

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La passation d'une commande sur les réseaux

Demoulin, Marie

*Published in:*

Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique

*Publication date:*

2001

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Demoulin, M 2001, La passation d'une commande sur les réseaux. Dans *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*. Cahiers du CRID, Numéro 19, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 244-271.

#### 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.

## SECTION 2

### LA PASSATION D'UNE COMMANDE SUR LES RÉSEAUX

Marie DEMOULIN

**449.** Au cours du processus d'adoption de la directive sur le commerce électronique, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11 a fait l'objet de vifs débats et subi des modifications pour le moins spectaculaires. A l'origine, cette disposition entendait trancher la question du moment de la conclusion d'un contrat par voie électronique<sup>1</sup>. L'objectif de l'article 11, § 1<sup>er</sup>, était d'assurer la sécurité juridique, compte tenu des conceptions divergentes existant entre les États membres en cette matière. Par la suite, le système mis en place a été sensiblement altéré par le Conseil dans sa position commune<sup>2</sup>, et l'article 11, § 1<sup>er</sup>, tel qu'il a finalement été adopté, ne porte plus sur le moment de conclusion du contrat, mais sur l'obligation pour le prestataire d'un service de la société de l'information d'envoyer un accusé de réception de la commande du destinataire du service.

La directive sur le commerce électronique laisse donc le soin aux États membres de régler le problème du moment de formation des contrats conclus par voie électronique. Dans un premier temps, nous examinerons les différentes solutions qui peuvent être avancées au regard du droit des obligations (I)<sup>3</sup>, pour ensuite procéder à un commentaire de l'article 11, dans sa version finale, concernant l'obligation d'envoyer un accusé de réception de la commande et l'obligation de mettre en place des dispositifs d'identification et de correction des erreurs (II).

#### I. LA RENCONTRE DES VOLONTÉS DANS LES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

**450.** La formation des contrats par voie électronique est susceptible de poser différents problèmes au regard du droit des obligations. De prime

---

<sup>1</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final.

<sup>2</sup> 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 - 0106/2000 du 12 avril 2000, pp. 7 et 9.

<sup>3</sup> Pour un examen plus approfondi du problème de la rencontre des volontés sur les réseaux, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La formation des contrats par voie électronique", in *Études sur la formation du contrat*, ouvrage collectif à paraître, Bruxelles, Bruylant, 2001, chapitre III.

abord, peut-on qualifier d'offre, au sens juridique du terme, la page web du prestataire de service qui permet de passer commande en ligne ? Ensuite, comme le contrat conclu par voie électronique se forme entre parties non présentes, quels seront le moment et le lieu de formation d'un tel contrat ? Ce sont les questions que nous nous proposons d'examiner dans la présente section, d'abord sous l'angle du droit belge (1), puis en droit comparé (2), pour souligner les problèmes liés aux disparités existant entre les États membres de l'Union européenne (3). Enfin, nous nous pencherons sur la solution qui était proposée par l'ancien article 11, § 1<sup>er</sup>, tel qu'il figurait dans la proposition initiale de directive sur le commerce électronique (4).

## **A. La rencontre des consentements en droit belge**

**451.** On sait que, d'un point de vue dynamique, le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

### ***1. Les notions d'offre et d'acceptation***

**452.** En droit belge, une offre (ou sollicitation), au sens juridique du terme, est l'émission précise, ferme et non équivoque de la volonté de contracter d'une des parties, de telle sorte que l'autre n'a plus qu'à y adhérer (par l'acceptation), pour que le contrat soit formé<sup>4</sup>. L'offre doit porter sur les éléments essentiels du contrat et sur tous les éléments jugés déterminants par les parties, dans chaque cas d'espèce. Une offre peut aussi bien être adressée nommément à une ou plusieurs personnes qu'être faite au public.

A titre indicatif, les cas suivants peuvent constituer une situation d'offre au regard du droit belge : les étalages, vitrines, expositions, mises en vente, les listes de prix et de tarifs, les distributeurs automatiques, les enchères faites dans les ventes publiques<sup>5</sup>... De même, certains auteurs qualifient d'offre le fait pour des négociants d'annoncer leurs fournitures "dans des catalogues, des prospectus, des circulaires ou des affiches lorsque les prix et les autres conditions essentielles des prestations

---

<sup>4</sup> Voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 – Verbintenissenrecht", *T.P.R.*, 1994, p. 305, nr. 93 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 714, n° 73 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1986, p. 134, n° 52. Pour un examen nourri des notions d'offre et d'acceptation, nous renvoyons à la thèse 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.

<sup>5</sup> H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 515.

proposées sont indiqués avec suffisamment de précision”<sup>6</sup>. Par contre, la publicité, en soi, n’est généralement pas considérée comme une offre. Mais rien ne l’empêche de se muer en offre, à condition de mentionner tous les éléments susceptibles de conduire à la conclusion du contrat par leur simple acceptation (identité du fournisseur, objet, prix et autres éléments déterminants).

**453.** L’application de cette conception à l’internet ne soulève aucune difficulté particulière<sup>7</sup>. Une offre transmise sur le réseau peut être qualifiée d’offre au sens juridique, dès lors qu’elle remplit les conditions susmentionnées. En outre, un catalogue de produits consultable en ligne sera en principe considéré comme une offre au public. Enfin, grâce à la technique des hyperliens, le fait de cliquer sur une publicité affichée sur une page web peut renvoyer l’internaute à une autre page, où il pourra passer commande. Dans cette hypothèse, la publicité elle-même ne constitue pas une offre, mais renvoie à un catalogue ou à un bon de commande qui pourrait constituer une offre.

## ***2. Le contrat entre absents***

**454.** Lorsque les parties ne sont pas en présence l’une de l’autre, l’offre et l’acceptation seront non concomitantes et émises en des endroits différents. Tout le problème consiste alors à déterminer quel est le moment et le lieu de conclusion d’un tel contrat, qualifié de contrat *entre absents*.

**455.** La détermination du moment de conclusion du contrat permet de répondre à de nombreuses questions, parmi lesquelles on citera<sup>8</sup> : la possibilité de retirer son offre (pour autant que celle-ci n’ait pas un caractère obligatoire) ou son acceptation ; l’examen de la capacité des parties ; le transfert de la propriété et des risques ; le point de départ des délais légaux (p. ex. la prescription, le délai de rétractation<sup>9</sup>) ou contractuels (p. ex. le délai de livraison ou de garantie) ; la loi qui régit le

---

<sup>6</sup> J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, n° 11.

<sup>7</sup> Pour une application des conditions de l’offre et de l’acceptation à l’internet, voy. E. MONTERO, “Internet et le droit des obligations conventionnelles”, in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, n° 9.

<sup>8</sup> Les questions ici énumérées sont inspirées de J. HEENEN, “L’acceptation de l’offre faite par correspondance”, note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 304.

<sup>9</sup> Cf. art. 80 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, *M.B.* 29 août 1991 (ci-après : “LPC”). Pour les contrats à distance portant sur la fourniture de services, le délai court à compter du lendemain du jour de conclusion du contrat. Pour les contrats à distance portant sur la fourniture d’un bien, le point de départ du délai n’est pas la conclusion du contrat, mais le lendemain du jour de livraison du bien au consommateur.

contrat, lorsqu'un changement de législation s'est produit pendant la formation de celui-ci ; en cas de faillite d'une des parties, la question de savoir si le contrat a été conclu pendant la période suspecte, ou avant ou après l'ouverture de la faillite.

Bien entendu, dans le contexte particulier des contrats conclus par voie électronique, la rapidité des communications est telle que la plupart de ces questions (incapacité, changement de législation) sont d'un intérêt moindre que dans les contrats conclus par correspondance. Toutefois, certains auteurs soulignent que le problème peut revêtir une acuité particulière en certaines hypothèses. Par exemple, en ce qui concerne les ventes d'actions, le prix est déterminé en fonction du moment précis de la conclusion du contrat, et aura pu varier sensiblement entre le moment de l'expédition et celui de la réception de l'acceptation<sup>10</sup>. Le plus souvent, vu la particularité de ce type de transaction, les parties détermineront conventionnellement le moment de conclusion du contrat. Notons encore qu'un message de courrier électronique peut parfois mettre plusieurs jours pour parvenir à son destinataire, consécutivement à une panne, à un problème technique ou à la saturation du réseau.

