

LA CONCLUSION DES CONTRATS DE COMMERCE INTERNATIONAL A L'EPREUVE DES TICS



Justine DIFFO TCHUNKAM, Docteur en Droit
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Yaoundé II – SOA
CAMEROUN

Pourquoi l'épreuve des TICS ? Le constat est clair depuis le temps de JOSSERAND et SAVATIER notamment, que l'économique influence constamment le juridique et lui impulse le mouvement vers la modernisation des règles de droit. A notre époque, Denis de BEYCHILLONS dans « Qu'est-ce qu'une règle de droit ? » fait le même constat. Et l'on se rend bien compte que le droit n'anticipe pas... les faits précèdent la règle, l'économique précède le juridique. Tant et si bien qu'aujourd'hui, il s'est élaboré un ordre public technologique pour encadrer le développement des TICS. Cet ordre juridique technologique est connu et il est certainement évolutif (ce qui complique la tâche des juristes). Les contrats également sont régis par un ensemble de normes issues de la théorie générale des contrats qui évolue très peu par contre. Aujourd'hui, les juristes de tradition germano-romanique comme ceux de Common Law s'activent à mener une réflexion critique et prospective sur l'adaptation des principes généraux des contrats aux exigences des TICS. De l'analogique au numérique, du contrat sur support papier au contrat électronique, l'environnement a changé. De la présence physique au Site Web (fonds de commerce virtuel), la méthode contractuelle a profondément été bouleversée. L'internationalisation du commerce est ainsi devenue une des tendances majeures des économies fonctionnant dans un système international ouvert (intégration économique et juridique, porosité des frontières, interdépendances des décisions et solutions économiques, ...); les réseaux internationaux de télécommunications ont accéléré considérablement le processus des échanges commerciaux internationaux pour asseoir l'e.business dans les systèmes industrialisés premièrement, ensuite, par un effet de connectivité, aux partenaires commerciaux internationaux en développement.

Qu'en est-il du contrat électronique ?

Le contrat électronique est sans conteste un contrat négocié à distance par voie électronique. Il peut se définir comme étant la rencontre d'une offre de biens ou de services qui s'exprime au travers d'un réseau international de télécommunications, et d'une acceptation qui est susceptible de se manifester au moyen de l'interactivité : il n'y a pas de présence physique simultanée des contractants ; l'interactivité permet une présence « virtuelle » simultanée mais séquentielle, qui s'exprime à travers la délivrance de certains services en temps réel sur le réseau, ainsi par le paiement immédiat du service par des moyens bancaires sophistiqués (cartes de crédit offrant un découvert permanent, cartes de paiement différé, etc.).

Le droit des contrats face à l'influence des TIC est donc au cœur de la problématique de la sécurité et la prévisibilité du droit en général. Avant d'aborder la question spécifique de la conclusion du contrat par Internet (ou contrat électronique) il faut relever l'absence de cadre juridique général pour la réglementation du commerce électronique dans l'espace OHADA.

L'avènement de l'e-commerce n'avait peut être pas suffisamment retenu l'attention des drafteurs de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général pour que des dispositions, même générales, lui soient consacrées dans le Livre V sur la vente commerciale.

Aucune allusion n'est faite à la vente des produits informatiques ; qui plus est, les Articles 202 à 205 dudit acte se bornent à délimiter le champ d'application du texte :

- il s'applique aux contrats de vente de marchandises entre commerçants, personnes physiques ou personnes morales ; AD, il ne s'applique pas aux ventes aux consommateurs ;
- il ne s'applique pas aux ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce, de monnaies ou devises et les cessions de créances ;
- il ne s'applique pas non plus aux contrats dans lesquels la part prépondérante de la partie qui fournit la marchandise consiste dans une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services ; il ne concerne donc pas les services en ligne.

Personne ne sera étonné de ce qu'il n'existe à ce jour aucune définition légale ni jurisprudentielle de ce type de contrat dans le droit OHADA, dans la mesure où la réglementation du droit uniforme des contrats est en chantier. Par l'analyse de la pratique, deux définitions peuvent être proposées :

La première est extrêmement étroite : elle conduit à considérer que le contrat du commerce électronique se définit comme étant une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau international de télécommunications. Cette situation n'est cependant pas systématique. Car certains professionnels mettent souvent en place des solutions de contournement hors réseau, dans le but de sécuriser cet échange dématérialisé. Dans ces conditions, cette première définition est excessivement restrictive.

La seconde définition s'attache à recenser les trois caractéristiques essentielles du commerce électronique :

- l'offre s'exprime au travers d'un réseau international de télécommunications : c'est l'ensemble des services d'origine ou de nature informatiques pouvant être fournis à travers un réseau de télécommunications. D'un point de vue juridique, il suffit que ce réseau soit ouvert au public comme le réseau Internet ; ce qui exclut bien évidemment les réseaux intra-entreprises comme l'Intranet, le réseau SWIFT pour les banques, et le réseau SABRE pour les agences de voyage, qui sont des réseaux fermés.
- L'offre s'exprime sur un support télévisuel ou numérique : l'offre est accessible à tous sans discernement, selon un mode de communication publique.
- L'interactivité entre professionnel et client : le commerce électronique se caractérise par le phénomène de l'interactivité ; à notre avis, c'est même la caractéristique principale du commerce électronique. L'interactivité suppose d'une part une mise en œuvre informatique de l'offre, d'autre part, la possibilité pour le client de manifester une éventuelle acceptation.

