause reste neutre eu égard au procédé d'identification, on peut supposer que le recours à la signature électronique permettra de garantir qu'une mention introduite par clavier et souris interposés émane bien de celui qui s'oblige.

8. Forces et faiblesses de l'approche fonctionnelle. – Dans la mesure où il est possible que certaines formalités ne soient pas visées par les dispositions transversales développées ci-dessus, le législateur confie au Roi — comme il l'a fait pour l'euro — la tâche d'adapter, à mesure qu'elles seraient relevées, toutes les dispositions législatives ou réglementaires qui constitueraient un obstacle persistant à la conclusion de contrats par voie électronique (art. 16, § 3). Dès lors, il appartient à présent au Roi de poursuivre l'examen détaillé des textes légaux et réglementaires, en quête des exigences de forme non susceptibles d'être prises en charge par les dispositions générales commentées. Ce travail aura valeur de test de la pertinence des dispositions arrêtées.

L'avantage de l'approche fonctionnelle choisie par le législateur belge est de faire l'économie de la modification, l'une après l'autre, des innombrables règles de forme prescrites en matière contractuelle et, partant, d'assurer une meilleure cohérence de la réforme. Le prix à payer est, en cas de contestation, la nécessité de convaincre le juge que la fonction assignée à telle règle de forme a été respectée dans le cadre du

contrat litigieux conclu par voie électronique. Des questions délicates ne manqueront sans doute pas de se poser quant à l'interprétation des paragraphes 1 et 2 de l'article 16, au regard de telle ou telle exigence de forme spécifique. C'est à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartiendra de les élucider à mesure qu'elles se présenteront. Cependant, on peut craindre en ce domaine que la jurisprudence tarde à se développer et à s'imposer de manière uniforme.

La solution avancée nous apparaît néanmoins comme un bon compromis entre, d'une part, une approche fonctionnelle, trop générale pour envisager tous les cas de figure, d'autre part, une adaptation de tous les textes légaux au cas par cas, trop longue et fastidieuse à achever dans le bref délai de transposition de la directive imparti au législateur.

§ 2. – Information et transparence sur les réseaux

9. Introduction : renforcement de l'obligation d'information. – Le contrat conclu par voie électronique ne saurait être le fruit d'une erreur de manipulation ou d'une méprise. Or, on peut redouter que la complexité et l'opacité de l'outil technologique utilisé pour contracter n'hypothèquent la transparence du processus contractuel. La question — classique, s'il en est — de la qualité des consentements échangés se pose sans aucun doute avec une acuité toute particulière dans le contexte des réseaux numériques.

De longue date, les cours et tribunaux ont eu le souci de corriger le déficit informationnel dont peut souffrir l'une des parties durant la phase précédant la conclusion du contrat. Aussi imposent-ils à la partie la mieux informée de fournir toutes les informations susceptibles d'exercer une influence sur le consentement de son cocontractant. Le contenu de pareille

obligation a été décrit dans de multiples études (40). Cette obligation générale d'information a été spécialement consacrée par le législateur dans le domaine des contrats conclus avec les consommateurs. Ainsi, la LPCC consacre une obligation générale d'information (art. 30). En tant que *lex generalis* applicable à toutes les « ventes de biens ou de services » au consommateur, cette loi vise incontestablement les « ventes » conclues *via* les réseaux. En outre, dans certains cas particuliers, le législateur n'hésite pas à égrener une suite d'informations spécifiques à fournir impérativement — par exemple, en matière de crédit à la consommation, de contrat de voyage, de contrat d'assurance... (41). Ces obligations — générales et particulières — d'information se trouvent encore renforcées, dans le cadre des contrats de consommation conclus à distance, par l'article 78 de la LPCC (42). Enfin, pour rencontrer les risques et défis propres aux environnements électroniques, ces dispositions viennent d'être complétées par les articles 7 et 8 de la loi du 11 mars 2003 sur les SSI.

De manière générale, il nous semble que l'utilisation des réseaux numériques pour la conclusion d'un contrat ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre de l'obligation d'information. Au contraire, ils ont précisément pour vocation de véhiculer rapidement et efficacement d'importants volumes d'informations. Le Web permet, sous certains aspects, d'améliorer les conditions d'exécution de l'obligation de renseignement. Ses atouts ont pour noms multimédia et hypertexte : la combinaison de textes, d'images, fixes ou animées, voire de sons, offre, plus encore que le support papier, des possibilités

(40) Par exemple, M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. À la recherche du droit, Bruxelles, Éd. Story-Scientia, 1999, pp. 32 et s., n°s 45 et s.; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la dir. de J. GHESTIN, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 502-566; J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », note sous Cass., 28 février 1980, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 223 et s. En ce qui concerne la jurisprudence, voy. aussi R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 278, n° 75.

(41) *Cf.* la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, la loi du 16 février 1994 relative au contrat de voyage, la loi du 25 juin 1992 relative au contrat d'assurance terrestre... Pour une étude fouillée de l'obligation d'information dans une série de lois particulières, voy. B. DE CONINCK, « L'obligation d'information du consommateur dans la formation du contrat », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 239-295.

(42) Cette disposition est la transposition en droit interne de l'article 4 de la directive sur les contrats à distance.

de fournir au client une information claire et précise sur la chose qui fait l'objet du contrat; quant à la technique de l'hyperlien, elle introduit agilité et souplesse pour passer aisément d'une information à l'autre. 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 (43). 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. Encore existe-t-il d'autres procédés originaux, sortis tout droit de l'imagination des prestataires, qui leur permettent d'assurer — dans une certaine mesure — une prestation de conseil (44).

Dans la suite de l'exposé, on s'intéresse surtout aux informations qui doivent être fournies en vertu des réglementations propres aux contrats à distance, en général, et aux contrats conclus par voie électronique, en particulier.

Certaines informations sont dues en prélude à la conclusion du contrat proprement dite. Elles concernent le prestataire lui-même (*infra*, n° 10), les produits ou services proposés par lui et leur prix (*infra*, n° 11), ainsi que les conditions générales du contrat (*infra*, n° 12). En outre, afin d'assurer au maximum la transparence du processus contractuel sur les réseaux, le législateur impose une série d'informations originales, qui vont de pair avec la mise en œuvre de divers procédés techniques destinés à prévenir les risques d'erreurs et à protéger le consentement (*infra*, n° 13).

Comme si toutes ces mesures prophylactiques n'étaient pas suffisantes, le législateur impose encore d'autres informations, qui sont à fournir postérieurement à la passation de la commande. Ainsi le prestataire est-il tenu, d'une part, d'accuser réception de la « commande » (*infra*, n° 14), d'autre part, de

(43) Pour d'intéressantes considérations en ce sens, voy. Versailles, 2 déc. 1999, *J.C.P.*, II, 10282, 2000, p. 590, note M. VIVANT, infirmant Comm. Pontoise (réf.), 15 avril 1999, *D.S.*, 1999, n° 4, p. 725, note C. MANARA.

(44) A ce sujet, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, spéc. pp. 742-743, n° 62.

confirmer les informations préalablement communiquées au consommateur (*infra*, n° 15) (45).

10. L'identification du prestataire de service. – Par la force des choses, la conclusion de contrats sur les réseaux se fait entre parties non présentes physiquement l'une à l'autre. Si la question de l'identification du cocontractant n'est pas neuve, elle se pose avec une acuité toute particulière dans un environnement ouvert. De couverture mondiale, l'internet permet d'entrer en relation, voire de contracter, avec des prestataires situés à l'autre bout de la planète. L'internaute s'interrogera, à bon droit, sur la fiabilité du prestataire qui se dissimule derrière le site web. A l'inverse, il va de soi que le prestataire cherchera lui aussi à identifier aussi précisément que possible l'internaute.

La préoccupation est, en définitive, toujours la même (on aura l'occasion d'y revenir) : comment restituer un ancrage ('spatio-temporel') à des acteurs — et à des opérations — qui se meuvent dans un espace virtuel désincarné ? (46) Vaste question qui, évidemment, appelle une réponse multiple. En ce qui concerne précisément l'identification des parties, la réponse la plus sûre a pour nom : la signature électronique et, plus particulièrement, celle fondée sur l'utilisation de clés cryptographiques asymétriques. Associée à un certificat délivré par un tiers de confiance, une telle signature permet d'avoir la certitude de l'identité du signataire et de sa volonté d'adhérer au contenu de l'acte. Toutefois, il faut remarquer que le recours à ce type de signature, d'une part, n'est d'usage que dans les échanges d'e-mails, d'autre part, reste l'apanage de quelques professionnels pour des contrats d'envergure (47). Faute d'utilisation généralisée de la signature électronique,

(45) Pour mémoire, si, malgré tout ce luxe de précautions, le consentement est donné hâtivement ou est entaché d'un vice, il est encore possible de revenir sur son engagement, en exerçant son droit de renonciation ou en réclamant la nullité du contrat (*infra*, § 5, n°s 23 et 24).

(46) Pour une réflexion similaire, voy. P. Lecocq et C. Biquet-Mathieu, « Le commerce électronique : conclusion et preuve du contrat », *op. cit.*, n° 40.

(47) Aujourd'hui, il n'est pas encore possible de signer sur un site web à l'aide d'une clé privée. Pour plus de détails, voy. A. Jamar, « La sécurité des transactions — Introduction technique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, *op. cit.*, pp. 19 et s., spéc. p. 44 et p. 49; M. Demoulin et E. Montero, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, p. 745, n° 65.

l'identification du client passe, le plus souvent, par un formulaire que ce dernier est invité à compléter, en indiquant ses nom, adresse géographique, numéro de téléphone, etc. On conviendra que dans ces conditions, il est excessif de parler d'identification tant il est vrai que le client peut utiliser un pseudonyme ou introduire des informations fantaisistes (notamment pour se protéger d'éventuelles atteintes à la vie privée), voire usurper l'identité d'un tiers. L'internaute, quant à lui, est logé à meilleure enseigne étant donné que le législateur oblige le prestataire à mettre en évidence une série d'informations relatives à son identité et à son activité professionnelle.

Dans le cadre de tout contrat à distance, aux termes de l'article 78 de la LPCC, le consommateur doit être informé sans équivoque, de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée, notamment sur l'identité du prestataire et son adresse géographique (48).