**456.** La détermination du lieu de conclusion du contrat, quant à elle, jouera un rôle au point de vue de la juridiction compétente. En droit belge, la compétence territoriale peut être déterminée par "le lieu dans lequel les obligations en litige sont nées"<sup>11</sup>. Toutefois, notons que ce critère n'est guère retenu par le droit international privé<sup>12</sup>.

**457.** De nombreuses solutions ont été avancées pour résoudre la question de la formation des contrats entre absents. La plupart peuvent se regrouper en deux grandes théories<sup>13</sup>. D'une part, la théorie de la déclaration ou de l'expédition, selon laquelle le contrat est conclu dès le moment où l'acceptant exprime sa volonté d'accepter ou, selon une variante de cette théorie, le moment où il envoie son acceptation à l'offrant, peu importe que l'offrant ait effectivement connaissance de l'acceptation. D'autre part, la théorie de la réception ou de l'information, selon laquelle, pour qu'il y ait concours de volonté, il faut que l'offrant

---

<sup>10</sup> 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, p. 25.

<sup>11</sup> Cf. art. 624, 2°, et 635, 3°, C. jud.

<sup>12</sup> Les critères de rattachement généralement retenus sont le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, ou encore, en matière de droits réels immobiliers, le lieu où est situé l'immeuble.

<sup>13</sup> Voy. H. DE PAGE, *op. cit.*, n° 535 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n°s 248 à 250.

soit informé de l'acceptation, c'est-à-dire qu'il l'ait reçue, voire même qu'il en ait effectivement pris connaissance.

En Belgique, doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que le contrat est parfait au moment et à l'endroit où l'offrant a eu ou a pu avoir connaissance de l'acceptation. C'est la théorie de la réception. Toutefois, la prise de connaissance effective par l'offrant de l'acceptation n'est pas requise, car "ce serait abandonner la formation du contrat au hasard ou à l'arbitraire"<sup>14</sup>.

**458.** Si l'on applique la théorie de la réception dans l'environnement numérique, un contrat conclu par voie électronique devrait être formé au jour et à l'heure où l'acceptation parvient au système informatique de l'offrant<sup>15</sup>.

Au cas où le contrat serait conclu en ligne, l'envoi d'un bon de commande, en cliquant sur un icône, vaudra acceptation dans le chef du destinataire du service. En principe, dans les secondes qui suivent cet envoi, l'acceptation arrivera sur le serveur de l'offrant. Dès cet instant, le contrat sera conclu, car l'offrant aura alors la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation. Lorsque l'acceptation est envoyée par e-mail, l'offrant pourra en prendre connaissance dès que l'acceptation sera parvenue à son serveur de messagerie, auquel il pourra se connecter afin de télécharger les messages sur le disque dur de son ordinateur. On constate que sur le réseau, le moment de l'expédition et celui de la réception de l'acceptation coïncident pratiquement.

**459.** Concernant le lieu de formation du contrat sur les réseaux, un problème doit être soulevé. Quel est le lieu de conclusion du contrat si le message arrive sur un serveur situé à tel endroit, mais qu'il est consulté par l'offrant depuis un autre lieu ? E. MONTERO propose de le résoudre en appliquant le principe de prévisibilité contractuelle<sup>16</sup>. "Il s'agit d'éviter que les prévisions des parties puissent être déjouées par des astuces d'ordre technique. Le lieu de conclusion du contrat sera donc celui auquel les parties pouvaient légitimement s'attendre compte tenu des circonstances (surtout de la présentation de l'offre). (...) En aucun cas, l'endroit à partir duquel il prend effectivement connaissance du message d'acceptation ne devrait entrer en ligne de compte".

---

<sup>14</sup> J. HEENEN, "L'acceptation de l'offre faite par correspondance", *op. cit.*, n° 16, p. 309.

<sup>15</sup> E. MONTERO, "Internet et le droit des obligations conventionnelles", *op. cit.*, n° 10, p. 50.

<sup>16</sup> *Ibidem*, n° 10, spéc. p. 51.

Or, l'article 5 de la directive sur le commerce électronique fait obligation à tout prestataire de communiquer, entre autres informations, son adresse géographique d'établissement (*supra*, n° 184). La directive sur le commerce électronique a défini la notion de lieu d'établissement par référence à l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable, et non en référence à un critère technologique (voy. *supra*, n° 52). A cet égard, le considérant n° 19 de la directive précise que "le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site web 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". Notons encore que, selon l'article 3 de la directive, le lieu d'établissement du prestataire détermine la loi à laquelle il est soumis. Dès lors, il nous semble que l'on pourrait considérer le contrat comme conclu au lieu d'établissement du prestataire.

## **B. Aperçu de droit comparé**

**460.** D'autres États membres de l'Union européenne ont opté pour des conceptions différentes de celles retenues par le droit belge. Ces divergences se retrouvent tant au niveau de la notion d'offre (a) qu'au niveau du choix de la théorie déterminant le moment et le lieu de la formation des contrats entre absents (b).

### ***1. Offre et invitation à offrir***

**461.** En droit anglais et en droit allemand, on distingue soigneusement offre et *invitation à offrir* (*invitatio ad offerendum*)<sup>17</sup>. Toutes les déclarations contenant les éléments essentiels du contrat ne sont pas des offres, loin s'en faut. Une liste de prix ou un catalogue de vente par correspondance, l'exposition de marchandises dans la vitrine d'un magasin ou l'étalage de produits dans les rayons d'un supermarché<sup>18</sup> constituent une invitation à offrir. L'offre est alors faite par le client, par exemple, dans le cas d'un supermarché, en allant à la caisse pour payer ses achats. Le vendeur est alors libre d'accepter ou de refuser cette offre. Cette théorie repose sur la considération que la volonté de s'engager fait défaut chez l'auteur d'une invitation, faite à un nombre indéterminé de personnes, d'émettre une offre. Ainsi, le vendeur a le moyen de se prémunir contre les éventuelles situations de rupture de stock ou

---

<sup>17</sup> P. D. V. MARSH, *Comparative contract law : England, France, Germany*, Aldershot, Gower, 1994, pp. 42 et s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. I, Paris, Litec, 1992, pp. 133 et s.

<sup>18</sup> Toutefois, en droit allemand, ce point est sujet à controverses au sein de la doctrine. Voy. C. WITZ, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, p. 134.

d'insolvabilité de l'acheteur, en se réservant encore le droit de refuser l'offre qui lui est faite.

**462.** L'article 14 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>19</sup> a retenu les conceptions britanniques et allemandes, puisqu'elle distingue offre et invitation à offrir de la manière suivante : *“Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire”*. Cette convention pourrait s'appliquer aux contrats conclus sur l'internet, mais, outre son caractère supplétif, il convient de noter son champ d'application extrêmement limité, tant *ratione loci* que *ratione materiae*, sans oublier qu'elle ne s'applique pas aux contrats conclus par des consommateurs, mais seulement aux relations entre professionnels<sup>20</sup>.

**463.** Transposée à l'internet, cette conception conduit à qualifier d'*invitation à offrir* une page web de commande sur un site de commerce électronique. L'offre émane donc du destinataire du service, lorsqu'il sélectionne en ligne, dans le catalogue virtuel, les articles qu'il désire acquérir et remplit le bon de commande. Une acceptation du prestataire doit encore intervenir pour que le contrat soit conclu.

