

# Multiplicité des contrats électroniques

Isabelle DE LAMBERTERIE

*Le contrat électronique*

Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003

---

---

<b>I - MULTIPLICITÉ D'ACTEURS .....</b>	<b>2</b>
1- LES FOURNISSEURS.....	2
2 - LES CLIENTS.....	3
3 - LES « TIERS ».....	3
<b>II - MULTIPLICITÉ DE CONTRAT.....</b>	<b>3</b>
<b>III- AUTONOMIE ET EFFET RELATIF DES CONTRATS ÉLECTRONIQUES ?.....</b>	<b>5</b>

« À mesure que s'étendent les dimensions des forces naturelles maîtrisées, non seulement les contrats se transforment mais il cesse d'être possible de les envisager eux-mêmes isolément. Chacun de ces contrats transformés doit aujourd'hui être mis en liaison intime en connexion économique avec d'autres contrats »

R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 3è ed, Paris, Dalloz 1964 p.53

Le droit commercial envisage les contrats « comme les pièces de mécanismes plus complexes : cycles, circuits, réseaux, appareils commerciaux » P. Didier Droit commercial T1, Paris, P.U.F., 1970 , p.17.

Le commerce électronique n'échappe pas à cette analyse qui reste d'une brûlante actualité:

- Quelle définition du commerce électronique? « Ensemble des échanges numérisés liés à des activités commerciales entre entreprises, entre entreprises et particuliers, entre entreprises et administrations » Rapport F. Lorentz *Commerce électronique, une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics* Ministère Commerce Finances et industrie janV. 1998 (WWW. Finances.gouv.fr/commerce elect./lorentz)

- Comme le souligne Michel Vivant dans son introduction à l'ouvrage sur les contrats électroniques, le vecteur a changé, l'esprit aussi certainement car on n'entreprend pas de vendre entre Paris et San Francisco comme on pouvait le faire avec un clientèle de proximité. Mais il s'agit toujours de commerce soumis aux règles usuelles du droit commercial ».

Multiplicité d'acteurs, multiplicité de contrats, liens possibles entre ces contrats tels seront les points que nous aborderons dans ce premier exposé de la 2è session de la matinée. Ce sera une ouverture sur le maillage contractuel et ses incidences. Nous ne pourrons surement pas être

exhaustif et tel n'est pas le but. Nous chercherons, plutôt, à appuyer cette analyse sur des essais de typologie qui pourra être enrichi tout au long de cette journée.

## **I - Multiplicité d'acteurs**

Nous entendrons par acteurs non seulement les fournisseurs, prestataires ou vendeurs mais aussi les destinataires de ces offres de fournitures ou de prestations ou les acheteurs potentiels, sans oublier ce que nous appellerons les « tiers » aux contrats qui sont concernés par l'opération contractuelle à un titre ou à un autre.

### **1- Les fournisseurs**

Le marché incite à distinguer trois groupes de fournisseurs : les fournisseurs d'accès aux réseaux, les prestataires de service liés à l'électronique (y compris les hébergeurs) en fin les commerçants ou prestataires en ligne.

Les premiers, fournisseurs d'accès se caractérisent par leur neutralité quant aux utilisations qui pourraient être faites du réseau. Ce sont des opérateurs de télécommunications. Dans la future loi "CEN" ce sont les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne (art. 43-7 de la loi de 1986);

Les prestataires de services peuvent assurer l'hébergement mais aussi différents services ou prestations informatiques (construction de site, gestion de serveurs ....).

C'est la qualification d'hébergeur qui - du fait du régime de responsabilité qui lui est attaché - fait l'objet d'une attention particulière.

A ce jour, ce sont « les personnes qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication publique en ligne le stockage durable de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services ».

Il est intéressant de relever que suivant les recommandations du forum des droits sur l'internet, cette définition englobe l'ensemble des activités d'intermédiation des personnes exerçant une prestation d'hébergement, comme par exemple les fournisseurs et les exploitants de forums de discussion ou de dialogues directs (chat).

Le troisième groupe de fournisseurs a pour objectif commun d'utiliser le réseau pour assurer des services ou vendre en ligne.

Pour ce qui est des services, il faut noter que la directive européenne a exclu de son champ d'application les activités des notaires ou les professions équivalentes, dans la mesure où elles comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Il en est de même de la représentation d'un client et de la défense de celui-ci devant les tribunaux ou encore des activités dans le domaine de la fiscalité. Des règles particulières gèrent l'exercice de ces professions. Cela ne veut pas dire que celles-ci ne puissent pas utiliser internet à condition que cette utilisation soit compatible avec la mission de ces professionnels. Toutefois, pour le droit européen, il ne s'agit plus de commerce électronique (voir le cas des notaires et des actes authentiques à distance).