Cette obligation d'information est renforcée lorsque le contrat à distance est conclu par voie électronique. En ce cas, des informations supplémentaires sont dues au titre de l'article 7, § 1er, de la loi sur les SSI. Ces informations sont destinées à établir un lien entre le monde virtuel et le monde réel, de manière à favoriser l'identification précise du prestataire et de faciliter le contact avec lui. Ainsi, sans préjudice des exigences légales et réglementaires déjà existantes en matière d'information (49), quiconque ouvre un site servant de support à un service de la société de l'information (les sites de commerce électronique ne sont donc pas les seuls visés !) doit assurer un accès facile, direct et permanent aux informations suivantes : son nom ou sa dénomination sociale et son adresse

(48) Art. 78, al. 1er, 1°, LPCC. à cet égard, la loi belge va plus loin que la directive 'contrat à distance' qui, en son article 4, 1, a), impose la mention de l'adresse du fournisseur dans la seule hypothèse où un paiement anticipé a lieu; en ne retenant pas cette restriction, le législateur belge a partiellement anticipé le législateur européen du 8 juin 2000.

(49) Par exemple, si le prestataire est une personne morale, il devra en outre se conformer au droit des sociétés, qui exige la fourniture d'un certain nombre de renseignements relatifs à sa société, dans « tous les actes, factures, publications, lettres, notes de commande et autres documents » (not. art. 78 et 86 du Code des sociétés belge). Ce genre de formulation, ouverte, permet de considérer, sans aucun doute, que le site web d'une société ou ses courriers électroniques doivent contenir les informations requises par la loi.

géographique d'établissement (50); ses coordonnées, y compris son adresse de courrier électronique, « permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui »; les coordonnées de l'autorité de surveillance (si l'activité est soumise à un régime d'autorisation); les données relatives au registre de commerce (ou similaire), le cas échéant; l'ordre professionnel ou l'organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit (professions réglementées); le numéro de T.V.A., le cas échéant; les codes de conduite auxquels il est éventuellement soumis ainsi que les informations relatives à la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique.

11. Description des produits ou services et indication des prix. – A l'instar des autres moyens de communication à distance, la voie électronique ne permet pas un contact direct et concret avec le bien convoité. Dans l'état actuel des choses, il est impossible de toucher, de sentir, de soupeser, de manipuler, de goûter ou de revêtir (c'est selon...) le bien qui apparaît à l'écran. On imagine aisément les possibles déconvenues. C'est pour pallier cet inconvénient majeur de tous les contrats à distance que la loi accorde au consommateur un droit de renonciation postérieurement à la conclusion de tels contrats (51) (*infra*, n° 23). Pour le même motif, elle impose également une information précise sur les caractéristiques essentielles du produit ou du service fourni à distance, notamment via un réseau de communication (LPCC, art. 78, al. 1er, 2°).

Cela étant, dans l'environnement numérique, cette exigence se présente sous des dehors nouveaux tant sont originaux et inépuisables les moyens dont disposent les prestataires pour décrire leur offre avec minutie. Joint aux ressources du multimédia, le recours aux hyperliens permet, d'un simple 'clic',

(50) Ces informations étaient déjà dues, comme on l'a vu, au titre de l'article 78 de la LPCC.

(51) Sans doute le législateur a-t-il surtout voulu protéger le consommateur contre des engagements impulsifs, en lui ménageant une « période de refroidissement » favorable à la réflexion. En ce sens et pour une explication plus complète, L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *J.C.P.*, 2000, p. 626, n° 18; D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *Dalloz*, 1980, Chron., p. 177, n° 4; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 193, n° 29.

d'obtenir des informations supplémentaires, d'agrandir une image, d'examiner un produit sous différents angles, de visionner une vidéo explicative, de procéder à une visite virtuelle, de comparer avec des produits concurrents, etc. (52).

Dans tous les contrats de consommation conclus à distance, la mention des prix, toutes taxes comprise, est par ailleurs obligatoire (art. 78, al. 1er, 3°, LPCC). En revanche, les professionnels sont libres de négocier, entre eux, leurs prix et tarifs, à l'instar des autres éléments du contrat. Cette liberté n'est pas remise en cause par l'article 7, § 2, de la loi sur les SSI, dont il résulte que « sans préjudice des autres exigences légales et réglementaires en matière d'indication des prix, lorsque les services de la société de l'information mentionnent des prix, ces derniers sont indiqués de manière claire et non ambiguë et précisent notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ». Nonobstant la circonstance qu'elle concerne tant les relations B2C que les relations B2B, on observe que cette disposition n'impose, en aucun cas, l'indication des prix, se bornant à préciser les modalités de présentation des prix *lorsque* les SSI les mentionnent. Ce libellé, tout en nuances, permet de préserver, d'une part, l'obligation de mentionner les prix dans les contrats B2C, d'autre part, la liberté qui prévaut dans les relations B2B (53).

12. La présentation des conditions générales. – La loi sur les SSI se contente d'énoncer, en son article 8, § 2, que « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataires doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». Cette exigence peut être satisfaite, selon nous, si le site du commerçant offre au destinataire du service la possibilité d'enregistrer les conditions générales sur le disque dur de son ordinateur ou, mieux encore, de les imprimer sur papier de manière à pouvoir s'y référer à tout moment (54).

(52) Pour plus de détails, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, pp. 733 et s., spéc. n°s 52 à 54.

(53) Comp. T. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 288, n° 539.

(54) Le professionnel devrait encourager explicitement le destinataire du service à effectuer cette démarche et veiller à configurer les pages contenant les conditions générales en manière telle qu'elles puissent être efficacement enregistrées ou imprimées.

Force est de constater que la nouvelle disposition *n'impose pas* la communication des conditions générales. A cet égard, le droit commun reste d'application. On sait que les cours et tribunaux font preuve d'une vigilance particulière à l'égard des conditions générales des contrats (55). S'il n'est pas obligatoire de communiquer les conditions générales, on n'admet pas que, par le jeu de celles-ci, le consentement d'une partie au contrat soit surpris. Aussi leur force obligatoire est-elle subordonnée à une double condition : l'autre partie doit avoir eu la possibilité de connaître les conditions générales préalablement à la conclusion du contrat, et leur acceptation doit être certaine (56). 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... Tout est, en définitive, une question d'espèce.

On peut se poser la question de la forme que doivent prendre ces conditions générales dans l'environnement électronique. Suffit-il que l'usager des réseaux puisse y accéder moyennant l'activation d'un lien hypertexte ? Comment doivent-elles être mises en évidence sur les pages web ? À défaut d'indication légale plus précise, ces questions et d'autres similaires se résoudront, demain comme hier, par la voie jurisprudentielle, en fonction de la variété des situations susceptibles de se présenter.

Nous sommes d'avis que le prestataire a intérêt à faire figurer, sur chacune des pages du site, un hyperlien visible, renvoyant à une page contenant les conditions générales. A cet égard, la présence d'un lien sur la seule page d'accueil risque de ne pas suffire. En effet, il est envisageable qu'un internaute

(55) Voy. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, n°s 24 à 27; I. MOREAU-MARGRÈVE, « La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat », *Entr. Dr.*, 1971, pp. 114 et s. Pour un examen de jurisprudence, voy. M. BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle, Chronique de jurisprudence (1975 à 1979) », *J.T.*, 1981, pp. 17-24, 33-43, 53-58; R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak... », *op. cit.*, p. 268, n°s 66 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 715, n°s 77 à 79.

(56) M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, *op. cit.*, pp. 45 et s., n°s 59-60. On rappelle qu'est considérée comme abusive la clause qui constate de manière irréfragable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat (art. 32-23 de la LPCC).

accède à un site sans passer par la page d'accueil, moyennant l'activation, à partir d'un moteur de recherche ou de tout autre site, d'un lien hypertexte 'profond' qui le mènerait directement au sein du site de commerce électronique (57). Dans cette hypothèse, si les conditions générales n'étaient accessibles que depuis la page d'accueil du site, il ne pourrait en prendre connaissance (58). Il faudrait également veiller à ce que pareil hyperlien figure en bonne place lors de la passation de la commande, avant la conclusion définitive du contrat par le client.

La présentation des conditions générales dans le contexte de l'internet ne pose pas de problème particulier, dans la mesure où sont respectés, *mutatis mutandis*, les critères fixés par la jurisprudence : clarté, lisibilité, emplacement, rédaction dans une langue compréhensible par le cocontractant... Qui plus est, le multimédia permet également d'attirer l'attention du visiteur sur telle ou telle clause particulièrement importante (droit de renonciation, exonération de responsabilité...), par un jeu de couleurs, de taille et de police de caractères, d'encadrés, d'animations, de fenêtres spéciales apparaissant à l'écran... (*supra*, n° 9). Certains sites vont plus loin encore, en prévoyant l'affichage automatique des conditions générales au cours du processus contractuel. Mieux : dans certains cas, la commande ne peut être effectuée tant que l'intéressé n'a pas fait défiler les conditions contractuelles jusqu'au bout et marqué son adhésion en cliquant sur un bouton du type « J'accepte ». Ce *passage obligé* par les conditions générales est, de toute évidence, le meilleur moyen d'assurer que l'autre partie ait eu, à tout le moins, la possibilité effective d'en prendre connaissance.

Deux points particuliers méritent encore d'être évoqués. Les conditions générales se présentent souvent sous une forme rébarbative (longues énumérations, multiples renvois et exclu-

(57) Sur les différents types de liens hypertextes, voy., parmi d'autres, A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens », *AM*, 1998, pp. 296 et s.

(58) Cette remarque est valable non seulement pour les conditions générales, mais aussi pour toute une série d'informations intéressant le site dans son ensemble, telles que les renseignements sur l'identité et l'activité du prestataire, le fait que le site soit éventuellement réservé aux professionnels ou encore les informations relatives à la politique pratiquée en matière de traitement des données à caractère personnel ('*Privacy Policy*').

sions...) et largement incompréhensible pour le non juriste. A cet égard, l'on observe sur le Web que, tirant parti des atouts du multimédia, des prestataires assortissent les conditions générales d'explications rédigées dans une langue accessible au profane ou proposent un résumé de leurs dispositions essentielles. Cet effort pédagogique est louable, mais il présente un risque de contradiction entre les conditions générales et la version vulgarisée qui en est fournie. En pareil cas, le juge pourrait être amené à privilégier cette dernière, surtout si le texte intégral des conditions n'a pas été communiqué ou si tout porte à croire que l'acceptation du destinataire du service n'a pas porté sur celui-ci (59).