Aujourd'hui, il est établi en doctrine et en jurisprudence que le site web, fonds de commerce virtuel, est bien une réalité juridique. C'est à partir d'un site web, espace commercial immatériel, que toutes les opérations (de la publicité, échanges d'informations et de correspondances...) préalables à la conclusion éventuelle du contrat s'effectuent. Les échanges de données sont totalement dématérialisés à cause de la suppression des traces « papier »

dans les opérations réalisées. Cependant, l'analyse du rapport contractuel effectué au travers des réseaux électroniques ne pose pas tant de difficultés au regard de l'enseignement que les juristes ont déjà pu retirer des contrats formés à distance. Cela relève d'une simple constatation... Depuis bien longtemps, la doctrine traitant du droit des contrats, en Droit Civil comme en Common Law, n'omet de réserver un chapitre à la problématique **des contrats à distance**, parfois appelés « **contrat entre absents** ».

Encore, faut-il signaler, que les rapports sociaux manifestés dans le cadre des échanges économiques ne changeraient guère dans l'environnement informatique que nous connaissons aujourd'hui. Il s'agit toujours de vendre ou d'acheter des biens et des services, de s'entendre sur les conditions de vente et d'après-vente. En un mot, les moyens d'assurer l'activité économique se manifestent toujours par l'utilisation d'un outil juridique indispensable : le contrat, (lequel constitue) « **un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation** ».

Comme tout contrat, les contrats passés par Internet restent soumis aux mêmes conditions de validité des contrats classiques exigées par le droit civil à savoir : un ***consentement libre et éclairé, la capacité, l'existence de l'objet du contrat et la cause qui doit être licite***. Pourtant, leur forme dématérialisée implique certaines exigences particulières. Et c'est là que se pose tout le problème qui se traduit par deux préoccupations à savoir :

- comment s'effectuent les opérations contractuelles sur internet ? autrement dit, quels sont les problèmes juridiques posés par la conclusion du contrat électronique (offre, acceptation, lieu, moment, preuve de la conclusion du contrat, etc) ?
- Est-il aisé de transposer les règles classiques du droit des contrats à la résolution des difficultés posées par la preuve de la formation du contrat électronique ?

Ces questions sont intéressantes dans la mesure où elles permettront de conforter la confiance dans l'économie numérique en faisant du contrat électronique un mode alternatif de conclusion des conventions, en concurrence avec, ou au même titre que le papier.

Pour répondre à ces préoccupations qui relèvent d'ailleurs de la théorie générale des contrats, une démarche axée d'une part sur l'analyse du processus de formation du contrat électronique (I), d'autre part, sur l'ingénierie juridique qui établit la force probante du contrat électronique (II), permettra de relever des pistes de solution exploitables pour l'élaboration d'un cadre juridique prévisible pour la validité du contrat électronique dans la vente commerciale internationale.

I- LE PROCESSUS DE FORMATION DU CONTRAT ELECTRONIQUE

La distance et l'immatérialité sont la source d'un certain nombre d'évolutions juridiques quant aux modalités de formation même d'un contrat. Autrement dit, des changements qui sont susceptibles d'être attachés à l'offre et l'acceptation qu'il faudra adapter au contexte électronique.

Le contrat électronique est forcément conclu en un minimum de deux étapes : l'offre et l'acceptation. Certes, cette succession existait dans les contrats sur support papier mais elle prenait habituellement forme dans un même document. Dans le cas du contrat électronique qui nous intéresse, il s'agit de savoir si l'un d'eux pourrait être formé, non pas par la succession de l'offre et de l'acceptation, mais par un faisceau d'indices susceptible de montrer l'intention des parties. Sur cette base, Jacques GHESTIN avait élaboré (dans son Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 302) deux degrés de manifestation de volonté : l'une est expressément exprimée, l'autre ne l'est qu'implicitement.

« La manifestation de volonté, expresse ou tacite, constitue un signe ; ce qui veut dire qu'elle doit avoir été accomplie par son auteur avec l'intention de communiquer à autrui ce pourquoi il s'engage. En revanche, lorsque derrière le fait pris en considération on ne discerne aucune volonté qui ait entendu conférer à celui-ci une signification à l'intention d'autrui, il ne s'agit que d'un indice, à partir duquel l'expression d'une volonté peut seulement être présumée». En tout état de cause, l'offre électronique doit être manifeste (A), l'acceptation électronique doit être éclairée et formalisée (B).