## ***2. Moment de conclusion des contrats entre absents***

**464.** Le droit français retient la théorie de l'expédition<sup>21</sup>, concernant les contrats par correspondance, depuis un arrêt de la Cour de cassation française du 7 janvier 1981<sup>22</sup>. Selon toute probabilité, une solution semblable devrait être appliquée aux contrats conclus par fax, télex, ou par voie électronique. Notons que les contrats conclus par téléphone sont considérés comme conclus entre parties présentes en ce qui concerne le moment où est formé le contrat<sup>23</sup>.

**465.** Le droit anglais considère qu'en règle générale, l'acceptation doit être communiquée à l'offrant, c'est-à-dire portée à sa connaissance<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Approuvée par la loi du 4 septembre 1996, *M.B.*, 1<sup>er</sup> juil. 1997.

<sup>20</sup> Voy. M. FALLON et D. PHILIPPE, “La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises”, *J.T.*, 1998, p. 17.

<sup>21</sup> J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 281.

<sup>22</sup> Cass. fr., 7 janvier 1981, *Bull. Civ.*, I, n° 14, p. 11 ; *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 849, obs. CHABAS ; *Rev. trim. dr. com.*, 1981, p. 827, obs. J. HÉMARD.

<sup>23</sup> J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 243.

<sup>24</sup> P. D. V. MARSH, *Comparative contract law : England, France, Germany, op. cit.*, p. 69.



Cette règle est applicable non seulement aux contrats conclus par téléphone (que l'on assimile à des contrats conclus entre parties présentes), mais également aux contrats conclus par télex, pour lesquels on considère que la communication de l'acceptation est quasiment aussi instantanée que par téléphone, lorsque le télex est envoyé aux heures de bureau et que l'appareil se situe dans les locaux de l'autre partie<sup>25</sup>. Il s'agit bel et bien de la *théorie de la réception*.

Néanmoins, cette règle connaît une exception lorsque l'acceptation est transmise par voie postale. Dans ce cas, la jurisprudence a choisi d'appliquer la théorie de l'expédition, en décidant que le contrat est formé dès que la lettre est postée<sup>26</sup>, parfois même si elle n'arrive jamais<sup>27</sup>. Notons que la théorie de l'expédition a été retenue pour les contrats par correspondance en raison de la lenteur des communications par voie postale, et du laps de temps relativement important susceptible de s'écouler entre l'expédition d'une lettre missive et sa réception par son destinataire.

Dès lors, vu la rapidité des communications sur les réseaux numériques, il semblerait injustifié d'appliquer la théorie de l'expédition aux contrats conclus par voie électronique. Selon nous, on lui préférera la théorie de la réception, à l'instar des contrats conclus par télex.

**466.** La théorie de la réception est consacrée par le Code civil allemand<sup>28</sup>, dont le § 130, énonce, en son alinéa 1<sup>er</sup> : “Une déclaration de volonté qui doit être émise envers une autre personne devient efficace, lorsqu'elle est émise en l'absence de cette dernière, au moment où elle lui parvient. Elle ne devient pas efficace lorsqu'une révocation parvient à l'autre personne antérieurement ou en même temps”.

La théorie de la réception est également retenue par l'article 18, § 1<sup>er</sup>, de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui dispose que “l'acceptation d'une offre

---

<sup>25</sup> *Entores Ltd v. Miles Far East Corpn* [1955] 2 QB 327, [1955] 2 All ER 493, CA ; *Brinkibon Ltd v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandel GmbH* [1983] 2 AC 34, [1982] 1 All ER 293, HL. La question n'a pas été tranchée dans le cas où le télex est transmis en dehors des heures d'ouverture des bureaux ou par une agence de télex.

<sup>26</sup> *Adams v. Lindsell* [1818] 1 B & Ald 681, 106 ER 350, CA.

<sup>27</sup> *Household Fire and Carriage Accident Insurance Co v. Grant* [1879] 4 Ex D 216, 48 LJQB 577, CA. Bien sûr, une telle règle ne s'appliquerait pas si la lettre avait été mal timbrée ou qu'une erreur s'était glissée dans l'adresse d'expédition. En outre, le pollicitant est libre de spécifier qu'il ne sera lié qu'à partir de la réception de l'acceptation. Une telle exigence pourra même être déduite de la nature du contrat.

<sup>28</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand, op. cit.*, p. 133.

prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre”.

### **C. Conséquences des disparités entre les législations des États membres**

**467.** Les divergences entre les États membres de l'Union européenne au sujet de la notion d'offre et du moment de conclusion des contrats entre absents conduisent à une grande insécurité juridique dans la conclusion de contrats par voie électronique. En effet, le fait pour un destinataire de service de cliquer sur un icône “OK”, au terme de ses achats, pour enregistrer sa commande, aura des conséquences bien différentes selon le droit de chaque État membre.

Ainsi, d'un État membre à l'autre, le contrat passé sur le réseau pourra être considéré comme conclu soit au moment où le destinataire du service envoie le bon de commande (conception française), soit au moment où le prestataire reçoit le bon de commande (conception belge), soit au moment où le destinataire du service reçoit l'acceptation du prestataire (conceptions britannique et allemande). Dès lors, l'une des parties pourrait estimer qu'en vertu de son droit national, le contrat est conclu, alors que l'autre penserait que, selon le régime juridique de son pays, elle n'est pas encore liée<sup>29</sup>.

### **D. L'ancienne version de l'article 11, § 1<sup>er</sup>, de la proposition de directive sur le commerce électronique**

**468.** Soucieuse d'harmoniser les législations des États membres en cette matière, la Commission européenne, dans sa proposition initiale de directive sur le commerce électronique, établissait un régime visant à déterminer clairement à partir de quand le contrat était conclu par voie électronique. Le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11, intitulé “Moment de conclusion”, se présentait alors comme suit :

*“Les États membres prévoient dans leur législation que, sauf si les parties qui sont des professionnels en ont convenu autrement, les principes suivants s'appliquent dans le cas où il est demandé à un destinataire du service d'exprimer son consentement en*

---

<sup>29</sup> Voy. l'exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1998) 586 final, p. 12 (cité, en abrégé : exposé des motifs ou commentaire article par article, avec indication de la page).

*utilisant des moyens technologiques, tels que cliquer sur un icône, pour accepter une offre du prestataire :*

*a) le contrat est conclu quand le destinataire du service :  
a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service, et  
a confirmé la réception de l'accusé de réception ;*

*b) l'accusé de réception est considéré comme étant reçu et la confirmation est considérée comme étant faite lorsque les parties à qui ils sont adressés peuvent y avoir accès ;*

*c) l'accusé de réception du prestataire et la confirmation du destinataire sont envoyés dans les meilleurs délais.”*

### ***1. Le moment de conclusion du contrat par voie électronique***

**469.** Tel qu'il était établi par l'article 11, § 1<sup>er</sup>, dans sa version initiale, le processus de conclusion d'un contrat par voie électronique pouvait se résumer de la sorte :

- 1° Le prestataire de service fait une *offre* ferme et concrète sur son site ;
- 2° Le destinataire du service *accepte l'offre*, par exemple en cliquant sur l'icône “OK” ;
- 3° Le prestataire *reçoit l'acceptation* du destinataire du service ;
- 4° Le prestataire *envoie un accusé de réception* de l'acceptation du destinataire du service ;
- 5° Le destinataire du service *reçoit l'accusé de réception* ;
- 6° Le destinataire du service *envoie* au prestataire *une confirmation* qu'il a bien reçu l'accusé de réception ;
- 7° Le prestataire *reçoit la confirmation* du destinataire du service.

Ce n'est qu'à la septième étape que le contrat était conclu, et non au moment où l'acceptation du destinataire du service parvenait au prestataire. D'aucuns ont qualifié ce système de “double clic”, c'est-à-dire que la commande est passée lorsque le destinataire du service a marqué son acceptation (par un premier clic), a reçu l'accusé de réception de son acceptation et a confirmé la réception de cet accusé de réception (par un second clic)<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Voy. E. CRABIT, “La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »”, *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2000/4, p. 818 ; 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, p. 139.