Enfin, à la faveur d'un certain engouement pour l'autorégulation, on voit fleurir sur les réseaux moult codes de bonne conduite censés contribuer à assainir les pratiques et à susciter la confiance des clients. Lorsqu'il est soumis à un tel code, le prestataire est désormais tenu d'en informer les destinataires du service et de leur indiquer la façon dont il peut être consulté par voie électronique (art. 7, § 1er, 8°, de la loi sur les SSI). Cette exigence de publicité relative aux codes de conduite est impérative dans les relations B2C, tandis que les professionnels peuvent y déroger conventionnellement (art. 11, al. 1er); par ailleurs, elle n'est pas de mise dans les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques (art. 11, al. 2). On s'avise qu'une référence expresse à un code de conduite peut avoir pour effet de l'intégrer dans le domaine du contrat. Il s'en suit que le client pourrait invoquer certaines de ses dispositions comme faisant partie des conditions du contrat (60).

En conclusion, il est difficile de nier que la technologie offre de multiples possibilités pour assurer une prise de connaissance effective des conditions générales. A tout prendre, leur emploi à bon escient peut même se révéler plus efficace que la signature hâtive d'un bon de commande « papier » au dos

(59) Pour plus de détails, voy. notre étude « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, spéc. p. 739, n° 57, et les références citées.

(60) En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, « L'autorégulation — Rapport de synthèse », in *L'autorégulation*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 266, n° 34.

duquel figure, en caractères serrés et dans un langage inaccessible, le texte interminable des conditions contractuelles!

13. La transparence du processus contractuel sur le web. – En matière de contrats noués par voie électronique, en sus des informations générales à fournir (art. 7), la loi sur les SSI, en son article 8, § 1er, impose au prestataire de services l'obligation de communiquer une série d'informations concernant le processus contractuel. Celles-ci présentent une originalité certaine en ce qu'elles ne s'attachent pas tant au contenu obligationnel qu'au mode particulier de conclusion du contrat. Il s'agit ici de fournir des informations de nature à assurer une plus grande transparence du processus de commande. Elles portent sur les points suivants : 1° les langues proposées pour la conclusion du contrat; 2° les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat; 3° les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données relatives à la commande; 4° si le contrat une fois conclu est archivé ou non et s'il est accessible ou non.

Suivant les termes de l'article 8, § 1er, ces informations doivent être communiquées « avant que le destinataire du service ne passe sa commande » et « formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque ». On note toutefois que cette disposition est supplétive dans les relations B2B (art. 11, al. 1er) et qu'elle ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre des contrats conclus par échange de courriers électroniques (art. 11, al. 2).

Les points 2° et 3° retiennent en particulier notre attention; le point 1° n'appelle aucun commentaire particulier, tandis que le point 4° fera l'objet d'une simple remarque.

a. *Les étapes techniques à suivre pour conclure le contrat*

Si le législateur impose au prestataire de services une obligation d'information portant sur les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat, c'est évidemment afin d'éviter qu'à défaut d'une maîtrise suffisante de web, des usagers ne se trouvent engagés dans des liens contractuels pratiquement à leur insu — par erreur, inadvertance ou faute de

mesurer adéquatement la portée juridique d'un « clic ». Certains auteurs estiment, à cet égard, que l'internet favorise des achats « involontaires » ou irréfléchis, en raison de l'enchaînement rapide des phases sur le web (de la publicité... au bon de commande) (61).

Pour obvier à cette situation, certains prestataires veillent à découper le processus de formation du consentement en une série d'étapes et passages obligés, de manière à ménager au client des haltes propices à la réflexion (62). Ainsi, une fois son choix arrêté, l'internaute est invité à cliquer sur une icône de manière à enclencher le processus de formation du contrat. L'itinéraire à suivre est jalonné de messages, d'avertissements, avec nombre d'invitations à marquer son approbation, exprimée par un clic sur l'icône appropriée, avant de pouvoir passer à l'étape ultérieure. À chaque instant, l'internaute a la possibilité d'interrompre la procédure et de revenir en arrière, sans conclure le contrat. Ainsi, le consentement de l'internaute se construit progressivement : il sélectionne avec soin chaque élément, vérifie son choix à plusieurs reprises, modifie le contenu de sa commande, prend connaissance des conditions générales de vente, remplit le formulaire de commande, s'informe de l'utilisation qui sera faite de ses données personnelles, consulte les différents modes et tarifs de livraison, etc. Une fois déterminés tous les éléments du contrat, un récapitulatif de l'opération apparaît à l'écran, accompagné d'une invitation à vérifier l'exactitude des données, avant de valider définitivement la commande, en cliquant sur l'icône prévue à cet effet (63). Ce n'est qu'au terme de ce processus que la commande est enregistrée, avec l'affichage d'une page web confirmant que tout s'est bien déroulé. Dans ces conditions, on a tort de trop agiter le spectre de l'« achat d'impulsion », du contrat conclu à la hâte sur le *net*... pour autant, bien entendu, que les titulaires

(61) B. De Nayer, « Information, interaction et commerce électronique », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutella dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, pp. 117 et s.; F. Ost, « Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse », in *Le consentement électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 194 et s.

(62) P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *J.C.P.*, 2000, I, 236, p. 1116.

(63) Parfois, le client est invité à exprimer son accord définitif, qui le liera juridiquement, en deux (voire trois) « clics » afin de bien confirmer son acceptation, après vérification. Pareil système est baptisé « double (ou triple) clic ».

de sites de commerce électronique utilisent à bon escient les techniques disponibles et informent correctement à leur sujet.

b. – *Les moyens techniques de correction des erreurs de saisie*

L'usage des réseaux favorise, il est vrai, le risque de commission d'erreurs liées à une manipulation inadéquate ou maladroite de l'outil technologique. Les hypothèses imaginables ne manquent pas : l'internaute peut cliquer par mégarde sur une icône et conclure ainsi un contrat sans l'avoir vraiment voulu; il peut croire à tort — suite à des perturbations dans la connexion — que sa commande n'a pas été enregistrée et recommencer l'opération, concluant ainsi deux contrats au lieu d'un seul; il peut commettre des erreurs diverses dans la saisie des données (sélectionner le mauvais article, ou le sélectionner plusieurs fois, se tromper — au moment de compléter le formulaire de commande — dans le numéro de carte de crédit, l'adresse de livraison...); etc.

Pour prévenir ce genre de bévues, le prestataire est tenu de mettre à la disposition de ses clients des moyens techniques appropriés permettant l'identification et la correction des erreurs commises dans la saisie des données, et ce, avant la passation de la commande. Ainsi, des dispositifs logiciels sont programmés pour débusquer automatiquement les erreurs manifestes dans la commande (quantités exorbitantes, données incompatibles avec la définition d'un champ, introduction de données contradictoires, numéro de carte de crédit incorrect...) (64) ou les champs du formulaire qui sont restés vacants (pas de nom, pas d'adresse de livraison...). Un message d'erreur apparaît alors, invitant le client à opérer les corrections nécessaires. En outre, divers boutons de correction, d'annulation ou de validation de la commande apparaissent au cours du processus contractuel, qui contribuent aussi à mettre les internautes à l'abri de l'erreur.

Il est à remarquer que l'article 8, § 1er, 3°, fait peser sur le prestataire une obligation d'information relative aux moyens

(64) Voy. E. Montero, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, pp. 48-49.

techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données, tandis que l'article 9 impose, pour sa part, la mise en place de tels dispositifs. Si cette dernière exigence est impérative dans les relations B2C, elle est seulement supplétive dans les relations B2B (art. 11, al. 1er), et elle n'est pas de mise dans les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques (art. 11, al. 2).

c. – *L'archivage du contrat*

En ce qui concerne le point 4° de l'article 8, il suffit de souligner que celui-ci n'impose nullement au prestataire de procéder systématiquement à un archivage du contrat. Et même s'il archive le contrat, il est seulement tenu d'informer le destinataire de l'existence de cette archive, non de lui permettre d'y accéder. On se demande d'ailleurs s'il est d'un grand secours pour le client d'être informé de l'existence d'un archivage du contrat auquel il ne pourrait avoir accès. On devine ici le malaise des législateurs européen et belge face aux nombreuses interrogations que soulève encore l'archivage électronique (méthodes, coûts, fiabilité, etc.) (65). Malaise d'autant plus grand que l'on commence à mesurer toute l'importance de la question, notamment sur le plan de la preuve (*infra*, n° 16, *in fine*).

14. L'obligation d'accuser réception de la commande. – Avec le développement des contrats à distance, puis du commerce électronique, le législateur s'est montré de plus en plus soucieux de protéger le cocontractant, en multipliant les informations à lui communiquer, non seulement préalablement, mais aussi postérieurement à la conclusion du contrat.

Ainsi, conformément à la directive sur le commerce électronique, la loi sur les SSI exige que le prestataire envoie, sans délai injustifié et par voie électronique, un accusé de réception de la commande émanant du destinataire du service (art. 10, 1°) (66). Cet accusé de réception consiste indifféremment en l'envoi d'un e-mail à l'adresse de courrier électronique du cocontractant, ou bien en l'affichage d'une page web consécutivement à la validation de la commande sur le site du prestataire. Souvent, par souci de sécurité, les prestataires combinent les deux formules. Le cocontractant est ainsi assuré que sa commande a bel et bien été reçue et enregistrée.

Contrairement à la directive européenne restée imprécise sur ce point, le législateur belge prévoit que l'accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande (art. 10, 2°). Enfin, il est précisé que « la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès » (art. 10, 3°).

Encore convient-il de souligner que cette disposition est supplétive entre professionnels (art. 11, al. 1er). En outre, elle ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques (art. 11, al. 2), ce que nous déplorons, car, en pareille situation, l'incertitude est totale quant à la bonne réception de la commande.