En ce qui concerne les vendeurs à distance, il ne faut oublier que quelque soit le médium, ils seront soumis aux obligations qu'imposent les législations spécifiques quant ils contractent avec un consommateur (B to C).

## 2 - Les clients

Il convient de distinguer d'une part les consommateurs et d'autre part les professionnels.

### - Les consommateurs

Les textes européens ont, entre autre, pour priorités d'organiser leur protection en aménageant les règles de la publicité comparative pour que celle-ci ne soit pas trompeuse : deux textes

(1) directive n°97/55 du 6 oct. 1997 JOCE 23 oct. n°L 290 p.18)

(2) directive du 8 juin 2000 (dite commerce électronique).

De plus, ceux-ci peuvent bénéficier du régime de protection spécifique et des règles d'ordre public (y compris pour la loi applicable (voir A. M. Leroyer))

- **Les clients professionnels** peuvent dans le B to B être partenaires d'un contrat électronique. Les conditions contractuelles tiendront compte du rapport de force et des modalités suivant lesquelles les parties entendent répartir la gestion des risques et leur relation dans la durée. Il s'agit d'enjeux autant économique que juridique et Alain Rallet nous en dira sûrement plus sur le sujet.

## 3 - Les « tiers »

Nous distingueront deux familles de tiers:

En premier lieu, les personnes qui sont concernées par l'objet du contrat : ce peut être l'auteur de l'oeuvre ou encore la personne dont les « données personnelles » sont traitées où font l'objet d'une cession (cession de fichier marketing);

En second lieu, ce sont des personnes qui tout en étant « tiers au contrat » sont liés en amont avec le fournisseur ou en aval avec le client.

## II - Multiplicité de contrat

L'analyse que nous venons de faire à propos des acteurs montre bien qu'à chaque fonction peut correspondre un modèle contractuel. Nous ne reviendrons pas sur les **modèles contractuels** que développent les ouvrages spécialisés **en fonction des objets** des contrats. Toutefois on soulignera que l'on retrouve plus ou moins les mêmes catégories : fourniture d'accès, fourniture d'hébergement, commerce en ligne. D'autres critères peuvent être utilisés à bon escient en tenant compte des finalités des contrats (cf Cyril Rojinsky *Les techniques contractuelles du commerce électronique*, Légicom n°21-22 2000/1 et 2 ) : contrats liés à la création d'un site , contrats liés à la promotion d'un site, contrats de partenariat, contrats de vente et de prestations de services en ligne.

Ce sont les contrats dit de **partenariat** sur lesquels nous nous arrêterons quelques instants : en effet la mise en place d'hyperliens est de plus en plus contractualisée. D'autres contrats

organisent l'échange et l'agrégation de contenus entre deux sites. Enfin, Cyril Rojinsky note l'apparition de contrat d'affiliation ou de syndication. L'affiliation est un service qui permet de drainer sur un site le trafic provenant de sites partenaires ou affiliés. La syndication consiste en une fusion de contenus (petites annonces, appels d'offre ) afin d'attirer un public plus nombreux. Dans l'un et l'autre cas, chacun des partenaires est intéressé aux bénéfices des autres.

Ces contrats peuvent aussi être classés en fonction **des catégories juridiques** auxquels ils se rapportent: contrat d'entreprise pouvant être du louage d'ouvrage d'ouvrage ou de services, contrat de vente et pourquoi pas location d'espace virtuel (dans le cas du contrat d'hébergement). Ces qualifications ont pour intérêt de faciliter les obligations supplétives qui peuvent se rattacher à chacun de ces contrats.

Pour établir ces qualifications, on peut distinguer à propos d'un même contrat ce qui relève de l'obligation principal ou de l'obligation accessoire (assistance technique ou maintenance accessoires de la fourniture principal que peut être la mise à disposition d'un lieu d'hébergement...).

Même si jusqu'ici on n'a pas vu apparaître de politique spécifique aux contrats électroniques, on peut penser que les mêmes règles de concurrence que celles que nous connaissons pour les contrats informatiques s'appliquent à ces contrats. Un fournisseur d'hébergement ne peut imposer ses logiciels ni ses services annexes et la transparence voudrait que chaque prestation fasse l'objet d'une facturation séparée.