**470.** Ce système fut jugé trop lourd par le Parlement européen, qui trouva excessif et risqué d'exiger du destinataire du service qu'il confirme avoir reçu l'accusé de réception du prestataire<sup>31</sup>, un tel système pouvant se retourner contre lui en cas d'oubli. Dans sa proposition modifiée de directive, la Commission tint compte de l'amendement du Parlement européen, en simplifiant la procédure. Dans sa seconde version, l'article 11, § 1<sup>er</sup>, disposait : "*le contrat est conclu quand le destinataire du service a reçu, par voie électronique, de la part du prestataire l'accusé de réception de l'acceptation du destinataire du service*", ce qui correspondait à la cinquième étape du processus décrit ci-dessus, en supprimant l'obligation pour le destinataire de confirmer avoir reçu l'accusé de réception<sup>32</sup>.

**471.** Un tel système était très favorable au destinataire du service à plusieurs égards. Tout d'abord, le destinataire du service était le premier à avoir la certitude que le contrat était conclu. Tant qu'il n'avait pas reçu l'accusé de réception, il n'était lié par aucun contrat. Une telle situation pouvait présenter un effet pervers. En effet, le destinataire, regrettant son acceptation, pouvait être tenté de dire qu'il n'avait jamais reçu, dans sa boîte aux lettres électronique, l'e-mail du prestataire accusant réception de son acceptation. Il revenait alors au prestataire de faire la preuve du contraire. De son côté, le prestataire n'avait aucun moyen de s'assurer qu'il n'y avait pas eu de panne ou de problème technique empêchant la transmission de l'e-mail contenant l'accusé de réception. Ne sachant pas si le destinataire avait bel et bien reçu cet e-mail, le prestataire ignorait si le contrat avait été conclu, et si oui, à quel moment.

Ensuite, le destinataire du service disposait, grâce à l'accusé de réception, d'un moyen de preuve de l'existence du contrat et de son contenu<sup>33</sup> (voy. *infra*, n° 490).

Enfin, en retardant le moment de conclusion du contrat, un tel système offrait au destinataire du service la possibilité de révoquer son acceptation tant qu'il n'avait pas reçu l'accusé de réception du prestataire. Toutefois, cette possibilité demeurerait assez théorique, eu égard à la rapidité des communications par voie électronique<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, Exposé des motifs, *P.E. Doc.*, A4 - 248/99 du 23 avril 1999, pp. 45-46.

<sup>32</sup> Voy. la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1999) 427 final.

<sup>33</sup> Voy. R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO, A. SALAÜN, *op. cit.*, pp. 26-27.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

## 2. La question de l'offre et les limites de l'ancien article 11, § 1<sup>er</sup>

472. L'article 11, § 1<sup>er</sup>, ainsi libellé portait sur une hypothèse bien spécifique, à savoir celle où le site web du prestataire était considéré comme une offre non négociable, que le destinataire n'avait plus qu'à accepter d'un clic. L'exposé des motifs de la proposition de directive précise que cette situation recouvrait soit "un processus contractuel où le destinataire du service n'a le choix qu'entre cliquer 'oui' ou 'non' (ou utiliser une autre technologie) pour accepter ou non une offre", soit "une offre concrète faite par un prestataire"<sup>35</sup>.

473. Qui plus est, l'exposé des motifs précisait clairement que "la situation où le prestataire ne fait qu'une invitation à offrir n'est pas couverte". Dès lors, il était encore loisible aux prestataires de continuer à faire une invitation à offrir. Il n'y avait donc pas de totale harmonisation dans la détermination du moment de conclusion du contrat, seules les situations d'offre étant couvertes.

De nombreuses suggestions ont été faites pour tenter de remédier au problème. "Une possible interprétation consistait à penser qu'il fallait inclure une nouvelle étape dans le processus, c'est-à-dire une invitation à offrir sur la page web : une offre envoyée par le destinataire, une acceptation envoyée par le prestataire, et finalement un accusé de réception envoyé par le destinataire. Une autre interprétation défendait le maintien des cinq étapes, sous réserve d'une modification des acteurs : concrètement, le destinataire envoie l'offre, et le prestataire au lieu d'envoyer un accusé de réception, envoie l'acceptation"<sup>36</sup>. Quoiqu'il en soit, aucune de ces interprétations n'était fidèle à la lettre de l'article 11, § 1<sup>er</sup>, et ne donnait lieu à un régime harmonisé.

474. Il semble que certains États membres n'aient guère accueilli favorablement l'idée de déterminer le moment de conclusion du contrat au niveau européen, jugée comme une immixtion dans leur système de droit civil<sup>37</sup>. On imagine, en particulier, les réticences des États partisans de l'*invitatio ad offerendum* face à une disposition qui consacrait les situations où le prestataire émet une offre.

Eu égard aux divergences fondamentales qui subsistaient entre le droit de chaque État membre, le Conseil a purement et simplement écarté la règle

---

<sup>35</sup> Voy. l'exposé des motifs, p. 28.

<sup>36</sup> R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO et A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 28.

<sup>37</sup> E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *op. cit.*, p. 818.

déterminant le moment de conclusion du contrat dans sa position commune, au profit d'une simple obligation pour le prestataire d'envoyer un accusé de réception de la commande du destinataire.

## II. LES NOUVEAUX MÉCANISMES INSTAURÉS PAR L'ARTICLE 11

475. Au vu de la version finale de l'article 11, force est de constater que rien ne subsiste des grands objectifs d'harmonisation poursuivis par la Commission. *Exit* la détermination du moment de conclusion du contrat. Véritablement vidé de sa substance, le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 11 – rebaptisé “Passation de la commande” –, se borne à exiger du prestataire qu'il accuse réception de la commande du destinataire, sans que cela influe le moins du monde sur la formation du contrat (1). Le paragraphe 2 de l'article 11, exige la mise en place de moyens techniques d'identification et de correction des erreurs commises dans la saisie des données (2). Enfin, des dérogations et des exceptions au régime de l'article 11 sont prévues, de la même manière qu'à l'article 10 (3).

### A. L'obligation pour le prestataire d'envoyer un accusé de réception de la commande

476. Dans sa version finale, l'article 11, § 1<sup>er</sup> dispose :

*“Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que, dans les cas où un destinataire passe sa commande par des moyens technologiques, les principes suivants s'appliquent :*

- *le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique,*
- *la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès.”*

#### 1. La neutralité du terme “commande”

477. L'accusé de réception, à l'origine condition *sine qua non* de la formation du contrat par voie électronique, est devenu une simple formalité, sans incidence aucune sur le moment de conclusion du contrat. L'article 11, § 1<sup>er</sup>, se borne désormais à fixer les étapes de la procédure à suivre lors de la “passation d'une commande”.

**478.** En recourant au terme “commande”, le législateur européen se veut résolument neutre, afin d’éviter toute référence aux notions délicates d’offre et d’acceptation. L’hypothèse visée n’est plus, comme à l’origine, la situation particulière où le destinataire du service répond à une offre du prestataire par des moyens technologiques, mais celle, plus générale, où il “passe sa commande” via de tels moyens. Dès lors, peu importe que le prestataire fasse une offre ou une invitation à offrir, il devra se conformer aux exigences de l’article 11, § 1<sup>er</sup>.

**479.** On peut s’interroger sur la signification du terme “commande”, non défini par la directive. A notre avis, il convient de prendre le terme dans une acception très générale. Tous les types de services de la société de l’information, qu’ils soient payants ou gratuits, sont susceptibles de relever de l’article 11, § 1<sup>er</sup>, dès lors que le destinataire du service manifeste sa volonté de conclure un contrat par voie électronique avec le prestataire (par exemple, par l’adhésion aux conditions d’utilisation d’un site). Il s’agira indifféremment d’un contrat de vente, de location, de financement, d’assurance, de transport, mais aussi d’un contrat de fourniture d’information en ligne, d’hébergement, de fourniture d’accès au réseau, de vidéo à la demande, d’adhésion à un groupe de discussion, de téléchargement de logiciel, de fourniture de messagerie, etc.<sup>38</sup>

## ***2. Les modalités d’exécution de l’obligation d’envoyer un accusé de réception***

**480.** L’obligation pour le prestataire d’envoyer un accusé de réception doit être exécutée “sans délai injustifié” et “par voie électronique”.