Plus loin, seront évalués l'intérêt de l'accusé de réception et son incidence sur le moment de la formation du contrat (*infra*, n° 19).

15. La confirmation des informations. – Soucieux de protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance, le législateur impose la confirmation, postérieurement à la conclusion du contrat, d'une série d'informations significatives y relatives (art. 79 LPCC). Cette exigence est à mettre en relation avec l'institution d'un droit de renonciation au profit du consommateur (*infra*, n° 23). On s'avise que l'obligation de confirmer les informations et le droit de renonciation concernent uniquement les contrats de consommation, à l'exclusion des relations B2B.

Selon les termes de l'article 79, § 1er, de la LPCC, « *le consommateur doit recevoir par écrit ou sur un autre support durable, à sa disposition et auquel il a accès* » confirmation

(65) Sur ces questions, voy. notamment M. Demoulin et D. Gobert, « L'archivage dans le commerce électronique : comment raviver la mémoire ? », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, *op. cit.*, pp. 101-130, et les références citées. Voy., en particulier, les travaux réalisés dans le cadre du projet David (*Digitale Archivering in Vlaamse Instellingen en Diensten*), disponibles en ligne, à l'adresse http://www.antwerpen.be/david.

(66) Cf. art. 11, § 1er, de la directive sur le commerce électronique. On reviendra sur le choix par les législateurs européen et belge du terme, peu juridique, de « commande » (*infra*, n° 19).

d'une série d'informations : l'identité du vendeur et son adresse géographique; le prix du produit ou du service; les frais de livraison, le cas échéant; les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution du contrat; l'existence ou l'absence d'un droit de renonciation; le cas échéant, la durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un produit ou d'un service; l'adresse géographique de l'établissement du vendeur où le consommateur peut présenter ses réclamations; les informations relatives aux services après-vente et aux garanties commerciales existants; les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an. En outre, le consommateur doit recevoir, sous une semblable forme, les conditions et les modalités d'exercice du droit de renonciation, ainsi qu'une clause type expresse lui confirmant ce droit (67) ou, en cas d'absence de droit de renonciation, une clause type attirant son attention sur ce point (68).

Le consommateur doit bénéficier de ces informations, pour les produits, au plus tard lors de la livraison, et, pour les services, avant l'exécution du contrat et le cas échéant, pendant l'exécution du contrat de service, si l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de renonciation (art. 79, § 2).

Toutefois, il faut noter que les exigences des §§ 1er et 2 ne s'appliquent pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication à distance, lorsque ces services sont fournis en une seule fois et que leur facturation est effectuée directement par l'opérateur de la technique de communication. Cette exception trouvera sou-

(67) Selon les termes de la loi, cette clause doit être rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page, et libellée comme suit : « *Le consommateur a le droit de notifier au vendeur qu'il renonce à l'achat, sans pénalités et sans indication de motif, dans les ... jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison du produit ou de la conclusion du contrat de service* ». Le nombre de jours ouvrables, qui doit être indiqué, ne peut être inférieur à sept. En cas d'omission de cette clause, le produit ou le service est réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le produit ou le service ni de le restituer.

(68) Selon la loi, cette clause doit être rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page, et libellée comme suit : « *Le consommateur ne dispose pas du droit de renoncer à l'achat* ». En cas d'omission de cette clause, la sanction n'est pas, comme dans l'hypothèse précédente, l'assimilation à un achat forcé, mais l'attribution au consommateur d'un droit de renonciation de trois mois (art. 80, § 4, dernier alinéa). Pour une critique de cette solution, A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 40.

vent à s'appliquer dans l'environnement des réseaux (consultation en ligne de bases de données, vidéos à la demande, services de téléphonie vocale, etc.). Néanmoins, le consommateur doit être informé de l'adresse géographique de l'établissement du vendeur où il peut présenter ses réclamations (art. 79, § 3).

Comme on le verra ultérieurement, le non respect de l'obligation de confirmation est sanctionné par un allongement du délai de renonciation au profit du consommateur (art. 80, § 2) (*infra*, n° 23).

La loi prévoit que le consommateur doit recevoir la confirmation des informations par écrit ou sur tout autre *support durable* (69). Créée de toutes pièces par le législateur européen (70), pour les besoins du commerce électronique, cette notion semble destinée à se substituer, dans l'environnement numérique, au traditionnel support papier (71). Or, à l'heure actuelle, la notion de support durable n'est pas définie en droit belge. Le vide juridique entourant la notion est source d'une certaine insécurité juridique (72). Pour dissiper ces interrogations, le législateur européen s'est attelé à la définir, dans la récente directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs. En son article 2, f,

(69) Pour une analyse critique de la notion, M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 2000/4, pp. 361 et s.

(70) Cette notion originale a fait sa première apparition dans la directive sur les contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144, du 4 juin 1997, p. 19. Depuis, le législateur n'a cessé d'y recourir, comme dans la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 171 du 7 juillet 1999, p. 12; la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.*, n° L 9 du 15 janvier 2003, p. 3; la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° L 271 du 9 octobre 2002, p. 16. La notion de support durable a été intégrée en droit belge, à l'article 79 de la LPCC, par la loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999).

(71) L'expression « par écrit *ou sur un autre support durable* » nous semble erronée à double titre. D'une part, elle sous-entend, à tort, que l'écrit est un support parmi d'autres. A l'évidence, l'*écrit* est ici confondu avec l'*écrit sur papier*. D'autre part, elle paraît maladroite, en ce qu'elle semble laisser le choix entre un écrit *ou* un support. Or, en tout état de cause, quel que soit le support, on n'échappe pas à l'écriture. En réalité, le législateur impose deux exigences : d'une part, il faut un écrit, d'autre part, ces informations doivent être fournies au consommateur sur un *support durable*, à sa disposition et auquel il a accès.

(72) On peut se demander, par exemple, si un professionnel qui fournit l'information sur son site web se conforme à son obligation d'information sur support durable.

cette dernière considère comme un support durable, « *tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées* ». Le considérant n° 20 de la directive précise en outre que « *Les 'supports durables' incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ils ne comprennent pas les sites Internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables* » (73). Selon nous, une telle précision signifie qu'on peut considérer comme fournie sur un support durable l'information figurant dans des fichiers téléchargeables sur le disque dur de l'utilisateur à partir de sites web, mais pas celles figurant sur la page web en langage html.

Par ailleurs, deux conditions de validité sont prévues par la loi : le support durable doit être *à la disposition* du consommateur, et ce dernier doit *y avoir accès*. Ajoutons que la formulation de la directive, qui précise que le consommateur doit « recevoir » les informations, a conduit le législateur belge à exclure toute démarche positive du consommateur dans le processus de confirmation des informations (74). Parce qu'elle grève le prescrit légal d'une condition de passivité non explicitement formulée et pour le moins discutable, cette interprétation restrictive nous semble devoir être écartée. Enfin, au regard de ce qui a été exposé précédemment, on peut estimer qu'un courrier électronique, une fois imprimé sur papier, présente des garanties de durabilité suffisantes et parfaitement adaptées aux exigences et aux particularités du commerce électronique.

16. Considérations finales. – Dans le souci d'assurer l'information et la transparence sur les réseaux, en général, et

(73) Voy. aussi l'art. 2, 12, de la directive du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance (précitée).

(74) Voyez le projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 2050/1, p. 28.

dans le processus contractuel, en particulier, le législateur oblige à fournir impérativement toutes sortes d'informations, dont la liste ne cesse de s'agrandir. Si l'intention est louable, le procédé n'est pas exempt de tout reproche.

On s'avise tout d'abord que les informations dues légalement s'ajoutent, le cas échéant, à toutes celles que les prestataires fournissent spontanément dans le but de promouvoir leurs activités et de susciter la confiance. On songe à des informations concernant l'histoire de la société, le groupe auquel elle appartient, ses statuts, ses dirigeants, sa structure interne, son chiffre d'affaires, des statistiques, des photos, les adresses des différents points de vente..., sans compter l'affichage d'un label et des informations y relatives, etc.

Par ailleurs, en ce qui concerne plus particulièrement le processus contractuel, rappelons que les nouvelles informations prévues par l'article 8, § 1er, de la loi sur les SSI s'ajoutent à celles dues, dans le cadre des contrats à distance, sur pied de l'article 78 de la LPCC, le tout sans préjudice des autres exigences légales et réglementaires en matière d'information. Soulignons encore la portée extrêmement large de l'article 7 de la loi sur les SSI, qui s'impose à tout prestataire d'un « service de la société de l'information », quelles que soient son activité, la qualité du destinataire du service et la voie électronique utilisée (75). A cet égard, des difficultés pratiques ne manqueront pas de se poser à propos de tel ou tel SSI. En effet, selon les termes de l'article 7, § 1er, le prestataire doit assurer un accès *facile*, *direct* et *permanent* aux informations, notamment, suivant une suggestion formulée dans les travaux préparatoires de la loi (76), via un lien hypertexte placé au bas de chacune des pages du site et renvoyant vers les pages contenant ces informations. Dès lors que les sites web ne sont pas les seuls concernés par les nouvelles exigences en matière d'information, on peut s'attendre à quelques embarras techniques; les voies électroniques par lesquelles un SSI peut être fourni sont

(75) Voy. l'exposé des motifs de la loi, p. 30. La seule dérogation possible concerne l'article 7, § 1er, 8°, à propos de l'information relative aux codes de conduite. En effet, il peut être dérogé à l'exigence prescrite dans cette disposition dans les relations B2B (art. 11, al. 1er); par ailleurs, elle n'est pas applicable aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques.

(76) Voy. l'exposé des motifs de la loi, p. 31.

variées et ne se prêtent pas toujours à une correcte mise en œuvre des multiples obligations d'information du destinataire : ainsi, la fourniture d'un tel service exclusivement par courrier électronique pose question (77), dès lors que la définition large de ce dernier couvre, notamment, le chat, la vidéoconférence, la téléphonie vocale sur l'internet, les SMS, voire aussi les messages vocaux laissés sur les répondeurs téléphoniques ou les boîtes vocales de GSM (78).