A- La manifestation de l'offre électronique

L'offre, dans son acception large, peut être définie comme une proposition de contracter. Celui qui l'émet lance, en quelque sorte, une invitation à contracter. La proposition électronique de contracter, comme toute autre proposition, doit respecter certaines conditions prévues par le droit civil pour pouvoir être qualifiée d'offre¹. Il est donc nécessaire de vérifier si les éléments requis pour la constitution de l'offre, peuvent être réunis en matière électronique. Dans l'environnement électronique, l'offre proposée sur un site doit présenter certaines caractéristiques (1), son contenu doit être suffisamment étayé (2) pour susciter un consentement éclairé.

1- Les Caractéristiques de l'offre

Si l'offre est généralement définie par la doctrine, comme toute proposition ferme de conclure un contrat à des conditions déterminées, cela implique qu'elle doit être suffisamment **précise** et **ferme** pour permettre la formation du contrat. L'offre électronique n'échappe pas à ces exigences. En fait, La condition de précision impose qu'elle doit comporter, obligatoirement, tous « les éléments qui peuvent permettre une acceptation pure. ». En d'autres termes, ceux qui impriment à un contrat sa coloration propre et en l'absence desquels ce dernier ne peut être caractérisé. Ainsi, l'offre de vente doit comporter **la chose** et **le prix**. Rien ne s'oppose à ce que les offres électroniques présentées sur un site internet ou envoyées par un courrier électronique, remplissent cette condition.

En revanche, l'appréciation de la condition de fermeté de l'offre pose des difficultés. En effet, une proposition de contracter constitue une offre uniquement si son auteur manifeste la volonté ferme d'être lié en cas d'acceptation (cass.com. 6-mars-1990, bull.civ.IV, n°74 ; J.C.P(G) 1990).

L'acceptation de l'offre doit suffire à former le contrat, et « le contrat n'est point parfait, lorsque les parties ont expressément réservé certaines clauses comme devant former l'objet d'un accord ultérieur... ». **Chose qui est fréquente dans la majorité des sites internet qui prévoient, souvent, des réserves expresses ou implicites d'agrément des contractants.** Des exemples de clauses expresses figurent dans le contrat type proposé par la CCI de Paris : possibilité de ne pas livrer l'internaute pour une distance jugée déraisonnable (limitation matérielle), libre choix de refuser ou d'accepter une commande effectuée en dehors de la zone géographique limitée par le pollicitant (limitation juridique). La réserve implicite est celle qui résulte de la nature même du contrat, généralement la considération déterminante de la personne (intuitu personae). Or, en matière électronique, la personne revêt une importance considérable, car l'émetteur de l'offre risque de se heurter à de faux clients, ou ne dispose pas de toutes les informations pour apprécier leur solvabilité. Dans ces conditions, il faut

¹ - La loi française N° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a introduit les articles 1369-1, 1369-2 et 1369-3 au Code civil, qui disposent des obligations de l'auteur d'une offre à titre professionnel ainsi que des droits du destinataire de l'offre, et relatifs à la conclusion des contrats sous forme électronique.

considérer que l'offre électronique comporte une réserve implicite pour les qualités attachées à la personne.

L'interrogation qui se pose, fortement, à cet égard, est de déterminer si la proposition électronique de contracter -marquée par lesdites réserves-, ne constitue pas seulement une simple invitation à entrer en pourparler ?

En l'absence d'un principe général dégagé par la jurisprudence, la majorité de la doctrine affirme à juste titre que la qualification d'offre doit être retenue uniquement dans l'hypothèse où le pollicitant ne dispose pas de la possibilité de se dégager de manière arbitraire. Cette solution devrait s'appliquer au commerce électronique.

En somme, pour qu'il y ait offre au sens étroit, il faut que la proposition (électronique) exprime un véritable engagement, (et) que l'auteur soit animé par la volonté de s'engager, de se lier, ce qui suppose que l'offre est précise et ferme. Les Principes d'UNIDROIT confirment cette transparence évidente en prévoyant, à l'article 2.2, qu' **« une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »**.

Aux termes de l'article 2/2 de l'avant projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, **« une proposition de conclure constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »** (idem principes UNIDROIT).

Mais les critères inhérents à la fiabilité de l'offre restent imparfaitement réalisables dans la mesure où il faut tenir compte de la lisibilité du document électronique, et surtout... de la capacité de compréhension par le destinataire de l'offre.

En effet, si l'offre doit comprendre les éléments essentiels à l'engagement, il est facile d'imaginer que la capacité de lecture, de compréhension et le risque de faire des erreurs varient sensiblement entre un support électronique et un support papier². Le document écran est source de beaucoup plus d'imprécisions, d'éventuels quiproquos, et l'utilisateur ne manque généralement pas de faire preuve, face à un document électronique, d'une certaine désinvolture. Souvent, il se limite à faire défiler le texte, et finit par « cliquer » sans forcément avoir pleinement conscience de ce à quoi il s'engage.

L'écrit sous forme électronique doit répondre des dispositions légales en ce qui concerne les conditions particulières exigées pour la lisibilité ou la présentation de l'écrit. La pratique du formulaire permet de répondre à l'exigence de la partie détachable d'un contrat, dès lors qu'un procédé électronique permet l'accès et l'envoi du formulaire, art. 1369-10 du Code civil. L'obligation d'un envoi en plusieurs exemplaires est satisfaite dès lors que l'écrit est imprimable, art. 1369-11.