**481.** Le *moment* auquel l’accusé de réception doit être envoyé n’est pas autrement précisé. En pratique, cet accusé de réception est envoyé dans les instants qui suivent l’enregistrement de la commande sur le site du prestataire. En toute logique, l’accusé de réception devrait en tout cas parvenir au destinataire du service antérieurement à l’exécution du contrat, qu’il s’agisse de la livraison d’un bien à domicile ou de la fourniture d’un service en ligne.

**482.** L’accusé de réception doit revêtir la *forme électronique*. En pratique, cette exigence laisse au prestataire le choix entre deux méthodes : l’affichage en ligne d’une page web confirmant l’enregistrement de la commande immédiatement après la passation de celle-ci, ou l’envoi d’un e-mail au destinataire du service dans les plus

---

<sup>38</sup> Comp. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, n° 21.

brefs délais. Souvent, par prudence, les prestataires combinent les deux systèmes.

**483.** Le *contenu* de l'accusé de réception n'est pas précisé. De toute évidence, les détails de la commande devraient y figurer. La loi de transposition de la directive pourrait d'ailleurs exiger que l'accusé de réception contienne, notamment, un récapitulatif de la commande.

Cette formalité pourrait en outre être l'occasion de fournir au destinataire un grand nombre d'informations utiles, par exemple, la possibilité de modifier ou d'annuler la commande si elle n'a pas encore été exécutée, un rappel des modalités de paiement si celui-ci n'a pas encore été effectué (numéro de compte en banque, mentions devant apparaître sur le chèque...), les possibilités de retour de la commande, les différentes adresses e-mail de contact (service clientèle, suivi d'une commande, problèmes de facturation, réclamations...), etc.

En outre, en ce qui concerne les contrats conclus en ligne avec un consommateur, le prestataire pourrait combiner l'obligation d'envoyer un accusé de réception avec l'obligation de confirmer un certain nombre d'informations que lui impose la directive sur les contrats à distance<sup>39</sup> (*infra*, n<sup>os</sup> 492 et s.).

### ***3. Le moment de réception de la commande et de l'accusé de réception***

**484.** L'article 11, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> tiret, précise que "*la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès*". Cette disposition ne concerne plus le moment de conclusion du contrat, mais le *moment de réception de la commande et de l'accusé de réception*.

En vertu de cette disposition, un e-mail sera considéré comme reçu lorsqu'il parviendra au serveur de messagerie sur lequel se situe la boîte aux lettres électronique du destinataire du message. Dès cet instant, la personne à qui l'e-mail est adressé peut y accéder en se connectant au serveur pour télécharger ses messages sur le disque dur de son ordinateur. On ne tient donc pas compte du téléchargement effectif ou de l'ouverture du message pour le considérer comme reçu.

---

<sup>39</sup> Directive 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.



Quant à la commande envoyée en ligne, elle est accessible au prestataire de service lorsqu'elle parvient à son serveur, c'est-à-dire, en principe, quelques secondes après son expédition. Dans l'hypothèse d'un accusé de réception par affichage d'une page web, le destinataire du service y a accès, en toute logique, lorsque la page s'affiche à l'écran.

**485.** Ainsi, l'article 11, § 1<sup>er</sup>, de la directive se situe dans une optique proche de la théorie de la réception. Notons que si le moment de conclusion du contrat ne fait plus l'objet de la directive sur le commerce électronique, les États membres sont libres, lors de la transposition, de déterminer eux-mêmes ce moment. A cet égard, le mécanisme de l'accusé de réception pourrait, éventuellement, leur servir d'appui.

#### ***4. Le rôle de l'accusé de réception***

**486.** Si l'accusé de réception n'a plus pour fonction de déterminer le moment de formation du contrat, il n'est pas pour autant dépourvu de toute utilité. En tout état de cause, il permet au destinataire d'être certain que sa commande a bien été enregistrée. Mais l'accusé de réception peut aussi jouer un certain rôle sur le terrain de la preuve de l'existence du contrat<sup>40</sup>. Tout dépend de la qualification juridique de la commande (offre ou acceptation) et du moment de conclusion du contrat.

*a) Si la commande constitue une offre formulée par le destinataire du service*

**487.** Dans cette hypothèse, le contrat n'est conclu que lorsque le prestataire accepte l'offre, ou plus exactement lorsque le destinataire du service reçoit l'acceptation du prestataire, selon la théorie de la réception. Quel rôle peut jouer l'accusé de réception dans un tel système ? Dès qu'il reçoit la commande, le prestataire a l'obligation d'envoyer l'accusé de réception, mais cela ne signifie en aucun cas qu'il accepte la commande, à moins qu'il ne le dise explicitement !

**488.** Si le prestataire envoie l'accusé de réception *avec l'acceptation* expresse de la commande, *dans le même instrument*, le contrat est alors conclu quand le destinataire du service reçoit le message. Précisément, l'accusé de réception *en soi* ne permet ni ne prouve la conclusion du contrat. *C'est seulement lorsqu'il contient une acceptation* qu'il conduit à la formation du contrat et pourra, ensuite, servir de moyen de preuve.

---

<sup>40</sup> R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO et A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 30.

**489.** On peut également envisager le cas où un prestataire envoie un accusé de réception de la commande *sans accepter explicitement* l'offre du destinataire du service. Ainsi, se réserve-t-il encore le droit de refuser ou d'accepter l'offre, du moins dans un délai raisonnable et dans les limites de la théorie de l'abus de droit. Dans cette hypothèse, l'accusé de réception est d'un piètre secours pour le destinataire, puisqu'il n'a aucune certitude quant à l'acceptation de son offre par le prestataire. Tout au plus est-il certain, nous l'avons dit, que sa commande a bien été reçue.

Il faut encore souligner les risques évidents de malentendus qu'un tel système comporte. En effet, faute de précisions, le destinataire du service pourrait croire que l'accusé de réception constitue une acceptation dans le chef du prestataire et que, dès lors, le contrat est conclu.

*b) Si la commande constitue une acceptation de l'offre du prestataire par le destinataire du service*

**490.** Dans ce cas, le contrat est formé dès que le prestataire reçoit la commande, c'est-à-dire dès qu'il y a accès, selon la théorie de la réception. Mais, à ce stade, le destinataire du service sera bien en peine d'établir que le contrat a été conclu et le moment de cette conclusion, n'ayant aucune preuve de la réception de son acceptation par le prestataire. Dès lors, l'obligation pour le prestataire d'envoyer un accusé de réception permet au destinataire du service de prouver l'existence du contrat et son contenu.

**491.** Dans tous les cas, on le voit, l'accusé de réception n'a aucune incidence sur la formation du contrat. Dans la première hypothèse, où la commande est considérée comme une offre, il n'a même aucune incidence du tout ! Par contre, lorsque la commande constitue l'acceptation de l'offre du prestataire de service, l'accusé de réception sera un moyen de preuve de l'existence et du contenu du contrat pour le destinataire du service.

##### ***5. Comparaison avec la confirmation des informations dans la directive sur les contrats à distance***

**492.** En ce qui concerne les contrats conclus avec les consommateurs, on peut se demander si l'exigence d'un accusé de réception ne ferait pas double emploi avec l'obligation de confirmer un certain nombre d'informations au consommateur, imposée par la directive sur les contrats à distance.

En effet, conformément à l'article 5 de la directive sur les contrats à distance, le consommateur doit recevoir confirmation d'une série d'informations, "*par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès*". Cette confirmation doit avoir lieu "*en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison*".