La détermination des obligations peut aussi servir de fil conducteur pour distinguer les différents types de contrat. Il va de soi que les lois d'ordre public (comme celles relative à la protection des consommateurs) s'appliquent aux contrats de consommation. Il est donc important de connaître les lois applicables auxquelles sont soumis ces contrats (loi de la résidence habituelle du consommateur par exemple).

Ainsi, l'ordonnance du 23 août 2001 (JO 25 août 2001 p. 13642) transposant la directive « contrats à distance» du 20 mai 1997 indique que lorsque les parties ont choisi pour régir la convention la loi d'un Etat tiers à l'Union, le juge est tenu d'en écarter l'application au profit de la loi plus protectrice de l'Etat membre où réside habituellement le consommateur.

On trouve aussi dans différents contrats des références implicites ou explicites à des normes déontologiques ou des bonnes pratiques, ou encore à d'autres contrats.

L'avis du Conseil national de la consommation sur l'offre d'accès à internet (BOCCRF, 21 fev. 1997, p. 87 et s.) précise qu'il doit être procédé à la mise à disposition des codes d'éthique et d'usage auxquels il sera fait référence.

Ces clauses sont considérées comme abusives dans les contrats B to C.

La commission des clauses abusives recommande que soient éliminées des modèles de convention habituellement proposés aux consommateurs par les fournisseurs d'accès à Internet les clauses qui ont pour objet ou pour effet :

- I. - Dans les contrats de fourniture d'accès payant ou gratuit
  - 1o De déroger aux règles légales de compétence territoriale ou d'attribution des juridictions ;

2o De donner la primauté à des conditions générales en ligne sur les conditions générales imprimées, alors même que ces conditions en ligne n'auraient pas été acceptées par le consommateur ;

3o D'obliger le consommateur, sous la menace de sanctions contractuelles, à respecter un code de conduite ou des règles de comportement développées par la communauté des utilisateurs du réseau Internet, sans qu'il ait accepté le contenu de ces règles.

### **III- Autonomie et effet relatif des contrats électroniques ?**

Ces différents contrats qui, nous l'avons vu, couvrent un spectre très large d'activités peuvent-ils être liés entre eux ? Peut-on parler de chaîne de contrats ou de groupe de contrat ?

B. Teyssié, qui le premier a fait émerger ce nouveau concept, distingue les chaînes de contrat (composés de plusieurs conventions intervenant sur le même objet, ex vente successives - chaîne homogène - ou encore vente de matériaux à un entrepreneur qui s'en sert pour construire - chaîne non homogène et contrat relevant de catégories différentes) des « groupes de contrats dont le développement s'effectue au sein d'un même cadre temporel autour et à l'initiative d'un personnage-clé dans la poursuite d'un but commun ».

Les contrats du commerce électronique, dont nous avons parlé peuvent-ils naître et disparaître ensemble ? Ce peut être le cas si les parties ont entendu lier l'accès à l'internet et l'hébergement ou encore l'hébergement et la maintenance du site. Mais il est tout à fait possible que chacune de ces opérations contractuelles garde son autonomie sans qu'il y ait interdépendance entre elles. On peut donc penser que suivant les situations on aura ou non des groupes de contrat avec les conséquences qu'il est possible d'attacher à cette qualification : placer sur le terrain contractuel l'action d'un tiers partie à un autre contrat du groupe ou de la chaîne.

C'est ainsi dans les contrats d'accès que l'on trouve une clause comme quoi le client est tenu de respecter les règles des autres réseaux qu'il serait conduit à utiliser. (Voir P. Trudel Quel droit pour la cyber -presse ? legipresse 1996 n°129 II p. 9, M. Vivant internet et modes de régulation, rapport au colloque de Namur sur l'internet 1996 cahiers du CRID 1997)

Tous les deux parlent d'un « fédéralisme » de réseaux

M. Vivant relève aussi « une sorte de stipulation pour autrui » permettant expressément à un tiers d'invoquer les règles du contrat (voir le contrat de fourniture proposé par Microsoft network dans lequel il est dit que « les fournisseurs indépendants de services auxquels peut se connecter un usager par l'intermédiaire du réseau microsoft "auront le droit ....de se prévaloir des termes du contrat et de les faire appliquer directement pour leur propre compte" art 6).

Cette référence à ce mécanisme nous invite à regarder de façon plus précise quels peuvent être les rapports entre les cocontractants des différentes opérations contractuelles du commerce électronique.

Si l'on applique la théorie des groupes de contrat, on ouvre la possibilité à des tiers à l'un des contrats de demander sur le terrain contractuel (et non pas délictuel) réparation pour l'inexécution d'une obligation souscrite dans l'un des contrats du groupe. Les promoteurs de cette théorie se fondent sur le postulat de l'assimilation des fautes contractuelles et délictuelles. Cette interprétation a été remise en cause par un arrêt de principe de la cour de cassation.

**Arrêt Besse.** Le sous-traitant n'étant pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, les juges ne peuvent décider que celui-ci ne dispose à l'encontre du sous-traitant que d'une action nécessairement contractuelle. †Cass., Ass. plén., 12 juill. 1991, Besse

**Si l'on reste sur le principe de l'effet relatif des contrats, les participants à des contrats extrêmes ne peuvent être que des tiers dans leurs rapports réciproques**

(art. 1165 du code civil : «les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 », art 1440 du code civil québécois « Le contrat n'a d'effet qu'entre les parties contractantes; il n'en a point quant aux tiers, excepté dans les cas prévus par la loi »).

Une action directe contractuelle (exception à l'article 1165) ne peut être accueillie que si cette action entre dans les exceptions reconnues par la loi, la règle de l'accessoire (le transfert d'une chose entraîne celui des droits et actions attachés à cette chose, la **stipulation pour autrui**).

**A propos de la stipulation pour autrui :** art.1121 CC Français « On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter ».

Art 1444 du code civil québécois : On peut, dans un contrat, stipuler en faveur d'un tiers. Cette stipulation confère au tiers bénéficiaire le droit d'exiger directement du promettant l'exécution de l'obligation promise.

Art. 1445. Il n'est pas nécessaire que le tiers bénéficiaire soit déterminé ou existe au moment de la stipulation; il suffit qu'il soit déterminable à cette époque et qu'il existe au moment où le promettant doit exécuter l'obligation en sa faveur.)

On citera aussi les principes du droit européen du contrat

*Article 6:110 : Stipulation pour autrui*

*(1) Un tiers est fondé à exiger l'exécution d'une obligation contractuelle lorsque les parties sont expressément convenues de lui conférer ce droit ou que cette stipulation s'induit du but du contrat ou des circonstances de l'espèce. Il n'est pas nécessaire que le tiers soit identifié au moment de la stipulation.*

*(2) Si le tiers renonce au droit à l'exécution, il est censé ne l'avoir jamais acquis.*

*(3) Le stipulant peut priver le tiers du droit à l'exécution par une notification faite au promettant, sauf si*

*(a) le tiers a reçu du stipulant une notification l'informant que son droit était irrévocable,*

*(b) ou le promettant ou le stipulant a reçu du tiers une notification l'informant que ce dernier voulait profiter de son droit*

Cet article pose la règle selon laquelle un tiers bénéficiaire peut exiger l'exécution d'une obligation si telle a été la volonté des parties.

Plusieurs raisons expliquent ce genre de convention. L'une est que le promettant veut aider le tiers en lui attribuant le bénéfice de la prestation, une autre que le promettant doit quelque chose au tiers et souhaite se libérer de sa dette.

Le but de la promesse en faveur d'un tiers est souvent d'éviter une opération supplémentaire. En l'absence d'une telle possibilité, le promettant devrait d'abord exécuter envers le stipulant, qui exécuterait à son tour envers le tiers bénéficiaire. Ou bien le stipulant, à l'égard de qui le promettant s'est engagé à exécuter, devrait céder sa créance au tiers bénéficiaire.

Une stipulation au profit d'un tiers est tenue pour valable dans les droits du continent européen. Elle confère au tiers un droit dans les conditions définies à l'article 6:110 (1)

V. pour l'Allemagne, § 328 BGB ; l'Autriche, § 881 (1) ABGB ; la Belgique et la France, art. 1121 C. civ., tel qu'interprété (et en fait modifié) par les tribunaux, v. d'une part Dirix, *Obligatoire*, n° 115 et art. 22 loi sur le contrat d'assurance du 25 juin 1992, et d'autre part, Malaurie et Aynès, *Obligations*, n° 669 et s. ; le Danemark, Lyng Andersen 151 ; l'Espagne, art. 1257 (2) C. civ. et Diez-Picazo I. 398 et Lacruz (-Rams) II.i.549 ; la Finlande, Kivimäki & Ylöstalo 204 et Telaranta 446 ; la Grèce, art. 410 et 411 C. civ., v. AP 1017/1990, *Hell.Dni.* 33 (1992) 74-75 ; l'Italie, art. 1411 C. civ. ; les Pays-Bas, art. 6:253 BW ; le Portugal, art. 443 C. civ. ; la Suède, Rohde *Obligationsrätt* 609H. Il en va de même en Ecosse, v. McBryde, *Contract* 412-419.

Toutefois, la règle de l'article 2.115 est sujette à plusieurs exceptions, tant dans les textes que dans la jurisprudence.

En droit anglais, la théorie de la relativité (*privity*) du contrat (et celle de la *consideration*) est considérée comme interdisant les stipulations au profit de tiers. Diverses techniques (celle du *trust* en particulier) permettent toutefois d'obtenir, de façon détournée, des résultats voisins. D'autre part, il existe des exceptions légales à la théorie de la relativité, par exemple en matière d'assurance, v. Treitel, *Contract*, 582-588. La situation est la même en Irlande, v. Clark, 383-394.

Pour assurer une certaine forme de sécurité juridique on pourrait imaginer que des règles internationales comme celles qui existent en matière de transport puissent être adoptées pour les contrats électroniques : Les contrats de transport de marchandises contiennent souvent des promesses pour autrui. Le transporteur (promettant) s'engage auprès de l'expéditeur (le stipulant) à remettre les biens au destinataire (bénéficiaire).

Les conditions selon lesquelles le destinataire peut demander la livraison sont posées par des conventions internationales. Elles varient selon les modes de transport. En général, cependant, le destinataire acquiert le droit à la livraison quand les biens sont parvenus à destination, voir l'article 13 de la Convention de Varsovie sur le transport international par air, l'article 16 (4) des Règles uniformes relatives au contrat de transport international de marchandises par chemin de fer (CIM) et l'article 13 de la Convention sur le transport international de marchandises par route (CMR).

**Pour terminer** on dira quelques mots sur le recours possible de tiers concernant les contenus contraires à l'ordre public ou illicite (contrefaisant par ex.).

Tout d'abord on trouve des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité dans des contrats relatifs au contenus. Certaines sont explicites « le prestataire ne saurait être tenu pour responsable des contenus qui lui sont transmis par le client ... qui pourraient être préjudiciable à des tiers en France ou dans un autre pays étranger...».

D'autres contrats font supporter au seul client le respect de la net étiquette et des droits des tiers.

Face à ces pratiques contractuelles la directive harmonise certains aspects du régime de responsabilité des prestataires intermédiaires pour trois types d'activités sur des informations appartenant à des tiers : le simple transport, le stockage dit «caching» et l'hébergement. Elle

organise pour chacune de ces activités un régime de responsabilité distinct et une exemption de responsabilité pour l'activité de simple transport <sup>1</sup>. Pour l'hébergement et le stockage, la responsabilité du prestataire peut être recherchée à certaines conditions précisées <sup>2</sup>. La directive apporte, en outre, une interdiction aux États membres d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance <sup>3</sup> sur les informations qu'ils transmettent ou stockent.

On notera enfin que la future loi française, (art 43-8) traite de la responsabilité **civile** des hébergeurs qui va dépendre de deux éléments:

- d'une part la connaissance que l'hébergeur pouvait avoir de la présence de contenus illicites parmi ceux qu'il héberge
- et d'autre part l'action qu'il a menée pour faire cesser l'infraction

Nous ne sommes plus sur le terrain contractuel !

La question délicate est celle des modalités de prise de connaissance du caractère illicite des données mises à disposition du public. Deux possibilités

- soit l'hébergeur a acquis par lui-même la connaissance effective du caractère illicite
- soit « des faits et circonstances » ont fait apparaître ce caractère illicite

Dès qu'il a acquis cette connaissance l'hébergeur doit agir avec promptitude pour retirer les données ou rendre l'accès à celle-ci impossible.

D'après le rapporteur au sénat, - dans la mesure où les hébergeurs ne sont pas tenus à une obligation générale de surveillance, il ne sont pas tenus non plus de faire une recherche a priori des contenus illégaux. Il faut entendre le terme effectif comme renvoyant à une connaissance des faits avérée et certaine, constatable par ses propres moyens; Le caractère illicite des contenus en cause doit être **évident** et apparaître comme manifeste même à un non professionnel du droit

---

<sup>1</sup> Idem art. 12.

<sup>2</sup> Idem art. 13 et 14.

<sup>3</sup> Idem art. 15.