Enfin, la pluralité d'originaux est acquise pour le contrat sous forme électronique lorsque celui-ci est établi et conservé conformément au procédé prévu aux articles 1316-1 et

² - Une étude de Jakob Nielsen, spécialiste en communication, a mis en évidence les différences de capacité de lecture de l'utilisateur devant un écran par comparaison avec celui qui consulte un document papier. Il est facile et évident de percevoir les conséquences que cela implique dans le cadre d'un contrat d'adhésion, souvent long, difficile à lire, parfois même dans une langue que l'intéressé ne maîtrise qu'imparfaitement. Source : Vincent GAUTRAIS, LES PRINCIPES D'UNIDROIT FACE AU CONTRAT ELECTRONIQUE, vincent.gautrais@umontreal.ca. Site Internet : [http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm]

1316-4 du Code civil et que ce procédé permet à chaque partie d'y disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès, art. 1325 du Code civil.

Ces exigences dû à la volatilité des informations contenues sur les sites justifient en outre une réglementation assez ferme du contenu de l'offre.

2- Le contenu de l'offre

En droit commun, l'offre n'est pas définie d'une manière claire et directe, elle découle de l'exigence du consentement. Le vendeur doit informer son client sur les caractéristiques des biens offerts en ligne. Depuis l'ordonnance française du 16 juin 2005, insérée à l'article 1369-2 du code civil, ces informations précontractuelles peuvent être fournies par courrier électronique. Le Courrier électronique doit contenir :

-Des informations sur le vendeur. Les noms, adresse, numéro de téléphone et e-mail du vendeur doivent apparaître sur le site. Les personnes morales sont, en outre, tenues de préciser leur raison sociale. Si le vendeur est assujéti aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription doit être indiqué. Et, si l'activité est soumise à une autorisation particulière (licence de voyages pour les voyagistes en ligne, par exemple), le nom et l'adresse de l'autorité administrative ayant délivré cette autorisation doivent figurer dans l'offre de vente.

-Des informations sur le prix. Le vendeur doit indiquer le prix des produits et services offerts à la vente de manière claire et non ambiguë. Il doit notamment préciser si les taxes applicables et les frais de livraison sont inclus dans le prix.

-Des Conditions générales de vente. Elles doivent en particulier mentionner les différentes formalités à effectuer pour conclure le contrat par voie électronique, les moyens techniques pour identifier les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée, les langues proposées pour la conclusion du contrat, et les modes d'archivage du contrat.

Le code français de la Consommation sanctionne le professionnel qui ne respecte pas l'obligation d'information contenue dans l'offre précontractuelle d'une amende de 1 500 € (c. consom. art. R 121-1 et c. pén. art. 131-13).

[Article 1369-4 Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait. L'offre énonce en outre : 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre].

Comme il est déduit de l'article 1109 du Code Civil français : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

En outre, pour constituer une offre au sens juridique du terme, le message affiché sur un site commercial - ou envoyé par courrier électronique - doit contenir tous les éléments nécessaires à la conclusion d'un contrat, c'est à dire par exemple la désignation précise du produit proposé ainsi que son prix. L'offre ne pourra contribuer à la formation du contrat qu'à condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque.

Qu'en est-il de la désignation de la loi applicable en tant qu'élément prépondérant du contenu du contrat électronique ? A notre avis, cette disposition devrait être une condition exorbitante de la validité du contrat électronique, dans la mesure où elle s'avère plus que jamais impérieuse dans le processus de conclusion du contrat électronique. En effet, nous sommes bien sur le terrain de la vente commerciale internationale, avec les éléments de complexité dus à la distance, à l'immatérialité, et à négociation virtuelle.

De ce fait, le réseau de télécommunications est une sorte d'espace a-national, c'est-à-dire un espace sans attaches nationales clairement établies, et ne disposant d'aucune population propre qui lui soit attachée. Cette toile de fond constitue l'épine dorsale du commerce en ligne ; sans compter qu'avec les réseaux par satellite, la notion géographique de frontière n'est plus déterminante en tant que critère de qualification juridique en droit international.

- en principe, les services en ligne sont soumis à la « loi du pays où ils peuvent être consultés », c'est-à-dire la loi de l'utilisateur. C'est en ce sens que le risque des « pavillons de complaisance électroniques » est grand : leur but est de contourner les lois auxquelles sont soumis les clients ou consommateurs du pays cible.

NB : Un commerçant peu scrupuleux peut intentionnellement chercher à se placer sous l'empire d'une loi en sachant qu'elle lui est des plus favorables ; c'est ce qu'on appelle « le pavillon de complaisance » par référence au droit maritime, ou « l'activité offshore » par référence au droit fiscal : la finalité pour le commerçant c'est de se soustraire de l'empire d'une loi économiquement défavorable pour lui (en matière fiscale on parle d'ailleurs d'évasion fiscale).