La confirmation envoyée par le fournisseur doit contenir les informations suivantes : l'identité du fournisseur, les caractéristiques essentielles du bien ou du service, le prix, les éventuels frais de livraison, les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution, l'existence d'un droit de rétractation et les modalités d'exercice de ce droit, l'adresse de réclamation, les informations relatives aux garanties et services après-vente et les conditions de résiliation du contrat s'il est à durée indéterminée ou d'une durée supérieure à un an.

**493.** A condition de rencontrer toutes les conditions de l'article 5 de la directive sur les contrats à distance, on ne voit pas d'objection à ce qu'un prestataire-fournisseur cumule accusé de réception de la commande et confirmation des informations dans le même instrument. Combiné avec l'exigence de l'article 11, § 1<sup>er</sup>, de la directive sur le commerce électronique, l'instrument en question devrait être un "support durable" électronique.

La notion de support durable n'est pas définie par la directive sur les contrats à distance<sup>41</sup>. Toutefois, on peut en trouver une définition dans la proposition de directive sur l'intermédiation en assurance et dans les travaux les plus récents sur la proposition de directive sur les services financiers à distance<sup>42</sup>. Selon ces textes en cours d'élaboration, un support durable serait "*tout instrument permettant au client de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement, de telle sorte qu'elles puissent être consultées ultérieurement pendant une période adaptée à l'objectif de ces informations, et permettant la reproduction exacte des informations stockées*". Selon cette définition, un support ne sera durable que s'il garantit la *conservation* ("stockage"), la *lisibilité*

---

<sup>41</sup> Pour une analyse approfondie de la notion de support durable, voy. M. DEMOULIN, "La notion de support durable dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ?", étude à paraître dans la Revue européenne de droit de la consommation.

<sup>42</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.*, n° C 29 E du 30 janvier 2001, p. 245 ; proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° C 177 E du 27 juin 2000, p. 21 ; *Council working documents on the proposal for a directive on distance marketing of financial services* (non publiés).

(“consultation”) et l’*inaltérabilité* (“reproduction exacte”) des informations qu’il contient<sup>43</sup>, et ce, pendant une durée raisonnable.

Un examen minutieux des qualités de l’e-mail conduit d’abord à mettre en doute sa capacité à être considéré comme durable, selon une telle définition. En effet, à moins d’être signé numériquement, l’intégrité de son contenu ne peut être garantie<sup>44</sup>. De plus, sa lisibilité est tributaire de la conservation des logiciels qui en permettent la consultation<sup>45</sup>. Pourtant, il semblerait que la proposition de directive “services financiers” ne l’entende pas ainsi. Lorsqu’elle énumère, à titre indicatif, les supports qui peuvent être considérés comme durables selon la définition donnée, l’e-mail compte parmi les élus<sup>46</sup>. On ne peut que s’en réjouir, étant donné les indéniables qualités pratiques de l’e-mail dans le contexte du commerce électronique. Par contre, la proposition de directive “services financiers” n’a pas fait montre de la même clémence à l’égard de la page web, jugée sans doute trop éphémère<sup>47</sup>. Une telle exclusion nous semble excessive, puisqu’il pourrait être exigé du prestataire qu’il offre la possibilité à l’internaute d’imprimer la page, en l’informant de l’importance de conserver ces informations. Le consommateur disposerait ainsi de la confirmation des informations sur papier, support durable, s’il en est.

**494.** A la lumière de ces considérations, on peut conclure que si le fournisseur veut combiner son obligation d’envoyer un accusé de réception par voie électronique avec celle de fournir une confirmation des informations sur un support durable, il ne lui restera d’autre choix que le

---

<sup>43</sup> Ces trois fonctions sont souvent attribuées, avec plus ou moins de raison, à l’écrit. Voy. le guide pour l’incorporation dans le droit interne de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, disponible sur l’internet à l’adresse suivante : [www.uncitral.org/fr-index.htm](http://www.uncitral.org/fr-index.htm). Cf. aussi M. ANTOINE et Y. POULLET, “« Vers la confiance » ou comment assurer le développement du commerce électronique”, in *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 361-362 ; Y. POULLET, “Transactions via Internet et protection des consommateurs”, in *Verkoop op afstand en telematica*, Bruxelles, Kluwer, 1997, p. 132. Comp. D. GOBERT et E. MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, p. 124.

<sup>44</sup> Sur les fonctions de la signature numérique, voy. D. GOBERT et E. MONTERO, “La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l’approche fonctionnelle”, *DA/OR*, 2000, pp. 17-39, n° 53.

<sup>45</sup> Cf. D. GOBERT et E. MONTERO, “L’ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique”, *J.T.*, 2001, p. 124 ; D. MOUGENOT, “Faut-il insérer une définition de l’écrit dans le Code civil ?”, *Revue Ubiquité*, 2000/7, p. 123.

<sup>46</sup> Les supports considérés comme durables par l’article 2, f) de la proposition de directive “services financiers” sont les suivants : la disquette informatique, le CD-ROM ou le disque dur de l’ordinateur du consommateur stockant des courriers électroniques. Voy. aussi l’énumération de quelques supports durables, dans les travaux préparatoires de la loi du 25 mai 1999 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.

<sup>47</sup> Les récents documents de travail du Conseil sur la proposition de directive “services financiers” suggèrent qu’il soit clairement stipulé qu’un site web ne constitue pas un support durable au sens de la directive.

recours à l'e-mail. Une page web confirmant réception de la commande remplira, certes, l'obligation de l'article 11 de la directive sur le commerce électronique, mais ne pourra servir de support à la confirmation des informations en vertu de la directive sur les contrats à distance.

### ***6. La sanction de l'inexécution de l'obligation d'envoyer un accusé de réception***

**495.** Si le prestataire vient à manquer à son obligation d'envoyer un accusé de réception, il se verra sanctionné. En effet, conformément à l'article 20 de la directive, les États membres doivent prévoir un régime de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, en cas de violation des dispositions nationales adoptées en application de la directive. Le prestataire de service pourrait être condamné à une peine d'amende. Une procédure d'avertissement ou de transaction est également envisageable. Enfin, le tribunal pourrait ordonner l'affichage du jugement ou d'un extrait de celui-ci sur le site web du prestataire.

**496.** Notons que dans le cas des contrats conclus par voie électronique avec un consommateur, si le fournisseur ne se conforme pas à son obligation de confirmer un certain nombre d'informations (et notamment le contenu de la commande), par écrit ou sur tout autre support durable, le consommateur dispose alors d'un délai de rétractation de 3 mois au lieu de 7 jours (art. 5 et 6 de la directive sur les contrats à distance ; art. 79 et 80 de la LPC).

### ***7. La preuve de l'exécution de l'obligation d'envoyer un accusé de réception : le recommandé électronique***

**497.** Il nous semble qu'en cas de litige, la preuve de l'envoi d'un accusé de réception doit incomber au prestataire. En effet, si la charge de la preuve pesait sur le destinataire du service, l'on aboutirait inévitablement à une impasse. Sans accusé de réception, il serait quasiment impossible au destinataire de prouver qu'il a bel et bien passé commande auprès du prestataire, et que, dès lors, ce dernier avait l'obligation d'en accuser réception et ne l'a pas fait.

Toutefois, il ne sera pas plus aisé pour le prestataire d'établir qu'il a envoyé un accusé de réception au destinataire du service. On peut en effet douter que la production de la copie d'un e-mail ou de l'enregistrement de la page web contenant l'accusé de réception emporte la conviction du juge, puisqu'une contrefaçon est toujours possible.

**498.** A l’instar de certains auteurs, nous sommes d’avis que la solution réside dans la création d’un système de recommandé électronique avec accusé de réception, géré par une autorité tierce<sup>48</sup>. Il serait ainsi possible de prouver l’expédition d’un message, sa date et sa réception. Le recommandé électronique avec accusé de réception permettrait au prestataire de prouver qu’il a bien envoyé un accusé de réception au destinataire du service, et que celui-ci l’a reçu.

En Belgique, l’arrêté royal du 9 juin 1999<sup>49</sup> stipule, en son article 21, § 2, que “pour la protection de l’intérêt général et de l’ordre public, le service des envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires et administratives sont également réservés à La Poste et ce, *quel qu’en soit le support*”. La possibilité d’instaurer un service de recommandé électronique existe donc, d’un point de vue juridique, même si, à ce jour, elle demeure théorique. Le rapport au Roi précise que “cette disposition devra être appliquée en concordance avec les dispositions qui régiront la signature digitale”.

Précisons que La Poste ne dispose d’un monopole pour le recommandé que dans le cadre de procédures judiciaires et administratives. Rien n’empêche donc un opérateur privé de se lancer dans la gestion d’un service de recommandé électronique dans les autres hypothèses, comme par exemple l’envoi de l’accusé de réception, d’une offre ou d’une acceptation par voie électronique<sup>50</sup>.

Notons encore l’existence de logiciels permettant de savoir si un e-mail a été reçu et/ou ouvert par son destinataire. Mais, à l’heure actuelle, de tels systèmes requièrent l’accord du destinataire du message, qui peut refuser de collaborer.

## ***8. La loi applicable à la formation des contrats par voie électronique***

**499.** Dès lors que l’article 11, § 1<sup>er</sup>, ne fixe plus le moment de conclusion du contrat et renvoie à la législation de chaque État membre,

---

<sup>48</sup> Voy. R. JULIÀ-BARCELÓ, E. MONTERO et A. SALAÜN, *op. cit.*, p. 27 ; T. VERBIEST et E. WÉRY (avec la collaboration de D. GOBERT et A. SALAÜN), *Le droit de l’internet et de la société de l’information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n<sup>os</sup> 741-743.

<sup>49</sup> A.R. du 9 juin 1999 transposant les obligations découlant de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant les règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l’amélioration de la qualité du service, *M.B.*, 18 août 1999. Le régime du monopole légal de La Poste a été modifié par l’article 239 de la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales fiscales et diverses, *M.B.*, 31 août 2000.

<sup>50</sup> C’est d’ailleurs ce qui ressort clairement du rapport au Roi précédant l’A.R. du 9 juin 1999, *M.B.*, 18 août 1999.

quelle sera la loi applicable à la formation d'un contrat par voie électronique ? Plus exactement, s'il y a conflit de lois, en vertu de laquelle décidera-t-on de la rencontre des consentements et, partant, de l'existence du contrat ? Quelle sera la loi qui déterminera si le site web du prestataire constitue une offre ou une simple invitation à offrir ?

**500.** L'article 3 de la directive sur le commerce électronique établit le principe du pays d'origine pour tout ce qui relève du domaine coordonné (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 76 et s.). Or, à la lecture du considérant n° 21 de la directive, il ne fait aucun doute que la conclusion de contrats en ligne est couverte par le domaine coordonné. Dès lors, la question de savoir si un site web constitue une offre ou une invitation à offrir, avec les conséquences que cela implique pour le moment de conclusion du contrat, sera déterminée par la *loi du pays d'établissement du prestataire*.

**501.** Toutefois, ce principe connaît de nombreuses exceptions, notamment en ce qui concerne les obligations contractuelles concernant les contrats conclus par les consommateurs, et laisse aux parties la liberté de désigner une autre loi que celle du pays d'établissement (voy. l'annexe de la directive). On peut s'interroger sur l'applicabilité de ces exceptions au cas qui nous préoccupe.

**502.** D'abord, le principe de l'autonomie de la volonté soulève une objection classique en droit international privé, qui consiste à y déceler un cercle vicieux : "régissant la validité même du contrat, la loi choisie par les parties est appliquée à l'efficacité des déclarations de volonté dont dépend sa propre compétence"<sup>51</sup>. L'article 8 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>52</sup> tranche la question en admettant qu'est compétente "la loi qui serait applicable si le contrat était valable". Compte tenu du silence de la directive sur le commerce électronique, l'on pourrait admettre l'application de l'exception de l'autonomie de la volonté, afin de laisser la loi contractuelle décider de l'existence du contrat.

**503.** Ensuite, pour les contrats conclus par les consommateurs, l'annexe ne prévoit une exception au principe du pays d'origine que pour les "obligations contractuelles" concernant ces contrats. Les questions d'offre et d'invitation à offrir appartenant au stade pré-contractuel, il semble qu'une interprétation restrictive conduise à exclure ces questions

---

<sup>51</sup> M. FALLON et F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1993, n° 1276.

<sup>52</sup> Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome et approuvée par la loi du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 oct. 1987.

du champ d'application de l'exception, pour les renvoyer au principe du pays d'origine.

Toutefois, le considérant n° 56 est pour le moins ambigu, car il précise qu'il faut interpréter la dérogation pour les obligations contractuelles dans les contrats conclus par les consommateurs "comme comprenant les informations sur les éléments essentiels du contenu du contrat, y compris les droits du consommateur, ayant une influence déterminante sur la décision de contracter".

De prime abord, un simple considérant ne saurait donner une portée extensive à une dérogation stricte et précise formulée dans l'annexe de la directive. En réalité, il semble que ce considérant entend préciser que l'*interprétation* d'une obligation contractuelle peut se faire à la lumière des informations précontractuelles. Par contre, s'il s'agit d'examiner la *légalité* d'une information ou d'une obligation précontractuelle (offre promotionnelle, publicité...), celle-ci sera examinée à la lumière de la loi du pays d'origine<sup>53</sup>.

**504.** Dès lors, si les États membres n'ont pu parvenir à un accord quant à la détermination du moment de conclusion du contrat, au moins celui-ci est-il réglé conformément au principe du pays d'origine, ce qui clarifie la situation.

## **B. La prévention des risques d'erreur**

**505.** Lors de la conclusion d'un contrat en ligne, l'utilisateur est susceptible de commettre des erreurs de différents types. D'une part, une erreur intellectuelle portant sur une qualité essentielle du bien ou du service offert, d'autre part une erreur matérielle dans la saisie des données. Seul le deuxième type d'erreur est envisagé par la directive sur le commerce électronique, dont l'article 11, § 2, prévoit que :

*“Les États membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande”.*

---

<sup>53</sup> En ce sens, E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le projet « Méditerranée »", *op. cit.*, p. 798.



Cette disposition est liée à l'article 10, § 1<sup>er</sup>, c, qui exige la fourniture d'une information relative à ces moyens de correction et d'identification des erreurs, et ce, avant la passation de la commande (*supra*, n° 215).

### ***1. Les erreurs sur une qualité substantielle du bien ou du service***

**506.** L'utilisateur pourrait tout d'abord se méprendre sur une qualité substantielle du bien ou du service offert. A cet égard, les exemples classiques cités par DE PAGE<sup>54</sup> peuvent tout à fait s'appliquer à l'internet : on se trompe sur l'ancienneté d'un meuble d'époque acheté sur le site d'un antiquaire ; sur un site de vente aux enchères, on croit acquérir un tableau de maître alors qu'il ne s'agit que d'une copie. A certaines conditions, une telle erreur pourrait être considérée comme vice de consentement, en application de l'article 1110 du Code civil<sup>55</sup>.

**507.** Les risques d'erreurs substantielles de ce genre peuvent être limités par la fourniture d'informations détaillées sur les produits ou services offerts en ligne, préalablement à la conclusion du contrat ou par le recours à des procédés de confirmation des caractéristiques des biens ou services commandés par l'utilisateur<sup>56</sup>. On note qu'une obligation d'information préalable sur les "caractéristiques essentielles du bien ou du service" incombe à tout professionnel qui fournit à distance des biens ou des services à un consommateur, en vertu de l'article 4, § 1<sup>er</sup>, de la directive sur les contrats à distance (voy. également l'art. 78, 2°, de la LPC). En droit belge, l'article 30 de la LPC consacre une obligation générale, pour le vendeur, d'informer le consommateur. En ce qui concerne les relations entre professionnels, une telle obligation relèvera du devoir de renseignement fondé sur la bonne foi et l'article 1382 du Code civil.

---

<sup>54</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, n° 39.

<sup>55</sup> Pour un examen de l'application de la théorie des vices du consentement aux erreurs commises dans la conclusion d'un contrat par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, "La formation des contrats par voie électronique", in *Études sur la formation du contrat*, ouvrage collectif à paraître, Bruxelles, Bruylant, 2001, chapitre II, section 2.

Pour un examen plus approfondi de la notion d'erreur constitutive d'un vice de la volonté, nous recommandons la lecture de L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, nr. 33-40 ; R. DEMOGUE, *Des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1923, t. I, n° 218 et s. ; H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, t. I, n° 34 et s. ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, n° 368 et s.

Pour un tour d'horizon de la jurisprudence récente en la matière, voy. R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak...", *op. cit.*, p. 325, nr. 109 e. v. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, "Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995)", *J.T.*, 1996, p. 709, n° 52 à 55 ; P. VAN OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations", *R.C.J.B.*, 1986, p. 55, n° 11 à 16.

<sup>56</sup> A ce sujet, voy. M. VAN HUFFEL, "Le droit communautaire", in B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et Consommation, n° 40, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 40.

**508.** La directive sur le commerce électronique ne traite pas de l'erreur substantielle commise lors de la conclusion d'un contrat par voie électronique. Cette solution paraît logique, étant donné qu'une telle erreur n'est pas caractéristique aux contrats conclus sur l'internet, contrairement aux erreurs commises dans la saisie des données. L'obligation précontractuelle de renseignement, suffit à prévenir la commission d'erreurs substantielles dans la conclusion des contrats en ligne.

## ***2. Les erreurs dans la saisie des données***

**509.** La directive sur le commerce électronique envisage les erreurs commises dans la saisie des données. Il s'agit là d'un genre particulier d'erreur, de type matériel, propre à la conclusion de contrats sur l'internet. En effet, une erreur dans la saisie des données sera due à une mauvaise utilisation du moyen technique mis en place par le prestataire pour conclure le contrat en ligne.

**510.** A titre d'illustration, envisageons les cas suivants : l'internaute clique sur le bouton "OK" sans savoir que cela entraîne la conclusion définitive du contrat ; ou bien il croit à tort que sa commande n'est pas passée et recommence l'opération, concluant ainsi deux contrats au lieu d'un. Dans ces hypothèses, il y a absence totale d'intention de contracter, la manifestation extérieure de volonté n'étant qu'une fausse apparence. Une erreur dans la saisie des données peut encore intervenir lorsque l'utilisateur se trompe en sélectionnant le bien ou le service, par exemple dans les quantités souhaitées. Dans ce cas, il y a bel et bien une intention de contracter, mais une erreur matérielle s'est glissée dans le contrat. Dans toutes ces hypothèses, il semble qu'on pourrait parler d'erreur-obstacle, c'est-à-dire d'erreur qui ferait obstacle à la rencontre des volontés<sup>57</sup>. Ce type d'erreur n'est pas envisagé par le Code civil. Toutefois, la distinction entre erreur obstacle et erreur vice de consentement semble assez théorique, leur régime étant similaire<sup>58</sup>.

**511.** Enfin, citons le cas où le destinataire, en remplissant le bon de commande, commet par inadvertance une erreur matérielle, par exemple dans ses données personnelles, le choix du moyen de paiement ou l'adresse de livraison ou de facturation. Dans cette hypothèse, il n'y aura ni erreur substantielle, ni erreur obstacle. En effet, les volontés des parties se sont valablement rencontrées, et l'erreur ne porte pas sur un des éléments essentiels caractérisant le contrat. Celui qui commet une telle

---

<sup>57</sup> Sur la notion d'erreur-obstacle, voy. M. COIPEL, *op. cit.*, n° 57 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 373.

<sup>58</sup> M. COIPEL, *op. cit.*, n° 57, p. 43.

erreur ne saurait être admis à demander la nullité du contrat. Une simple rectification devrait suffire à mettre bon ordre à la situation.

### **3. Les dispositifs d'identification et de correction des erreurs**

**512.** En vue de prévenir la survenance d'erreurs dans la saisie des données, le législateur européen exige que tous les moyens appropriés, efficaces et accessibles soient mis en œuvre pour permettre leur identification et leur correction, préalablement à la conclusion du contrat. Au regard de ces exigences, les méthodes employées par le prestataire devraient permettre une identification et une correction des erreurs de manière aussi instantanée que le processus contractuel lui-même, c'est-à-dire en ligne, directement sur le site.

Certains logiciels de commande en ligne sont programmés de manière à détecter automatiquement les erreurs manifestes dans l'enregistrement de la commande : valeurs qui sortent des marges prédéfinies, données contradictoires ou incompatibles avec la définition d'un champ, etc.<sup>59</sup> En outre, on peut facilement réduire les risques en recourant à des menus d'aide en ligne, en multipliant les boutons de correction au cours de la commande, en clôturant l'achat par une page de confirmation, sur laquelle le destinataire du service est invité à vérifier l'exactitude des données enregistrées avant de valider le tout, en laissant la possibilité de ne pas terminer la commande et de revenir en arrière jusqu'au dernier moment, etc. Actuellement, certains prestataires vont même plus loin, en permettant l'annulation ou la modification *a posteriori* des commandes qui n'ont pas encore été exécutées.

### **C. Les exceptions et dérogations**

**513.** Les paragraphes 1<sup>er</sup> et 2 de l'article 11 sont impératifs dans les relations entre un professionnel et un consommateur, et supplétifs entre professionnels. Ces derniers peuvent donc y déroger conventionnellement, et renoncer à l'envoi d'un accusé de réception et à la mise en place de dispositifs de correction des erreurs. Notons que l'article 11, §§ 1<sup>er</sup> et 2, et l'article 10, §§ 1<sup>er</sup> et 2, sont les seules dispositions de la directive prévoyant un tel régime à deux vitesses (*supra*, n<sup>os</sup> 230 et 231).

---

<sup>59</sup> E. MONTERO, "Internet et le droit des obligations conventionnelles", in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, pp. 48-49.

**514.** L'article 11, § 3 énonce la même exception que l'article 10, § 4, en précisant que les dispositions de l'article 11, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>er</sup> tiret, et 11, § 2 ne s'appliquent pas "aux contrats conclus *exclusivement* au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes" (voy. *supra*, n° 233).

Dès lors, si la totalité du processus contractuel se déroule par échange d'e-mails, seul l'article 11, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> tiret, sera d'application, pour déterminer que "la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès"<sup>60</sup>. Par contre, lorsque le processus contractuel s'opère partiellement en ligne et partiellement par e-mail, toutes les dispositions de l'article 11 sont d'application<sup>61</sup>.

**515.** Pour notre part, il nous semble que l'obligation d'envoyer un accusé de réception pourrait être imposée également lors de la conclusion de contrats exclusivement par échange d'e-mails. En effet, dans cette hypothèse, le destinataire a tout autant intérêt à savoir que sa commande a bien été reçue par le prestataire. Etant donné qu'il n'est pas à exclure qu'un courrier électronique soit égaré ou détruit lors de sa transmission, mieux vaut ne pas laisser le destinataire dans l'incertitude. En outre, il n'est guère contraignant d'imposer au prestataire d'envoyer un accusé de réception de la commande par voie électronique, une simple réponse non équivoque devant suffire à rassurer le destinataire.

---

<sup>60</sup> Encore que, nous l'avons dit, les parties qui sont des professionnels pourraient décider de déroger à cette disposition.

<sup>61</sup> Voy. A. STROWEL, "La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet", *op. cit.*, n° 23, p. 140, spéc. note 39.