En tout état de cause, on en est arrivé à un point tel qu'il est permis de s'interroger : sachant que trop d'informations tue l'information, le législateur n'a-t-il pas poussé le bouchon un peu loin ? Le risque nous paraît bien réel aujourd'hui que le destinataire, noyé sous l'information, s'y perde et qu'elle finisse par manquer son but d'éveiller l'attention sur tel ou tel point névralgique.

Enfin, remarquons qu'aux termes de l'article 12 de la loi sur les SSI, « à l'égard des consommateurs, la preuve du respect des exigences prévues aux articles 7 à 10 incombe au prestataire » (79). Cette disposition est à rapprocher de l'article 82, § 1er, de la LPCC, dont il résulte qu'en matière de contrats à distance, « la preuve de l'existence d'une information préalable, d'une confirmation écrite ou sur support durable, du respect des délais et du consentement du consommateur, incombe au vendeur ». Il est décidément patent que le législateur entend faire peser le risque de la preuve sur le vendeur ou le prestataire de service. Fardeau redoutable vu la plasticité et le caractère évolutif d'un site web. Aussi, le prestataire sera-t-il bien avisé de recourir aux services d'un tiers de confiance pour garder trace d'une série d'informations (80). A cet égard, on songe au recours à l'archivage des contrats conclus, voire

(77) Pour rappel, les exceptions prévues par l'article 11, al. 2, de la loi pour « les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques » ne concernent pas l'obligation générale d'information, qui s'impose en toute hypothèse (hormis l'art. 7, § 1er, 8°).

(78) Voy. le commentaire de l'article 2, 2°, du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 17.

(79) Vu qu'il peut être amené à devoir établir qu'il a fourni une information correcte sur les étapes techniques à suivre pour conclure le contrat ou sur les moyens techniques d'identification et de correction des erreurs, etc.

(80) *Cf.* T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de A. SALAÜN et D. GOBERT), *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 291-292, nos 547-548.

même de certaines pages web, et au recommandé électronique ou à l'horodatage s'agissant des informations communiquées par courrier électronique (81).

§ 3. Les conditions de l'offre sur les réseaux

17. Diversité de formes d'expression. – D'un point de vue dynamique, le contrat se forme, comme l'on sait, par la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

Rappelons que la notion d'offre désigne, en droit belge, une proposition ferme, précise et non équivoque de contracter portant sur les éléments clés du contrat de sorte qu'il suffit à son destinataire de l'accepter pour que le contrat se forme (82).

Pour être valable, encore faut-il que l'offre porte, plus précisément, 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 ») (83) (84). En revanche, il n'est pas nécessaire que l'offre s'adresse à une per-

(81) Pour d'autres commentaires à ce sujet, voy. *infra*, n° 22, et les références citées.

(82) *Cf.* Cass., 23 sept. 1969, *R.C.J.B.*, 1971, p. 216, note Y. MERCHIERS ; Cass., 1er févr. 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 690 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 714, n° 73, et les réf. ; F. 'T KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1984, pp. 9-51, spéc. pp. 30 et s. Sur la notion d'offre en droit belge et comparé, voy. aussi l'imposante étude de C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat — Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 139 et s., et les nombreuses références citées.

(83) Sur cette distinction, voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 139, n° 56 ; W. WILMS, « Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek », *R.W.*, 1980-1981, 495.

(84) Ainsi, en matière de vente, l'offre doit porter sur la chose et sur le prix (éléments essentiels), mais aussi sur les autres conditions jugées déterminantes, tels qu'un délai de livraison ou les modalités de paiement du prix (éléments substantiels). Par contre, les propositions classiquement baptisées « offres d'emploi » ne sont pas, en réalité, de véritables offres, à défaut, notamment, d'indications précises sur le montant de la rémunération et sur des points essentiels du contrat de travail. En ce sens, M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Coll. À la rencontre du droit, Diegem, Kluwer, 1999, p. 41, n° 56.

sonne déterminée; le droit belge admet également les offres faites au public, c'est-à-dire à personnes indéterminées (85).

Pourvu qu'elle satisfasse aux conditions qui viennent d'être énoncées, toute volonté émise sur les réseaux peut être qualifiée d'offre au sens juridique de la notion (86). Ainsi, raisonnant par analogie avec les situations classiques envisagées par la doctrine (87), il est permis de considérer comme une offre les pages web (vitrine virtuelle, catalogue en ligne...) présentant de manière suffisamment détaillée les produits et services; il en sera de même d'un message posté dans un groupe de discussion, d'une annoncée affichée sur un site ou d'un courrier électronique. Peu importe, en définitive, la forme empruntée : dès l'instant où sont présents les éléments matériel (indications détaillées sur l'objet, le prix...) et moral (la volonté d'être lié par la proposition faite) de l'offre, la volonté exprimée sera considérée comme telle. *A fortiori* en sera-t-il ainsi lorsqu'un bon de commande est intégré au site du prestataire ou lorsqu'un paiement par carte de crédit est exigé aux fins de pouvoir passer commande, le client ayant l'impression sincère et légitime de répondre à une offre (88).

(85) Encore convient-il de réserver les cas (surtout les ventes B2B) où il s'agit d'appliquer, à titre de règles de droit matériel se substituant au droit interne des Etats contractants, la Convention de Vienne, qui dispose, en son article 14-2, qu'« une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire ». *Cf.*, en droit belge, la loi du 4 septembre 1996 portant approbation de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (*M.B.*, 1er juillet 1997).

(86) Observons qu'en pratique, les offres peuvent être assorties de toutes sortes de réserves. Sur les différents types de réserve, leur portée et leur admissibilité, voy. C. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, *op. cit.*, pp. 153 et s., nos 5 à 7. Contentons-nous de préciser que les réserves dites « d'agrément » (du genre « 'Nos offres sont libellées sans engagement' ou 'Les commandes ont lieu sous réserve d'acceptation de notre part'), pourvu qu'elles soient admises (cf. LPCC, art. 32-1), visent à soumettre la conclusion du contrat à la volonté de l'auteur de la proposition; il s'en suit qu'elles ont pour effet de dénaturer l'offre en un simple appel d'offres. On lira aussi, sous la plume des mêmes auteurs, les considérations portant sur la durée de validité de l'offre émise sur un site de commerce électronique (*Ibidem*, pp. 156 et s., n° 8).

(87) Voy. J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. III, 2e éd., 1981, p. 17, n° 11; H. De Page, *Traité*, t. II, n° 515.

(88) *Cf.* C. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, *op. cit.*, p. 152, n° 4; B. De Nayer et J. Laffineur, « Le consentement électronique : le cadre législatif belge », in *Le consentement électronique, op. cit.*, p. 60; E. Montero, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, 1997, p. 49, n° 9. Comp. R. Steennot, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, p. 667.

18. Offre ou invitation à offrir? – Jusqu'ici, nous avons admis tacitement, sous l'inspiration du droit belge, que l'offre émane, sous une forme ou l'autre, du prestataire de service, ce qui implique que la commande soit analysée comme l'acceptation, le contrat se formant par la rencontre de ces deux éléments. Cependant, il faut remarquer que cette analyse n'est pas reçue dans tous les droits nationaux.

Partant de l'idée que la volonté de s'engager fait défaut chez celui qui fait une proposition à un public indéterminé, certains systèmes juridiques (notamment les droits anglais et allemand) qualifient ce genre de manifestation de volonté comme une *invitation à offrir (invitatio ad offerendum)* (89). Cette approche est justifiée par des considérations de bon sens selon lesquelles une personne raisonnable ne pourrait accepter l'idée d'être liée alors qu'elle ne sait, au moment d'émettre sa proposition, si son stock sera suffisant et/ou si le destinataire sera solvable. Dans cette conception, les rôles sont inversés : une vitrine virtuelle ou un catalogue en ligne, la page web du prestataire ou le courrier électronique envoyé par lui, constituent une simple invitation à émettre une offre, tandis que le client devient l'auteur de l'offre; le bon de commande se mue en offre et le sort du contrat bascule entre les mains du prestataire auquel il revient d'accepter ou non.

Afin d'aplanir les évidentes difficultés engendrées par ces disparités nationales, les auteurs du premier projet de directive sur le commerce électronique proposaient de fixer un critère uniforme de la notion d'offre et du moment de la conclusion du contrat formé par le biais des réseaux (*infra*, n° 19) (90). Hélas, à l'issue d'âpres discussions, ils ont renoncé à réconcilier les points de vue. Dans sa version définitive, la directive omet aussi, logiquement, de se prononcer sur la qualification à apporter à la déclaration contractuelle du destinataire envoyée au prestataire. Elle se borne à établir une obliga-

(89) Sur la notion d'offre en droit allemand et anglais, voy. l'étude récente de C. Delforge, *op. cit.*, pp. 197 et s., spéc. n° 102, pp. 256 et s., spéc. nos 206 à 208, et les références citées.

(90) Les modifications intervenues sur ce point au cours du processus d'élaboration de la directive sur le commerce électronique sont exposées et commentées en détail par R. Julià-Barceló, E. Montero et A. Salaün, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Commerce électronique. Le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, spéc. pp. 24-32.

tion d'accuser réception de la « commande » du destinataire (*supra*, n° 14) (91). Le repli sur le terme, imprécis, de « commande » ne permettant pas de trancher le dilemme suggéré (offre ou simple invitation à offrir), il en résulte un renvoi aux législations nationales pour les questions relatives à la notion d'offre et à la détermination du moment de la conclusion du contrat (*infra*, n°s 19 à 21).

§ 4. – Le moment et le lieu de la conclusion du contrat

19. Absence d'harmonisation au niveau européen. – La conception proposée par l'article 11 (ancienne mouture) de la proposition de directive sur le commerce électronique donnait l'impression de sonner le glas du concept d'*invitatio ad offerendum* dans le commerce électronique, en fixant définitivement la conclusion du contrat au moment où le destinataire du service recevait du prestataire un accusé de réception de son acceptation. Seule était ainsi retenue l'hypothèse où le prestataire émettait une *offre*, que le destinataire pouvait accepter en cliquant sur une icône; la situation où le prestataire ne faisait qu'une invitation à offrir était passée sous silence (92). L'on sait que la montagne a accouché d'une souris puisque les Etats ont tout au plus réussi à se mettre d'accord sur la modeste obligation d'accuser réception de la « commande » (*supra*, n° 14). Il s'en suit une absence totale de solution uniforme sur des questions essentielles touchant à la formation du contrat. A commencer par celle de l'incidence de cette obligation d'accuser réception sur le plan de la formation du contrat.