Si donc l'opérateur informatique averti peut naviguer à travers les législations et choisir celle qui lui est la plus favorable par rapport aux services et prestations fournis, en même temps qu'il a accès aux clients consommateurs placés sous l'empire de lois différentes, cela pose bien évidemment des questions complexes de la désignation de la loi applicable et du tribunal compétent.

Comment un internaute de nationalité camerounaise par exemple, mécontent du produit informatique qu'il a acquis et livré à sa résidence de Ouagadougou, pourrait-il faire entendre raison à son vendeur de nationalité américaine ? Inversement, comment un commerçant de nationalité américaine pourrait-il recouvrer une créance auprès d'un de ses clients de nationalité camerounaise ou burkinabé domicilié en Australie ?

Avec le développement des réseaux de télécommunications, ces exemples ne sont plus des cas d'écoles. La complication semble même s'aggraver dans certains cas : car outre les lieux d'établissement ou de résidence habituelle des parties, l'emplacement du serveur, la présence d'intermédiaires tels que les fournisseurs d'accès, ou de bouquets de services, viennent renforcer la confusion initiale. Les problèmes posés par le développement du commerce électronique sont certes complexes et même encore débattus en doctrine et en jurisprudence. Ils constituent à notre stade, autant de pistes auxquelles le jeune chercheur que vous êtes devrait s'appuyer pour la recherche d'éléments de construction d'un droit du commerce électronique adapté aux besoins juridiques de l'opérateur économique dans l'espace OHADA. Autrement dit, ***l'on se rend compte que l'opérateur du commerce électronique risque d'errer encore pendant longtemps à la recherche de son système juridique.***

En principe, les instruments juridiques existants sur la matière désignent comme applicable la loi du lieu de la conclusion du contrat, lieu de la situation du site ou du serveur sur lequel l'offre a été identifiée. C'est pourquoi nous pensons qu'il est faut attirer l'attention du cybernaute sur la difficulté qui l'attend s'il ne fait pas attention au choix de la loi qui s'appliquera à la résolution des litiges occasionnés l'exécution du contrat. Ce choix se fait au moment de la conclusion du contrat.

Voyons rapidement comment prend fin l'offre de contracter en ligne ?

En règle générale, l'offre doit être maintenue, si aucun délai n'a été fixé, pendant un temps raisonnable pour en permettre l'acceptation éventuelle. Notons qu'il n'y a pas de règle fixe sur ce point ; tout est affaire de loyauté. En revanche, on déduit automatiquement du comportement du pollicitant que l'offre - non assortie d'un délai- est librement révocable.

En matière électronique, L'offre aura disparu à partir du moment où elle sera retirée d'un site Web. Elle ne sera plus accessible au public, même si l'offre subsiste au sein du serveur. En outre, l'internaute dispose d'un délai de 7 jours pour annuler sa commande sans avoir à se justifier ni à payer de pénalités. Ce délai court à compter de la réception s'il s'agit de la vente de biens, et à compter de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services (Code français de la Consommation : art. L. 121-20). Le vendeur est par conséquent tenu de rembourser son client au plus tard dans les trente jours qui suivent la notification de la rétractation. Au-delà de 30 jours, la somme due est de plein droit productive d'intérêts au taux en vigueur.

En revanche, si l'offre a été acceptée avant d'avoir disparue du site internet, le contrat sera formé et plus aucune rétractation ne sera possible.

Pour nous résumer, deux conditions cumulatives déterminent l'existence de l'offre : l'offre doit être insérée au sein d'un serveur, l'offre doit être accessible au public.

L'on pourrait par déduction penser que l'offre est caduque lorsque le serveur qui la présentait a disparu !

- La disparition temporaire, due à un problème technique, suspendrait l'existence de l'offre.
- Par contre, le changement d'adresse électronique, où se trouve désormais localisée l'offre, ne la fait pas disparaître si le serveur primaire renvoie à un serveur secondaire accessible au public par des liens hypertextes.
- La disparition définitive du site ou du serveur fait disparaître l'offre dans la mesure où le maintien de l'offre dépend de la permanence du serveur ou du site.

Comment se formalise dans ces conditions séquentielles et immatérielles l'acceptation électronique de l'offre.

B- L'acceptation électronique

L'acceptation de l'offre de contracter doit se manifester sans équivoque, pour le moment de la conclusion du contrat soit matérialisé au sens de la théorie générale des contrats

1- La formalisation de l'acceptation

Le contrat de commerce électronique présente, à l'instar de l'offre, quelques spécificités quant aux modalités de l'acceptation. Les Principes d'UNIDROIT ont élaboré des dispositions générales sur le consentement par le biais de l'article 2.6 relatif au mode d'acceptation.

Il en ressort clairement que :

- 1) Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation.
- 2) L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.
- 3) Cependant, si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli.

Aux termes de l'article 2/1 de l'avant projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, « le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre, soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord ». Le même texte ajoute plus loin, s'agissant du mode d'expression de l'acceptation, que « constitue une acceptation toute déclaration ou **tout autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre** ».