Si l'on considère l'envoi de la commande comme une acceptation de l'offre du prestataire, il paraît clair que l'accusé de

(91) Voy. la recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *P.E. Doc.*, A5-106/2000 du 12 avril 2000, pp. 7 et 9.

(92) *Cf.* Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 28.

réception, postérieur à cette acceptation, n'a aucune influence sur la formation du contrat. Mais il présente l'avantage d'assurer au client que sa commande a bien été reçue par le prestataire et donc que le contrat est formé; il constitue, en outre, pour lui un moyen de preuve de l'existence du contrat, en cas de contestation (93).

A l'inverse, dans la perspective de l'*invitatio ad offerendum*, la commande s'analyse en une offre, et le contrat ne sera conclu que par l'acceptation de celle-ci par le prestataire. Est-ce à dire que l'accusé de réception de la commande, envoyé par le prestataire à son client, peut être assimilé à une acceptation de l'offre? Les risques de confusion nous semblent importants, à cet égard, et l'on ne saurait trop recommander la prudence dans la formulation de l'accusé de réception. En effet, un prestataire pourrait accuser réception de la commande *en se réservant le droit de refuser ou d'accepter l'offre*, dans un délai raisonnable et dans les limites de la théorie de l'abus de droit. Dans ce cas, le prestataire devrait mentionner, de manière explicite et bien visible, une telle réserve. Si le libellé de l'accusé de réception est sans équivoque, ce message n'aura d'autre fonction que d'informer le client de la réception de son offre, sans fixer, à ce stade, le sort du contrat. Faute de quoi, l'accusé de réception ayant tout l'air d'une acceptation, le client pourrait légitimement croire son offre acceptée et le juge décréter, le cas échéant, le contrat conclu, en application de la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime. Toutefois, on peut supposer que, dans la plupart des cas, le prestataire enverra son acceptation de l'offre avec l'accusé de réception, dans le même instrument. En tout état de cause, l'accusé de réception, *en soi*, n'entraîne pas la conclusion du contrat. C'est *seulement lorsqu'il contient une acceptation*, expresse ou tacite, qu'il conduit à la formation du contrat. Observons, en passant, que le prestataire sera démuni sur le plan probatoire étant donné que la loi n'impose pas au *client* d'accuser réception de l'acceptation du prestataire; ce dernier pourrait donc avoir du mal à établir que son acceptation est

(93) Voy. R. Julià-Barceló, E. Montero, A. Salaün, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 30.

effectivement parvenue au client et que, partant, un contrat a été conclu (94).

Cela étant, en ce qui concerne plus précisément la détermination du moment et de l'endroit de conclusion du contrat, les solutions varient d'un Etat à l'autre. On rappelle, à cet égard, que le droit des obligations connaît le concept de « contrat entre absents », lequel désigne la situation dans laquelle « l'acceptation n'est pas donnée en présence de l'autre partie ». Dans cette circonstance, l'offre et l'acceptation n'étant pas concomitantes, la fixation du moment et du lieu de conclusion du contrat pose question; aussi doctrine et jurisprudence se sont-elles employées à y répondre, en élaborant diverses théories.

20. Aperçu des théories en présence. – Divers systèmes ont été proposés pour résoudre la question de la formation des contrats entre absents (95). Selon les deux principales écoles, le contrat se forme soit au moment de l'expédition de l'acceptation (96), soit au moment de sa réception par l'offrant (97).

En Belgique, la Cour de cassation a consacré la *théorie de la réception*, en affirmant qu'un contrat entre parties non présentes est formé lorsque l'offrant « a eu ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation de son offre » (98). La prise de connaissance effective de l'acceptation par l'offrant n'est pas requise, car ce serait abandonner la formation du contrat au hasard ou au bon vouloir de l'offrant.

Quant au lieu de conclusion du contrat, il serait, suivant la théorie de la réception, celui où l'offrant reçoit le message d'acceptation (99).

Voyons à présent ce qu'il en est sur les réseaux, en s'attachant à la théorie de la réception, qui a les faveurs de notre Cour de cassation. Remarquons, au passage, que le libellé de l'article 10, 3°, de la loi sur les SSI n'est pas sans évoquer précisément cette théorie (100).

21. Application dans l'environnement électronique. – Dans le cas d'une commande passée sur un site web, on suppose que le prestataire a accès au bon de commande dès l'instant où celui-ci atteint son serveur, c'est-à-dire, en principe, quelques secondes après l'envoi de la commande. En ce qui concerne les contrats conclus par échange d'e-mails, il nous apparaît que l'offrant a la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation de son offre, et que dès lors le contrat est formé, dès l'instant où le message d'acceptation parvient à son serveur de messagerie, et non au moment où il relève sa boîte et télécharge ses messages sur le disque dur de son ordinateur. On ne prendra donc pas en considération les éventuelles difficultés de connexion que rencontrerait l'offrant, ni la circonstance qu'il relève sa boîte seulement par intermittence, pour des motifs divers (absence de connexion permanente...).

Si le message électronique n'arrive jamais à destination, le sort du contrat dépendra de la théorie appliquée (101). Suivant la théorie de la réception, le contrat ne s'est jamais formé; en revanche, suivant la théorie de l'expédition, le contrat est considéré comme conclu même si message n'est jamais parvenu à destination. Mais, évidemment, le nœud de

(94) En ce sens, C. Lecocq et C. Biquet-Mathieu, *op. cit.*, n° 39.

(95) Pour un examen critique des différentes théories, voy. les études classiques de J. Heenen, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », *R.C.J.B.*, 1962, pp. 303 et s., et de J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, spéc. pp. 346-392.

(96) Pour les uns, il y a concours des volontés dès le moment où l'acceptant exprime sa volonté d'accepter; dans ce cas, la coexistence des volontés suffit à la formation du contrat, peu importe que l'offrant ait effectivement connaissance de l'acceptation (*théorie de la déclaration*). D'autres identifient le moment de conclusion du contrat à l'instant où l'acceptation est envoyée à l'offrant (*théorie de l'expédition*).

(97) Selon la *théorie de la réception*, pour qu'il y ait concours de volontés, il faut que l'offrant soit informé de l'acceptation, c'est-à-dire qu'il l'ait reçue. Certains ont été jusqu'à dire qu'il ne peut y avoir formation du contrat que si l'offrant a pris effectivement connaissance de l'acceptation (*théorie de l'information effective*).

(98) Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087, *J.T.*, 1990, p. 724, *R.W.*, 1990-1991, p. 149 et les conclusions de M. l'avocat général G. D'Hoore; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182; Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. Heenen, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance ». Voy. aussi R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly, B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak... », *op. cit.*, p. 315, n°s 100 et s.; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 138, n° 55.

(99) *Ibidem*.

(100) Art. 11, 3° : la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.

(101) A propos des aléas de la transmission sur les réseaux, voy. M. Demoulin et E. Montero, « La conclusion de contrats par voie électronique », *op. cit.*, pp. 780-781, n° 101. Il n'est pas à exclure qu'un message s'attarde, s'égare, ou soit altéré, voire détruit, en chemin. Toutefois, il ne faudrait pas grossir le problème, qui se pose pareillement dans le cadre des contrats conclus par échange de correspondance; à l'instar de la solution retenue en ce domaine, il est raisonnable de présumer qu'en principe, un message électronique parvient à son destinataire, et ce, presque immédiatement.

la question est de pouvoir faire la preuve de l'expédition du message d'acceptation; sur les réseaux, une telle preuve est malaisée à produire, sauf à recourir à un service d'horodatage (102).

Quant au lieu de formation du contrat, il devrait s'agir — toujours par application de la théorie de la réception — de l'endroit où l'offrant a la possibilité de prendre connaissance du message. D'instinct, l'on songe à l'endroit où se situe le serveur de l'offrant. Toutefois, cette solution n'est pas satisfaisante, le serveur pouvant être parfois difficile à localiser géographiquement et situé dans un Etat autre que celui où l'offrant est établi. De même, n'est pas pertinent l'endroit à partir duquel l'offrant consulte sa boîte aux lettres électronique dès lors qu'il peut s'agir de n'importe quel point du globe. Dans les deux cas, la solution pressentie pourrait induire la tentation de recourir à des astuces d'ordre technique pour déjouer les prévisions des parties, ce qui ne paraît pas acceptable.

22. Appréciation critique. – Il ressort des brefs développements du point précédent que la théorie des contrats entre absents n'est pas parfaitement adaptée au cas des contrats conclus par le biais des réseaux.

Tout d'abord, il est permis d'observer que, dans un environnement électronique où les messages voyagent rapidement (en quelques secondes, le plus souvent), un intervalle de temps *infime* sépare le moment où l'acceptant exprime sa volonté (dernier clic) et celui où cette dernière peut être connue par l'offrant (titulaire du site web); il n'en va pas différemment dans le cas des contrats conclus par échange de courriers électroniques.

Il n'est pas inutile de rappeler, à cet égard, qu'à l'origine, la théorie des contrats entre absents fut conçue dans le contexte des contrats formés par l'échange de lettres missives, dont l'acheminement par voie postale pouvait prendre une ou plusieurs semaines. Etant donnés la lenteur des communications postales et l'importance de l'intervalle de temps pouvant

(102) A ce sujet, voy. M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, *op. cit.*, pp. 45-68. On rappelle qu'en matière de contrats conclus sur le web, le prestataire a l'obligation d'accuser réception de la commande (*supra*, n° 14).

séparer volonté exprimée et volonté connue de l'autre partie, la nécessité est apparue de dégager un critère pertinent pour la détermination du moment précis de formation du contrat. En effet, durant cet intervalle, tant d'événements sont susceptibles de venir affecter le contrat naissant : la loi peut changer, l'une des parties tomber en faillite, l'autre devenir (in)capable, l'offre être révoquée, l'objet du contrat subir un sinistre... Sans compter la nécessité de déterminer le point de départ des délais d'exécution, de garantie, de prescription...