L'indication d'acquiescement en remplissant clairement le formulaire de commande électronique y compris les conditions générales de vente, en y apposant sa signature, et en le réexpédiant au pollicitant, constitue des indices probants de la manifestation de la volonté de conclure.

Dans une commande passée par voie électronique, les erreurs de saisie liées à l'utilisation de l'informatique sont toujours possibles. **Par exemple, en cas de doute sur la réalisation de l'opération, l'internaute peut être tenté de passer une seconde commande concernant le même article, ce qui le contraindrait alors à en payer deux fois le prix.**

Pour éviter ce type d'incidents techniques, la LCEN et l'article 1369-2 du Code civil ont subordonné la validité du contrat à un certain nombre d'exigences juridiques (plus rigoureuses que celles des Principes d'UNIDROIT).

Dans ces conditions, **l'internaute manifeste son intention de contracter en adressant sa commande au vendeur par voie numérique. Ce dernier doit en accuser réception, notamment par e-mail, dans les meilleurs délais. Grâce à cette formalité, l'acheteur a la certitude que son intention de contracter a bien été prise en compte. Le vendeur adresse ensuite à son client, sur support durable, un récapitulatif confirmant les caractéristiques du bien ou du service commandé, son prix, ainsi que les informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales. Ce document mentionne également l'existence d'un délai de rétractation de 7 jours dont dispose le client pour renoncer à son engagement. Ce récapitulatif permet à l'internaute de vérifier le détail des clauses du contrat avant de donner son accord définitif : Reste au client à réitérer matériellement l'acceptation du contrat par le procédé du double clic (il a cliqué une première fois pour passer commande, et clique une seconde fois pour valider cette commande).**

La confirmation successive du vendeur par le biais de l'accusé de réception au sens de l'article 1369-5 du code civil français, et de l'acheteur par le « double clic » entraîne la conclusion définitive du contrat entre les deux parties.

Cette précaution a l'avantage de cristalliser le moment de la conclusion du contrat en apportant une solution au cas de dérèglement de la date d'un ordinateur qui est un problème à la fois fréquent, bénin, rarement corrigé, mais qui peut biaiser l'indication du moment de la conclusion du contrat électronique.

2- Quelle interprétation au plan de la théorie générale des contrats

Premier constat : qu'un contrat soit électronique ou écrit ne change rien aux obligations conventionnelles. Autrement dit, la question du moment de la formation des contrats entre absents se pose de la même façon, mais avec une acuité attachée à la singularité du processus de conclusion des contrats sous la forme électronique.

Alors que la jurisprudence traditionnelle applique la théorie de l'émission de l'acceptation, et que la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises, les Principes d'UNIDROIT, le projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, retiennent la théorie de la réception de l'acceptation, le Code civil français sous l'impulsion de la LCEN, a introduit en 2004 la **théorie de l'émission de la confirmation de l'acceptation** pour la conclusion des contrats sous forme électronique : avec le système dit de « double clic », le contrat est réputé conclu lorsque le destinataire de l'offre, après avoir passé sa commande, a bien reçu l'accusé de réception de celle-ci par l'auteur de l'offre, et a pris la peine de confirmer son acceptation. C'est cette confirmation de l'acceptation qui, en pratique est doublée d'une exigence d'envoi d'une version papier archivable de la même commande, et qui formalise la conclusion formelle du contrat électronique.

Cette option était basée sur le postulat suivant : s'il y a contrat, il vaut mieux que les parties aient conscience de leur engagement réciproque. Aussi, vu les spécificités du mode d'obligations à distance, la meilleure chose pour s'assurer de cette prise de conscience, c'est d'en retarder le moment.

Mais il ne suffit justement pas de retarder le moment de la conclusion du contrat pour assurer la sécurité des transactions conclues par le moyen de l'électronique. Quelle technologie adaptée aux modes de preuve classiques, permet d'assurer la force probante des contrats électroniques ? [C'est ce que nous allons voir en examinant l'ingénierie juridique de la force probante des contrats électroniques].

II- L'INGENIERIE JURIDIQUE DE LA FORCE PROBANTE DU CONTRAT ELECTRONIQUE

La neutralité technologique, notion pourtant bien ancrée dans l'esprit des concepteurs du droit du commerce électronique, apparaît comme un raccourci bien facilement tracé dans l'assimilation entre support papier et support électronique. Dans bien des cas, dans plusieurs textes directement dédiés au traitement juridique des documents électroniques, il apparaît clair que la possibilité pour un contractant d'identifier l'autre partie au contrat, ainsi que la signature du contrat qui conditionne par ailleurs l'authenticité du document notamment dans les contrats conclus électroniquement, suffit pour marquer la confiance dans l'outil numérique.

Deux conséquences fondamentales et pratiques découlent de cette assertion à savoir que le principe de l'équivalent fonctionnel est à la base des conditions de validité des transactions électroniques (A), et que le caractère interchangeable des supports écrit et papier dans

l'établissement de la preuve des transactions électroniques (B) est le but ultime des règles élaborées par *la lex electronica*.



A- La reconnaissance de l'équivalence fonctionnelle de l'écrit

Par équivalence fonctionnelle, on entend généralement la technique qui consiste à rechercher les fonctions qu'un écrit papier possède et de les transposer sur tout autre support qui remplirait les mêmes fonctions³.

Sur ce point, plusieurs textes internationaux et nationaux ont consacré ce principe :

D'abord, il y a la position radicale selon laquelle l'écrit est irréconciliable avec l'électronique ; ensuite, existe une vision qui tend à redéfinir les concepts anciens pour y intégrer la nouveauté. Les équivalents fonctionnels, selon ces deux courants doctrinaux, constituent « une voie médiane qui a été adoptée en 1996 par la CNUDCI. Il faut comprendre par là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi type de la CNUDCI se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles.

La méthode est dite fonctionnelle parce que les Principes UNIDROIT justement l'associent à la forme du contrat en termes fonctionnels. Ainsi, et notamment à travers les discussions auprès de la CNUDCI, on a tenté d'énumérer les fonctions qu'on peut lui attribuer et que tout document électronique devra lui-même avoir pour satisfaire cette exigence. L'analyse sans doute la plus complète, et largement diffusée à ce sujet, est celle proposée par la CNUDCI qui identifie onze fonctions⁴, considérées d'ailleurs comme non exhaustives. Cette méthode souple est intéressante à plusieurs égards. Elle permet de ne pas rejeter du revers de la main un document électronique du seul fait qu'il n'est pas sur un support particulier. Elle assure le développement du commerce électronique sans avoir à modifier chacune des lois qui avait prévu, dans l'esprit du législateur, une forme sur support papier.

Ainsi, un écrit comprendrait non seulement un télégramme mais aussi tout autre mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui peut laisser une trace matérielle » (Commentaire n° 4 de l'article 1.10 des Principes, et 1/10 de l'avant projet d'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats). Il est question d'assurer la traçabilité du contrat électronique, mais aussi son archivage en vue d'une consultation ultérieure par les parties.

³ 25 Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) 2 *Journal de droit international* 323, 380-382.

⁴ - Au sens de l'article 6 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (1996) relatif à la notion « d'écrit », les fonctions attachées à l'écrit sont les suivantes : « 1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; 3) fournir un document lisible pour tous; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux; 8) consigner l'intention de l'auteur de "l'écrit" et conserver la trace de cette intention; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et 11) établir l'existence de droits et d'obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" était requis aux fins de validité ».

Il est important de noter que cette approche peut être considérée, en ce qui concerne les concepts d'écrit et de signature, comme universelle et faisant partie de la *lex mercatoria*, voire de *lex electronica*⁵, tellement sa récurrence est assurée.

Ensuite, c'est le législateur français qui reconnaît et introduit l'équivalence fonctionnelle dans le droit positif français sur les contrats à travers **les articles 1316 à 1316-4 du code civil**.

L'article 1316-4 définit la signature électronique: « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. **Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache.** La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie.

La signature électronique désigne ainsi les différents mécanismes techniques (système de cryptage et clés cryptographiques) qui permettent aux destinataires des données électroniques de vérifier :

- l'identité de l'autre partie au contrat ;
- son autorité et sa capacité à s'engager ;
- qu'il est bien l'auteur du document ;
- que le contenu du message n'a été ni intercepté ni modifié.

Cette signature est reconnue grâce à un certificat, qui est un dispositif informatique installé sur un ordinateur ou une carte à puce. Il suffit alors d'activer le programme lié à la signature sur les documents où l'on souhaite la voir apposer, et l'ordinateur se charge du reste. Le destinataire reçoit alors un message sur lequel une icône indique l'utilisation du procédé d'authentification. Soit il fait confiance à son interlocuteur, ne met pas en doute son identité et accepte les données du message, soit il se met en contact avec le fournisseur du dispositif qui lui confirme l'authenticité des données contenues dans la signature.

Tout ceci paraît justement trop compliqué pour l'internaute qui, la plupart du temps, se contente de répondre au message et de suivre le processus de remplissage du formulaire contractuel.

Marier formalisme probatoire et solennel autour d'une notion unique d'écrit et de signature électronique tels que définis aux articles 1316, 1316-1 et 1316-4 du Code civil, telle serait la consécration réglementaire ! Sur ce point, il peut être utilement rappelé que la mise en place de la signature électronique au sens de l'article 1316-4 du code civil, implique de recourir à un dispositif sécurisé de création de signature électronique, dont les conditions obligatoires sont au nombre de trois :

- La signature électronique mise en œuvre doit être sécurisée ;
- Cette signature est établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique ;
- La vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un « certificat électronique qualifié ».

⁵ V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 8, p. 229 et suiv.

En pratique, pour être sécurisée au sens du **droit interne Français**, la S.E doit satisfaire aux exigences suivantes : être propre au signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; elle doit garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte sera détectable.