A la lumière de ces considérations, l'on se demande si l'analogie entre le courrier postal et les messages transmis électroniquement est tout à fait pertinente. En effet, sur les réseaux numériques, les communications s'opèrent quasi instantanément — « en temps réel », dit-on de manière significative. Autre chose est « le temps des facteurs », autre chose la vitesse de la lumière (fibres optiques), des ondes magnétiques et flux hertziens. Aussi est-il improbable qu'une faillite, une modification législative ou un sinistre interviennent en un si court laps de temps (103). Bref, il ne semble pas incongru de s'interroger sur la pertinence de la théorie des contrats entre absents dans le cadre des communications électroniques (104).

L'on objectera qu'il n'est pas toujours exact que les communications électroniques se réalisent de manière instantanée. Certes, l'infrastructure technique qui sous-tend l'espace « virtuel » a le don de nous ramener à la dure réalité des connexions interrompues, des mauvaises configurations ou des lignes saturées, ralentissant parfois considérablement l'acheminement d'un message sur les réseaux. Néanmoins, ces perturbations nous paraissent relever de l'exception, le *quod plerumque fit* des réseaux voulant qu'un message parvienne presque immédiatement à son destinataire. Dès lors, l'utilité de la théorie

(103) Certes, dans certains cas, le problème peut présenter quelque acuité. Par exemple, si le prix d'une vente d'actions est déterminé en fonction du moment précis de la formation du contrat, il aura pu osciller sensiblement durant le temps qui sépare l'envoi et la réception de l'acceptation, un message pouvant nécessiter *exceptionnellement* plusieurs jours pour parvenir à destination. Mais le problème est souvent réglé par les parties elles-mêmes vu la particularité du contrat. Voy. R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO et A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 25.

(104) Pour de telles réflexions prospectives, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, spéc. pp. 781-787, n°s 102 à 108, dont on résume ici le propos.

des contrats entre absents serait réduite à quelques hypothèses exceptionnelles et anormales, dans lesquelles la distinction entre le moment d'émission de l'acceptation et celui de sa réception aurait une raison d'être. Hormis quelques cas spécifiques, on ne voit guère l'intérêt de déterminer le moment de conclusion du contrat *à la minute près* (105).

En toute hypothèse, le vrai problème se situe plutôt sur le terrain probatoire (106). Quelle que soit la théorie retenue, l'intéressé sera bien en peine d'administrer la preuve du moment précis où l'acceptation par voie électronique a été envoyée ou reçue. Là où la théorie des contrats entre absents fait difficulté, la technologie est susceptible d'apporter des solutions. L'occasion nous est ainsi donnée de rompre une lance en faveur du recommandé électronique avec accusé de réception (107) et de l'horodatage de documents électroniques (108). En faisant recours à ces dispositifs offerts par des « tiers de confiance », l'on aurait non seulement la certitude de la bonne réception du message, mais aussi une preuve du moment précis de cette réception et, *a fortiori*, de la conclusion du contrat.

Quant à la détermination du lieu de conclusion du contrat, nous avons vu que la théorie des contrats entre absents n'était pas d'un grand secours. Nous sommes d'avis que la solution doit être guidée par le principe de prévisibilité contractuelle : le contrat serait formé à l'endroit où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre qu'il le soit, compte tenu des circonstances (109), et notamment des informations disponibles sur le site de l'offrant ou dans son message de courrier électronique. Or, il est fait obligation à tous les prestataires en ligne de fournir un certain nombre d'informations au sujet de leur activité

(105) Remarquons que, même en ce qui concerne les contrats entre présents, la détermination du moment de conclusion tient davantage à une date qu'à une heure précise.

(106) Comme en matière de simples lettres missives, d'ailleurs !

(107) Voy. O. VAN CUTSEM, « L'évolution technologique et le monde postal. La validité juridique du courrier électronique en Belgique », disponible sur le site www.droit-technologie.org (date de mise en ligne : le 6 juin 2003); E. MONTERO, « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, *op. cit.*, pp. 69-99.

(108) Voy. M. DEMOULIN, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », étude précitée.

(109) Voy. E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », *op. cit.*, n° 10, p. 51.

professionnelle, parmi lesquelles l'adresse géographique d'établissement (*supra*, n° 10). A cet égard, la loi sur les SSI reprend intégralement la définition du « prestataire établi » (110) de la directive sur le commerce électronique, qui s'inspire elle-même directement de la jurisprudence de la Cour de justice (111). En clair, « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique » (112). On se demande, en définitive, si le *lieu d'établissement du prestataire* ne pourrait pas représenter un judicieux critère.

Cela étant, on peut se demander, plus fondamentalement, si la détermination du lieu de conclusion du contrat présente encore, aujourd'hui, un intérêt pratique dès lors que l'on a de moins en moins égard à ce critère pour déterminer la juridiction compétente ou la loi applicable (113).

§ 5. – Les moyens de revenir sur son engagement

23. Un précieux filet de sécurité : le droit de renonciation. – Comme on l'a vu plus haut, parmi les informations à fournir au consommateur, préalablement à la conclusion de tout contrat à distance, figure l'existence d'un droit de renonciation (art. 80 LPCC) (114). Cette disposition se révèle précieuse s'il est vrai qu'interactivité et multimédia aidant, l'internet peut faciliter des achats irréfléchis... (comp. *supra*, spéc.

(110) Article 2, 4° de la loi.

(111) Voy., not., C.J.C.E., 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport et alii*, C-221/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-3905.

(112) Voy. le considérant n° 19 de la directive sur le commerce électronique.

(113) Pour plus de détails à ce sujet, nous renvoyons à notre étude précitée « La formation des contrats par voie électronique », pp. 781-784, n°s 102 et 103.

(114) Pour un examen détaillé de ce droit, voy. la synthèse récente de L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », in *Le processus de formation du contrat — Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, *op. cit.*, pp. 554 et s., et les références citées. En ce qui concerne le droit de renonciation dans les contrats conclus par voie électronique, voy. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *op. cit.*, pp. 192-221.

n° 13, a). Le droit de renonciation (115) n'est pas repris dans la directive sur le commerce électronique. On en déduit, avec quelque regret, que les utilisateurs qui contractent à des fins professionnelles — le cas échéant, dans un domaine d'activités complètement étranger à leur spécialité — ne bénéficient pas d'un tel droit.

Selon l'article 80, § 1er, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour renoncer au contrat; il exerce ce droit sans pénalités et sans indication du motif, les seuls frais pouvant lui être imputés sont les frais directs de renvoi des marchandises.

Le délai de sept jours court, pour les produits, à compter du lendemain du jour de leur livraison au consommateur (116). Pour les services, le délai court à compter de la conclusion du contrat ou à partir du jour où les obligations d'information prévues à l'article 79, § 1er, ont été remplies (si ces obligations sont exécutées après la conclusion du contrat), à condition que le délai n'excède pas un délai de trois mois (117) (118).

En toute hypothèse, au cas où le fournisseur n'a pas rempli l'obligation de confirmation des informations (*supra*, n° 15), le délai est porté à trois mois. Cette lourde sanction est de nature à dissuader les fournisseurs de faire parvenir tardivement au consommateur les informations visées à l'article 79, § 1er. Dans le même esprit, si entre-temps ces informations sont fournies, le délai — de principe — de sept jours ouvrables reprend ses

(115) Appelé « délai de rétractation » dans la directive sur les contrats à distance (art. 6).

(116) Pour les produits faisant l'objet de livraisons successives, les délais de renonciation commencent à courir le lendemain du jour de la première livraison (art. 80, § 2, al. 3).

(117) Il est à noter que, par rapport à la directive sur les contrats à distance, la loi belge offre au consommateur un jour supplémentaire puisque les délais ne commencent à courir qu'à partir du *lendemain* de la réception ou de la conclusion du contrat (comp. les articles 6 de la directive et 80 de la LPCC).

(118) On rappelle que le prestataire a l'obligation d'informer le consommateur non seulement de l'existence, mais aussi de l'absence d'un droit de renonciation (art. 78, al. 1er, 6°); cette obligation d'information, non prévue par la directive européenne, a été assortie d'une sanction : au cas où le fournisseur n'aurait pas averti le consommateur, préalablement à la conclusion du contrat, de l'absence d'un droit de renonciation, le consommateur bénéficie alors d'un droit de renonciation de trois mois (art. 80, § 4, *in fine*). Par ailleurs, la possibilité d'exercer un droit de renonciation (si elle est effective) doit être rappelée, sous la forme d'une clause appropriée, lors de la confirmation des informations; en cas d'omission de cette clause, le contrat est assimilé à un contrat forcé (le consommateur n'est pas tenu de payer le produit ou le service, ni de le restituer).

droits et commence à courir dès le *lendemain* du jour où les informations visées à l'article 79, § 1er, sont fournies. Inspiré par un motif louable (incitation à confirmer au plus vite les informations), ce système n'en a pas moins été critiqué, à juste titre, notamment en raison de l'absence d'obligation d'informer le consommateur sur le délai de trois mois et le retour éventuel au délai de sept jours (119).

Précisons encore que, sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1er, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours (art. 80, § 3). Autrement dit, en principe, le prestataire ne peut *obliger* le consommateur à payer avant l'expiration du délai; il doit lui laisser le choix entre un paiement anticipé (le plus souvent, par carte de crédit) et un paiement ultérieur (par virement bancaire dans les quinze jours de la livraison, p.ex.). Pourtant, l'on sait qu'une majorité de prestataires sur l'internet ne laissent pas ce choix et imposent un paiement anticipé, sous peine de ne pouvoir passer commande chez eux. A telle enseigne qu'il n'est pas exagéré de parler de véritable pratique *contra legem* (120). Toujours est-il qu'en cas d'exercice du droit de renonciation, le vendeur est tenu de rembourser au consommateur, sans frais et au plus tard dans les trente jours suivant la renonciation, les sommes versées par lui (art. 80, § 3, al. 2).

L'exercice du droit de renonciation pose problème dans certaines hypothèses, notamment dans le cadre de contrats *conclus et exécutés* via les réseaux (121). C'est pourquoi le législateur a prévu des exceptions. Aux termes de l'article 80, § 4,

(119) A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 41.

(120) M. DEMOULIN, D. GOBERT, C. LAZARO et E. MONTERO, *Guide pour les utilisateurs d'Internet*, 2e éd. refondue et mise à jour, sous la direction d'E. MONTERO, Publication du Service fédéral Economie, 2003, spéc. n° 154. La LPCC prévoit la possibilité d'adopter un arrêté royal qui définirait les critères auxquels les prestataires seraient tenus de se conformer pour avoir le droit d'exiger un paiement anticipé (art. 80, § 3, al. 3). L'objectif est de déterminer une procédure garantissant le remboursement du consommateur en cas d'inexécution de la commande. Malheureusement, cet arrêté royal n'a pas encore été adopté à ce jour. Diverses solutions plus ou moins heureuses sont pourtant envisageables. Voy. l'étude réalisée récemment par H. JACQUEMIN, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance? », *D.A./O.R.*, à paraître.

(121) On songe à diverses situations dans lesquelles une restitution s'avère difficile, sinon inopérante : téléchargement d'un logiciel, accès à une information payante, vidéo à la demande...

de la LPCC, sauf si les parties en ont convenu autrement, le droit de renonciation ne s'applique pas aux contrats suivants : les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours ouvrables; les contrats de fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisées ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement; les contrats de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques descellés par le consommateurs (122); les contrats de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines; les contrats de services de paris et de loteries (123).

Si le droit de renonciation peut s'avérer d'un précieux secours pour le consommateur imprudent ou abusé par une technique qu'il maîtrise insuffisamment, on constate que les exceptions sont nombreuses; aussi l'avantage pourrait-il se retourner contre lui. En effet, habitué à un expédient si commode, il pourrait contracter à la légère, en pariant — à tort — sur l'existence d'un droit de renonciation. Alors qu'il est censé susciter la réflexion, le droit de renonciation pourrait, tout au contraire, faciliter l'incurie...

24. Le recours en annulation du contrat. – Si le cocontractant vient à commettre quelque erreur et ne bénéficie pas du droit de renonciation (124), il dispose, en dernier recours,

(122) Concernant le descellement de logiciels, de films ou de musiques téléchargés, on note que l'utilisation de logiciels de protection, de clés d'accès ou autres techniques digitales, constituent des scellés aux yeux du législateur. En ce sens, voy. l'exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 transposant la directive sur les contrats à distance en droit belge et modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 2050/1, p. 31. Voy. aussi B. De Nayer, « La loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999) modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur : un cadre cohérent pour le commerce électronique en Belgique ? », *D.C.C.R.*, 1999, p. 337.

(123) Toutes ces hypothèses sont tirées de la directive sur les contrats à distance, à l'exception d'une hypothèse non retenue par la LPCC. Il s'agit de celle relative aux contrats de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction des fluctuations des taux du marché financier, que le fournisseur n'est pas en état de contrôler (art. 6, § 3, deuxième tiret, de la directive sur les contrats à distance).

(124) Le cocontractant pourrait être privé du droit de renonciation pour plusieurs raisons : soit il s'agit d'un professionnel, soit le contrat figure parmi les hypothèses dans lesquelles le droit de renonciation n'est pas reconnu, soit le délai pour exercer ce droit est écoulé...

de la possibilité de demander en justice la nullité du contrat, pour cause d'erreur constitutive d'un vice du consentement.

Les erreurs de nature intellectuelle (125), qui consistent en une représentation erronée de la réalité, ne sont nullement propres au commerce électronique et, à cet égard, n'appellent pas de commentaires particuliers. En revanche, on a déjà souligné combien l'usage des réseaux pour la conclusion de contrats risque d'être à l'origine d'erreurs *purement matérielles*, liées à une manipulation inadéquate de l'outil technologique (*supra*, n° 13, b). On rappelle, à cet égard, que le prestataire est tenu de mettre à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés permettant l'identification et la correction des erreurs commises dans la saisie des données, et ce, avant la passation de la commande (126). À ce stade, un constat s'impose : si la technique, utilisée pour contracter, suscite divers inconvénients et risques nouveaux, c'est aussi en elle que l'on trouve bien souvent le moyen de les surmonter.

Si, en dépit de toutes les précautions d'ordre technique (dispositifs d'identification et de correction des erreurs, mécanisme du « double clic ») et juridique (informations dues par le prestataire, confirmation des informations, droit de renonciation), l'internaute s'est engagé dans les liens d'un contrat par erreur, il lui reste à demander en justice la nullité du contrat. Toutefois, tout type d'erreur n'est pas susceptible d'entraîner la nullité du contrat. Sans refaire ici toute la théorie de l'erreur, on se borne à rappeler que trois conditions principales sont requises : l'erreur doit être substantielle, commune et excusable (127).

En cas d'erreur matérielle commise dans la saisie des données relatives à la commande, le client — surtout consomma-

(125) On croit acheter un tableau de maître, alors qu'il s'agit d'une copie; ou un objet en or massif, alors qu'il est seulement plaqué or; etc.

(126) Art. 9 de la loi sur les SSI.

(127) *Cf.*, parmi d'autres, L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n°s 33 à 40; H. De Page, *Traité*, t. I, n°s 34 et s.; J. Ghestin, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, t. II, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n°s 368 et s.; R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly, B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 — Verbintenissenrecht », *op. cit.*, pp. 325 et s., n°s 109 et s.; S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, pp. 709-710, n°s 52 à 55; P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 55 et s., n°s 11 à 16.

teur (128) — pourrait tirer argument de la mauvaise présentation du site, de l'absence de dispositif d'identification et de correction des erreurs, ou encore du caractère peu transparent du processus de commande. S'il s'avère, au contraire, que le prestataire a correctement informé son cocontractant, soigneusement découpé le processus contractuel et mis à disposition les moyens appropriés d'identification et de correction des erreurs, la méprise du cocontractant pourrait être considérée par le juge comme inexcusable. Le caractère excusable de l'erreur s'apprécie selon le critère abstrait du *bonus pater familias*, en tenant compte de l'âge de l'*errans*, de sa profession et des connaissances que l'on peut normalement en attendre (129). Ainsi, le juge pourrait considérer que l'on ne peut attendre une maîtrise suffisante de l'informatique et des réseaux de la part d'une personne d'un certain âge ou d'une certaine classe sociale. Toutefois, l'on peut se demander s'il n'est pas inexcusable, dans ces circonstances, de se lancer dans la conclusion d'un contrat sur les réseaux sans s'adjoindre les conseils ou l'assistance d'une personne expérimentée.

On se demande si le juge pourrait également refuser l'annulation du contrat en se fondant sur la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime (130). Le contrat sera maintenu si

(128) On rappelle qu'aux termes de l'article 11, les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement aux dispositions des articles 8, § 1er, 9 et 10 de la loi sur les SSI.

(129) S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 710, n° 54; P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence... », *op. cit.*, p. 60, n° 14. Comp. M. Coipel, « L'erreur de droit inexcusable », note sous Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, p. 213, n° 12, pour qui le caractère inexcusable de l'erreur s'apprécie *in concreto*, en tenant compte des capacités concrètes de l'*errans*.

(130) On sait que la théorie de l'apparence ou de la confiance légitime a été marquée par un revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation à la suite de son arrêt du 20 juin 1988. Des controverses subsistent concernant le fondement de l'obligation issue de la croyance légitime, d'une part, et la portée de cet arrêt, d'autre part. Selon la doctrine majoritaire, il ne fait pas de doute que, depuis cet arrêt de principe, la Cour de cassation considère la confiance légitime en une situation apparente comme une source autonome d'obligation, même en l'absence de faute. Par ailleurs, cette décision, rendue en matière de mandat, reconnaît une force obligatoire à la confiance légitime des *tiers*. On peut se demander s'il y a lieu de protéger pareillement la confiance légitime *entre cocontractants*. Si la croyance légitime des tiers est reconnue comme une source autonome d'obligations, ne doit-il pas en être de même, *a fortiori*, entre parties contractantes ? En ce sens, S. Stijns, D. Van Gerven et P. Wéry, « Chronique de jurisprudence... », *op. cit.*, pp. 693 et s., nos 10 et s., spéc. n° 11.

Pour de plus amples développements sur la théorie de l'apparence et sur la portée de l'arrêt du 20 juin 1988, outre la chronique citée, voy. R. Kruithof, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », note sous Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 51 et s.; P. A. Foriers, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du

l'autre partie pouvait légitimement croire, au vu des circonstances, que la volonté exprimée par voie électronique était la volonté réelle du cocontractant. Il n'est pas nécessaire, en principe, d'établir l'existence d'une faute dans le chef de la personne à qui l'apparence est opposée. Appliquée aux contrats conclus sur les réseaux ouverts, entre parties qui ne se connaissent pas, il semble qu'une telle théorie aboutirait à maintenir arbitrairement la quasi totalité des contrats entachés d'une erreur, même excusable. On voit mal, en effet, quelles pourraient être les erreurs suffisamment manifestes pour conduire à écarter la fausse apparence, si ce n'est l'une ou l'autre aberration (quantités exorbitantes, données contradictoires...) (131). En revanche, cette théorie pourrait s'avérer plus praticable dans le cadre de relations suivies entre parties qui se connaissent, notamment en réseau fermé.

Enfin, un mot doit être dit de l'administration de la preuve de l'erreur par la partie qui en est victime. Même par toutes voies de droit, une telle preuve sera souvent malaisée à rapporter, d'autant que l'information présente un caractère évanescent dans l'environnement numérique (132). Entre le moment où le client découvre son erreur, induite par l'inexactitude entachant l'offre faite sur un site, et le moment où il interpelle le prestataire, ce dernier peut avoir rectifié la situation, laissant ainsi son client démuni sur le plan probatoire. Sans épiloguer longuement sur ce type de problème, on retiendra que le caractère évolutif du web — qui n'est pas qualifié sans raison d'espace *virtuel* — peut susciter d'irritantes difficultés au niveau de la preuve (*supra*, n° 16).

Août 2003

principe général de l'exécution de bonne foi. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1988 », *J.T.*, 1989, pp. 541 et s.

(131) Des réserves comparables sont exprimées par C. Biquet-Mathieu et J. Decharneux, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », *op. cit.*, p. 164.

(132) Pour une illustration concrète : X. Linant de Bellefonds, « L'internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, p. 225.