Les difficultés en revanche restent nombreuses. À vouloir trop considérer le commerce électronique comme un progrès inéluctable, on en est arrivé à oublier certaines spécificités de chacun de ces supports. D'une part, certaines caractéristiques ne sont pas faciles à transposer. Il en va ainsi, par exemple, de la signature et du papier qui sont souvent dotés d'une portée symbolique, voire psychologique, qu'il n'est pas toujours aisé de reproduire sur un document électronique, du moins lorsque aucun aménagement idoine, proportionnel aux enjeux et aux circonstances d'une transaction donnée⁶, n'est mis en place. D'autre part, il importe de trouver des critères suffisamment précis et justes pour que les fonctions recherchées soient satisfaites. Par exemple, que la consécration de l'équivalence entre la forme électronique et la forme papier implique un strict respect des obligations touchant à la formation des contrats électroniques. **[C'est ce qui à notre avis justifie le renforcement du processus de la manifestation de la volonté de conclure.]**

Pour l'instant, il est constant que la signature s'évalue au regard des circonstances et des intérêts contractuels en jeu. Ce qui permet de penser que l'on évolue très sensiblement vers l'interchangeabilité des deux supports, écrit et électronique.

B- Vers une interchangeabilité de l'écrit électronique et de l'écrit sur support papier

Dans l'hypothèse de l'article 1.10 des Principes, deux critères sont proposés. D'abord, l'exigence d'un écrit est satisfaite quel que soit le support, dès qu'il permet « de conserver l'information qui y est contenue ». Ce critère n'est pas davantage explicité, notamment dans les commentaires attachés aux Principes.

Il existe encore plus de difficultés à tenter d'interpréter la seconde exigence qui fait état d'un support capable de « laisser une trace matérielle ». Cet élément de matérialité laisse sous entendre une certaine relation avec tout support physique et présente donc une relative assimilation avec un mode de communication électronique qui permet la traçabilité des échanges d'informations entre les cocontractants.

L'article 209 de l'Acte Uniforme OHADA relatif au DCG indique simplement que « l'ECRIT doit s'entendre de toute communication utilisation un support écrit, y compris le télégramme, le télex ou la télécopie ».

L'avant projet d'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats, sans le dire clairement, dispose implicitement en son **article 1/3** que « le présent acte uniforme n'impose pas que le contrat soit conclu sous une forme particulière » ; ce qui laisse comprendre que même le contrat conclu sous la forme électronique est régi par l'avant projet d'acte uniforme OHADA sur le contrat. Cette idée est confortée par **l'article 1/10** du même acte qui énonce plus clairement que « le terme **ECRIT** s'entend de tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui de nature à laisser une trace matérielle ».

⁶ Concernant la signature, si deux fonctions sont toujours demandées (l'identification du signataire et la manifestation de volonté), plusieurs définitions récentes exigent de surcroît qu'on tienne compte de l'importance de la transaction pour déterminer la méthode de manifestation de la signature.

Ces dispositions tendent toutes à consacrer l'interchangeabilité de l'écrit sur support papier et de l'écrit sur support électronique. Ainsi, aux termes de l'art. 1369-10, « **lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes** ».

« L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie ».

De même, l'art. 1369-11 du Code civil dispose que « L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire ».

Dans le même ordre d'idées, l'al. 1er de l'art. 1369-7 dispose qu'« une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique ».

Il est prévu que la lettre avec accusé de réception puisse elle-aussi être remplacée par un écrit électronique sous réserve de respecter les conditions posées par l'art. 1369-8 qui dispose que l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier.

La référence en la matière est sans doute la Loi type de la CNUDCI de 1996. Ce texte, qui est de surcroît chronologiquement le premier, a un texte spécifique, l'article 6⁷, qui a été proposé afin de traiter de la réalisation des conditions de l'écrit sur support électronique. Ainsi, tout document électronique qui permet la réalisation de cette condition, à savoir la **consultation ultérieure**, pourra être considéré comme ayant la qualité d'écrit. Le client doit pouvoir y accéder à tout moment. Les documents contractuels élaborés sous la forme électronique doivent en fin de compte être imprimés et archivés. Car c'est cela la réalité et la substance des textes et instruments contemporains qui encadrent les transactions commerciales par le moyen des technologies de l'information et de la communication.

Pour conclure, bien que les principes généraux de justice, de bonne foi et de loyauté restent et demeurent le socle des transactions commerciales internationales, je laisse à votre réflexion cette citation de LOCRE : « *Si tous les hommes étaient justes et sincères, on n'aurait pas besoin sans doute de tant de règles. Mais outre que l'expérience n'a que trop appris tout ce que l'on doit redouter du vice ou de la faiblesse, ce qui seul justifierait les mesures que la loi prend pour constater les conventions, nous devons aussi reconnaître que les hommes se succédant sur la terre et les obligations se transmettant d'âge en âge, il est indispensable de fixer les formes qui seules peuvent faire retrouver les traces des obligations et des preuves de la libération.* ».

⁷ Art. 6 : « Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement ».