

Université de Montréal

**« L'ENCADREMENT DU CONTRAT ELECTRONIQUE : L'EXEMPLE
FRANÇAIS »**

par

MARINE LAMOTTE

Faculté des études supérieures et postdoctorales
Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de LL.M
option droit des affaires

Août 2009

© Marine Lamotte, 2009

Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé :

**« L'ENCADREMENT DU CONTRAT ELECTRONIQUE : L'EXEMPLE
FRANÇAIS »**

Présenté par

MARINE LAMOTTE

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Directeur de recherche

VINCENT GAUTRAIS

Président rapporteur

BENOIT MOORE

Membre du jury

DIDIER LLUELLES

L'ENCADREMENT DU CONTRAT ELECTRONIQUE : L'EXEMPLE FRANÇAIS

Les nouvelles technologies jouent un rôle croissant dans notre société. Le droit s'est interrogé sur la façon de rendre possible l'utilisation du support électronique dans un monde où seule l'utilisation du support papier était possible jusqu'à peu. L'objectif était d'éviter que la loi par son attachement au support papier n'entrave l'utilisation des nouvelles technologies et plus largement le développement des échanges en ligne.

Dans ce contexte, la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) a développé les principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle aux termes desquels les écrits électroniques sont considérés comme équivalents à ceux papiers s'ils sont en mesure d'endosser les mêmes fonctions que ces derniers. Le législateur français, s'inspirant des travaux de la CNUDCI, a modifié sa législation pour permettre la reconnaissance de la valeur juridique des actes passés par voie électronique.

La reconnaissance de la valeur juridique des actes conclus par voie électronique laisse cependant subsister certaines questions relatives la protection du consentement de celui qui contracte en ligne. Le législateur français a ainsi élaboré des règles formalistes et dérogatoires au droit commun concernant la conclusion des contrats électroniques pour protéger le consommateur en ligne.

Mots clés : Neutralité technologique* Equivalence fonctionnelle* Ecrit * Signature
Original Contrat électronique*Consommateur en ligne*

REGULATIONS REGARDING ELECTRONIC CONTRACT : THE FRENCH EXAMPLE

New technologies play a growing role in the modern world. Some concerns have therefore been raised to determine how to enable the legal use of electronic paper where until recently, only paper support had existed. The main role of such concerns was to avoid that the existing regulations might prejudice development of new technologies (and in a broader way, of online exchange) because only paper support was taken into account.

In this context, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has developed the principles of technological neutrality and functional equivalence. Pursuant to those principles, electronic writing is considered as equivalent to paper writing as long as the same functions are maintained. The French legislator has sought inspiration in the works of the UNCITRAL to modify the French regulations regarding electronic support.

Despite this recognition, some issues remain pending, especially regarding protection of the consent for the online contractor. In this respect, the French legislator has established formalist rules and rules that constitute exception to ordinary law.

Key words: Technological neutrality * Functional equivalence * Writing * Signature
Original Electronic contract* Online contractor

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : CONTRAT ELECTRONIQUE ET NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE	7
CHAPITRE 1 : UNE CONSECRATION PRECOCE DE LA NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE PAR LA CNUDCI	7
Section 1 Définitions de la neutralité technologique et de l'équivalence fonctionnelle	
§1 La neutralité technologique	7
§2 L'équivalence fonctionnelle	17
Section 2 Application des principes à l'écrit, à la signature et à l'original	21
§1 L'écrit	21
§2 La signature	24
§3 L'original	39
CHAPITRE 2 : NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE ET VALEUR JURIDIQUE DU SUPPORT ELECTRONIQUE	45
Section 1 : La reconnaissance de l'écrit électronique ad probationem	45
§1 L'état du droit avant l'adoption de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000	47
A) Un législateur hésitant concernant la valeur probatoire des écrits électroniques	47
B) Une jurisprudence audacieuse concernant l'admission au rang de preuve des procédés informatiques	50
§2 L'adoption de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000	58
A) La reconnaissance au rang de preuve de l'écrit électronique	61
1) La définition de la preuve littérale	61
2) La recevabilité de la preuve électronique	64
3) Les règles de conflit de preuves littérales	67
B) La signature électronique	71
1) La signature électronique en droit communautaire	72
2) La signature électronique en droit français	79
Section 2 : Reconnaissance de l'écrit électronique ad validitatem	90

§1 La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN)	92
A) L'écrit électronique, « écrit » exigé à titre de validité	93
B) L'écrit électronique « la mention écrite » admise à titre de validité	94
§2 L'exclusion de certains actes passés par voie électronique	99

DEUXIEME PARTIE : CONTRAT ELECTRONIQUE ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR EN LIGNE **101**

CHAPITRE 1 : LE RENOUVEAU DU FORMALISME INFORMATIF	101
Section 1 : Contenu de l'information	101
§1 L'obligation d'information indépendamment de toute offre	101
§2 L'obligation d'information en suite de l'émission d'une offre de contracter	111
§1 Les procédés employés	128
§2 La pérennité de l'information exigée	131
Section 1 : Les modalités de l'acquisition du consentement	139
§1 Le sens de la notion d'offre	143
§2 La période précontractuelle protégée	146
§3 L'échange des consentements encadré	149
A) La durée légale de validité de l'offre	149
B) Les conditions d'efficacité de l'acceptation (le double clic)	152
C) Le rôle de l'accusé de réception	160
Section 2 : Le moment de l'acquisition du consentement	165

BIBLIOGRAPHIE **171**

INTRODUCTION

Dans sa décision du 26 juin 1997 relative à la Communications Decency Act, la Cour Suprême américaine qualifiait Internet de « réseau des réseaux », « un nouveau média », « une conversation mondiale sans fin »¹. On le voit, les qualificatifs ne manquent pas pour décrire ce phénomène majeur de la fin du XXIème siècle qui a véritablement bouleversé le fonctionnement traditionnel des sociétés contemporaines.

Internet correspond à un ensemble de réseaux informatiques qui sont reliés par le protocole de communication TCP/IP et qui coopèrent dans le but d'offrir une interface unique à leurs utilisateurs. Internet a ainsi pour objectif de relier entre eux tous les ordinateurs du monde.

Evaluer la taille d'Internet à un moment s'avère délicat, pourtant, force est de constater que ce médium a connu une croissance exponentielle depuis la fin des années 1980. Ainsi, en 1991, 300 000 ordinateurs seulement étaient reliés à Internet au niveau mondial, ce chiffre dépassait les 580 millions en 2002. Au mois de février 2009, la France comptait 14,998 millions de foyers connectés à Internet, soit plus d'un foyer

¹ Les dispositions du titre V du Communications Decency Act (CDA) interdisant la communication via l'Internet de données " *indécentes* " ou " *ouvertement choquantes* " ont été invalidées le 26 juin 1997 par la Cour suprême. <http://supct.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=CDA&url=/supct/html/96-511.ZO.html>

français sur deux (57,8 %) contre 12,7 millions (49,4 %) au 4ème trimestre 2007, soit une progression de 18 % un peu plus d'un an.

Ce medium de masse permet de communiquer, de s'informer, de s'instruire et aussi de conclure des transactions en un clic, sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours à des interlocuteurs physiques et sans avoir à se déplacer pour effectuer ses achats. Internet constitue donc un nouvel espace décentralisé, qui transcende les frontières, un espace qu'aucun opérateur ni aucun État ne maîtrise entièrement, un espace où chacun peut agir, s'exprimer et travailler. Internet constitue en définitive un espace épris de liberté.

Les technologies jouent un rôle croissant dans la société et exercent une réelle influence sur celle-ci suscitant des questions tant au plan philosophique que juridique. On peut citer à cet égard les propos que Marshall Mc Luhan émettait il y a près d'un demi siècle: « *le médium est le message* »². Il voulait dire que le message contenu de la communication importe peu, ce qui compte en réalité est le medium qui le renferme.

Le droit s'est lui aussi interrogé sur la façon de rendre possible l'utilisation du support électronique, dans un monde où seule l'utilisation du support papier était possible jusqu'à peu³. Face à cette réalité, l'objectif affiché était le suivant : éviter que la loi par

² Pour comprendre les médias, Ed. Seuil, coll. Points, 1968, 404 p. (titre original: Understanding Media: The Extensions of Man, McGraw-Hill, 1964.)

³ En ce sens voir notamment « Internet et les réseaux numériques », Collection Etudes du Conseil d'Etat, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001519/index.shtml>

son attachement au papier n'entrave l'utilisation des nouvelles technologies et plus largement n'empêche les échanges en ligne.

Ce processus a donné lieu à de multiples interrogations sur le statut juridique des messages électroniques: lorsque la loi exige un écrit, peuvent-ils satisfaire à cette obligation ? Ces messages sont-ils dotés d'une valeur probante ? Une signature électronique peut-elle conférer à un message électronique une valeur juridique ?⁴

Il est apparu nécessaire de lever les obstacles juridiques qui freinaient l'utilisation du support électronique et par conséquent le développement du commerce en ligne. C'est dans ce contexte, et plus précisément à l'occasion des travaux de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International, qu'est né le principe de neutralité technologique. Certains auteurs parlent également de neutralité médiatique ou encore de neutralité technique affirmant que la terminologie utilisée importe peu en définitive.

Au-delà des débats sur le terme même de neutralité technologique, cette notion revêt plusieurs sens. Par conséquent, il faudra étudier les différentes acceptions de l'expression. La neutralité technologique signifie t'elle que les technologies sont neutres ou au contraire faut il voir la technologie comme une méthode législative au terme de laquelle la loi ne devrait pas favoriser une technologie au détriment d'une autre ?

⁴ « Internet et les réseaux numériques » Collection Etudes du Conseil d'Etat, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001519/index.shtml>

Principe substantiel ou méthode législative, cette question a donné lieu à de nombreux débats. Cependant, la neutralité technologique est généralement entendue comme le principe selon lequel aucune discrimination ne doit être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour stocker ou communiquer électroniquement l'information. En d'autres termes la loi ne devrait pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre, notamment le support papier au détriment du support électronique.

Une fois ce principe admis, il n'en demeure pas moins que la neutralité technologique n'est pas inconditionnelle, un écrit électronique par principe ne constitue pas nécessairement l'équivalent d'un écrit sur support papier. Ainsi, le principe de neutralité technologique est étroitement associé à la théorie des équivalents fonctionnels : les écrits électroniques sont considérés comme équivalents à ceux papiers s'ils sont en mesure d'endosser les mêmes fonctions que ces derniers, notamment la protection du consentement de celui qui s'engage. Il faudra par conséquent étudier les critères qu'a retenus la CNUDCI pour établir en matière électronique les équivalents des notions d'écrits, de signature ou encore d'original traditionnellement associés au support papier.

Issu à l'origine des travaux de la CNUDCI, le principe de neutralité technologique a été introduit dans de nombreuses législations nationales, notamment en France de façon progressive par l'adoption de deux lois. La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 a reconnu la force probante des actes passés par voie électronique alors que La loi n° 2004-575 du

21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN) a franchi un pas supplémentaire en consacrant la validité des contrats électroniques en insérant dans le Code civil un chapitre 7 dans le Titre 3 du Livre 3 relatifs aux « contrats sous forme électronique ».

En droit français, au terme de l'article 1108 du Code civil quatre conditions sont nécessaires pour la formation du contrat : l'objet, la cause, la capacité de celui qui contracte et son consentement. Le droit français des contrats est marqué par le consensualisme, l'échange des consentements, seul, suffit en principe à la conclusion du contrat.

L'utilisation de la voie électronique pose certaines questions relatives à la protection du consentement des contractants. Le support électronique est souvent regardé avec méfiance dans la mesure où la perte de matérialité qu'offre le support papier du fait de son caractère physique ne peut être niée.

Acheter en ligne est très facile, une simple pression du doigt sur la souris suffit pour que le consommateur en ligne exprime son consentement à la vente. Il existe donc un risque qu'il se retrouve lié par un contrat alors même que les termes de celui-ci ne lui ont pas été communiqués. La facilité de contracter en ligne nécessite ainsi un encadrement spécifique qui a pour objectif de garantir la protection du consommateur en ligne en développant sa confiance et son information.

L'offre en ligne et l'acceptation, dont la rencontre forme le contrat, doivent ainsi être strictement réglementées afin que le consommateur en ligne soit en mesure de consentir librement et expressément à une offre claire, compréhensible et précise. Les règles traditionnelles du droit commun des contrats ont donc dû être adaptées et complétées par des dispositions spécifiques que nous étudierons.

On peut se demander en définitive si cet encadrement, légitime dans la mesure où il a pour objectif de protéger le consommateur en ligne, ne contredit pas le principe de neutralité technologique. En effet, le législateur, en imposant des obligations lourdes à la charge fournisseur de biens ou du prestataire de services en ligne, pourrait le dissuader de contracter en ligne et l'inciter plutôt à avoir recours au support papier, violant indirectement le principe selon lequel la loi ne doit faire aucune distinction entre les différentes technologies susceptibles d'être utilisées.

Nous étudierons dans une première partie la notion de neutralité technologique et ses implications concernant la conclusion des contrats électroniques. La deuxième partie sera consacrée plus spécifiquement aux règles gouvernant la conclusion des contrats électroniques qui tendent à protéger le consommateur en ligne.

PREMIERE PARTIE : CONTRAT ELECTRONIQUE ET NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE

CHAPITRE 1 : UNE CONSECRATION PRECOCE DE LA NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE PAR LA CNUDCI

La Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) a élaboré certains concepts afin de permettre l'admission en droit de la reconnaissance de la valeur et des effets juridiques des actes passés par voie électronique. Elle a notamment développé les notions de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle.

Section 1 Définitions de la neutralité technologique et de l'équivalence fonctionnelle

La Loi type sur le commerce électronique définit les notions de neutralité technologique (§1) et d'équivalence fonctionnelle (§2).

§1 La neutralité technologique

L'utilisation du support électronique favorise indéniablement le développement des échanges notamment transnationaux.

Dans ce contexte, il était nécessaire d'élaborer des règles juridiques internationales pouvant servir de fondement à l'harmonisation des règles nationales concernant les conditions d'utilisation du support électronique et plus précisément concernant la valeur juridique des actes passés par voie électronique.

Pour que ces règles bénéficient d'une légitimité universelle, il était nécessaire qu'elles émanent d'une autorité publique internationale telle que la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI).

Plusieurs recommandations adressées aux Etats ont vu le jour dès le début des années 1980 concernant l'utilisation des nouvelles technologies. On peut citer à cet égard la Recommandation du Conseil de l'Europe du 11 décembre 1981⁵ encourageant les Etats membres à rapprocher leurs législations en matière d'enregistrement et de preuve informatique.

Au niveau de l'ONU, la première initiative dans ce domaine est marquée par la Recommandation de la CNUDCI du 11 novembre 1985, relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques. Cette dernière avait pour objectif « d'assurer la

⁵ Recommandation du 11 décembre 1981 du Conseil de l'Europe (n°R (81) 20) relative à l'harmonisation des législations en matière d'exigence d'un écrit et en matière d'admissibilité des reproductions des documents et des enregistrements informatiques. L'article I, 1 prévoit « Le Comité des ministres recommande aux gouvernements des Etats membres dont la législation impose la preuve par écrit pour les actes dont la valeur dépasse le minimum fixé par la loi d'examiner la possibilité de supprimer cette exigence », <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=684597&Site=CM&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>

sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement informatique dans le commerce international »⁶.

La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique adoptée en 1996 constitue le premier texte d'une harmonisation internationale en la matière⁷.

Les rédacteurs de la Loi type sont partis d'un constat sans appel selon lequel le recours à des moyens techniques de communication tels que le courrier électronique et l'échange de données informatisées connaissait un formidable essor mais que certains obstacles juridiques entravaient l'utilisation du support électronique en raison des incertitudes relatives aux effets juridiques et à la validité des nouveaux moyens de communication. En effet, de nombreuses législations n'envisageaient pas le recours au commerce électronique, ou encore imposaient directement ou indirectement des restrictions concernant l'utilisation du support électronique, faisant référence à l'« écrit », à la « signature » ou encore à l'« original » qui supposent de manière traditionnelle l'utilisation du support papier.

⁶ Recommandation de la CNUDCI du 18 juin 1985, Documents officiels de l'Assemblée générale, 40^{ème} session (1985), supplément n°17 (A/40/17), par 360, disponible à <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/computerrecords-f.pdf>

⁷ « Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique », Rés. AG 51/162, Doc off. AG NU, 51^{ème} sess., Doc NUA/RES/51/162, Disponible à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

L'élaboration de la Loi type sur le commerce électronique répondait ainsi à un objectif clairement défini « La Loi type a pour objectif d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables sur la manière de surmonter un certain nombre de ces obstacles et de créer un environnement juridique plus sûr pour ce que l'on appelle aujourd'hui le « commerce électronique ».

A cet égard, il convient de remarquer que la notion de commerce électronique n'est pas définie par la Loi type. L'article 1^{er} du texte relatif à son champ d'application dispose simplement qu'il a vocation à s'appliquer

« A toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales »

L'article 2 de la loi définit comme suit l'expression « messages de données »

« Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie »

En réalité, le champ d'application de la Loi type est extrêmement large, celle-ci a vocation à s'appliquer à toute une série de moyens de communication qui font appel à des techniques électroniques⁸. Le choix des rédacteurs de retenir une notion large du commerce électronique a deux principales raisons. La première réside dans le fait que les techniques de communications sont interchangeables, par exemple une communication peut commencer sous la forme d'une télécopie et se transformer par la suite en un message de données. Dans ce contexte, il a paru nécessaire de mettre en place une législation cohérente pour toutes ces techniques de communication. La seconde raison consiste dans le fait que les techniques de communications évoluent de manière extrêmement rapide, et que les rédacteurs du texte voulaient éviter que la Loi type ne soit dépassée trop rapidement par les progrès techniques.

L'objectif poursuivi par les rédacteurs de la Loi type consistait on l'a vu à faciliter le recours au commerce électronique en accordant le même traitement aux utilisateurs de la documentation sur papier et aux utilisateurs de données informatisées.

Les rédacteurs de la Loi type ont préconisé une solution aux Etats consistant dans le fait d'adopter « une approche neutre quant à la technique d'information » utilisée. En

⁸ En ce sens voir le paragraphe 7 du guide d'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique, qui prévoit que « Au nombre des moyens de communication recouverts par la notion de "commerce électronique" figurent les moyens de transmission ci-après, qui font appel à des techniques électroniques : communication par EDI définie de manière restrictive, comme la transmission d'ordinateur à ordinateur de données commerciales selon un mode de présentation uniformisé (format standard); transmission de messages électroniques utilisant des normes publiques ou des normes exclusives; transmission par voie électronique de textes librement formatés, par exemple par Internet. On a également noté que, dans certains cas, la notion de "commerce électronique" pourrait englober l'utilisation de techniques comme le télex et la télécopie », disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

d'autres termes, la Loi type introduit l'idée selon laquelle aucune discrimination ne devrait être faite notamment entre le support électronique et le support papier. Par conséquent, les législations internes ne devraient pas bannir, par principe, l'utilisation d'un support au détriment d'un autre, et devraient demeurer neutres quant à la technique utilisée pour passer un acte juridique.

La Loi type consacre le principe de non discrimination entre les techniques et introduit l'idée de neutralité technologique.

L'article 5 de la Loi type dispose ainsi à l'article 5 intitulé « Reconnaissance juridique des messages de données »

« L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données »

Le concept de neutralité technologique permet la reconnaissance de la valeur juridique des messages contenus sur support électronique au même titre que les documents reposant sur des supports traditionnels comme le support papier.

Cependant, la reconnaissance de la valeur et des effets juridiques d'un acte passé par voie électronique n'est pas inconditionnelle. En d'autres termes, l'acte passé par voie

électronique n'aura la même valeur qu'un acte passé sur support papier qu'à la condition qu'il remplisse la même fonction.

Ce modèle législatif à destination des Etats membres, qui constitue une norme non contraignante, se fonde pour atteindre son objectif sur plusieurs principes directeurs : la neutralité technologique et la non discrimination à l'égard des messages de données, ainsi que sur le principe de l'équivalence fonctionnelle.

Le concept de neutralité technologique introduit dans la Loi type, ou encore tel qu'il est mentionné dans la Loi type à savoir « l'approche neutre quant à la technique utilisée a fait l'objet de discussions doctrinales concernant son sens même.

Cette expression est appréhendée différemment selon les auteurs et sa polysémie tend à prouver que la notion est délicate à définir.

Du point de vue doctrinal, deux grandes tendances se dégagent :

Certains considèrent que la neutralité technologique signifie que les technologies sont neutres. En d'autres termes, le support utilisé compterait peu, il faudrait davantage prêter attention au contenu du document plutôt qu'à son contenant dans la mesure où les technologies (papier et électronique) offrent des capacités de communication similaires. Par conséquent, la loi devrait traiter toutes les technologies de la même manière. Cette

approche du concept de neutralité technologique semble quelque peu erronée. Comme le souligne Vincent Gautrais⁹, la perte de matérialité en matière électronique qu'offre le support papier du fait de son caractère physique ne peut être niée.

Pour illustrer le propos, on peut reprendre l'exemple donné par Judith Rochfeld¹⁰ concernant le mode de lecture sur écran électronique. S'appuyant sur des expériences menées aux fins de comprendre les changements qu'induit la lecture sur support électronique par rapport au support papier¹¹, elle souligne plusieurs éléments permettant de parvenir à la conclusion que les supports ne sont pas neutres. Les études menées ont ainsi montré que l'influence du support sur lequel s'exerçait la lecture n'était pas sans incidence sur la compréhension du contenu.

Ainsi, sur support électronique, « la vitesse [est] plus lente, les pauses plus nombreuses les durées des séquences de concentration plus faibles [...]. Par ailleurs, la lecture électronique donne lieu à plus d'erreurs dans l'identification des mots et le repérage des détails typographiques et orthographiques. Elle induit une perte des repères spatiaux et une désorientation du lecteur en raison de l'absence de contact avec le papier ».

⁹ V Gautrais, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Bruylant, 2001, P 96 et s

¹⁰ J Rochfeld, *Le temps et les formes aplatis de l'univers électronique*, RTD Civ.2005. p843

¹¹ Voir en ce sens le projet de l'Institut des sciences du Document Numérique intitulé *Contrat de lecture*, dont les résultats sont accessibles à l'adresse suivante http://isdn.enssib.fr/archives/axe2/contratslecture/Rapport_CLLe.pdf; analysé par Claire Delisle, *Lire avec un livre électronique : un nouveau contrat de lecture*, in *Les défis de la publication sur le web*, 15^{ème} entretien du Centre Jacques Cartier, déc 2002, p 3 et s, disponible à l'adresse <http://www.interdisciplines.org/defispublicationweb>

De plus, la lecture obéit à des stratégies qui diffèrent également selon le type de support utilisé, la lecture sur écran est ainsi souvent décrite comme « rapide, de surface, de balayage et de repérage ».

D'autres auteurs considèrent que le principe de neutralité technologique constitue davantage une méthode législative : la loi ne devrait pas favoriser une technologie au détriment d'une autre. En d'autres termes, aucune technologie ne devrait être discriminée par rapport à une autre, notamment en ce qui concerne l'utilisation du support papier par rapport au support électronique.

Cette acception du concept ne signifie pas que les technologies sont neutres et qu'elles doivent être traitées de la même façon. Elle signifie simplement qu'on ne peut dénier la valeur et les effets juridiques d'un message électronique au seul motif qu'il est contenu sur support électronique.

Les professeurs Poulin et Trudel¹² ont proposé une définition de la neutralité technologique en ce sens « Caractéristique d'une loi qui énonce les droits et obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place (...) Elle n'avantage pas l'utilisation d'une technologie au détriment d'une autre. La détermination de la valeur juridique des documents et des

¹² D Poulin et P Trudel, Loi concernant le cadre juridique des technologies et de l'information, texte annoté et glossaire, Centre de recherche en droit public, septembre 2001

procédés d'authentification s'appuie sur des critères n'emportant pas l'obligation d'agir selon des normes ou des standards particuliers ».

Les deux approches de la neutralité technologique se confondent souvent. Ce phénomène est susceptible d'être aperçu à l'article 2 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information¹³ au Québec qui prévoit ainsi

« À moins que la loi n'exige l'emploi exclusif d'un support ou d'une technologie spécifique, chacun peut utiliser le support ou la technologie de son choix, dans la mesure où ce choix respecte les règles de droit, notamment celles prévues au Code civil.

Ainsi, les supports qui portent l'information du document sont interchangeables et, l'exigence d'un écrit n'emporte pas l'obligation d'utiliser un support ou une technologie spécifique ».

Comme le remarque Vincent Gautrais, si le premier paragraphe établit de façon extrêmement claire que sauf exception prévue par la loi, aucune technologie ne peut être favorisée au détriment d'une autre et consacre le principe de neutralité technologique comme une méthode législative. Le deuxième paragraphe fait davantage référence au

¹³Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, 2001, c. 32, a. 2, disponible à http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_1_1/C1_1.html

concept de neutralité technologique entendu comme un principe substantiel impliquant que les technologies sont neutres et qu'elles sont par conséquent interchangeables¹⁴.

Il semble qu'il faut davantage considérer la neutralité technologique comme une méthode législative plutôt que l'envisager comme un principe substantiel. Celle-ci implique on l'a vu précédemment que la loi ne doit pas privilégier l'utilisation de technologies aux dépens d'autres.

Cependant la neutralité technologique n'implique pas l'absence de toutes considérations techniques. En d'autres termes la neutralité technologique est conditionnelle. La notion de neutralité technologique apparaît ainsi indissociable de la notion d'équivalence fonctionnelle.

§2 L'équivalence fonctionnelle

La notion de neutralité technologique est étroitement associée à celle d'équivalence fonctionnelle, on a pu dire à cet égard qu'elle constituait l'élément de « matérialisation de la neutralité technologique »¹⁵.

¹⁴ V Gautrais, Libre propos sur le droit des affaires électroniques, Lex electronica, Vol 10, n°3, Hiver/Winter 2006

¹⁵ V Gautrais, Libres propos sur le droit des affaires électroniques

Ce concept trouve son origine dans les travaux réalisés par la CNUDCI lors de l'élaboration de la Loi type sur le commerce électronique. Les rédacteurs du texte ont mis en évidence le fait que les règles juridiques qui exigeaient l'utilisation du support papier constituaient le principal obstacle au développement du commerce électronique. En effet, dans de nombreux textes législatifs nationaux, les concepts d'écrit, de signature ou encore d'original étaient étroitement liés à l'utilisation du support papier. Il était par conséquent nécessaire d'élargir les définitions de ces termes afin d'y inclure les nouvelles technologies à la condition que ces dernières remplissent les fonctions traditionnelles de l'écrit, la signature et de l'original.

L'équivalence fonctionnelle est définie de la façon suivante dans le guide de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique¹⁶ : Elle repose sur « une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique ».

En d'autres termes, l'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel consiste à rechercher les fonctions que remplissent traditionnellement sur support papier, l'écrit, la signature ou encore l'original et à vérifier que ces outils juridiques peuvent être transposés sur

¹⁶ En ce sens voir les paragraphes 15, 16, 17 et 18 du guide d'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

d'autres supports, notamment sur le support électronique, susceptibles de reproduire ces mêmes fonctions¹⁷.

La notion d'équivalence fonctionnelle ne signifie pas que tout message informatisé constitue par principe l'équivalent d'un message sur support papier. En effet, les messages contenus sur des supports différents n'ont pas la même nature et ne remplissent pas nécessairement les mêmes fonctions.

Par conséquent la consécration de l'équivalence fonctionnelle n'implique pas une mise à l'écart de la hiérarchie existante des conditions de forme, qui prévoit des niveaux distincts de fiabilité, de matérialité et d'inaltérabilité des documents écrits. De façon plus concrète, le principe de l'équivalence fonctionnelle ne signifie pas que l'écrit électronique rempli par principe toutes les fonctions attribuées à l'écrit sur support papier.

Ainsi, lorsque la loi exige des conditions de formes spécifiques telles qu'un écrit signé ou encore un original signé, ces formalités remplissent une fonction particulière du point de vue probatoire ou encore du point de vue de la validité de l'acte. Dans ce cas, le simple écrit électronique ne suffira pas à remplacer l'écrit sur support papier, il devra lui aussi répondre à certaines exigences lui permettant de remplir les fonctions de l'écrit sur

¹⁷ V Gautrais, *Libres propos sur le droit des affaires électroniques Lex electronica*, Vol 10, n°3, Hiver/Winter 2006

support papier qui fait l'objet d'un encadrement formaliste et qui lui permet de remplir une fonction déterminée.

La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a consacré les principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle et a élaboré des critères permettant d'établir un équivalent fonctionnel pour les concepts liés au papier tels que « l'écrit », « la signature » ou encore « l'original » en matière électronique.

Section 2 Application des principes à l'écrit, à la signature et à l'original

La Loi type sur le commerce électronique ainsi que la Loi type sur les signatures électroniques ont posé les critères permettant d'établir un équivalent fonctionnel pour les concepts liés au papier tels que « l'écrit » (§1), « la signature (§2) et « l'original » (§3) en matière électronique.

§1 L'écrit

La Loi type sur le commerce électronique a élaboré les critères permettant au message de données de pouvoir être considéré comme répondant à l'exigence qui peut découler d'un texte de loi, d'un règlement ou du droit jurisprudentiel en vertu duquel l'information doit être conservée ou présentée par écrit ou en vertu duquel l'information doit figurer dans un « document » ou un autre instrument ayant un support papier.

L'article 6 de la Loi type sur le commerce électronique intitulé « Ecrit » dispose ainsi

« 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 »

Les rédacteurs de la Loi type ont recensé de façon non exhaustive les différentes fonctions de l'écrit sur support papier. A titre d'exemple, parmi les onze fonctions citées, l'écrit peut ainsi servir à préconstituer la preuve concernant la volonté des parties d'être liées par un acte juridique. L'écrit permet en outre la reproduction d'un document de manière à ce que chaque partie ait un exemplaire du même texte¹⁸.

Les rédacteurs de la Loi type ont considéré que, parmi les nombreuses fonctions que pouvait remplir un écrit, l'exigence d'un écrit était remplie quel que soit le support utilisé, s'il satisfaisait un critère unique, celui de la consultation ultérieure.

L'exclusion d'autres critères a été justifiée de la façon suivante : les rédacteurs du texte ont estimé qu'« En règle générale, on a jugé que des notions telles que “élément de preuve” et “intention manifestée par les parties de se lier entre elles” doivent être rattachées aux questions de nature plus générale concernant la fiabilité et

¹⁸ Le paragraphe 48 du guide d'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique indique certaines fonctions que rempli l'écrit sur support papier « 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 par 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 obligations juridiques dans tous les cas où un “écrit” était requis aux fins de validité », disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

l'authentification des données et ne devraient pas intervenir dans la définition d'un « écrit »¹⁹.

Ainsi, un message de donnée s'il satisfait le critère objectif de l'accessibilité ultérieure sera admis au même titre qu'un écrit papier. Le terme « accessible » signifie que l'information contenue dans le message sur support électronique doit être lisible et interprétable, et que le logiciel qui permet d'avoir accès à l'information doit être préservé. Au terme du guide d'incorporation de la Loi type, le terme « consultée » implique que l'information contenue dans le message doit pouvoir être consultée par l'homme mais aussi traitée par ordinateur.

Finalement les rédacteurs de la Loi type justifient le critère de la consultation ultérieure par le fait qu'il constitue un critère souple et objectif à la différence d'autres critères tels que la durabilité du message contenu sur le support ou encore sa lisibilité²⁰.

Que penser de l'équivalence fonctionnelle ainsi établie par la Loi type concernant la notion d'« écrit » ?

¹⁹ Voir en ce sens le paragraphe 49 du guide d'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

²⁰ Le paragraphe 50 du guide de la loi type sur le commerce électronique explique ainsi « Quant à l'expression “être consultée ultérieurement”, elle a été préférée à la notion de “durabilité” ou à celle d’“inaltérabilité”, qui auraient constitué des normes trop strictes, et à des notions comme la “lisibilité” ou l’“intelligibilité”, qui auraient représenté des critères trop subjectifs », disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

Le choix de ce critère a fait l'objet de critiques. En effet, dans certains cas, l'écrit a une fonction de solennité, c'est-à-dire qu'il sert à faire prendre conscience à celui qui souscrit une obligation la portée de son engagement. Lorsque l'écrit est sur support papier, le débiteur de l'obligation peut consulter le message sur un support matériel, le manier, et partant l'écrit sur support papier matérialise son engagement, ce qui n'est pas le cas du message support électronique. Dans ce contexte, on peut douter du fait que l'exigence de la consultation ultérieure suffise à faire prendre conscience au signataire de l'acte la portée de son engagement, et partant remplisse une des fonctions traditionnelles de l'écrit à savoir la fonction de solennité²¹.

La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique s'est ensuite attachée à élaborer des critères permettant d'établir une équivalence fonctionnelle entre la signature sur support papier et celle sur support électronique.

§2 La signature

L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique intitulé « Signature » dispose

²¹ V Gautrais, Libres propos sur le droit des affaires électroniques, Libre propos sur le droit des affaires électroniques, Lex electronica, Vol 10, n°3, Hiver/ Winter 2006

« Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière »

Dans de nombreuses législations, la signature revêt principalement deux fonctions : d'une part elle permet d'identifier la personne qui l'appose, d'autre part elle manifeste le consentement de l'individu aux obligations qui découlent de l'acte qu'il signe²².

La Loi type sur le commerce électronique reprend les fonctions traditionnellement assignées à la signature sur support papier : identifier une personne; apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à l'acte de signer, et enfin, associer cette personne à la teneur d'un document.

²² En ce sens voir l'article 2827 du Code civil du Québec qui dispose « la signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement » ou encore voir en ce sens l'article 1316-4 alinéa 1^{er} du Code civil français au terme duquel « 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 ».

Conformément aux principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, la Loi type considère que les fonctions traditionnelles de la signature manuscrite sont remplies dans le cas d'un message de données lorsque la signature électronique remplit les fonctions de la signature manuscrite c'est-à-dire qu'elle identifie la personne et qu'elle manifeste le consentement de celle-ci au contenu de l'acte qu'elle signe.

En d'autres termes, quelle que soit la méthode utilisée pour signer un document, celle-ci ne devra pas être discriminée par rapport à d'autres méthodes à la condition qu'elle permette de préserver les fonctions traditionnellement attachées à la signature.

L'article 7 paragraphe b de la Loi type apporte néanmoins une précision concernant la méthode utilisée pour apposer une signature. La méthode de signature utilisée doit en effet être fiable « au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière » pour pouvoir être considérée comme l'équivalent fonctionnel de la signature manuscrite.

Le critère de la fiabilité constitue un standard, par conséquent il bénéficie d'une souplesse certaine dans la mesure où l'appréciation de la fiabilité variera en fonction de l'objet de l'acte qui nécessite une signature ou encore des circonstances dans lesquelles l'acte a été créé.

Le guide d'incorporation de la Loi type fournit à cet égard une liste de facteurs juridiques, techniques mais aussi commerciaux qui permettent d'apprécier selon les circonstances si le procédé utilisé pour signer un acte est fiable ou ne l'est pas²³.

La Loi type est cependant restée volontairement relativement silencieuse concernant les procédés à employer pour que la signature électronique soit qualifiée de fiable et partant bénéficie de la même valeur juridique que la signature sur support papier.

De la même façon qu'il existe plusieurs types de signatures manuscrites, la Loi type ne s'est pas attachée à établir un équivalent fonctionnel à toutes les sortes de signatures manuscrites.

Les rédacteurs du texte ont justifié ce silence par le fait que, d'une part qu'en tentant d'établir des normes et procédures techniques permettant d'établir cette équivalence fonctionnelle entre signature manuscrites et signatures électroniques, le cadre juridique que constituait la Loi type risquait d'être rapidement dépassé par l'évolution des

²³ En ce sens voir le paragraphe 58 du Guide d'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique « Pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants :1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; 9) l'observation des coutumes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en oeuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et 14) tout autre facteur pertinent », Disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

techniques. D'autre part, le respect du principe de neutralité technologique s'opposait à ce que la Loi type favorise l'utilisation d'une technique de signature particulière au détriment d'une autre, dès lors que les divers procédés susceptibles d'apposer une signature électronique avaient un niveau de fiabilité comparable.

Le 5 juillet 2001, la CNUDCI a adopté la Loi type sur les signatures électroniques²⁴. Cette loi part du principe souple énoncé à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique selon lequel la signature électronique si elle remplit les conditions d'identification du signataire d'un acte juridique, de son adhésion au contenu de l'acte et enfin si elle est apposée au moyen d'une méthode fiable peut constituer l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite et bénéficier ainsi de la même valeur et des mêmes effets juridiques que cette dernière.

La Loi type sur les signatures électroniques emploie le terme de « signatures électroniques ». Cette expression constitue en réalité un terme générique et a été préférée à l'emploi de l'expression « signatures numériques ».

Il existe en effet plusieurs techniques susceptibles de produire une signature sur support électronique, parmi elles on peut citer la signature numérique.

²⁴ Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et guide pour son incorporation, dans Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session, doc. Off. AG NU, 56^{ème} sess, supp. N°17, Doc. NU A/56/17 (2001) disponible à l'adresse suivante : <http://www.uncitral.org/pdf/frenchtexts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>

La signature numérique est un système fondé le plus souvent sur la cryptographie à clés asymétriques²⁵. Ce procédé de signature complexe mais extrêmement sécurisé met en œuvre deux clés et se déroule en quatre étapes.²⁶

L'émetteur du message émet préalablement deux clés, une clé privée et une clé publique. Celles-ci revêtent deux qualités principales : d'une part, elles sont indépendantes l'une de l'autre, d'autre part ce qui a été chiffré par la première clé ne peut être déchiffré que par la seconde clé.

L'émetteur qui veut créer un message électronique fait ensuite appel à tiers appelé tiers certificateur. Ce dernier fournit à l'émetteur du message son identité, sa clé publique et son procédé de hachage. Le hachage constitue une chaîne fixe de caractères appelée empreinte, elle est obtenue à partir du document initial remis par l'émetteur du message au tiers certificateur²⁷.

La troisième étape du processus consiste pour l'émetteur à envoyer son message qui contient le certificat électronique remis par le tiers certificateur, une empreinte du message réalisé à l'aide du processus de hachage spécifié dans le certificat qui permet de

²⁵ Par opposition à la cryptographie symétrique qui n'utilise qu'une seule clé

²⁶ H Bitan, Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, CCE, 2001, chronique 19, p 15

²⁷ Il faut préciser qu'en principe deux documents différents ne peuvent donner lieu à la même empreinte et que l'on ne peut pas obtenir le document d'origine à partir de la seule empreinte

garantir l'intégrité du message, et enfin le chiffrement de l'empreinte réalisée par l'émetteur du message au moyen de sa clé privée. Le chiffrement de l'empreinte au moyen de la clé privé constitue à proprement parler la signature électronique.²⁸

Enfin, lors de la dernière étape du processus intervient le destinataire du message. Ce dernier utilise la clé publique du tiers certificateur pour déchiffrer le certificat joint au message envoyé par l'émetteur. La clé publique permet au destinataire de déchiffrer l'empreinte du message, et partant de vérifier l'identité de l'émetteur, ce dernier étant en effet le seul à détenir la clé privée correspondant. Enfin, le destinataire du message utilise le procédé de hachage envoyé dans le certificat et l'applique au document lu, ce qui lui permet de vérifier que l'empreinte obtenue est identique à celle envoyée par l'émetteur. Si c'est le cas, le destinataire est alors certain de l'intégrité du message reçu.

Outre la signature qualifiée de numérique qui s'appuie sur la cryptologie à clé publique, il existe différents procédés permettant de signer un document électronique. Ces derniers sont englobés dans la notion plus large de signature électronique et sont appelés à jouer les mêmes fonctions que celles de la signature manuscrite. Parmi ces différentes techniques, la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques mentionne l'authentification par dispositif biométrique fondé sur la signature manuscrite. Ce procédé consiste pour le signataire à apposer sa signature à l'aide d'un stylo spécial soit sur un écran d'ordinateur ou encore sur un bloc numérique. La signature manuscrite est

²⁸ H Bitan, Un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, CCE, 2001, chronique 19, p 15

alors analysée par ordinateur et mise en mémoire sous forme d'un ensemble de valeurs numériques, qui peut être ajouté à un message de données et affiché par la partie se fiant à la signature aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présuppose que des échantillons de la signature manuscrite ont été préalablement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique²⁹.

On l'a dit précédemment, la Loi type sur le commerce électronique a posé à l'article 7 le principe selon lequel une signature ne pouvait se voir dénier toute valeur juridique au seul motif qu'elle était apposée sous la forme électronique, à partir du moment où la signature électronique remplissait les mêmes fonctions que la signature manuscrite. Dès lors, conformément au principe de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle, toute signature électronique qui permet de garantir l'identité du signataire et l'intention de ce dernier d'être lié par l'acte sur lequel il appose sa signature, doit être admise au même titre que la signature manuscrite si le procédé utilisé pour signer l'acte est suffisamment fiable.

Cependant, la Loi type sur le commerce électronique était restée relativement muette sur les méthodes permettant de rendre une signature électronique aussi fiable qu'une signature manuscrite de telle sorte qu'elle puisse constituer son équivalent fonctionnel.

²⁹ Guide d'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, paragraphe 33, disponible à <http://www.uncitral.org/pdf/frenchtexs/electcom/ml-elecsign-f.pdf>

La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques pallie cette lacune. Elle a en effet pour objectif affiché d'établir des critères, cette fois ci techniques, permettant de conférer à la signature électronique un degré de fiabilité suffisant pour pouvoir constituer l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite.

Le guide d'incorporation de la Loi type sur les signatures électroniques précise ainsi dans son chapitre premier relatif à l'objet de la loi qu'elle constitue un « Supplément modeste mais important de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type propose des normes concrètes par rapport auxquelles la fiabilité technique des signatures électroniques peut être mesurée. Elle établit en outre un lien entre cette fiabilité technique et l'efficacité juridique que l'on peut attendre d'une signature électronique particulière ».

L'article 6 de la Loi type sur les signatures électroniques, reprenant le contenu de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique dispose

«1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoise simplement certaines conséquences en l'absence de signature »

La Loi type sur les signatures électroniques établit ainsi de façon claire que la valeur et les effets juridiques d'une signature ne peuvent être déniés au seul motif que celle-ci revêt la forme d'une signature électronique et non d'une signature sur support papier, à la condition conformément au principe d'équivalence fonctionnelle, que la signature électronique remplisse les mêmes fonctions que la signature manuscrite et qu'elle soit apposée au moyen d'une méthode fiable compte tenu des circonstances dans lesquelles elle a été créée.

L'article 6 paragraphe 3 de la Loi type sur les signatures électroniques établit les critères objectifs permettant à la signature électronique de satisfaire le critère de fiabilité et partant d'être admise au même titre que la signature manuscrite.

« Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si :

a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire ;

- b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire ;
- c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable ; et
- d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable ».

Ainsi pour qu'une signature électronique soit qualifiée de fiable elle doit remplir quatre critères.

En premier lieu, les données afférentes à la création de la signature doivent être non seulement liées à celui qui signe l'acte mais encore doivent permettre de l'identifier avec certitude. En effet, dans certains cas comme le relève le guide d'incorporation de la Loi type, certaines données afférentes à la création des signatures électroniques peuvent être partagées par plusieurs personnes, ce qui ne permet pas d'établir avec certitude l'identité du signataire. Dans ce contexte, il est nécessaire pour que la signature remplisse la fonction d'identification de l'auteur d'un acte, que le procédé de signature permette d'identifier « sans ambiguïté » son signataire.

Le deuxième critère permettant de conférer à la signature électronique son caractère fiable consiste dans le fait que les données afférentes à la création de la signature doivent être sous le contrôle exclusif du signataire de l'acte. En d'autres termes, lorsque les données sont accessibles à plusieurs personnes et que le signataire de l'acte ne les maîtrise pas seul, l'exigence de fiabilité n'est pas remplie. Il en va ainsi dans le cas où les données afférentes à la création de la signature sont sur un réseau et peuvent être utilisées par plusieurs personnes.

Les deux dernières conditions permettant de satisfaire à l'exigence de fiabilité de la signature électronique concernent d'une part l'intégrité de la signature électronique elle-même et d'autre part l'intégrité de l'information signée par le biais d'une signature électronique. Ces deux conditions auraient pu être traitées ensemble dans la mesure où l'intégrité du document signé et l'intégrité de la signature sont étroitement liées. En effet, si la signature ne satisfait pas le critère d'intégrité, le document sur lequel elle est apposée ne pourra bien évidemment pas être considéré comme intègre. Pourtant, les rédacteurs de la Loi type ont choisi de dissocier l'intégrité de la signature et l'intégrité du document.

La raison de cette distinction réside en réalité dans le principe de l'équivalence fonctionnelle entre support papier et électronique. En effet, sur support papier, le fait que la signature manuscrite est intègre ne garantit pas que l'ensemble du document l'est,

dans ce contexte, les rédacteurs de la Loi type ont considéré qu'il en allait de même concernant le support électronique³⁰.

La signature électronique pour être qualifiée de fiable doit ainsi être intègre, c'est-à-dire que toute altération de cette dernière, une fois qu'elle a été apposée, doit pouvoir être décelée.

Enfin, certaines législations ne distinguent pas intégrité de la signature et intégrité de l'information signée. En d'autres termes, lorsque la signature est considérée comme intègre, le document revêt lui aussi automatiquement cette qualité. La Loi type a tenu compte de ce paramètre, et a établi un critère supplémentaire permettant de considérer que la signature électronique est fiable. Le document sur lequel est apposée la signature électronique doit être intègre, c'est-à-dire que toute modification de son contenu ultérieure à l'apposition de la signature doit pouvoir être décelée.

La Loi type sur les signatures électroniques on l'a mentionné parle de signatures électroniques et non de signatures numériques, elle vise donc plusieurs procédés permettant de signer un document au moyen du support électronique. Le choix de la notion plus large de signature électronique réside dans le concept même de neutralité technologique, qui rappelons signifie que la loi ne doit pas favoriser une technologie

³⁰ Le guide d'incorporation de la Loi type rappelle « Puisqu'une signature manuscrite ne garantit ni l'intégrité du document auquel elle est apposée, ni la non-délectabilité d'une modification apportée au document, l'approche de l'équivalence fonctionnelle impose que ces notions ne soient pas traitées dans une disposition unique », disponible à <http://www.uncitral.org/pdf/frenchtexts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>

plutôt qu'une autre, et plus précisément dans le cas de la signature, que la loi ne doit pas favoriser le procédé de cryptologie asymétrique par exemple au détriment d'autres procédés si leur degré de fiabilité est équivalent³¹.

L'article 3 de la Loi type sur les signatures électroniques reflète le souci des rédacteurs du texte concernant le respect du principe de neutralité technique entre les différentes techniques de signatures électroniques susceptibles de constituer l'équivalent fonctionnel de la signature manuscrite.

« Aucune disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable ».

La Loi type sur les signatures électroniques a ainsi voulu éviter de désavantager quelque forme de signature électronique que ce soit et ce au nom du respect de neutralité technologique. Ainsi, à partir du moment où une signature électronique est créée selon

³¹ Cette idée est mentionnée au paragraphe 34 du Guide d'incorporation de la Loi type sur les signatures électroniques, « La CNUDCI a souhaité élaborer une législation uniforme de nature à faciliter l'utilisation aussi bien des signatures numériques que d'autres formes de signature électronique. À cet effet, elle a essayé de traiter les questions juridiques liées aux signatures électroniques à un niveau intermédiaire entre le caractère très général de sa Loi type sur le commerce électronique et le degré de détail qui peut être nécessaire dans le cas d'une signature particulière. En tout état de cause, conformément au principe de neutralité technique énoncé dans la Loi type sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type ne doit pas être interprétée comme décourageant l'utilisation d'une quelconque méthode de signature électronique, que celle-ci existe déjà ou doive être mise en œuvre dans l'avenir », disponible à <http://www.uncitral.org/pdf/frenchtexs/electcom/ml-elecsign-f.pdf>

une méthode qui répond aux critères de fiabilité du paragraphe 2 de l'article 6, cette dernière aura vocation à produire des effets juridiques.

Pourtant, il semble que ce principe souffre d'un tempérament. En effet, L'article 6 paragraphe 3 de la Loi type sur les signatures électroniques énumère les critères permettant de conférer à la signature électronique la même valeur juridique que la signature manuscrite, et ce, indépendamment des circonstances dans lesquelles elle a été créée. En d'autres termes, une signature qui répond aux critères de fiabilité mentionnés sera automatiquement réputée constituer l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite.

La Loi type laisse le choix aux Etats, soit d'établir une présomption selon laquelle la signature électronique qui répond à ces critères de fiabilité constitue l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite, ou alors ils peuvent également affirmer directement l'existence d'un lien entre certaines caractéristiques techniques et l'effet juridique d'une signature.

En d'autres termes, la Loi type sans privilégier de manière expresse une technique de signature électronique au détriment d'une autre en théorie, établit de fait une distinction entre les différentes méthodes permettant d'apposer une signature électronique. Elle hiérarchise les différentes techniques de signature électronique en établissant des critères de fiabilité permettant de créer une présomption selon laquelle les signatures qui

répondent à ces critères ont la même valeur juridique que la signature manuscrite, et par conséquent en conférant une valeur moindre aux signatures électroniques qui ne rempliraient pas ces critères de fiabilité.

Doit-on considérer dans ce contexte que la Loi type sur les signatures électronique viole le principe de neutralité technologique ? La réponse à cette question est négative. En effet, la Loi ne favorise pas une technique de signature électronique au détriment d'une autre, mais se contente de fixer des critères de fiabilité permettant à une signature électronique, quelle que soit la technologie utilisée pour la créer, de constituer l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite.

Toutes les signatures électroniques ne bénéficieront pas ainsi de la même valeur juridique. Elles n'auront pas toutes une valeur juridique identique à celle de la signature manuscrite, cela dépendra en réalité de la fiabilité de la technique employée pour la créer.

§3 L'original

De façon traditionnelle, l'original revêtait une fonction fondamentale du point de vue probatoire³².

³² Vincent Gautrais affirme à cet égard que l'original était autrefois considéré comme la « pierre angulaire de la preuve documentaire ». Il cite à l'appui de son propos l'ordonnance de Carleton du 25 février 1777 qui a substitué en matière commerciale au Québec, les règles de preuves anglaises aux règles françaises qui étaient jusque là en vigueur. Au terme de l'article 7 de cette ordonnance : « pour établir la

Il a cependant été de moins en moins requis dans les transactions commerciales en général et plus particulièrement dans le commerce international. On peut lier la perte d'importance de l'original au fait qu'il peut être dupliqué en plusieurs exemplaires. Ainsi les copies de l'original peuvent servir de preuve au même titre que celui-ci si elles remplissent certains critères, notamment si elles constituent une reproduction fidèle et durable de l'original³³.

Cependant la Loi type sur le commerce électronique traite de l'original et tente d'établir un équivalent fonctionnel de la notion en matière de support électronique, la notion d'original étant intimement liée dans sa définition même au support papier.

L'original est en effet traditionnellement défini au regard d'un univers où les documents sont présentés sur papier. Le doyen Cornu donne la définition suivante du titre original. Celui-ci consiste en un « écrit dressé en un ou plusieurs exemplaires, afin de constater un acte juridique, signé par les parties à l'acte (ou par leur représentant) à la différence d'une copie ». ³⁴

preuve des faits, en matières commerciales, l'on aura recours, dans toutes les cours de juridiction civile dans la province du Québec, aux règles régissant la preuve prescrites par les lois anglaises », VGautrais, *Libres propos sur le droit des affaires électroniques*, *Lex electronica*, Vol 10, n°3, Hiver/ Winter 2006

³³ En ce sens voir l'article 1348 du Code civil français qui admet que la copie d'un original a la même valeur juridique que ce dernier à la condition qu'elle en soit la reproduction non seulement fidèle mais durable.

³⁴ G CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6e éd. Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 581

Dans le contexte électronique, il semble difficile de pouvoir parler de message de données original. En effet, si par original on entend le support sur lequel l'information a été fixée pour la première fois, le fait que le destinataire en reçoive dans tous les cas une copie empêche de pouvoir parler d'original³⁵.

La Loi type vise donc à établir « la conditions de forme minimale acceptable » dans laquelle un message de données peut constituer l'équivalent fonctionnel d'un original sur support papier. L'article 8 de la Loi type dispose ainsi :

« 1. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence :

a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et

b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée

2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas présentée ou conservée sous sa forme originale.

³⁵ Voir en ce sens le paragraphe 62 du Guide d'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

3. Aux fins de l'alinéa *a* du paragraphe 1 :

a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives ».

Au terme du paragraphe 1 de l'article 8, il apparaît que le critère fondamental permettant à un message de données de satisfaire l'exigence selon laquelle une information doit être présentée sous sa forme originale est l'intégrité de l'information contenue dans le message de données.

L'intégrité de l'information contenue dans le message doit être garantie dès lors que le message de données est créé pour la première fois dans sa forme définitive. En revanche, l'exigence d'intégrité ne concerne pas les projets de messages qui ont été créés et mis en mémoire avant que le message définitif ne soit composé³⁶.

³⁶ Voir en ce sens le paragraphe 66 du Guide d'interprétation de la Loi type sur le commerce électronique « S'agissant du membre de phrase "moment où elle [l'information] a été créée pour la première fois sous sa forme définitive" figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 1, il conviendrait de noter que la disposition doit englober la situation dans laquelle l'information a tout d'abord été couchée par écrit sur papier, puis

L'intégrité de l'information contenue dans le message de donnée, et partant son caractère original, s'apprécie à l'aune du paragraphe 3 indépendamment des ajouts éventuels qui auraient pu être faits au message ou encore des altérations « intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition ». En effet, dans certains cas par exemple, outre l'information elle-même contenue dans le message de données, certaines mentions qui l'accompagnent sont générées de façon automatique et servent à assurer sa transmission. Dans de telles hypothèses, seule l'intégrité de l'information contenue dans le message de données comptera.

Cet article pose ainsi le principe selon lequel un message de données peut remplir la fonction de l'original sur support papier si l'information qu'il contient est intègre et si l'information a été présentée à la personne à laquelle elle était adressée si cela constituait une obligation.

La rédaction de cette disposition soulève une remarque. En effet, la Loi type est muette sur les fonctions que revêt un original. De façon traditionnelle l'original remplit plusieurs fonctions : il peut servir à constituer la source première d'une reproduction, ou

transférée sur ordinateur. Dans une telle situation, l'alinéa *b* du paragraphe 1 doit être interprété comme exigeant une garantie fiable que l'information est restée complète et n'a pas été altérée à partir du moment où elle a été couchée par écrit et non pas à partir du moment où elle a été transférée sur ordinateur. Toutefois, lorsque plusieurs projets ont été créés et mis en mémoire avant que le message définitif ne soit composé, l'alinéa *b* du paragraphe 1 ne devrait pas être interprété comme exigeant une garantie fiable quant à l'intégrité des projets, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf

encore à établir qu'un document présente un caractère unique ou encore à établir que le document est la forme première d'un document relié à une personne en particulier³⁷.

Or force est de constater que la Loi type si elle mentionne une des fonctions de l'original qui consiste dans le fait de relier un document à une personne et celle qui consiste dans le fait que l'original représente la source première d'une information, omet de parler de sa fonction d'unicité. Cet oubli est critiquable dans la mesure où la Loi type avait pour objet d'établir l'équivalent fonctionnel sur support électronique de l'original sur support papier.³⁸

³⁷ Au Québec, l'article 12 de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information dispose « Un document technologique peut remplir les fonctions d'un original. À cette fin, son intégrité doit être assurée et, lorsque l'une de ces fonctions est d'établir que le document :

1° est la source première d'une reproduction, les composantes du document source doivent être conservées de sorte qu'elles puissent servir de référence ultérieurement ;

2° présente un caractère unique, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet d'affirmer le caractère unique du document, notamment par l'inclusion d'une composante exclusive ou distinctive ou par l'exclusion de toute forme de reproduction du document ;

3° est la forme première d'un document relié à une personne, les composantes du document ou de son support sont structurées au moyen d'un procédé de traitement qui permet à la fois d'affirmer le caractère unique du document, d'identifier la personne auquel le document est relié et de maintenir ce lien au cours de tout le cycle de vie du document », 2001, c. 32, a. 12, disponible à http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/C_1_1/C1_1.html.

³⁸ V Gautrais, *Libres propos sur le droit des affaires électroniques*, Lex electronica, Vol 10, n°3, Hiver/Winter 2006

CHAPITRE 2 : NEUTRALITE TECHNOLOGIQUE ET VALEUR JURIDIQUE DU SUPPORT ELECTRONIQUE

La consécration du principe de neutralité technologique a permis la reconnaissance de la force probante de l'écrit électronique et de la validité des actes passés par voie électronique.

Section 1 : La reconnaissance de l'écrit électronique ad probationem

L'acte juridique et le fait juridique constituent en droit français les deux sources des obligations.

Le principe de la liberté de la preuve des faits juridiques constitue un principe de base, appliqué de manière constante par les tribunaux. Par conséquent, celle-ci peut revêtir n'importe quelle forme et le support utilisé papier ou électronique pour la préconstituer importe peu, la seule exigence en la matière étant qu'elle emporte la conviction du juge.

La preuve des actes juridiques soulève en revanche plus de difficultés.

L'article 1315 du Code civil dispose :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver »

La règle de la preuve écrite des actes juridiques consacrée par l'ordonnance de Moulins de 1566 prévaut en droit français depuis 1804.

Pour faciliter la preuve d'un acte juridique en cas de litige ultérieur, l'article 1341 du Code civil³⁹ indique que la preuve par écrit est exigée pour tout acte qui excède une somme fixée par décret. Celle-ci est actuellement fixée à 1500 euros⁴⁰.

De plus, il est impossible de prouver outre et contre un écrit qui constate une convention, en d'autres termes le principe de primauté de la preuve littérale domine.

Il existe cependant des tempéraments au principe énoncé à l'article 1341 alinéa 1 du Code civil. Ainsi, en matière commerciale, le principe de liberté de la preuve prévaut⁴¹. Dans ce contexte, la preuve reposant sur support électronique ne soulève pas de problème particulier⁴².

³⁹L'Article 1341 du Code civil modifié par Loi n°80-525 du 12 juillet 1980 dispose « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

⁴⁰ L'article 1 du Décret n°2004-836 du 20 août 2004 - art. 56 JORF 22 août 2004 prévoit que « La somme ou la valeur visée à l'article 1341 du code civil est fixée à 1 500 euros »

⁴¹ L'article L110-3 du code de commerce dispose « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

⁴² En ce sens voir par exemple Cass, Com. 12 oct.1982, Bull.civ. IV n° 313 « Les règles de preuve du droit ne s'appliquent pas dès lors que le défendeur est commerçant, et a procédé aux opérations litigieuses dans l'intérêt de son commerce »

Il en va différemment pour les actes qui revêtent un caractère mixte, c'est-à-dire les actes qui constituent un acte civil pour une des parties et commercial pour son cocontractant, et pour les actes purement civils pour les deux parties.

§1 L'état du droit avant l'adoption de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000

Le législateur a adapté de façon timide certaines règles relatives à la force probante des écrits sur support électroniques (A), la jurisprudence s'est montrée plus audacieuse (B).

A) Un législateur hésitant concernant la valeur probatoire des écrits électroniques

La confrontation du droit de la preuve français aux nouvelles manifestations de l'écrit telles que les écrits transmis à distance, les écrits démultipliés ou encore les écrits archivés sur support photographique a véritablement commencé lors de l'examen de la loi du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques⁴³. Le législateur a en effet été amené à se prononcer concernant la valeur probante des photocopies, des télécopies ou encore des microfilms.

⁴³ Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980 relative à la preuve des actes juridiques, Journal Officiel du 13 juillet 1980, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/jopdf/1980/017/JO198001755.PDF>

Cette réforme a été l'occasion d'adapter certaines règles relatives à la preuve afin que ces nouvelles formes d'écrits acquièrent une valeur juridique.

L'article 1341⁴⁴ du Code civil exige ainsi pour certains actes juridiques la constitution d'un écrit, ce dernier prévalant sur la preuve testimoniale en cas de litige ultérieur.

Il existe cependant des dérogations au principe. En effet, dans certains cas, les parties peuvent être dispensées de produire la preuve écrite d'un acte juridique par exemple lorsqu'une des parties n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique ou encore lorsqu'elle a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure⁴⁵.

Lors de cette réforme, le législateur a admis à l'article 1348 du Code civil que les règles exigeant la constitution d'un écrit en matière probatoire pouvaient être écartées lorsqu'une partie ou le dépositaire d'un acte juridique n'avait pas conservé le titre

⁴⁴ L'article 1341 du Code civil dispose « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.
Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce »

⁴⁵ L'article 1348 du Code civil modifié par la Loi n°80-525 du 12 juillet 1980, art. 7 v. init dispose « Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure.
Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».

original et présentait une copie qui en était la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable.

Au terme de cet article, toute reproduction indélébile de l'original entraînant une modification irréversible du support constituait un original.

Certes, la loi du 12 juillet 1980 n'a pas conféré de façon explicite aux nouvelles manifestations de l'écrit telles que les photocopies une valeur probante identique à celle de l'écrit original. Cependant, en admettant que la reproduction fidèle et durable d'un écrit papier pouvait être admise en preuve au même titre que l'original lorsque celui-ci ne pouvait pas être produit, la loi lui a conféré de fait, la valeur d'un original. Cette réforme a-t-elle pour autant conféré aux nouvelles manifestations de l'écrit la même valeur probatoire que l'écrit sur support papier ?

Cette réforme qui avait pour objectif d'apporter notamment aux banques et aux assurances des solutions à leurs problèmes en matière d'archivage, a rempli son objectif sans qu'il soit nécessaire de s'interroger davantage sur la valeur juridique et plus particulièrement probante des nouvelles manifestations de l'écrit. Certains auteurs ont ainsi estimé qu'elle constituait en réalité une « dérobade »⁴⁶ du législateur, ce dernier ne souhaitant pas réformer le droit de la preuve pour l'adapter aux nouvelles manifestations de l'écrit, et plus particulièrement aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, qui il faut le reconnaître, étaient à l'époque émergentes.

⁴⁶ JF Blanchette, Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, Blanchette, *Communication Commerce électronique*, Mars 2005, disponible à <http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/publications.html>

Face aux incertitudes persistantes concernant la valeur probante des nouvelles techniques de communication, la jurisprudence a dû se prononcer sur deux points : les nouveaux procédés de communication pouvaient-ils être admis au rang de preuve lorsque l'écrit n'était pas exigé de façon spécifique. D'autre part, lorsque la préconstitution d'une preuve écrite était requise par la loi, les juges ont dû se prononcer sur le point de savoir si les nouveaux procédés de communication ressortissaient ou non aux preuves littérales telles que le Code civil les concevait. Il faut reconnaître que la jurisprudence a fait preuve en la matière d'une faculté d'adaptation appréciable⁴⁷ face au silence gardé par le législateur.

B) Une jurisprudence audacieuse concernant l'admission au rang de preuve des procédés informatiques

Antérieurement à l'adoption de la loi du 12 juillet 1980, la jurisprudence avait fait montre de réticence face aux procédés informatiques. Les premières décisions rendues par les tribunaux français ont en effet rejeté l'idée selon laquelle les procédés informatiques pouvaient recevoir force probante en justice. On peut citer à cet égard

⁴⁷ P Catala, *Écritures électroniques et actes juridiques*, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

l'arrêt rendu par le Tribunal d'Instance de Sète en date du 14 février 1984⁴⁸ concernant la société Crédicas, ainsi que plusieurs arrêts rendus par le même tribunal ce même jour.

En l'espèce, la société Crédicas avait consenti à une cliente des ouvertures de crédits utilisables par fractions, dans la limite de 5000 francs. Ces derniers devaient servir à financer des achats dans des magasins déterminés. Une clause de la convention de prêt prévoyait que l'emprunteur pouvait faire usage d'une carte magnétique et devait concomitamment composer un code confidentiel, ces derniers valant ordre pour l'organisme prêteur de verser au vendeur l'ordre d'achat. La société Crédicas réclamait ensuite le remboursement du prêt, et la cliente refusait de s'exécuter. La question de droit posée au tribunal consistait dans le fait de savoir si l'utilisation d'une carte magnétique et la composition d'un code confidentiel pouvaient constituer des preuves du paiement et partant du prêt contracté par le défendeur.

⁴⁸ TI Sète, 14 févr. 1984 et 9 mai 1984, D. 1985. Jur., p 359, note Bénabent. Il faut noter cependant que la position des juges qualifiée d'excessive par M Benabent a par la suite été infirmée par la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt rendu le 9 avril 1987. Cette dernière a en effet estimé que « Attendu qu'en l'espèce chaque opération carte est d'un montant inférieur à 5000F ; que sa preuve échappe aux dispositions de l'article 1341 du Code civil exigeant un écrit, [...] qu'à défaut de pouvoir justifier que J... a remis chaque fois en personne sa carte et a composé lui-même son numéro de code secret en donnant son accord à la somme inscrite sur le lecteurs, la société C... apporte preuve suffisante de ses créances par les enregistrements de la machine qui n'ont été rendues possibles que par l'utilisation simultanée de la carte c et du numéro de code secret, alors qu'il n'est allégué par ailleurs aucun dérèglement du système informatique, ni perte de son numéro secret par le débiteur » CA Montpellier, 9 avril 1987, Rev. trim. dr . civ p 75, obs J Mestre : JCP 1998, ed G, II 20984, obs B Boizard. Comme le remarque cependant Delphine Majdanski, on peut se demander si les juges auraient abouti à la même solution si le montant de la somme avait dépassé la somme de 5000F , ou s'ils n'auraient pas davantage eu recours concernant la signature informatique aux notions de commencement de preuve par écrit (Art 1347 du Code civil) ou encore « d'impossibilité de se procurer un écrit » (art 1348 du code civil), Delphine Madjanski, La signature et les mentions manuscrites dans les contrats, Presses universitaires de Bordeaux, 2000, P 63 et 64.

Le tribunal répondait de façon négative à la question en ces termes

« Aux termes de l'article 1315 du Code civil « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver » ; (que) la preuve de l'obligation de rembourser contractée par l'emprunteur ne peut résulter conformément aux articles 1322 et suivants du même Code, que la signature d'un acte marquant son engagement consécutif à l'utilisation d'une fraction ou de la totalité de l'ouverture de crédit consentie ; (qu') il ne saurait y être supplée par ce que la Société Crédicas nomme « signature informatique » (au demeurant non produite aux débats) qui émane non de celle à qui on l'oppose, mais d'une machine dont la demanderesse a libre et entière disposition ».

Dans un jugement rendu le 14 mai 1986, le Tribunal d'Instance de Sète réitérait son refus d'admettre la signature informatique au rang de preuve littérale, utilisant des arguments similaires à ceux qu'il avait utilisés deux ans plus tôt.

La Cour de cassation, amenée à se prononcer pour la première fois sur la valeur probante de la signature informatique, a fait preuve d'audace dans deux arrêts rendus le même jour, en cassant la décision rendue le 14 mai 1986 par le Tribunal de Sète⁴⁹.

⁴⁹ Cass, 1^{ère} civ, 8 novembre 1989, 2 arrêts, Bulletin 1989 I N° 342 p. 230

Les juges du droit, visant les articles 1134 et 1341 du Code civil, ont admis que la signature informatique (consistant dans l'usage d'une carte magnétique et la composition concomitante d'un code confidentiel) avait pleinement valeur probatoire au motif que

« La société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites »

Ces deux décisions ont été vivement critiquées. En effet, certains auteurs, notamment Jérôme Huet⁵⁰ a estimé que « poser en règle générale que les conventions sur la preuve sont valables lorsqu'il s'agit de droit dont les intéressés ont la libre disposition est une solution qui n'est pas sans danger ». Selon lui, « il aurait suffi (...) de dire simplement (...) que les conventions sur la preuve sont valables dans tous les cas où la preuve est libre ». Il faut préciser à cet égard qu'à l'époque où ces arrêts ont été rendus, l'article 1341 du Code civil exigeait la constitution obligatoire d'un écrit pour les actes excédant la somme de 5000 Francs⁵¹. L'auteur préconisait donc implicitement de reconnaître la valeur probante de la signature informatique uniquement dans le cas où la somme en jeu

⁵⁰ J Huet, D 1990, Somm, p 327

⁵¹ Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du Code civil « La somme ou la valeur visée à l'article 1341 du Code civil est fixée à 5.000 F »

ne dépasserait pas le seuil des 5000 Francs, au-delà de ce seuil, la preuve littérale demeurant seule recevable.

La Cour de cassation s'est également intéressée à la valeur probante de manifestations de l'écrit autres que la signature informatique. Ainsi, après avoir refusé de reconnaître une quelconque portée juridique à la photocopie⁵², elle a accepté de l'admettre au rang de commencement de preuve par écrit⁵³.

L'arrêt certainement le plus remarquable rendu par la Cour de cassation en la matière concernait la preuve de la cession d'un bordereau Dailly⁵⁴. Il s'agissait en l'espèce de savoir si l'acceptation de la cession pouvait être valablement donnée par le débiteur, sous la forme d'une télécopie. En d'autres termes, il s'agissait de savoir si la Cour de cassation allait cantonner la télécopie à sa fonction de « copie fidèle et durable » ou de commencement de preuve par écrit, ou si elle allait lui conférer la valeur d'écrit à proprement parler, et partant, lui conférer une pleine valeur probatoire. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé à l'occasion de cet arrêt les conditions nécessaires à la reconnaissance de la valeur probatoire d'un document produit par télétraitement,

⁵² Cass, com, 15 décembre 1992, Bull civ, IV, n°419

⁵³ Cass, 1^{ère} civ, 14 février 1995, JCP 1995 II, 22409, note Y Chartier

⁵⁴ Cass, com, 2 décembre 1997, JCP G 1998, p 905, obs P Catala et PY Gauthier

« Mais attendu que l'écrit constituant aux termes de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1981, l'acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées ; qu'en analysant les circonstances dans lesquelles a été émise la télécopie litigieuse, dont le caractère mensonger n'avait pas été allégué, la Cour d'appel a pu en déduire que la preuve écrite de l'acceptation de la cession de créance était établie »

A l'aune de cette jurisprudence qualifiée d' « éclairée et réceptive au changement »⁵⁵, on peut se demander s'il était nécessaire de légiférer et d'admettre explicitement la valeur probatoire des écrits contenus sur support électronique au même titre que les écrits sur support papier.

Le Professeur Larrieu dans les années 1980 s'était déjà élevé contre une intervention législative en la matière. Il estimait en effet qu'il n'existait aucun obstacle ni juridique ni intellectuel à la reconnaissance des nouveaux moyens de preuve par le droit français. En effet, selon lui « la loi ne fait pas entièrement dépendre la crédibilité d'un mode de preuve de ses qualités intrinsèques. La primauté de l'écrit ne repose pas, contrairement à

⁵⁵ P Catala, *Ecritures électroniques et actes juridiques*, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

ce qui est affirmé parfois, sur ses seules qualités techniques »⁵⁶. L'auteur suggérait en réalité que la prééminence de l'écrit tenait en réalité au fait que l'écrit de manière traditionnelle revêtait une importance symbolique importante, en raison de sa présence historique dans la société française et de la protection étendue que lui accordait le législateur⁵⁷.

Ainsi le Professeur Larrieu ne préconisait pas une intervention législative et considérait même qu'une intervention législative serait non seulement injustifiée d'un point de vue strictement juridique et ne suffirait pas en outre à elle seule, à « revêtir ces techniques modernes de l'homologation sociale qui seule, fonde la confiance dans un moyen de preuve ». En effet selon lui quelle que soit l'autorité reconnue au sous seing privé et plus spécialement à la signature, cette autorité n'est ni naturelle ni rationnelle. Elle relève d'une convention sociale apparue au XVIème siècle...C'est d'une nouvelle convention sociale que dépend la force probante des nouvelles techniques de mémorisation et d'authenticité des données⁵⁸.

⁵⁶ JF Blanchette, Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, *Communication Commerce électronique*, Mars 2005, disponible à <http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/publications.html>

⁵⁷ JF Blanchette, Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, *Communication Commerce électronique*, Mars 2005, disponible à <http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/publications.html>

⁵⁸ JF Blanchette, Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français, *Communication Commerce électronique*, Mars 2005, disponible à <http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/publications.html>

Cependant, d'autres auteurs ont souligné que dans une société où l'Internet devenait un phénomène de masse et envahissait la vie quotidienne, il était quelque peu hasardeux de se contenter de reconnaître aux divers messages et « traces » informatiques une incertaine valeur probante « abandonnée à la sagesse des magistrats »⁵⁹.

La France n'est pas restée en marge de ce mouvement tendant à supprimer les différences de traitement entre le support papier et le support électronique. On rappellera à cet égard que la CNUDCI a reconnu la valeur juridique de la signature électronique⁶⁰. L'Union européenne a quant à elle, dès 1998, proposé un projet de directive sur un cadre commun pour les signatures électroniques⁶¹. La directive, composée de 15 articles et de 4 annexes, adoptée par le Parlement européen le 13 décembre 1999 reconnaît la valeur probante des signatures électroniques et pose les conditions de sécurité technique les concernant⁶².

⁵⁹ P Catala, *Écritures électroniques et actes juridiques*, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

⁶⁰ Voir l'article 7 Loi type de la CNUCI sur les signatures électroniques du 5 juillet 2001 disponible à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html

⁶¹ COM(1998) 297/final (JOCE 23 octobre 1998), présentée le 13 mai 1998 par la Commission

⁶² Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques
JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20.

La France emboitant le pas sur ceux de la CNUDCI et de l'Union européenne a ainsi adopté la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique⁶³.

§2 L'adoption de la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000

Dès 1997, un rapport du Conseil National du Crédit et du Titre (CNCT)⁶⁴ avait suggéré une réforme du Code civil relative à la preuve électronique et proposait de la faire siéger aux articles 1347 ou 1348 du Code civil⁶⁵.

Le Conseil d'Etat, préconisait quant à lui l'insertion dans le Code civil d'un texte permettant de conférer une valeur juridique aux signatures électroniques⁶⁶.

C'est dans ce contexte que le groupement d'Intérêt public Droit et Justice, émanation de la Chancellerie, a confié le soin à un groupe d'universitaires de mener une étude sur ce thème⁶⁷. Leur rapport, qui revêtait une double approche, sur l'écrit d'une part et la

⁶³ Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JO n°62 du 14 mars 2000*, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=20090703&cidTexte=JORFTEXT000000399095&fastPos=1&fastReqId=290161538&oldAction=rechExpTexteJorf>.

⁶⁴ Conseil National du Crédit et du Titre : Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres, mai 1997, rapport p 55 à 80, Annexes p 43 et 44.

⁶⁵ Ces deux articles traitent des exceptions légales lorsque l'écrit est requis à titre de preuve

⁶⁶ Conseil d'Etat : Internet et les réseaux numériques, ed La documentation française 1998, p 79-96 et 241

⁶⁷ Le groupe d'universitaires était composé d'un directeur de recherche au CNRS, Madame de Lamberteire, et des professeurs Catala, Gautier, Huet, Linand de Bellefonds, Lucas de Leyssac et Vivant.

signature d'autre part, a été remis au Ministre de la justice dans le courant de l'année 1999⁶⁸.

Finalelement, la Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique a été votée en première lecture à l'Assemblée nationale le 29 février 2000⁶⁹, en des termes analogues à ceux qui ont présidé son adoption au Sénat le 8 février 2000⁷⁰.

Comme le remarque Eric Caprioli⁷¹, cette loi, censée transposer la directive communautaire relative à la signature électronique va plus loin. En effet, contrairement à la directive communautaire, elle ne se limite pas à définir la signature en général et à fixer le régime de la signature électronique en particulier. Le texte modifie en outre de façon spectaculaire le régime de la preuve littérale et consacre la possibilité d'établir des actes authentiques sur support électronique, ce que l'auteur qualifie de « petite révolution juridique ».

⁶⁸ Sur ce projet voir notamment : Catala et alii, l'introduction de la preuve électronique dans le Code civil (étude « par un groupe d'universitaires » : Catala, Gautier, Huet, de Lamberterie, Linad de Bellefond, Lucas de Leyssac, Vivant) ; JCP G 1999, I, 182

⁶⁹ Journal Officiel 14 mars 2000 ; JCP G 2000, III, 20259

⁷⁰ V Sénat, Compte rendu analytique officiel, n° 53, 8 février 2000, p 39 s., consultable sur le site <http://www.senat.fr>

⁷¹ E Caprioli, La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, JCP G, n° 18, 3 mai 2000, I 224

Avant de parler du contenu de la réforme, il faut noter la place qu'elle occupe dans le Code civil.

Conformément aux recommandations du groupe d'universitaires, le législateur a décidé de ne pas l'insérer aux articles 1347 et 1348 du Code civil. En effet, considérer les messages électroniques comme des commencements de preuve par écrits relevant de l'article 1347 aurait été une « contre mesure »⁷² dans la mesure où cela serait revenu à admettre que ces messages ne constituaient pas une preuve à part entière au même titre que l'écrit papier.

En outre, ajouter un troisième alinéa à l'article 1348 du Code civil prévoyant une exception de plus au principe de la preuve littérale de l'article 1341 lorsque l'acte est établi sur support électronique, aurait introduit cette réforme selon les termes de Pierre Catala « par une toute petite porte ». Le but était de ne pas sous qualifier l'écrit sur support électronique, et partant d'amoindrir la portée de la réforme opérée.

Le législateur a finalement inséré la réforme en tête de la section du Code civil intitulée « De la preuve littérale ». Le paragraphe premier intitulé « Dispositions générales » (articles 1316 à 1316-2) donne une définition de l'écrit qui englobe les messages électroniques et les consacre au rang de preuves littérales. Mais cette consécration

⁷² P Catala, *Ecritures électroniques et actes juridiques*, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

n'aurait pas suffi à elle seule, car l'acte juridique pour être admis au rang de preuve exige la conjonction de l'écriture et de la signature.

Par conséquent, la loi de 2000 dispose à la fois sur la valeur probatoire de l'écrit électronique (A) et sur la signature électronique (B).

A) La reconnaissance au rang de preuve de l'écrit électronique

L'article 1316 du Code civil tente de définir la preuve littérale (1), les articles 1316-1 et 1316-3 déterminent la recevabilité d'une preuve littérale électronique (2) et enfin, l'article 1316-2 règle l'hypothèse d'un conflit de preuves littérales (3).

1) La définition de la preuve littérale

L'article 1316 du Code civil propose une définition de la preuve littérale

« La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission »

Ce texte introduit ainsi les deux éléments permettant à un écrit de revêtir la qualification de preuve littérale. La première condition, qui peut être qualifiée de condition formelle réside dans le fait que l'écrit doit constituer une suite de lettres, de signes, de chiffres ou autres symboles. La seconde condition, intellectuelle cette fois, réside dans le fait que cette suite de signes doit être dotée d'une « signification intelligible » et compréhensible par autrui.

L'écrit peut donc parfaitement aux termes de ces deux conditions être électronique.

Enfin, émerge un troisième élément de la définition, qu'un auteur qualifie de non condition dans la mesure où il est prévu que la nature du support et la modalité de transmission sont indifférentes à la qualification de preuve littérale⁷³. La Cour de cassation avait déjà admis ce principe en jugeant qu'un écrit « peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiés ou ne sont pas contestées ».⁷⁴

En réalité, cet élément a pour objectif de consacrer l'unité qui existe entre les différents types d'écrits, que ceux-ci revêtent la forme papier ou encore électronique ainsi que

⁷³ A Raynouard, adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Répertoire du Notariat Defresnois, 30 mai 2000, n°10, p 593

⁷⁴ Cass, com, 2 dec 1997, JCP G 1998, II, n° 10097, note Grynbaum

leurs modes de transmission. Ainsi, la preuve littérale ne s'identifie plus nécessairement au papier et ne dépend pas non plus de ses modalités de transmission.

Cette disposition a été saluée par Pierre Catala dans la mesure où elle a vocation à étendre à de nouveaux espaces la preuve littérale, contrairement à de nombreuses définitions qui enferment leur objet et sont dépassées très rapidement⁷⁵

La preuve littérale est ainsi définie de façon large. Comme le remarque ironiquement Arnauld Raynouard⁷⁶, « Compte tenu de la généralité de la définition proposée, toutes sortes de traces concrètes seront qualifiées de preuve littérale. A vrai dire, toute trace quelle qu'elle soit, indépendamment de la solidité de son support, pourra constituer « une preuve littérale » ou « par écrit ». Le « A Loulou pour la vie, Riri » gravé sur un tronc d'arbre ou sur un pupitre en bois ou en plastique, les mots tracés sur une vitre embuée, ou encore tracé sur du sable (...) constituent en application de l'article 1316, une « preuve littérale » ou preuve « par écrit ».

Cet auteur affirme même, qu'à l'extrême, la rédaction du texte permet d'alléguer que des traces incompréhensibles pour l'être humain constituent une preuve littérale puisqu'il n'est pas précisé pour qui la signification doit être « intelligible ». Il semble cependant qu'il faille nuancer ce propos. En effet, la définition écarte implicitement certaines

⁷⁵ P Catala, *Écritures électroniques et actes juridiques*, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

⁷⁶ A Raynouard, adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, *Répertoire du Notariat Defresnois*, 30 mai 2000, n°10, p 593

modalités d'expression de la volonté qui ne devraient pas pouvoir accéder au rang de preuve littérale. En définitive, pour être admis au rang de preuve littérale, l'écrit doit revêtir une présentation formelle qui permette à tous d'en comprendre le contenu⁷⁷.

L'article 1316 du Code civil propose de définir la preuve littérale ou preuve par écrit. En réalité, le texte propose pour la première fois une définition de l'écrit. L'objectif du texte est d'affirmer qu'un écrit au sens de preuve littérale ne nécessite pas un support papier.

Le législateur envisage ensuite de façon plus spécifique l'écrit électronique et les conditions permettant de l'admettre en preuve au même titre que l'écrit papier.

2) La recevabilité de la preuve électronique

L'article 1316-1 du Code civil dispose

« L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

⁷⁷ J Huet, Le Code civil et les contrats électroniques, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, D 2004, p 539

L'idée de consacrer une disposition propre à l'écrit électronique a fait débat. En effet, si l'écrit peut être contenu sur différents support et être admis au rang de preuve littérale à la condition qu'il réponde aux conditions énoncées précédemment, pourquoi consacrer une disposition spécifique à l'écrit électronique, comme si ce dernier était singulier par rapport à d'autres types d'écrits ? Cette disposition relève selon Michel Vivant du paradoxe. Selon lui, le législateur a préféré opter en faveur de l'argument de pratique au détriment de l'argument de logique pure en indiquant à quelles conditions un écrit électronique pouvait être admis en preuve au même titre que l'écrit papier⁷⁸.

La loi pose ainsi deux conditions cumulatives « dictées par le bon sens »⁷⁹. L'écrit électronique est admis au rang de preuve au même titre que l'écrit papier, à la condition que l'identité de celui dont le document émane soit certaine, et que les conditions d'élaboration et de conservation de ce document en garantissent l'intégrité. Ces exigences légales appellent certains commentaires.

Concernant la condition d'identité de la personne dont émane le document électronique, la notion d'« identification » a été préférée à celle d'imputabilité qui revêtait une connotation de responsabilité.

⁷⁸ M Vivant, Lamy informatique et réseaux, 2008, p 1648

⁷⁹ J Huet, Le code civil et les contrats électroniques, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, D 2004, p 539

Certains auteurs ont critiqué l'emploi du terme « émaner ». Les rédacteurs du texte ont soutenu au moment de sa rédaction qu'il suivait à la lettre la jurisprudence de la Cour de cassation.⁸⁰

Pourtant, Arnauld Raynouard considère que cette analyse est discutable dans la mesure où la Cour de cassation faisait référence à « l'imputabilité à un auteur désigné » et visait partant l'auteur du document, celui qui « s'approprie par sa création ou par sa volonté le contenu de l'acte ». Or l'article 1316-1 du Code civil en employant le terme « émaner » permet de soutenir selon l'auteur, que cette disposition ne vise pas nécessairement l'auteur de l'acte mais que le document émane par exemple d'une machine. Aussi, selon Arnauld Raynouard cette condition spécifique à l'écrit électronique n'apporte rien dans la mesure où quelle que soit la nature de l'écrit, électronique ou non, il faut prouver que la personne dont il émane est véritablement l'auteur de l'acte.

Concernant la condition d'intégrité de l'écrit électronique, elle a fait l'objet de critiques, non dans son principe mais eut égard à la relative imprécision de sa rédaction. En effet, quelles sont ces conditions qui permettent de considérer qu'un écrit a été établi et conservé dans des conditions de nature à permettre de garantir sa fiabilité ?

Une fois ces conditions satisfaites, l'écrit électronique est admis au rang de preuve littérale à part entière. La loi de 2000 a ainsi mis fin aux hésitations concernant sa valeur probante et notamment concernant le fait de savoir s'il fallait le considérer comme un

⁸⁰ Cass, com 2 déc 1997

commencement de preuve⁸¹ ou encore comme une exception à l'exigence d'un titre écrit pour les actes dont le montant dépasse 1500 Euros⁸².

L'article 1316-3 du Code civil au risque de paraître redondant réaffirme cette unité en matière probatoire quelle que soit la nature du support sur lequel est contenu l'écrit

« L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier »

Écrit papier et écrit électronique ont donc la même valeur probante. Dans ce contexte se pose la question des conflits de preuve littérale.

3) Les règles de conflit de preuves littérales

L'article 1316-2 du Code civil dispose

⁸¹ L'article 1347 du code civil dispose « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit.

On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution ».

⁸² L'Article 1341 du Code civil dispose « Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ».

« Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support »

Cette disposition revêt un caractère supplétif. En effet, il appartient en premier lieu au législateur d'établir les règles qui organisent la hiérarchie en matière de preuves. Dès lors, l'article 1316-2 du code civil n'exclut pas que certaines réglementations spécifiques établissent une hiérarchie entre les différentes forces probantes.

L'article 1316-2 du Code civil introduit ensuite l'idée selon laquelle les conventions sur la preuve constituent après la loi une source de dispositions propres à prévenir les conflits en matière de preuves.

La licéité de telles conventions a soulevé dans le passé des questions, certains estimant que la matière de la preuve serait d'ordre public et échapperait par conséquent à la sphère privée.

La doctrine majoritaire a cependant conclu depuis longtemps à la validité de telles conventions au motif qu'il serait illogique d'interdire aux parties de décider du régime de la preuve de droits lorsque ces dernières disposent par ailleurs de ces droits eux-

mêmes⁸³. L'article 1316-2 du Code civil consacre cette analyse : les conventions sur la preuve sont en principe valables, ce principe vaut tant pour la preuve sur support papier que pour la preuve sur support électronique.

Il convient de noter à cet égard que la jurisprudence avait déjà accepté dans certains arrêts de reconnaître la valeur probante d'une convention sur la preuve à propos d'un paiement électronique convenue entre les parties⁸⁴

Il faut cependant noter que cet article n'affirme pas par principe la validité de toutes les conventions sur la preuve. En effet, celles-ci ne peuvent déroger aux règles légales impératives. En définitive, il reviendra toujours au juge d'en apprécier leur validité.

Finalement c'est à défaut de règle légale ou de conventions sur la preuve que le juge retrouve son pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer entre deux actes écrits lequel prévaut sur l'autre en matière probatoire.

⁸³ En ce sens voir notamment I de lamberterie, De la validité des conventions de preuve, Cahiers Lamy , août 1990(F), p.I ; L de Leyssac, plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique, Cah. Barreau de paris, oct 1987, p 53

⁸⁴ Cass, 1^{ère} civ , 8 novembre 1989, n°86-16197, D 1999, jur, p 369, note Gavalda « En statuant ainsi alors que la Société Crédicas invoquait l'existence, dans le contrat, d'une clause déterminante procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites, le tribunal a violé les textes susvisés »

L'article 1316-2 du Code civil supprime l'idée de hiérarchie entre les différents types d'écrits, notamment de l'écrit de prééminence de l'écrit papier sur l'écrit électronique.

L'objectif du législateur était d'éviter que le juge, en, cas de conflits de preuves écrites ne choisisse de donner une force probante plus grande à l'écrit sur support papier qu'à l'écrit sur support électronique. Par conséquent, le législateur a réglé la question des conflits de support de preuves littérales et non la question des conflits de preuve littérale.

A cet égard, il convient de noter que la différence de valeur probante entre acte sous seing privé et acte authentique n'est nullement remise en cause, l'acte authentique conserve une valeur probante plus grande que l'acte sous seing privé.

En réalité la question des conflits de preuve ici se pose concernant deux actes sous seing privé, notamment lorsque l'un des deux repose sur support électronique et que l'autre est contenu sur support papier.

Selon le texte, si deux actes écrits sont contradictoires, le juge détermine « par tous moyens » lequel des deux actes doit l'emporter. On a pu noter que cette disposition n'ajoutait pas grand-chose au droit positif en matière de conflit de preuve. En effet, lorsque le juge fait face à deux écrits contradictoires de même qualité, il règle le conflit par interprétation et donc par tous moyens⁸⁵.

⁸⁵ A Raynourad, adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Répertoire du Notariat Defresnois, 30 mai 2000, n°10, p 593

On ne pouvait prétendre reconnaître l'écrit électronique sans reconnaître dans le même temps la signature électronique. En effet, lorsque le titre écrit relatant un acte juridique est un acte sous seing privé, la signature des parties constitue un élément essentiel à sa validité.

Or la signature, certainement plus que l'écrit lui-même, est généralement associée à l'apposition manuelle c'est-à-dire manuscrite d'un signe sur un support tangible, entendu de manière générale comme le support papier.

Comme le souligne Pierre Catala, l'usage d'une signature manuscrite était impossible concernant les messages électroniques, il a donc été nécessaire de trouver un équivalent numérique de la signature traditionnelle ou plus exactement de la signature manuscrite⁸⁶.

B) La signature électronique

L'encadrement normatif de la signature électronique résulte de trois textes : la directive européenne « sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques »⁸⁷, la Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies

⁸⁶ P Catala, *Ecritures électroniques et actes juridiques*, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

⁸⁷ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JO L 13 du 19.1.2000*, p. 12-20

de l'information et relative à la signature électronique⁸⁸ et enfin le décret du 30 mars 2001 « pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique »⁸⁹.

1) La signature électronique en droit communautaire

La directive 1999/93/CE du parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques⁹⁰ a pour objectif au terme de l'article premier de faciliter l'utilisation des signatures électroniques mais surtout « [d'instituer] un cadre juridique pour les signatures électroniques et certains services de certification de façon à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur ».

La directive emploie exclusivement l'expression « signature électronique » et non celle de « signature numérique ». Eric Caprioli le regrette au motif qu'il n'existe pas selon lui de technique d'authentification du signataire aussi sûre que la signature numérique, notamment à clé publique qui garantisse dans le même temps de façon certaine le lien entre la signature et le contenu de message⁹¹.

⁸⁸ Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

⁸⁹ Décret 2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique

⁹⁰ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20*

⁹¹ E Caprioli, La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne-Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, JCP G, n° 18, 3 mai 2000, I 224

Cependant, en employant l'expression large de « signature électronique », la directive a préféré retenir, certainement au nom du principe de neutralité technique, une vision large des procédés permettant à la signature électronique de remplir les mêmes fonctions que la signature manuscrite et partant d'avoir la même valeur juridique que cette dernière.

Le texte communautaire dispose uniquement sur la valeur probante de la signature électronique. La directive exclut expressément de son champ d'application le formalisme de certains actes juridiques. Ainsi, lorsque les lois nationales des Etats membres exigent certaines formes à titre de validité d'un acte juridique, telles que l'apposition d'une signature manuscrite, cette exigence ne contredit pas le texte communautaire dans la mesure où ce dernier a uniquement pour objet de conférer à la signature électronique une valeur probante⁹².

L'article 2 paragraphe 1 de la directive définit la signature électronique comme « une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification ».

La directive établit une distinction entre signature électronique d'une part et signature électronique avancée d'autre part.

⁹² L'article 1^{er} paragraphe 2 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 dispose ainsi « Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire ».

L'article 2 paragraphe 2 dispose ainsi qu'aux fins de la directive, on entend par

2) "signature électronique avancée" une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:

a) être liée uniquement au signataire;

b) permettre d'identifier le signataire;

c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif

d) et être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable »

Le principe de reconnaissance de la valeur juridique des signatures électroniques est établi à l'article 5 de la directive.

La directive enjoint ainsi les Etats membres, à veiller à ce que les signatures électroniques avancées « répondent aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites ou imprimées sur papier » et partant « soient recevables comme preuve en justice ».

Le texte communautaire établit une égalité entre signature manuscrite d'une part et signature électronique avancée reposant sur un certificat qualifié d'autre part, c'est-à-dire à la signature qui répond aux critères des annexes I, II et III de la directive.

En effet, la signature électronique, pour pouvoir remplir des fonctions identiques à celles de la signature manuscrite, doit permettre à la fois d'identifier le signataire de l'acte, et de garantir l'adhésion du signataire de l'acte à son contenu. Selon la directive, l'équivalence fonctionnelle entre signature manuscrite et signature électronique est remplie en ce qui concerne les signatures électroniques avancées basées sur un certificat qualifié. En effet, elles sont aptes à effectuer les fonctions d'une signature manuscrite à l'égard d'un message contenu sur support papier.

Aux termes de l'article 5 paragraphe 1 de la directive, les signatures électroniques avancées constituent ainsi l'équivalent fonctionnel des signatures manuscrites, et partant ont la même valeur probante que ces dernières conformément aux principes de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle.

On peut se demander quelle est la valeur juridique des signatures électroniques simples, par opposition aux signatures électroniques avancées.

L'article 5, paragraphe 2 de la directive dispose à cet égard :

« Les États membres veillent à ce que l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que:

- la signature se présente sous forme électronique
- ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié
- ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification
- ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature »

En d'autres termes, le texte communautaire considère (conformément aux principes de neutralité technologique et de non-discrimination consacrés par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques) que la valeur juridique d'une signature électronique simple par opposition à la signature électronique avancée, ne peut pas être déniée au seul motif que la signature ne repose pas sur un certificat qualifié (annexe I de la directive), que ce certificat n'a pas été délivré par un prestataire de services n'ayant pas reçu d'accréditation (annexe II de la directive) ou encore que la signature n'a pas été créée au moyen d'un processus de signature sécurisé (annexe III de la directive).

Ainsi, de prime abord, on pourrait penser que signature électronique et signature électronique avancée se voient toutes deux reconnaître une valeur juridique identique à celle de la signature manuscrite lorsqu'elles remplissent les fonctions de cette dernière. Cela est néanmoins partiellement inexact.

Seule la signature électronique avancée bénéficie d'une valeur juridique identique à celle de la signature manuscrite. En effet, selon Eric Caprioli, elle seule, parce qu'elle est jugée très sécurisée, bénéficie d'une présomption de fiabilité technique identique à la signature manuscrite. A l'inverse, la signature électronique « simple », même si elle est recevable comme preuve en justice, ne bénéficie pas de la même présomption de fiabilité : celui qui s'en prévaut devra apporter la preuve qu'elle satisfait à certaines exigences de sécurité et donc qu'elle peut être admise au même titre qu'une signature manuscrite.

En réalité, la directive institue trois degrés de reconnaissance de la valeur probante de la signature électronique :

En premier lieu, la signature électronique « simple » se voit conférer une valeur probante à la condition que la preuve de sa fiabilité technique soit rapportée devant le juge.

La signature électronique avancée délivrée par un prestataire de service de certification (PSC) qui n'a pas fait l'objet d'une accréditation bénéficie d'une valeur probante, à la condition qu'elle réponde à certaines exigences techniques : elle doit reposer sur un certificat qualifié (annexe I de la directive), ce certificat doit être délivré par un prestataire de services de certification délivrant un certificat qualifié (annexe II de la directive) et la signature doit être créée au moyen d'un processus de signature sécurisé (annexe III de la directive).

Enfin, la signature électronique avancée délivrée par un PSC bénéficiant d'une accréditation volontaire se voit conférer une valeur probante identique à la signature manuscrite.

A l'aune des dispositions de la directive, on peut se demander si le fait de conférer une valeur probante différente aux différents types de signatures électroniques ne revient pas à violer le principe de neutralité technologique, en vertu duquel la loi ne doit pas discriminer une technologie au détriment d'une autre. Eric Caprioli estime ainsi que le fait de faire dépendre l'équivalence de force probante entre l'écrit sur support électronique et l'écrit sur support papier, de la fiabilité du procédé de signature électronique utilisé risque « sans doute de constituer une entorse au principe de neutralité technique »⁹³.

En réalité, dans la mesure où la signature électronique, pour être admise en preuve au même titre que la signature manuscrite, doit remplir les mêmes fonctions que cette dernière, et où seules certaines signatures bénéficiant d'un haut niveau de sécurisation permettent de remplir ces fonctions, le principe de neutralité technologique n'est pas violé. La neutralité technologique, on l'a vu, n'implique pas que les technologies sont

⁹³ E Caprioli, La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne-Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, JCP G, n° 18, 3 mai 2000, I 224

neutres, par conséquent, favoriser l'utilisation de certaines technologies considérées comme plus fiables que d'autres ne constitue pas une entorse au principe.

Le législateur français a transposé la directive communautaire relative aux signatures électroniques.

2) La signature électronique en droit français

Avant l'adoption de la Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, la notion de signature n'avait jamais été définie en droit français.

L'article 1316-4 du Code civil pallie dorénavant cette lacune et dispose :

« 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. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'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, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

La démarche du législateur est donc similaire à celle suivie pour la définition de l'écrit : la loi établit les fonctions générales de toute signature et précise les conditions permettant à la signature électronique d'être considérée comme fiable, de remplir les mêmes fonctions que la signature manuscrite, et donc de disposer de la même valeur juridique que la signature manuscrite.

La définition de la signature proposée à l'article 1316-4 du Code civil alinéa 1^{er} souligne ces deux fonctions. La signature a d'abord une fonction d'identification : elle doit permettre d'identifier de façon formelle le signataire d'un acte juridique. Elle permet ensuite de manifester l'adhésion du signataire de l'acte au contenu de celui-ci.

Cette définition concerne aussi bien la signature manuscrite que la signature électronique, même si comme le remarque Jérôme Huet, les procédés utilisés sont totalement différents. Dans le premier cas, le signataire appose un signe physique au moyen de la main, dans le second cas, le signataire manipule un outil destiné à produire un effet technique.⁹⁴ Néanmoins, dans la mesure où la signature constitue un procédé d'identification, il est concevable que ce dernier puisse revêtir différentes formes.

⁹⁴ J Huet, *Le Code civil et les contrats électroniques, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, D 2004, p 539

L'article 1316-4 alinéa 2 du Code civil s'attache ensuite de façon plus spécifique à la signature électronique. Celle-ci, de la même façon que la signature manuscrite, remplit deux fonctions. Elle doit permettre d'identifier le signataire de l'acte, et manifester le consentement du signataire aux dispositions contenues dans l'acte sur lequel est apposée la signature.

Le législateur précise que pour être efficace, la signature électronique consiste « en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache ». Que peut-on considérer comme un procédé fiable ? De façon générale, fiable se dit d'un matériel dans lequel on peut avoir confiance et qui fonctionne bien. En principe, l'appréciation de la fiabilité relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond et les parties doivent rapporter la preuve de la fiabilité du procédé employé.

Cependant, la loi établit une présomption de fiabilité de certains procédés de signatures électroniques ; Ainsi, « 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 dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat »⁹⁵.

⁹⁵ Article 1316-4 du Code civil

Le décret n°2001-272 du 30 mars 2001⁹⁶ précise les conditions requises pour qu'un procédé de signature électronique bénéficie d'une présomption de fiabilité.

La présomption de fiabilité de la signature électronique sécurisée est une présomption simple. En d'autres termes, celui qui conteste la fiabilité du procédé employé pourra toujours rapporter la preuve que le procédé de création de la signature n'est pas fiable, même si certains s'interrogent sur la capacité des parties à apporter une telle preuve contraire.⁹⁷

La présomption de fiabilité prévue par le décret, vise en réalité à transposer en droit interne la directive communautaire qui, sans exclure (conformément au principe de neutralité technologique) les autres procédés de signature électroniques, confère une valeur juridique accrue à la signature électronique « avancée », c'est à dire une signature reposant sur l'utilisation de moyens de cryptologie à clés asymétriques, considérée comme la plus fiable.

A l'instar de la directive communautaire, le décret distingue deux types de signatures: la signature électronique d'une part, et la « signature électronique sécurisée » d'autre part (cette dernière correspond en réalité à la signature électronique avancée de la directive

⁹⁶ Décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique et pour la transposition de la directive n°99/93/CE du Parlement et du Conseil du 13 décembre 1999 pour un cadre communautaire pour les signatures électroniques

⁹⁷ D Guinier, une signature numérique insatisfaisante est elle encore une signature ? Gaz. Pal. 15-19 avril 2000. P.14 à 18.

communautaire). Seule la signature électronique « sécurisée » bénéficie d'une présomption de fiabilité.

L'article 1 paragraphe 2 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique dispose ainsi qu'on entend par

« 2. Signature électronique sécurisée : une signature électronique qui satisfait [...] aux exigences suivantes :

- être propre au signataire ;
- être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ;
- garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable »

La signature électronique sécurisée, outre sa fonction d'identification au signataire de l'acte et l'adhésion de ce dernier au contenu de l'acte, doit ainsi remplir trois conditions supplémentaires.

La signature doit d'abord « être propre au signataire ». Comme le remarque Isabelle de Lamberterie⁹⁸, si le terme propre est entendu comme « distinctif », il ne s'agit pas d'une exigence supplémentaire par rapport à la signature électronique « simple » dans la mesure où celle-ci doit permettre d'identifier le signataire et donc être distinctive. L'auteur suggère plutôt que le terme propre doit être entendu dans le sens d'« exclusif », c'est-à-dire que le signataire doit disposer d'un procédé de signature qui lui est personnel (ainsi, les clés privées cryptographiques), de telle sorte qu'on ne puisse pas imputer la signature à un autre signataire.

La signature électronique « sécurisée » doit ensuite « être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ». Cette exigence vise à apporter des garanties supplémentaires concernant l'identité du signataire dans la mesure où lui seul maîtrise les moyens de création de la signature.

Enfin, la signature électronique sécurisée doit « garantir avec l'acte auquel elle s'attache un lien tel que toute modification ultérieure de l'acte soit détectable », à la différence de la signature électronique simple qui consiste « en l'usage d'un procédé qui garantit son lien avec l'acte auquel elle s'attache ».⁹⁹ Ainsi, le procédé de signature électronique sécurisée doit permettre de détecter toute modification postérieure à la signature de l'acte.

⁹⁸ I de Lamberterie, Le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, lecture critique, technique et juridique

⁹⁹ Article 1316-4 alinéa 2 du Code civil

L'article 2 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique précise ensuite les deux conditions permettant à une signature électronique de bénéficier de la présomption de fiabilité :

« La fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ».

Un dispositif de création de signature électronique est défini comme « un matériel ou un logiciel destiné à mettre en application les données de création de signature électronique ».¹⁰⁰ Ce dispositif de création de signature doit présenter certaines qualités pour pouvoir être considéré comme sécurisé.

¹⁰⁰ Article 1^{er} alinéa 5 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique

L'article 3 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 reprend les quatre conditions énoncées dans l'annexe III de la directive, que le procédé de création de signature électronique doit remplir pour pouvoir être considérée comme sécurisée¹⁰¹.

Le procédé de signature doit ainsi garantir l'unicité et la confidentialité des données de création de la signature électronique et rendre impossible toute falsification de la signature. De plus, le procédé doit garantir le risque d'utilisation des données de création de signature électronique par des tiers. Le procédé de création de la signature électronique ne doit pas altérer le contenu de l'acte ni empêcher le signataire de prendre connaissance du contenu de l'acte préalablement à la signature de ce dernier.

La signature électronique sécurisée doit enfin être vérifiée, cette vérification repose sur au terme de l'article 3 du décret sur « l'utilisation d'un certificat électronique qualifié ».

¹⁰¹ L'Article 3 décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, modifié par Décret n°2002-535 du 18 avril 2002 - art. 20 JORF 19 avril 2002 dispose :

« Un dispositif de création de signature électronique ne peut être regardé comme sécurisé que s'il satisfait aux exigences définies au I et que s'il est certifié conforme à ces exigences dans les conditions prévues au II.

I. - Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit :

1. Garantir par des moyens techniques et des procédures appropriés que les données de création de signature électronique :

a) Ne peuvent être établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ;

b) Ne peuvent être trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ;

c) Peuvent être protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers.

2. N'entraîner aucune altération du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer.

II. - Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit être certifié conforme aux exigences définies au I :

1° Soit par le Premier ministre, dans les conditions prévues par le décret n° 2002-535 du 18 avril 2002 relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information. La délivrance du certificat de conformité est rendue publique.

2° Soit par un organisme désigné à cet effet par un Etat membre de la Communauté européenne ».

De la même façon que la directive communautaire, bien que le décret ne mentionne pas la notion de cryptologie asymétrique à clé publique¹⁰², l'utilisation de certificats pour la vérification de la signature n'est envisageable que dans ce contexte¹⁰³.

Il faut à cet égard rappeler brièvement en quoi consiste le processus de la signature asymétrique à clé publique: chaque utilisateur dispose d'une paire de clés. L'une d'entre elles est publique et accessible à tous, et l'autre, privée, est détenue par l'utilisateur, et secrète. Pour échanger un message signé, le signataire utilise sa clé privée et le destinataire utilise la clé publique associée pour vérifier l'origine et l'intégrité du message. Le service de certification apporte la garantie qu'il existe un lien entre la clé publique fournie et le détenteur de la clé privée correspondante, ce qui permet ainsi de garantir l'identité du signataire.

L'article 6 du décret énonce les exigences relatives aux certificats qualifiés¹⁰⁴ et celles relatives aux prestataires de services de certification¹⁰⁵.

¹⁰³ I de Lamberterie et JF Blanchette, le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, JCP E, 2001, 1269

¹⁰⁴ Aux termes du paragraphe 1 de l'article 6 du décret, le certificat doit comporter « I. - Un certificat électronique qualifié doit comporter :

- « a) Une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ;
- b) L'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'Etat dans lequel il est établi ;
- c) Le nom du signataire ou un pseudonyme, celui-ci devant alors être identifié comme tel ;
- d) Le cas échéant, l'indication de la qualité du signataire en fonction de l'usage auquel le certificat électronique est destiné ;
- e) Les données de vérification de signature électronique qui correspondent aux données de création de signature électronique ;

Aux termes de l'article 3 paragraphe 1 de la directive communautaire, aucune condition préalable n'est exigée pour exercer l'activité de prestataire de services de certification. Cependant, afin d'améliorer le niveau du service de certification, l'article 3 paragraphe 2 du texte communautaire autorise les États membres à « instaurer ou maintenir des régimes volontaires d'accréditation visant à améliorer le niveau du service de certification fourni. Tous les critères relatifs à ces régimes doivent être objectifs, transparents, proportionnés et non discriminatoires».

L'article 7 du décret reprend ce principe d'accréditation volontaire et précise ainsi que les prestataires qui satisfont aux exigences mentionnées à l'article 6 peuvent demander à être reconnus comme qualifiés. Les prestataires de services de certification qui désirent recevoir cette « qualification », doivent ainsi se soumettre à l'évaluation d'organismes publics ou privés, eux-mêmes accrédités par une instance choisie par le Ministre de l'Industrie¹⁰⁶.

f) L'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ;

g) Le code d'identité du certificat électronique ;

h) La signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification électronique qui délivre le certificat électronique ;

i) Le cas échéant, les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé ».

¹⁰⁵ Article 6 décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pris pour l'application de l'article 1316-4 du Code civil et relatif à la signature électronique, modifié par Décret n°2002-535 du 18 avril 2002 - art. 20 JORF 19 avril 2002

¹⁰⁶ L'article 7 du décret dispose «Les prestataires de services de certification électronique qui satisfont aux exigences fixées à l'article 6 peuvent demander à être reconnus comme qualifiés. Cette qualification, qui vaut présomption de conformité auxdites exigences, est délivrée par les organismes ayant reçu à cet effet une accréditation délivrée par une instance désignée par arrêté du ministre chargé de l'industrie. Elle est précédée d'une évaluation réalisée par ces mêmes organismes.

Cette qualification est importante dans la mesure où, de cette notion dépend la présomption de fiabilité du procédé de signature électronique sécurisée.

L'arrêté du ministre chargé de l'industrie prévu à l'alinéa précédent détermine la procédure d'accréditation des organismes et la procédure d'évaluation et de qualification des prestataires de services de certification électronique.

Section 2 : Reconnaissance de l'écrit électronique ad validitatem

La directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil, du 8 juin 2000¹⁰⁷ avait pour vocation de créer un cadre juridique cohérent, à l'échelon européen, pour le commerce électronique. Ce texte va plus loin que la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999¹⁰⁸ qui avait pour unique ambition d'établir des critères permettant la reconnaissance de la valeur juridique et plus particulièrement la valeur probante de la signature électronique.

La « directive sur le commerce électronique » vise ainsi à permettre la conclusion de contrats électroniques en garantissant la sécurité du commerce en ligne afin d'améliorer la confiance des consommateurs.

Le législateur communautaire s'est attaché à lever les obstacles qui entravaient la conclusion de contrats en ligne.

L'article 9 paragraphe 1 de la directive énonce clairement le principe selon lequel :

¹⁰⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»)

¹⁰⁸ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20*

« Les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

En droit français, certains avaient jugé, au moment de l'adoption de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000¹⁰⁹ qu'elle allait plus loin qu'une simple adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies. Alain Reynouard affirmait par exemple que le législateur, sous couvert d'admettre l'écrit électronique en preuve au même titre que l'écrit papier, avait véritablement introduit un formalisme de validité¹¹⁰.

La doctrine majoritaire estimait, à l'instar du législateur, que la réforme de 2000 se cantonnait à « l'aspect probatoire et la signature des actes électroniques ».¹¹¹

¹⁰⁹ Loi n°2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

¹¹⁰ « Les nouvelles dispositions ont pour objectif affiché de « favoriser le développement du commerce électronique ». Cette ambition conforte l'idée selon laquelle ce n'est pas le droit de la preuve qui est réellement visé mais la création d'un formalisme destiné à encadrer les transactions faites sur internet(...). Il est certes indiscutable que ce qui sépare une forme probatoire d'un formalisme de validité est flou, la frontière étant rapidement passée dans un sens ou dans l'autre. Mais justement, faut-il ajouter à l'actuelle complexité de nouvelles incertitudes. Au fond on a le sentiment que ce n'est pas tant une difficulté probatoire que l'on cherche à traiter, que la mise en place d'un formalisme indiscutable de formation des contrats conclus au moyen d'un réseau informatique, et plus particulièrement sur « la toile » c'est-à-dire sur internet », A Reynouard, Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Répertoire du Notariat Defresnois, 30 mai 2000, n°10, p 593

¹¹¹ J Huet, vers une consécration de la preuve et de la signature électronique, D. Chron., p. 95

La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique¹¹² (LCEN) franchit une nouvelle étape. En effet, elle transpose en droit français la « directive commerce électronique » qui imposait aux Etats membres de la Communauté européenne de rendre possible la conclusion de contrats par voie électronique, et par conséquent de reconnaître la validité des actes passés par voie électronique.

§1 La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN)

On a pu souligner la singularité de l'intitulé de la loi. En réalité, le texte vise, comme son titre l'indique, à promouvoir l'usage des nouvelles technologies par la confiance que ces dernières seraient à même d'inspirer chez leurs utilisateurs¹¹³.

Pour ce faire, elle pose le principe fondamental de la validité des actes passés par voie électronique. La loi insère ainsi dans le chapitre 2 du titre 3 du livre 3 du Code civil l'article 1108-1 qui dispose :

¹¹² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO 22 juin 2004, p. 1116-8

¹¹³ J Rochfeld, Economie numérique. - Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO 22 juin 2004, p. 11168, RTD civ. Juil-Sept 2004, p. 574

« Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 et, lorsqu'un acte authentique est requis, au second alinéa de l'article 1317.

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même ».

A) L'écrit électronique, « écrit » exigé à titre de validité

L'article 1108-1 alinéa 1 du Code civil instaure ainsi le principe selon lequel, lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans des conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316.

Il convient de rappeler que les articles 1316-1 et 1316-4, créés par la Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 posent les critères permettant à un écrit électronique et à une signature électronique et d'être admis au rang de preuve au même titre que l'écrit papier et que la signature manuscrite.

L'article 1108-1 du Code civil reconnaît ainsi de façon expresse la validité de l'écrit électronique lorsqu'un écrit est exigé à titre de validité, et consacre dès lors la validité du contrat électronique.

On a pu souligner que le choix d'insérer cette disposition relative à la validité des actes électroniques à l'article 1108-1 du Code civil était « judicieux » dans la mesure où elle est alors inscrite après l'article 1108 relatif aux conditions de validité des contrats. Néanmoins, il est regrettable que le législateur, dans un élan de consensualisme, ait omis d'insérer à l'article 1108 du Code civil un alinéa précisant qu'aucune forme en principe n'est requise pour la validité d'un contrat, quel qu'il soit, hormis dans les cas particuliers ou la loi le prévoit¹¹⁴.

L'article 1108-1 du Code civil reconnaît également la validité de l'acte authentique électronique, à la condition qu'il soit établi dans les conditions fixées par décret en conseil d'Etat¹¹⁵.

Enfin, cet article autorise l'apposition d'une mention écrite par voie électronique.

B) L'écrit électronique « la mention écrite » admise à titre de validité

¹¹⁴ J Huet, « Vous avez dit contrats électroniques ? », RDC 1^{er} avril 2005, n°2, p 553

¹¹⁵ L'article 1317 du code civil dispose en effet « L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

L'article 1108 alinéa 2 du code civil dispose :

« Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même »

L'exigence d'une mention rappelle en effet que le contrat est parfois accompagné de formalités qui peuvent revêtir des formes différentes, telles un tableau ou un bordereau. Dans ce contexte, il était nécessaire qu'elles puissent également être effectuées sur support électronique.

Comme l'y invitait l'article 26 de la LCE N¹¹⁶, le gouvernement a recouru à l'ordonnance pour permettre l'accomplissement de certaines formalités par voie électronique. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée l'ordonnance n°2005-674 du 16

¹¹⁶ L'article 26 de la LCEN dispose en effet « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par ordonnance à l'adaptation des dispositions législatives subordonnant la conclusion, la validité ou les effets de certains contrats à des formalités autres que celles mentionnées à l'article 1108-1 du code civil, en vue de permettre l'accomplissement de celles-ci par voie électronique.

L'ordonnance prévue à l'alinéa précédent devra être prise dans l'année suivant la publication de la présente loi.

Un projet de loi de ratification devra être déposé devant le Parlement dans un délai de six mois à compter de la publication de l'ordonnance ».

juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités par voie électronique¹¹⁷ ;
Ce texte a conduit à une restructuration du chapitre 7 du titre 3 du livre 3 du Code civil
qui traite « Des contrats sous forme électronique » en le divisant en quatre sections.

Nous reviendrons ultérieurement sur les deux premières sections dans le cadre de l'étude
de l'information précontractuelle et contractuelle en ligne.

La section 3 qui insère les articles 1369-7 à 1369-10 dans le Code civil permet
dorénavant l'envoi de lettres simples ou recommandées par voie électronique, ainsi que
la remise d'un écrit par voie électronique.

L'article 1369-7 du Code civil dispose ainsi que lorsqu'une lettre simple est requise,
cette exigence est satisfaite par l'émission d'un courrier électronique, à partir du moment
où la date d'expédition est établie au moyen d'un procédé jugé fiable. Il reste que le
contenu de cette exigence doit être défini par un décret en conseil d'Etat.

La lettre recommandée électronique est reconnue comme équivalent à la lettre
recommandée sur support papier par l'article 1369-8 du Code civil à la condition « que
ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de
désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été

¹¹⁷ Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - JORF 17 juin 2005

remise ou non au destinataire »¹¹⁸. L'objectif est bien de garantir la même efficacité à la lettre recommandée électronique qu'à son homologue papier. L'article 1368 alinéa 2 propose ensuite deux choix concernant la remise de la lettre recommandée électronique. Elle peut soit être imprimée par le tiers et remise au destinataire, soit parvenir directement au destinataire par voie électronique¹¹⁹. Dans ce cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il devra au préalable avoir accepté l'usage de ce procédé ou alors avoir demandé expressément l'envoi de cette lettre recommandée par voie électronique. Enfin, un avis de réception pourra être adressé à l'expéditeur par voie électronique ou par tout autre dispositif lui permettant de le conserver.

L'article 1369-9 du Code civil instaure un équivalent électronique à la remise d'un écrit papier. Ainsi, la remise d'un écrit sous forme électronique est effective lorsque le destinataire, après avoir pu en prendre connaissance, en a accusé réception. En outre, si une disposition prévoit que l'écrit doit être lu au destinataire, la remise d'un écrit électronique à l'intéressé vaut lecture¹²⁰. Ainsi que le remarque Luc Grynbaum, une telle disposition suppose que le degré d'alphabétisation de la population soit suffisant pour qu'un engagement n'ait plus besoin d'être lu¹²¹.

¹¹⁸ Article 1369-8 du Code civil

¹¹⁹ L'article 1369-8 alinéa 2 du code civil dispose « Le contenu de cette lettre, au choix de l'expéditeur, peut être imprimé par le tiers sur papier pour être distribué au destinataire ou peut être adressé à celui-ci par voie électronique. Dans ce dernier cas, si le destinataire n'est pas un professionnel, il doit avoir demandé l'envoi par ce moyen ou en avoir accepté l'usage au cours d'échanges antérieurs ».

¹²⁰ Article 1369-9 du Code civil

¹²¹ L. GRYNBAUM, Jurisclasseur Contrats-Distribution, Fasc 2480 : Contrats électroniques, Cote 03,2007

La quatrième section intitulée « de certaines exigences de formes » est composée de deux articles.

L'article 1369-10 alinéa 1 du Code civil précise tout d'abord que lorsque certaines exigences particulières de présentation ou encore de lisibilité sont exigées sur support papier, ces dernières doivent également être remplies sur support électronique. Il est regrettable, à cet égard, que les conditions de lisibilité ne soient pas plus détaillées. L'alinéa 2 dispose ensuite que 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 voie¹²².

Enfin l'article 1369-11 du code civil traite de l'exigence d'envoi en plusieurs exemplaires par voie électronique. Sur support électronique, cette exigence est satisfaite dès lors que le destinataire a pu imprimer l'écrit¹²³.

La LCEN assure donc une parfaite équivalence entre l'écrit traditionnel, souvent entendu comme l'écrit papier, et l'écrit électronique. Pourtant, le législateur a entendu

¹²²L'article 1369-10 dispose « 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 ».

¹²³ L'article 1369-11 du code civil dispose « L'exigence d'un envoi en plusieurs exemplaires est réputée satisfaite sous forme électronique si l'écrit peut être imprimé par le destinataire ».

poser certaines exceptions au principe de la validité des actes passés par voie électronique.

§2 L'exclusion de certains actes passés par voie électronique

La directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil, du 8 juin 2000¹²⁴ («directive sur le commerce électronique»), a laissé aux Etats membres la possibilité de ne pas appliquer le principe d'équivalence de validité entre écrit papier et écrit électronique à certains contrats, à la condition qu'ils en communiquent une liste à la Commission, et qu'ils remettent de façon périodique à cette dernière un rapport expliquant les raisons qui justifient de conserver ces exceptions.

Le législateur français, a usé de cette possibilité concernant certains contrats.

L'article 1108-2 du Code civil dispose ainsi

« Il est fait exception aux dispositions de l'article 1108-1 pour :

1° Les actes sous seing privé relatifs au droit de la famille et des successions ;

2° Les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession »

¹²⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur

Certains ont pu affirmer que le législateur s'était montré particulièrement libéral en admettant l'équivalence entre écrit électronique et écrit papier. Cependant, il a entendu exclure certains actes, ce choix étant justifié par l'impératif de justice contractuelle qui impose une protection particulière de la partie faible¹²⁵.

Ainsi, les actes relatifs au droit de la famille et des successions ne peuvent pas être passés par voie électronique. Le rapporteur du texte de la LCEN avait précisé que ces exceptions trouvaient leur fondement dans « le caractère présumé moins protecteur de la forme électronique ».¹²⁶ Si la véracité d'une telle affirmation est discutée, il n'en reste pas moins que cette exception est porteuse d'une symbolique forte que l'on peut déplorer.

De la même façon, le législateur a exclu que les actes sous seing privé relatifs à des sûretés puissent être passés par voie électronique. Ne sont concernées que les actes sous seing privé, ce qui signifie que les actes authentiques relatifs à des sûretés peuvent être passés par voie électronique.

¹²⁵ M MEKKI, -Le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte pas la neutralité axiologique, RDC, 1^{er} juillet 2007, n° 3, p 681

¹²⁶ Rapport présenté par Alex Türk, avis présenté au nom de la Commission des lois, Doc. Sénat n° 351, spec.p 98

DEUXIEME PARTIE : CONTRAT ELECTRONIQUE ET PROTECTION DU CONSOMMATEUR EN LIGNE

CHAPITRE 1 : LE RENOUVEAU DU FORMALISME INFORMATIF

La LCEN par dérogation au droit commun a prescrit l'accomplissement de formalités particulières concernant le contenu de l'information mise en ligne par le prestataire de services et concernant l'accès à l'information.

Section 1 : Contenu de l'information

Il s'agit d'abord d'informer l'ensemble des clients potentiels du cyberspace sur l'identité du prestataire et sur le prix et ce, en amont de toute relation contractuelle (§1). Le prestataire doit ensuite délivrer d'autres informations dans la proposition de contracter (§2).

§1 L'obligation d'information indépendamment de toute offre

Jusqu'à une date récente¹²⁷, le droit commun ne posait aucune exigence particulière concernant l'identification du professionnel lorsque celui-ci émettait une offre sur les réseaux en direction d'un public indéterminé ou en direction d'une ou plusieurs personnes déterminées. Comme le remarque justement Florence Mas¹²⁸, « légalement tenu de le faire ou pas, celui qui omettait de le faire entourait son offre d'un halo de suspicion susceptible de susciter le désintérêt voire la défiance de sa clientèle ». En effet comment avoir confiance dans la contractualisation en ligne, si le destinataire de l'offre ignore l'identité de son cocontractant et par conséquent la personne à laquelle s'adresser en cas de problème ?

Depuis une loi de 1992, l'article L121-18 nouveau du Code de la consommation¹²⁹ impose en matière de contrats conclus à distance au professionnel s'adressant à des consommateurs de fournir un certain nombre d'informations permettant de l'identifier. Ce dernier doit ainsi indiquer son nom, ses coordonnées téléphoniques afin que le consommateur puisse entrer en contact avec lui, son adresse ou encore s'il s'agit une personne morale son siège social. La transposition en droit interne de la directive communautaire de 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de

¹²⁷ La loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication » impose dans son article 43-10- 1 aux éditeurs professionnels de sites de fournir un certain nombre d'informations telles que leurs noms, prénoms et domiciles s'il s'agit de personnes physiques. Le but de ces mentions étant de les identifier avec certitude.

¹²⁸ F MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, LGDJ, LGDJ, Bibl de droit Privé, Tome 437, 2005, p 99

¹²⁹ Article L 121-18 du Code de la consommation, modifié par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008

contrats conclus à distance¹³⁰ n'a sur ce point pas changé le fond du droit dans la mesure où l'obligation d'identification du prestataire en matière de contrats à distance existait déjà en droit français.

L'article 5 de la directive de 2000 sur le commerce électronique¹³¹ impose au prestataire de fournir un certain nombre d'informations permettant de l'identifier afin d'être aisément contacté¹³². La LCEN transpose fidèlement les dispositions communautaires relatives à cette obligation générale d'identification, en ajoutant deux obligations supplémentaires relatives à la communication du prénom lorsque le

¹³⁰ L'article 4 de la directive CE relative à la n° 97/7/CE du 20 mai 1997 relative à la protection du consommateur en matière de contrats à distance impose qu'« en temps utiles, avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes : a) identité du fournisseur et dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse »

¹³¹ Directive n° 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique », J.O.C.E, n° L 178, 17 juillet 2000

¹³² L'article 5 de la directive dispose « 1. Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes: a) le nom du prestataire de services; b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi; c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui; d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre; e) dans le cas où l'activité est soumise à un régime d'autorisation, les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente; f) en ce qui concerne les professions réglementées: - tout ordre professionnel ou organisme similaire auprès duquel le prestataire est inscrit, - le titre professionnel et l'État membre dans lequel il a été octroyé, - une référence aux règles professionnelles applicables dans l'État membre d'établissement et aux moyens d'y avoir accès; g) dans le cas où le prestataire exerce une activité soumise à la TVA, le numéro d'identification visé à l'article 22, paragraphe 1, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977 en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme(29).

prestataire est une personne physique et à son capital social lorsqu'il s'agit d'une personne morale.

Les opérateurs du commerce électroniques doivent ainsi au terme de l'article 19 de la loi Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur (...) assurer à ceux à qui est destiné cette la fourniture de biens ou la prestation de services un accès direct, facile et permanent » à un certains nombre d'informations les concernant.

Le prestataire doit indiquer « ses noms et prénoms » s'il est une personne physique, « sa raison sociale », « l'adresse ou il est établi (...) son adresse de courriel électronique ainsi que son numéro de téléphone ». Un auteur¹³³ souligne que cette « précision est heureuse » dans la mesure où antérieurement à l'adoption de la loi, les consommateurs se plaignaient en matière de services à distance de ne pas avoir un accès aux coordonnées des prestataires de services leur permettant d'obtenir un interlocuteur¹³⁴.

Le prestataire de services doit en outre indiquer « si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci ». S'il « est membre d'une profession réglementée », il devra également indiquer « la référence aux

¹³³ P Stoffel Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30

¹³⁴ Le forum des droits sur l'Internet, Premier rapport de l'observatoire de la cyberconsommation: mars 2004, p 8

règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel il est inscrit ». En définitive, la fourniture de ces informations vise à permettre au destinataire du service proposé de pouvoir se tourner envers un interlocuteur différent du prestataire mais qui lui est lié dans le cas où il ne parviendrait pas à communiquer avec ce dernier.

La question se pose de savoir quelles sont les personnes soumises à cette obligation générale d'identification. Les obligations relatives à l'identification du prestataire ont vocation à s'appliquer au terme de l'article 19 de la LCEN à « toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 [de la même loi] ». L'article 14 propose une définition de l'activité du commerce électronique, celle-ci consiste dans :

« L'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services (...) ».

Une partie de la doctrine considère que la définition du commerce électronique telle qu'elle est proposée dans la LCEN tend à considérer que « les non professionnels lorsqu'ils font acte de commerce »¹³⁵ sont soumis à ces dispositions. En d'autres termes, un particulier qui vendrait en ligne, même de façon occasionnelle, serait soumis à cette

¹³⁵ M Vivant, Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2004, n° 171, p 8, n° 16

obligation générale d'identification, laquelle ne pèserait donc pas uniquement sur le professionnel.

Cependant d'autres auteurs, s'appuyant sur la définition du commerce électronique telle qu'elle apparaît dans l'article 14 de la LCEN considèrent que l'activité doit s'exercer dans « un contexte professionnel à titre principal ou accessoire, pour l'une des deux parties au moins ».

Dans ce contexte, l'activité de commerce en ligne entre deux consommateurs(C to C) ne serait pas assujettie aux dispositions de la LCEN.

Concernant l'obligation générale d'identification du prestataire, un auteur¹³⁶ remarque que l'article 19 de la LCEN n'a pas le même impact dans toutes les formes de commerce électronique, c'est-à-dire selon la qualité des parties.

L'article 19 de la LCEN a vocation à jouer et cela ne fait aucun doute quelle que soit la qualité du public auquel s'adresse le professionnel du commerce électronique. Ainsi, peu importe que la personne bénéficiaire de la prestation ait la qualité de consommateur ou de professionnel. Un auteur¹³⁷ a fait remarquer que la mesure devait être approuvée car la qualité de professionnel « ne prémunit en rien contre les risques liés au défaut d'identification dans le cyberspace ».

¹³⁶ P Stoffel Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30

¹³⁷ F Mas, F MAS, L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique, Lamy droit de l'immatériel, février 2005, P 77 et s

A cet égard, il convient cependant de noter que la loi de 2004 n'apporte pas de modification majeure concernant l'identification du prestataire dans le cadre du B to B et dans celui du B to C. Dans le cadre du B to C, l'article L 118-21 prévoyait on l'a vu précédemment des mentions concernant l'identité du professionnel. Dans le cadre du B to B, l'article L441-3 du Code de commerce¹³⁸ imposait également aux professionnels de mentionner sur la facture leur nom ainsi que leur adresse.

En revanche, l'article 19 de la loi de 2004 apporte une innovation dans le cadre du C to C par dérogation au principe selon lequel la LCEN n'est pas applicable entre consommateurs. Selon Philippe Stoffel Munck¹³⁹, il semble en effet que les dispositions concernant l'identification du prestataire ont vocation à jouer dans les rapports entre consommateurs.

Il admet que les dispositions de la LCEN ne sont guère limpides en la matière mais s'appuie pour parvenir à cette conclusion sur l'article 2 de la directive communautaire de 2000 qui établit une distinction entre le prestataire et le prestataire établi. Le prestataire est défini à l'article 2-b de la directive comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information », le prestataire établi quant à lui

¹³⁸ Article L 441-3 du code de commerce, modifié par la loi n°2001-420 du 15 mai 2001, art 53 JORF, 16 mai 2001

¹³⁹ P Stoffel Munck, la réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30

« exerce d'une manière effective une activité économique au moyen d'une installation stable » au terme de l'article 2-c.

Au terme du considérant n° 18 de la directive, le prestataire peut être « toute personne qui fournit un service de la société d'information » qui peut « consister en particulier, à vendre des biens en ligne ». Ainsi, un simple particulier qui émet une offre de contacter en ligne par le biais d'un site personnel ou d'annonces revêt la qualification de prestataire.

L'article 19 de la LCEN transpose le contenu de l'article 5 de la directive, laquelle mentionne uniquement le terme de prestataire

«Les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes: a) le nom du prestataire de services (...)»

Dès lors, on peut effectivement penser que les obligations d'information contenues dans l'article 19 de la LCEN valent également pour le non professionnel qui propose la prestation d'un service ou la fourniture d'un bien en ligne.

Outre l'obligation d'identification du prestataire, l'alinéa 2 de l'article 19 de la LCEN prévoit que toute personne qui propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services doit également

« Même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus ».

Cette obligation d'information sur le prix est remarquable dans la mesure où elle oblige le prestataire à indiquer le prix en l'absence même d'une proposition de contracter. Cette obligation joue à partir du moment où un prix est mentionné, ce qui implique qu'elle vaut aussi sur les sites informatifs, lorsque sont indiqués des prix pratiqués par les tiers.¹⁴⁰

Cette obligation d'information sur les prix en matière de contrat électronique n'a rien de novateur dans la mesure. Elle vient en sus de l'obligation générale d'information claire et précise due par le professionnel au consommateur conformément à l'article L 111-1 du Code de la consommation¹⁴¹ et de l'obligation d'affichage des prix de l'article L 113-

¹⁴⁰ Cahiers Lamy informatique et réseaux 2008, point n° 2820, p 1685

¹⁴¹ L'article L 111-1 du Code de la consommation créée par la Loi 93-949 1993-07-26 annexe JORF 27 juillet 1993 dispose « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

3¹⁴² ainsi que des informations spécifiques à délivrer au consommateur qui contracte à distance¹⁴³.

L'article 19 de la loi prévoit à cet égard que l'obligation de mentionner les prix

« S'applique sans préjudice des dispositions régissant les pratiques commerciales trompeuses prévues à l'article L. 121-1 du code de la consommation, ni des obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur »

En somme, elle ne constituerait qu'« une énième couche de transparence »¹⁴⁴ dont la portée devrait par conséquent être relativisée.

En revanche, cette obligation qui pèse uniquement sur le professionnel en principe, a vocation à s'appliquer plus largement en matière de commerce électronique. En effet,

¹⁴² L'article L113-3 du Code de la consommation modifié par la Loi 2001-1168 2001-12-11 art. 13 IV 1° JORF 12 décembre 2001 dispose « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation ».

¹⁴³ L'article L121-18 du Code de la consommation modifié par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 29 dispose « Sans préjudice des informations prévues par les articles L. 111-1 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, l'offre de contrat doit comporter les informations suivantes (...) La durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ».

¹⁴⁴ P Stoffel Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30

d'une part elle concerne tout prestataire au terme de l'article 19 de la LCEN. En d'autres termes le non professionnel qui assure ou propose la fourniture de biens ou de service par voie électronique doit mentionner le prix de la prestation de la même façon que le professionnel. De plus, l'information sur le prix est destinée aussi bien au consommateur qu'au professionnel dans la mesure où on a vu précédemment que l'article 19 de la LCEN avait vocation à s'appliquer également dans les rapports B to B.

§2 L'obligation d'information en suite de l'émission d'une offre de contracter

L'article 10 de la directive sur le commerce électronique prévoit en outre une obligation de renseignement concernant les modalités de conclusion du contrat électronique. Cette information doit une fois encore être « formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque » et ce « et avant que le destinataire du service ne passe sa commande ». Il faut d'ores et déjà préciser que ce formalisme informatif ne s'applique de façon obligatoire qu'aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur :

« Les États membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire de services fournisse au moins les informations mentionnées ci-après »

La directive prévoit ainsi au paragraphe 1^{er} la fourniture par le professionnel de certaines informations concernant :

- a) les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat;
- b) si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non;
- c) les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée;
- d) les langues proposées pour la conclusion du contrat.

Le paragraphe 2 de la directive prévoit également que le prestataire doit indiquer les éventuels codes de conduite auxquels il est soumis ainsi que « les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique ».

La directive précise au paragraphe 4 que les informations précitées ne sont pas applicables aux « contrats conclus exclusivement par le biais d'un échange de courriers électroniques ou par des communications individuelles équivalentes ».

Les concernant, seule l'exigence requise au paragraphe 3 de la directive et relative à la fourniture des clauses contractuelles et des conditions générales de vente « d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire » a vocation à s'appliquer.

Le législateur français a toujours été attentif à la communication des conditions contractuelles préalablement à la formation de contrats de consommation dans la mesure où elles visent à éclairer le consentement du client potentiel. Ainsi l'article L113-3 du Code de la consommation¹⁴⁵ imposait au professionnel, avant même la transposition de la directive communautaire sur le commerce électronique, de communiquer au consommateur « les conditions particulières de la vente ».

La LCEN confirme cette obligation en matière de contrat électronique.

L'article 1369-4 du Code civil créé par l'ordonnance du 16 juin 2004¹⁴⁶ propose une transposition fidèle de la directive mais s'abstient de préciser que ces informations doivent être « formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque ». Cette exigence serait selon Christine Hugon¹⁴⁷ implicite. Certains auteurs regrettent néanmoins qu'elle ne soit pas formulée de manière expresse. En tout état de cause, l'article L133- 2 du Code de la consommation¹⁴⁸ peut pallier cette déficience dans la mesure où il prévoit que

¹⁴⁵ Article L113-3 du code de la consommation modifié par la Loi 2001-1168 2001-12-11 art. 13 IV 1° JORF 12 décembre 2001

¹⁴⁶ Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 JORF 17 juin 2005

¹⁴⁷ C Hugon, le droit français Vers un droit européen des contrats électroniques ? sous la direction d'Anne PENNEAU, Lamy droit de l'immatériel, supplément n° 29, juillet 2007, p10

¹⁴⁸ Article L133-2 du Code de la consommation créé par la Loi n°95-96 du 1 février 1995 - art. 3 JORF 2 février 1995

« Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ».

L'article 1369-4 traite successivement de deux questions distinctes, la première concerne la mise à disposition des conditions contractuelles proposées, la seconde des mentions obligatoires dans la proposition de contracter. Le contenu de cette disposition a été salué¹⁴⁹ au motif qu'il contribuait à une plus grande sécurité du commerce en ligne. En effet, il permet au consommateur de prendre pleinement conscience des modalités d'expression de sa volonté avant tout engagement de sa part.

Cet article appelle néanmoins certains commentaires.

Concernant la communication des conditions contractuelles, l'article 1369-4 dispose :

« 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 ».

¹⁴⁹ F Mas, L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique, Lamy droit de l'immatériel, février 2005, P 77 et s

Concernant son champ d'application, cette obligation vise de manière expresse les relations entre professionnel et consommateur. Par conséquent, l'obligation de la mise à disposition des conditions contractuelles ne joue pas pour les relations C to C. En revanche cette obligation s'applique aux contrats électroniques conclus uniquement par voie d'échange de courriers électroniques et aux contrats conclus entre professionnels par une interprétation a contrario de l'article 1369-6 du Code civil¹⁵⁰.

Concernant la forme, l'emploi du terme « conditions contractuelles applicables » a suscité certaines critiques¹⁵¹. Jean Beauchard¹⁵² estime que le terme de conditions ne vise pas uniquement « les conditions au sens de modalités du contrat » mais qu'il faudrait davantage comprendre qu'elle désigne tant les dispositions contractuelles au sens strict du terme que les dispositions légales applicables au contrat. L'expression inclurait également selon l'auteur « les modalités pratiques sur l'exécution du contrat »

¹⁵⁰ L'article 1369-6 du Code civil crée par l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 JORF 17 juin 2005 dispose « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques. Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° à 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels.

¹⁵¹ En ce sens voir J Beauchard, L'offre dans le contrat électronique : le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique : études réunies par JC Hallouin et H Causse : LGDJ 2005, p 35 ; J Huet, Commerce électronique. Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, JCP G 2004, I, 178

¹⁵² J Beauchard, L'offre dans le contrat électronique : le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique : études réunies par JC Hallouin et H Causse : LGDJ 2005, p 35

¹⁵² En ce sens voir J Beauchard, L'offre dans le contrat électronique : le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique : études réunies par JC Hallouin et H Causse : LGDJ 2005, p 35

telles que les conditions de livraison, ainsi que « la composition, l'utilisation et les précautions d'emploi du produit ou service ».

En d'autres termes, la formule employée par le législateur ferait référence aux conditions générales du contrat ainsi qu'aux conditions particulières¹⁵³.

Quant au contenu de l'article 1369-4. Le professionnel doit « [mettre] à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ».

Certains se sont étonnés de la formule employée qui constitue une affirmation dépourvue de toute sanction.¹⁵⁴

Dans ce contexte, la majorité des auteurs estime que cette disposition n'impose en réalité au professionnel aucune obligation de communication des conditions contractuelles.¹⁵⁵ En définitive, comme le souligne Michel Vivant, « cela revient à dire qu'il est demandé à l'opérateur de parler mais que rien ne l'oblige à le faire »¹⁵⁶.

¹⁵³ N MATHEY, Jurisclasseur Civil Code, Art 1369-1 à 1369-11, Fasc 10 : Contrats et obligations, Des contrats sous forme électronique, Cote 01, 2008, point 30

¹⁵⁴ M Vivant, Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p 533

¹⁵⁵ En ce sens voir P Stoffel Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30 ; Ph Le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 4^{ème} éd, 2004

¹⁵⁶ M Vivant, Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p 533

En réalité, si le professionnel ne communique pas les conditions contractuelles ou si elles s'avèrent difficilement accessibles, il faudrait considérer qu'elles sont tout simplement inopposables au destinataire de la proposition de contracter¹⁵⁷. Cette solution préconisée par la doctrine paraît souhaitable dans la mesure où il serait aberrant que le consommateur puisse se voir opposer des conditions contractuelles auxquelles il n'a en réalité pas eu accès.

L'article 1369-4 du Code civil aurait plutôt pour but de préciser que si ces conditions contractuelles sont effectivement mises à disposition du destinataire de la proposition de contracter par le professionnel, celles-ci doivent pouvoir être conservées et reproduites. En d'autres termes, le destinataire doit pouvoir les enregistrer et les imprimer. Logiquement, en cas de litige, si le professionnel se prévaut des conditions contractuelles, il devra prouver que ces dernières ont été communiquées dans des conditions qui permettaient leur conservation et leur reproduction, faute de quoi elles seront déclarées inopposables.

En pratique, un auteur¹⁵⁸ suggère que le professionnel les incorpore au processus de commande, soit par le biais d'un lien hypertexte, soit « par l'apparition automatique

¹⁵⁷ Voir J Huet, *Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, in *Liber amicorum Jean calais Auloy*, p 507 ; P Stoffel Munck, *La réforme des contrats du commerce électronique*, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30, F Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, pref M Vivant, *Bibl . dr. priv. T.437 : LGDJ 2005*, n°124

¹⁵⁸ T Verbiest, *le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur* : *Larcier-LGDJ 2005*, n°190

d'une fenêtre ad hoc ». Selon lui, l'ajout d'une telle étape dans le processus de commande, permettra au vendeur d'apporter plus facilement la preuve que le consommateur a eu accès à ces conditions et qu'il les a en outre approuvées.

L'article 1369-4 précise ensuite les cinq mentions devant impérativement figurer dans l'« offre » :

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 »

Il faut avant tout s'attarder sur l'emploi du terme « offre ». Plusieurs auteurs s'accordent sur le fait qu'à ce stade du processus contractuel, l'expression ne renvoie pas à la notion

civiliste du terme. Philippe Stoffel Munck préfère parler des « mentions obligatoires dans la proposition de contracter »¹⁵⁹, Céline Castet Renard évoque pour sa part « une simple proposition de négociation »¹⁶⁰.

On reviendra ultérieurement sur la notion d'offre en matière électronique et les questions qu'elle soulève et on préférera employer ici le terme d'offre par souci de simplicité dans la mesure où la loi l'utilise.

A titre liminaire, il faut remarquer que ces mentions s'appliquent de façon obligatoire dans la relation B to C au terme de l'alinéa 1 de l'article 1369-6 du Code civil¹⁶¹. Dans le cadre du B to B, les professionnels peuvent y déroger par convention contraire, faute de quoi cette obligation demeure impérative.

En revanche, elle ne concerne pas les contrats conclus exclusivement par échange de courriers électroniques (article 1369-6 al 2 du Code civil¹⁶²). Cette exclusion peut paraître étonnante. En effet, quelle raison justifie le fait que le client qui choisit de

¹⁵⁹ P Stoffel Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, Septembre 2004, Etude 30

¹⁶⁰ C CASTET RENARD, Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée, Defrénois 2006, p. 1529

¹⁶¹ L'article 1369-6 alinéa 1 du Code civil crée par l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 JORF 17 juin 2005 dispose « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ».

¹⁶² L'article 1369-6 alinéa 2 du Code civil crée par l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 JORF 17 juin 2005 dispose « Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° à 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels ».

contracter uniquement par le biais d'un échange de courriers électroniques bénéficie d'une protection moindre ?

Nicolas Mathey¹⁶³ estime cependant que cette solution est justifiée. Il reprend ainsi le contenu des mentions obligatoires que doit comporter l'offre de contracter et affirme que celles-ci ne sont pas adaptées et présentent un intérêt faible dans le cas d'un contrat électronique conclu uniquement par échange de courriers électroniques. Selon lui, seule la référence aux règles professionnelles et commerciales pourrait s'appliquer aussi bien « avec un intérêt égal, bien qu'assez faible » dans le cas d'un contrat conclu par échange de courriers électroniques que dans le cas d'une offre en ligne sur internet,

L'article 1369-4 précise ainsi les mentions devant figurer dans l'offre.

L'alinéa 1 de l'article 1369-4 oblige ainsi le professionnel à mentionner les différentes étapes de la procédure de conclusion du contrat. Il faut préciser à cet égard que cette

¹⁶³ N Mathey, N MATHEY, Jurisclasseur Civil Code, Art 1369-1 à 1369-11, Fasc 10 : Contrats et obligations, Des contrats sous forme électronique, Cote 01, 2008, point 34 « L'exclusion de l'information prévue au 1° de l'article 1369-4se justifie aisément car il n'y a pas, en cas d'échange de courriers par voie électronique, de réelle procédure contractuelle se distinguant de ce qui se pratique dans le monde physique. De même, la mention des moyens techniques d'identification et de correction des erreurs n'a guère de fondement lors d'un échange de courriers électroniques. Il n'existe pas de risque de validation maladroite d'une commande par un clic incontrôlé. Il suffit de se relire. De même la référence à la langue de conclusion du contrat n'a aucun sens en présence d'une communication écrite entre les parties. Les informations relatives à l'archivage n'ont pas davantage de raison d'être car le client peut toujours conserver une trace du message qu'il a adressé à l'auteur de l'offre ».

disposition a pour but d' imposer une procédure uniforme et obligatoire concernant la conclusion de tous les contrats électroniques¹⁶⁴.

La loi insiste ensuite à l'alinéa 2 sur la possibilité qui doit être offerte au client en ligne de relire et vérifier sa commande, afin qu'il puisse corriger les éventuelles erreurs qu'il aurait commises. L'offre doit ainsi offrir au client les moyens techniques permettant de les identifier. Un auteur¹⁶⁵ souligne que la formulation de cet article est quelque peu étrange mais que cette obligation constitue cependant une « étape essentielle de conclusion du contrat ». Elle relève de l'acceptation sur laquelle on reviendra ultérieurement mais on peut déjà noter que si le destinataire de l'offre n'a pas la possibilité de revoir sa commande et de corriger ses éventuelles erreurs, son acceptation ne saurait être considérée comme valable.

L'article 1369-4 alinéa 3 prévoit ensuite que l'offre « énonce (...) les langues proposées pour la formation du contrat ». Cette disposition a suscité certaines critiques pour différents motifs¹⁶⁶.

¹⁶⁴ T Verbiest, le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur : Larcier-LGDJ 2005, n°190

¹⁶⁵ J Beauchard, L'offre dans le contrat électronique : le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique : études réunies par JC Hallouin et H Causse : LGDJ 2005, p 35

¹⁶⁶ M Vivant, Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2004, n° 171, p 8, n° 16 , J Beauchard, L'offre dans le contrat électronique : le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique : études réunies par JC Hallouin et H Causse : LGDJ 2005, p 35

Jean Beauchard se demande à cet égard si elle impose, au vu de sa formulation, que l'offre soit rédigée en plusieurs langues : le pluriel est employé et cette disposition est obligatoire concernant les rapports entre professionnels et consommateurs. L'auteur écarte néanmoins cette hypothèse. Il constate en outre que, dans la mesure où aucune sanction spécifique n'est attachée au non respect par le professionnel de cette disposition, celle-ci manque singulièrement d'utilité.

Michel Vivant remarque que l'emploi de l'expression « des langues proposées » laisse à croire que l'emploi de la langue française n'est pas nécessairement exigé concernant la conclusion des contrats électroniques. Cette disposition contredirait ainsi l'article 2 de la loi Toubon du 4 août 2004¹⁶⁷. Celui-ci n'interdit pas que l'ensemble du contrat soit rédigé en français mais impose en revanche que certains éléments le soient tels que l'offre.

« Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances »

Cette disposition tend à conforter l'idée émise par de nombreux auteurs¹⁶⁸, selon laquelle l'articulation entre la LCEN et le droit commun, le droit civil ou encore le droit de la

¹⁶⁷Article 2 de la Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française

¹⁶⁸ JM Bruguière, La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit de l'immatériel, n°1 janvier 2005, p 59 ; -M VIVANT, -Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC, 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

consommation est souvent délicate et crée des risques de contradictions, de chevauchements ou encore des redondances entre les différents textes.

L'article 1369-4 alinéa 4 impose ensuite au professionnel de mentionner dans l'offre «en cas d'archivage du contrat, les modalités d'archivage de celui ci ainsi que ses conditions de conservation

Jérôme Huet¹⁶⁹ a vivement critiqué la formulation de cette disposition au motif qu'elle pouvait laisser croire que le professionnel était libre de ne pas archiver les contrats passés avec ses clients sous forme électronique. En réalité, le professionnel n'est pas libre en la matière lorsque le bien livré ou la prestation fournie excède le seuil de 120 Euros¹⁷⁰.

Enfin, l'article 1369-4 alinéa 5 du Code civil s'inspire du paragraphe 2 de l'article 10 de la directive sur le commerce électronique et prévoit que l'offre doit « mentionner les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend se soumettre ».

Cette disposition a bien évidemment pour intérêt de faciliter l'accès du consommateur à certaines règles applicables à l'auteur de l'offre.

¹⁶⁹ J Huet, encore une modification du Code civil pour adapter les contrats à l'électronique encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, juris-Classeur périodique 2004, I, n° 178, p. 2081 à 2088

¹⁷⁰ Décret n°2005-137 du 16 février 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation.

Si l'on compare les dispositions communautaire et française, force est de constater que la transposition n'est pas parfaite. Un auteur¹⁷¹ parle à cet égard d'une différence de degré entre les deux textes. En effet, la directive fait référence aux codes de conduites auxquels le professionnel est soumis alors que la disposition interne mentionne les règles professionnelles et commerciales auquel l'auteur de l'offre entend se soumettre. Il s'agirait donc dans ce dernier cas des règles auxquelles le professionnel se soumet volontairement.

Jean Beauchard¹⁷² considère que cette disposition bien que l'objectif soit louable a une utilité discutable. En effet, elle n'a d'intérêt pour le consommateur que si le professionnel se soumet volontairement à certaines règles « plus ou moins déontologiquement privées » ou encore dans le cas où il est membre d'une profession réglementée qui respecte des règles déontologiques. Cependant en pratique, aucune disposition légale n'impose que ces règles soient accessibles par voie électronique.

Les prescriptions de l'article 1369-4 du Code civil ne comportent aucune sanction ce qui suscite certaines interrogations concernant leur portée réelle.

¹⁷¹ C Hugon, Vers un droit européen des contrats électroniques ? sous la direction d'Anne PENNEAU, Lamy droit de l'immatériel, supplément n° 29, juillet 2007, p 10

¹⁷² J Beauchard -, L'offre dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC Hallouin et H Causse, LGDJ 2005, p 35

Les auteurs ont des points de vue divergeant concernant la valeur de ces mentions informatives imposées par la loi et partant des sanctions possibles si elles ne sont pas indiquées.

Philippe Stoffel Munck¹⁷³ estime que ces mentions ne présentent qu'un intérêt mineur. Dès lors, il réfute l'idée selon laquelle le défaut de telles mentions pourrait constituer une cause de nullité du contrat. L'auteur refuse de faire un parallèle entre ces mentions informatives et le formalisme informatif de la loi Doubin¹⁷⁴, et de son décret d'application¹⁷⁵ qui prévoit à l'article 2 que

« Sera punie des peines d'amendes prévues pour les contraventions de la 5^e classe toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 susvisée. En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de la 5^{ème} classe sont applicables »

¹⁷³ P Stoffel Munck, la réforme des contrats du commerce électronique, Comm Com Elect, n°9, septembre 2004, Etude 30

¹⁷⁴ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social.

¹⁷⁵ Décret n°91-337 du 4 avril 1991 portant application de la loi n°89-1008 du 31 décembre 1989

En effet, il estime que les informations de l'article 1369-4 du Code civil ne visent pas contrairement aux prescriptions de l'article L 330 du Code de commerce à éclairer le consentement du destinataire de la proposition de contracter.

Par conséquent, la seule sanction envisageable selon l'auteur en cas de défaut de ces mentions consisterait dans la mise en œuvre de la responsabilité civile du prestataire qui omet de communiquer ces informations. Encore faudra t'il que le destinataire de la proposition de contracter prouve un préjudice résultant du défaut d'information, ce qui en pratique sera certainement délicat voire impossible.

D'autres auteurs considèrent à l'inverse que ces mentions ont effectivement pour but d'éclairer le consentement de celui qui s'apprête à contracter. On peut citer à cet égard l'opinion de Jean Michel Bruguière¹⁷⁶. Ce dernier considère que les mentions prescrites par l'article 1369-4 du Code civil qui vise à informer le destinataire de la langue du contrat ou encore des usages applicables qui lui sont applicables tend indirectement à éclairer son consentement.

Dans ce contexte, le défaut de telles mentions pourrait être sanctionné sur le terrain de la violation de l'obligation précontractuelle d'information. En principe, les tribunaux considèrent que le défaut d'information préalablement à la conclusion du contrat n'entraîne la nullité de ce dernier que s'il a eu pour effet de vicier le consentement du

¹⁷⁶ JM Bruguière, La protection du cyber-consommateur dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, Revue Lamy droit de l'immatériel, n°1 janvier 2005, p 59

contractant auquel l'information n' a pas été communiquée¹⁷⁷. La Cour de cassation a été jusqu'à admettre que le non respect de l'obligation d'information précontractuelle pouvait créer une présomption selon laquelle le consentement du contractant avait été vicié¹⁷⁸.

Un auteur¹⁷⁹ suggère qu'un nouveau dol par réticence pourrait être institué « la rétention d'information quant aux modalités de conclusion du contrat électronique ».

¹⁷⁷ Voir en ce sens par exemple à propos de l'article L330-3 du Code de commerce : Cass, com, 10 février 1998, pourvoi n° 95-21906

¹⁷⁸ Cass, com 4 février 2004, RTD com, p 729, obs Béhar –Touchais.

¹⁷⁹ Luc Grynbaum, La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, Comm Com Elect 2001, chronique 18

Section 2 L'accès à l'information

Le prestataire doit on l'a vu fournir un certain nombre d'informations relatives à son identité, au prix du bien ou du service proposé et ce indépendamment de toute offre. De plus, il doit indiquer les conditions d'accès à certains éléments du contrat.

Encore faut il que ces informations soient accessibles par le destinataire de la proposition de contracter. On peut s'interroger à cet égard sur les procédés qui peuvent être employés pour garantir l'accès à ces informations (§1) et l'exigence de leur caractère pérenne (§2).

§1 Les procédés employés

L'article 5 de la directive sur le commerce électronique dispose que le prestataire doit garantir concernant les informations relatives à son identification ainsi qu'au prix du produit ou service proposé

« Un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes »

L'article 19 de la LCEN transpose fidèlement la directive puisqu'elle prévoit également que

« toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard »

La notion de standard ouvert est définie à l'article 4 de la LCEN comme

« Tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre »

Thibault Verbiest¹⁸⁰ que considère l'accès facile implique que le destinataire ne doit pas chercher « désespérément » l'information, mais que « celle-ci doit venir à lui ». Il estime ainsi que l'accès à l'information sera plus aisée pour le destinataire si elle est « accessible par le même medium que celui utilisé pour présenter le produit et le service ».

Un auteur¹⁸¹ estime que la mise à disposition de ces informations ne devrait pas constituer une tâche trop ardue pour le prestataire. Le prestataire pourrait ainsi faire figurer les informations requises au bas de chaque page écran de son site, sans que cela n'altère son esthétisme ni son efficacité.

¹⁸⁰ Thibault Verbiest, LCEN : examen du nouveau régime, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°172, septembre 2004

¹⁸¹ F Mas, L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique, Lamy droit de l'immatériel, février 2005, P 77 et s

Les rédacteurs du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁸² estimaient pour leur part qu' « une icône ou un logo bien visible sur l'ensemble des pages des sites et ayant un lien hypertexte vers une page contenant ces informations » constituaient également une façon de rendre accessible l'accès à l'information.

Les informations doivent être accessibles d'une part, elles doivent en outre être présentées de façon lisible.

L'article L121-18 du Code de la consommation¹⁸³ applicable aux contrats de consommation conclus à distance, prévoit à cet égard que les informations devant figurer dans l'offre de contrat

« Sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée »

Ces dispositions qui ont bien évidemment vocation à s'appliquer également dans le cas de contrats électroniques, obligent ainsi le prestataire du commerce électronique à délivrer une information limpide et intelligible.

¹⁸² Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique adopté en Conseil des ministres et présenté à l'Assemblée Nationale au nom de monsieur JP Raffarin, Premier Ministre par MF Mer, ministre de l'économie des finances et de l'industrie le 15 janvier 2003, Exposé des motifs, disponible à l'adresse <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0528.asp>

¹⁸³ Article L121-18 du Code de la consommation modifié par la LOI n°2008-3 du 3 janvier 2008 - art. 29

Florence Mas¹⁸⁴ estime que la satisfaction de cette exigence ne pose pas de difficulté particulière dans le cas de contrats électroniques conclus uniquement par voie d'échanges de courriers électroniques ni dans le cas de contrats conclus via des sites internet commerciaux. En effet, la plupart des sites commerciaux affichent une présentation soignée des pages écrans comportant les mentions informatives obligatoires, ce qui est particulièrement remarquable concernant la police utilisée. De plus, de nombreux sites prévoient une procédure d'acceptation par étapes qui oblige le destinataire de la proposition de contracter à passer de façon obligatoire sur des pages écran de telle sorte qu'il peut prendre effectivement connaissance du contenu des mentions informatives.

§2 La pérennité de l'information exigée

L'article 5 de la directive du 23 septembre 2002, relative à la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs¹⁸⁵ obligeait déjà le professionnel à communiquer les conditions contractuelles ainsi que d'autres informations obligatoires préalables à la conclusion du contrat

¹⁸⁴ F Mas, L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique, Lamy droit de l'immatériel, février 2005, P 77 et s

¹⁸⁵ Directive 2002/65/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE

« Sur un support papier ou sur un autre support durable, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès en temps utile avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre »

La directive définit la notion de support durable à l'article 2f comme

« Tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées »

Selon Jérôme Passa¹⁸⁶, la notion de support durable inclut le disque dur de l'ordinateur, du consommateur et non les pages du site du prestataire dans la mesure où ces dernières peuvent être modifiées à tout moment.

En matière de contrat électronique, l'article 10 paragraphes 2 de la directive communautaire sur le commerce électronique dispose

¹⁸⁶J Passa, Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs, LPA, 6 février 2004, n°27, p35

« Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ».

Transposant de manière fidèle la directive, l'article 1369-4 du Code civil prévoit également que celui qui fait à titre professionnel, par voie électronique une proposition de contracter doit mettre à disposition « les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction ». Cette exigence s'applique quelle que soit la qualité des parties et les procédés de communication utilisés.

Comme le souligne Florence Mas, la possibilité pour l'internaute de télécharger ces informations sur le disque dur de son ordinateur et de les imprimer suffit à satisfaire cette exigence concernant la pérennité de l'information précontractuelle.

En réalité, si les informations précontractuelles doivent pouvoir être conservées et reproduites de façon durable, l'exigence de pérennité concerne de façon encore plus nette le contrat une fois conclu.

L'article L121-19 du Code de la consommation relatif aux contrats conclus à distance prévoit lui aussi que le professionnel doit communiquer au consommateur un certain nombre d'informations qui doivent pouvoir être conservées sur un support durable

« I. - Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition, en temps utile et au plus tard au moment de la livraison :

1° Confirmation des informations mentionnées aux 1° à 4° de l'article L. 121-18 et de celles qui figurent en outre aux articles L. 111-1 et L. 113-3 ainsi que de celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1, à moins que le professionnel n'ait satisfait à cette obligation avant la conclusion du contrat ;

2° Une information sur les conditions et les modalités d'exercice du droit de rétractation ;

3° L'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ;

4° Les informations relatives au service après vente et aux garanties commerciales ;

5° Les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an ».

Cet article a bien évidemment vocation à jouer en matière de contrat électronique.

Cette exigence de pérennité concerne des informations complémentaires ainsi que la confirmation des informations requises au titre des informations préalables à la formation du contrat. Cette disposition insiste sur le fait que les informations doivent être fournies « par écrit ou sur tout autre support durable à sa disposition ».

Cependant, comme le souligne Jérôme Passa¹⁸⁷, il s'agit pour le professionnel de communiquer ou de confirmer sur un support durable des informations intéressant un contrat déjà conclu. Par conséquent, l'obligation de conservation des informations ici ne concerne pas strictement les informations précontractuelles telles que l'identité du prestataire. Le but poursuivi est de permettre au consommateur de disposer d'une trace des informations tant contractuelles que précontractuelles afin de pouvoir ensuite s'en prévaloir en cas de litige.

Avant la transposition des directives communautaires de 1999 sur les signatures électroniques¹⁸⁸ et celle de 2000 sur le commerce électronique¹⁸⁹ qui ont admis l'équivalence fonctionnelle entre l'écrit sur support papier et l'écrit sur support électronique, « les difficultés dues à la fugacité des nouvelles techniques de communication »¹⁹⁰ avaient maintes fois été soulignées. La question se posait notamment de savoir comment un écrit sur support électronique pouvait être conservé durablement de la même façon qu'un écrit sur support papier. Un auteur¹⁹¹ avait suggéré

¹⁸⁷ J Passa, Commerce électronique et protection du consommateur, D 2002, p 555

¹⁸⁸ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20*

¹⁸⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016

¹⁹⁰ M le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie. Rép. Min, J.O.A.N.Q., 9 octobre 1997, p 2117.

¹⁹¹ J Huet, intervention à la journée d'étude sur le commerce électronique du 18 novembre 1999, organisé par les éditions du Jurisclasseur, propos rapportés par L TIMBAL DUCLAUX DE MARTIN, *in* « le point

que seule l'utilisation du procédé du vidéo disque optique numérique semblait en mesure de satisfaire cette exigence, procédé qui ne lui paraissait pas réaliste d'un point de vue pratique. Il préconisait plutôt la mise en place par les professionnels d'un système d'archivage contenant les informations devant être communiquées au consommateur. Les rédacteurs du contrat type de commerce électronique proposé par la CCIP et l'AFCEE¹⁹² avaient proposé que le professionnel confirme les termes du contrat par courrier électronique (ce dernier pouvant ensuite être enregistré par le destinataire de l'offre sur le disque dur de son ordinateur afin qu'il en conserve une trace de manière durable) à charge en outre pour le professionnel de « conserver la trace et le contenu des transactions électroniques ». En d'autres termes, les auteurs du contrat type proposaient la mise en place d'un système d'archivage.

L'article 27 de la LCEN a repris cette solution en introduisant dans le Code de la consommation l'article L134-2¹⁹³ qui dispose

« Lorsque le contrat est conclu par voie électronique et qu'il porte sur une somme égale ou supérieure à un montant fixé par décret, le contractant professionnel assure la conservation de l'écrit qui le constate pendant un délai déterminé par ce

sur... »Le commerce électronique », Bulletin d'actualité-*Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, n° 122-J, février 2000, p 16

¹⁹² Contrat type de commerce électronique à destination des commerçants et consommateurs, , rédigé par un groupe d'experts, sur l'initiative de la Chambre de commerce et d'industrie de paris et de l'Association française pour le commerce et les échanges électroniques, présenté à paris le 29 juin 1998. Texte reproduit in Bulletin Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juill 1998 (D), n° 105, p 29 et s.

¹⁹³ Article L134-2 du Code de la consommation créé par la Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 27 JORF 22 juin 2004

même décret et en garantit à tout moment l'accès à son cocontractant si celui-ci en fait la demande »

Le décret n°2005-137 du 16 février 2005¹⁹⁴ précise que le seuil à partir duquel l'archivage du contrat électronique est obligatoire est de 120 euros et que la durée de conservation est de 10 ans.

Cette disposition a suscité certaines réserves. Un auteur¹⁹⁵ a ainsi concédé que « cette obligation de conservation faite au professionnel [partait] d'un bon sentiment » notamment en ce qu'elle évitait que la charge financière de l'archivage ne repose sur le consommateur.

Cependant, cette obligation pose problème dans la mesure où elle a vocation à préconstituer une preuve en cas de litige entre le commerçant et le consommateur et que la conservation de cette dernière repose de façon unilatérale sur le professionnel.

Benoist Tabaka¹⁹⁶ adopte une approche sensiblement différente. Il considère en effet que l'idée principale de cette disposition n'est pas de « ménager à l'acheteur non

¹⁹⁴ Décret n°2005-137 du 16 février 2005 pris pour l'application de l'article L. 134-2 du code de la consommation.

¹⁹⁵ I Renard, L'archivage des contrats numériques : et si on se posait les bonnes questions ? CCE, n°6, Juin 2005, Alerte 180

¹⁹⁶ B Tabaka, L'archivage des contrats électroniques désormais opérationnel, Revue Lamy droit de l'immatériel, mars 2005, n°3, p 29

professionnel un mode de preuve de son contrat » mais plutôt de lui assurer une conservation durable du contrat conclu, et de lui permettre ainsi à tout moment d'accéder aux dispositions contractuelles auxquelles il est soumis. Ainsi, cette disposition permet d'éviter que le l'internaute n'imprime l'ensemble des pages du site concernant sa commande. Le commerçant en revanche est tenu non seulement d'archiver le contrat, ce qui permet d'en conserver une trace de façon durable, et doit en outre aussi de le tenir à la disposition du consommateur qui en ferait la demande.

CHAPITRE 2 : PROCEDURE DE CONSOLIDATION DU CONSENTEMENT

Section 1 : Les modalités de l'acquisition du consentement

La conclusion du contrat électronique est organisée par l'article 1369-5 du Code civil¹⁹⁷.

Certains¹⁹⁸ ont pu s'étonner de l'emplacement de cet article inséré dans un chapitre VII, à la fin du titre III intitulé « des contrats ou obligations conventionnelles en général » eût égard à son objet. En effet, il peut paraître assez surprenant de traiter de la conclusion du contrat à la fin d'un titre, et peut être aurait il été plus logique d'insérer les articles 1369-4 à 1369-6 qui ont trait à la formation du contrat à la suite du chapitre I intitulé « dispositions préliminaires »

Cependant, on peut également considérer que l'emplacement choisi répond à une certaine logique. En effet, le chapitre VII intitulé « des contrats sous forme électronique », est consacré à un mode particulier d'échange et vise avant tout les relations entre les professionnels et leurs clients. Par conséquent, comme le souligne

¹⁹⁷ Article 1369-5 du Code civil créé par Ordonnance 2005-674 2005-06-16 art. 1 I, III JORF 17 juin 2005

¹⁹⁸ P Stoffel Munck , La réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, septembre 2004, Etude 30, JM Brugière, la protection du cyber-consommateur dans la LCEN, Revue Lamy droit de l'immatériel, n°1, janvier 2005, p 59 et s

Jérôme Huet, il aurait été malvenu de les insérer dans le chapitre I ou dans le chapitre II du titre III¹⁹⁹.

L'article 1369- 5 auquel il peut être dérogé dans les conventions conclues entre professionnels et qui ne s'applique pas aux contrats conclus uniquement par échange de courriels²⁰⁰, dispose ainsi

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation.

L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée.

La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès »

¹⁹⁹ J Huet, encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, juris-Classeur périodique 2004, I, n° 178, p. 2081 à 2088

²⁰⁰ L'article 1369-6 du Code civil crée par l'Ordonnance 2005-674 2005-06-16 art. 1 I, III JORF 17 juin 2005 dispose en effet « Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques. Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° à 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels ».

Cette disposition a été remaniée plusieurs fois au cours des débats parlementaires qui ont précédé son adoption²⁰¹. Un auteur²⁰² considère ainsi que les difficultés provenaient principalement du fait que l'ambition de ce texte était non seulement d'assurer la transposition de l'article 11 de la directive communautaire sur le commerce électronique, mais surtout de « faire mieux que le texte de la directive auquel il correspond ».

L'article 11 de la directive²⁰³ intitulé « passation d'une commande » prévoit en effet que le client doit avoir été en mesure de relire les termes de sa commande, corriger les

²⁰¹ Une autre formulation avait été retenue dans le projet de loi sur la société de l'information qui a précédé le projet de loi sur la confiance dans l'économie numérique. L'article 1369-4 prévoyait ainsi « Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir passé commande et s'être vu accuser réception de celle-ci par l'auteur de l'offre, confirme son acceptation. L'accusé de réception doit être transmis sans délai par voie électronique par l'auteur de l'offre et comporter, outre le rappel des conditions générales et particulières applicables, l'ensemble des informations relatives aux caractéristiques du bien ou du service ainsi que le prix total de la commande, hors taxe et toutes taxes comprises. La commande, l'accusé de réception et la confirmation de l'acceptation de l'offre sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ». Projet de loi sur la société de l'information présenté à l'Assemblée nationale le 14 juin 2001 par Monsieur Laurent Fabius, Ministre de l'économie des Finances et de l'industrie, Disponible à l'adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3143.asp>

²⁰² P Stoffel Munck, La réforme des contrats du commerce électronique, , CCE, n°9, septembre 2004, Etude 30

²⁰³ L'article 11 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1–16 prévoit ainsi 1. 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 du service 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 il sont adressés peuvent y avoir accès.

2. 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.

éventuelles erreurs commises lors de la saisie de celle-ci avant de l'envoyer au prestataire, ce dernier devant ensuite en accuser réception.

Le texte communautaire ne fait ainsi référence à la conclusion du contrat, mais plutôt à la passation d'une commande. De la même façon, la directive n'utilise pas des termes d'offre et d'acceptation, catégories juridiques pourtant consacrées en droit français et ajoute en outre l'exigence d'un accusé de réception.

Dans un souci de clarification du texte communautaire, le législateur français a employé les termes d'offre et d'acceptation, utilisés de manière traditionnelle en droit des contrats, de la même façon le terme de conclusion du contrat a été préféré à celui de passation de commande.

Pourtant, certains estiment que la notion d'offre des articles 1369-4 et 1369-5 du Code civil ne recoupe pas la notion d'offre traditionnellement reçue en droit civil des contrats.

Dans ce contexte, il paraît nécessaire de s'interroger sur le sens de la notion d'offre en matière de contrats électroniques (§1), sur l'encadrement de la période précontactuelle (§2) et enfin sur la procédure particulière d'échange des consentements en matière de contrats électroniques (§3).

3. Le paragraphe 1, premier tiret, et le paragraphe 2 ne sont pas applicables à des contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques ou au moyen de communications individuelles équivalentes.

§1 Le sens de la notion d'offre

L'article 1108 du Code civil²⁰⁴ dispose

« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation »

En droit français, le contrat est formé par le seul échange des consentements, celui ci est acquis par la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

En droit commun des contrats, l'offre ou pollicitation constitue la proposition faite par une personne déterminée, à une ou plusieurs personnes déterminées ou non, de conclure un contrat déterminé, à des conditions déterminées. Il suffit que le sollicité l'accepte pour que le contrat soit conclu. En d'autres termes, l'offre est la manifestation de volonté par laquelle son auteur accepte d'être lié si son destinataire l'accepte. L'offre doit ainsi être ferme, ce qui signifie qu'elle ne se réserve pas de possibilité de

²⁰⁴ Article 1108 du Code civil créé par la Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

rétractation²⁰⁵ à la différence de l'invitation à entrer en pourparlers. L'offre doit en outre être précise c'est-à-dire qu'elle doit mentionner les éléments essentiels du contrat notamment la chose objet du contrat ainsi que le prix²⁰⁶. Enfin l'offre doit être complète.

Philippe Stoffel Munck a soutenu que le terme d'offre dont parlent les articles 1364-4 et 1369-5 du Code civil ne serait pas l'offre traditionnelle du Code civil, mais serait plutôt une proposition de contracter ou encore un autre type d'offre²⁰⁷. En effet, bien que ces articles utilisent le vocable d'offre, celle-ci pourrait aussi bien recouvrir une offre stricto sensu qu'une proposition qui n'engage pas son auteur.

Il a ainsi démontré par un raisonnement par l'absurde concernant l'article 1364-4 du Code civil que le terme d'offre en matière de contrats électroniques ne renvoyait pas à la notion telle qu'elle est habituellement entendue en droit commun des contrats.

L'article 1369-4 du Code civil impose en effet à l'auteur de l'« offre » de fournir un certain nombre d'informations au client potentiel mais rien ne lui interdit de se réserver

²⁰⁵ Arrêt de principe : Cass, com 6 mars 1990, Bull. civ.IV,n°74 ; D 1991, som, 317, obs J-L Aubert ; « Attendu qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »

²⁰⁶ Voir par exemple, Paris, 29 janvier 1996, Defresnois 1996, art 36434, n°144, obs D. Mazeaud « a défaut de toute indication de prix dans l'écrit rédigé par le propriétaire d'un immeuble, la proposition de ce dernier ne peut s'analyser qu'en une invitation à entrer en pourparlers »

²⁰⁷ P Stoffel Munck, la réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, septembre 2004, Etude 30

la faculté d'agréer le destinataire qui serait intéressé par celle-ci. Ainsi, l'offre évoquée par cette disposition n'a pas la fermeté suffisante pour être qualifiée d'offre au sens civiliste du terme. En revanche, si le destinataire de l'« offre » est intéressé par celle-ci et manifeste fermement la volonté de contracter aux conditions proposées, ce dernier se trouve par conséquent être l'auteur de l'offre au sens juridique habituel du mot. Ainsi, si on entendait le terme d'« offre » dans le sens civiliste du terme en matière de contrat électronique « ce serait sur l'internaute que pèserait l'obligation d'énoncer les mentions prévues aux 1° à 5° de l'article 1369-1 [actuel article 1369-4 du Code civil] et ce serait à lui de ménager au professionnel la possibilité de relire sa commande et de lui en accuser réception ...cela est évidemment absurde ».

Il faut donc en conclure que l'offre en matière de contrat électronique ne renvoie pas nécessairement à la notion civiliste d'offre c'est-à-dire la manifestation de son auteur de consentir à être lié si le destinataire l'accepte, mais qu'elle désigne plutôt toute proposition de contracter mise en ligne par le prestataire.

Certains ont pu déplorer une véritable « dissolution des concepts »²⁰⁸ qui ne contribue pas à la clarté du droit dans la mesure où coexistent désormais au sein du Code civil plusieurs notions d'offre. Il semblerait que cette dernière soit en grande partie due à l'influence consumériste qui a présidé à la rédaction des dispositions relatives aux contrats électroniques. En effet, le Code de la consommation mentionne à maintes

²⁰⁸ M Vivant, Le contrat plongé dans l'économie numérique, Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC, 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

reprises le terme d'offre, or ce dernier ne renvoie pas forcément à la notion civiliste du terme, mais plus souvent au document contractuel que soumet le professionnel au consommateur²⁰⁹.

Cette rédaction, si elle est à déplorer au plan théorique, ne pose pas de difficultés particulières au plan pratique. En effet, l'offre électronique pour engager véritablement son auteur doit exprimer la volonté de ce dernier d'être lié par l'acceptation.

Il convient de s'intéresser également aux modalités de la rencontre de l'offre et de l'acceptation qui va permettre la conclusion du contrat électronique.

§2 la période précontractuelle protégée

L'article 1364-5 du Code civil prévoit en son 1^{er} alinéa

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation »

Cette disposition transpose fidèlement l'article 11 paragraphe 2 de la directive communautaire de 2000 sur le commerce électronique²¹⁰ qui précise que le prestataire de

²⁰⁹P Malaurie, L Aynès, P Stoffel Munck, Droit Civil, Les obligations, Defresnois, 3^{ème} édition, 2007

service doit mettre à la disposition du destinataire de l'offre « des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ».

Le but de cette disposition est de garantir la protection du consentement du destinataire de l'offre électronique qui pourrait avoir commis des erreurs lors de la saisie de sa commande. La lecture sur écran pose en effet certaines difficultés spécifiques relatives à la protection de l'intégrité du consentement que l'on ne retrouve pas en matière de lecture sur support papier.

Comme le remarque Judith Rochfeld²¹¹, le support sur lequel s'exerce la lecture influe sur la compréhension du contenu. Ainsi, en matière de support électronique, « la vitesse est plus lente, les pauses plus nombreuses, les durées des séquences de concentration plus faibles, les sauts de passage plus nombreux ». La lecture sur support électronique occasionnerait ainsi une lecture ressentie comme plus fatigante que celle sur support papier. De la même façon, elle donnerait lieu à plus d'erreurs dans l'identification des mots et le repérage des détails typographiques et orthographiques.

De plus, la lecture sur écran occasionne une perte des repères spaciaux et partant une désorientation du lecteur qui contrairement à la lecture sur support papier n'a pas de

²¹⁰ L'article 11 paragraphe 2 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») *JO L 178 du 17.7.2000, p. 1-16*

²¹¹ J Rochfeld, Accomplissements de certaines formalités par voie électronique, *RTD Civ* 2005, p 843

contact avec le support et ne peut manipuler sa texture. Enfin, la lecture sur écran décrite très souvent comme « rapide, de surface et de balayage ».

Dans ce contexte, il paraît nécessaire que le destinataire de l'offre puisse revoir les détails de sa commande, identifier les éventuelles erreurs commises et les corriger.

Cette étape supplémentaire permet en outre de limiter les achats compulsifs sur les sites de vente en ligne. En effet, ce nouveau mode de consommation comporte des risques dans la mesure où l'acheteur a moins la sensation de dépenser de l'argent, la facilité d'achat le pousse à multiplier ses commandes au gré de ses envies. Le fait qu'une étape oblige les acheteurs en ligne à revoir le détail de leur commande constitue un moyen de les libérer « des effets de leurs pulsions consuméristes »²¹².

On peut en conclure que cette disposition œuvre de manière favorable dans le sens d'une meilleure protection du consentement du destinataire de l'offre qui s'apprête à contracter en ligne.

Le consentement du destinataire de l'offre est en outre protégé au stade de la conclusion du contrat et ce pour favoriser un engagement maîtrisé.

²¹² F Mas, L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique, Lamy droit de l'immatériel, février 2005, P 77 et s

§3 L'échange des consentements encadré

L'échange des consentements et donc la conclusion du contrat électronique est réglementé. Certaines dispositions concernent la durée légale de validité de l'offre (A), d'autres dispositions traitent des conditions d'efficacité de l'acceptation (B) et du rôle de l'accusé de réception (C).

A) La durée légale de validité de l'offre

En droit commun l'offre est en principe librement révocable. Pourtant cette affirmation souffre de nombreux tempéraments.

En effet, si l'offre comporte un délai fixé par le pollicitant, celui-ci a l'obligation de la maintenir tant que le délai n'est pas expiré. Cela signifie que le retrait de l'offre avant le terme du délai emporte l'obligation pour l'offrant de verser des dommages et intérêts. L'acceptation de l'offre survenue dans le délai déterminé par l'offrant emporte la conclusion du contrat.

Parfois l'offre est stipulée sans délai. Cela signifie concrètement que l'offrant choisit de ne pas préciser de délai concernant la durée de validité de son offre. Dans ce cas, les tribunaux considèrent que l'offre doit être maintenue pendant un délai « raisonnable » de telle sorte que son destinataire a le temps nécessaire pour l'étudier. L'examen du caractère « raisonnable » du délai est une question de fait qui ressort du pouvoir

souverain d'appréciation des juges du fond. Par conséquent, la notion de délai raisonnable varie selon les cas.

Si les tribunaux estiment que le pollicitant a retiré son offre sans respecter le délai raisonnable, ce dernier doit indemniser le destinataire de l'offre.

En droit de la consommation, la directive communautaire du 20 mai 1997 « concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance »²¹³ prévoit à l'article 4 qu'avant la conclusion d'un contrat à distance, le consommateur doit recevoir des informations concernant « durée de validité de l'offre ». L'ordonnance du 23 août 2001²¹⁴ qui transpose cette directive reprend cette exigence concernant l'information que le professionnel doit fournir préalablement à la conclusion du contrat concernant la durée de validité de l'offre.

L'article L121-18 du Code de la consommation prévoit désormais que toute offre de contrat faite par un professionnel à destination d'un consommateur doit énoncer clairement la durée de validité de l'offre. Cette disposition est protectrice du consommateur dans la mesure où ce dernier connaît exactement la période pendant laquelle le professionnel est tenu par l'offre proposée et ne peut par conséquent se rétracter.

²¹³ Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret *JO L 144 du 4.6.1997, p. 19-27*

²¹⁴ Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 - art. 5 JORF 25 août 2001

Certains²¹⁵ se sont interrogés sur la portée exacte de cette disposition dans la mesure où une lecture minimaliste de celle-ci pourrait inciter à croire que l'offrant n'est contraint de donner cette information seulement dans le cas où il entend se lier par un délai. Pourtant, il semble qu'il faille plutôt considérer que cette disposition légale oblige en réalité le professionnel à assortir toute offre d'un délai et à informer le consommateur concernant ce dernier préalablement à la formation du contrat.

Dans le cas où un professionnel se soustrairait à cette obligation, peut être faudrait revenir à la notion de délai raisonnable telle qu'élaborée par la jurisprudence. Des auteurs préconisent en la matière une grande sévérité concernant l'appréciation du caractère raisonnable ou non du délai dans la mesure où il s'agirait d'un offrant ayant choisi volontairement de se soustraire aux obligations légales pesant sur lui²¹⁶.

En matière de contrat électronique le projet de Loi sur la confiance dans l'économie numérique²¹⁷ prévoyait initialement que « l'auteur de l'offre est tenu par cette proposition tant qu'elle reste accessible par voie électronique ». Cette disposition était critiquable dans la mesure où elle entraînait une discrimination entre support électronique et support papier. En effet, seul le vendeur en ligne pourrait être tenu

²¹⁵ Lamy informatique et réseaux 2008

²¹⁶ M VIVANT, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2008, n° 2814, p 1683

²¹⁷ MER (F.), Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, Doc. AN, n° 528, 21 janv. 2003

indéfiniment par une offre sur le réseau dont il ignore qu'elle est encore en ligne pour diverses raisons notamment techniques.

Finalement, le législateur a tenu compte de ces critiques. L'article 1369-4 du Code civil dispose ainsi

« 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 ».

Cela signifie donc que le vendeur en ligne est tenu par son offre tant qu'elle reste accessible de son fait. A l'inverse, il ne sera pas lié par son offre si celle-ci reste accessible contre sa volonté. Un auteur²¹⁸ souligne que le législateur en introduisant cette limite visait surtout les pages web mises « en cache » dans certains moteurs de recherche. En effet, le contenu de ces pages peut parfois rester longtemps dans des mémoires « cache » alors même qu'il a par ailleurs été supprimé de sa page d'origine.

B) Les conditions d'efficacité de l'acceptation (le double clic)

²¹⁸ T Verbiest, Loi pour la confiance dans l'économie numérique examen du nouveau régime du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°172, Septembre 2004, P 2 et s

La rencontre de l'offre et de l'acceptation scelle le contrat.

En matière de contrat électronique, les modalités techniques de l'acceptation font l'objet d'un encadrement juridique extrêmement formaliste bien que passablement moins lourd que le dispositif qui avait été initialement envisagé dans le projet de Loi sur la Société de l'information. (LSI)²¹⁹

La formulation retenue dans la LSI semblait impliquer aux dires de certains « une double émission de volonté » : une première acceptation émise par le client lors de l'envoi de sa commande, et une seconde acceptation mors de la confirmation par le client de son acceptation, une fois l'accusé de réception émis par le prestataire.

Ce dispositif qualifié de « lourd » et de « mal venu » a été critiqué notamment dans la mesure où il aurait créé un processus spécifique de formation des contrats en matière électronique dérogeant au droit commun²²⁰. En effet, le contrat se forme normalement par la seule rencontre de l'offre et de l'acceptation, or dans la LSI chaque confirmation appelait une autre confirmation.

²¹⁹Le projet de Loi sur la Société de l'Information prévoyait d'insérer dans le Code civil un article 1364-4 rédigé de la manière suivante

« Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre, après avoir passé commande et s'être vu accuser réception de celle-ci par l'auteur de l'offre, confirme son acceptation. L'accusé de réception doit être transmis sans délai par voie électronique par l'auteur de l'offre et comporter, outre le rappel des conditions générales et particulières applicables, l'ensemble des informations relatives aux caractéristiques du bien ou du service ainsi que le prix total de la commande, hors taxe et hors toutes taxes comprises. La commande, l'accusé de réception et la confirmation de l'acceptation de l'offre sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

²²⁰ J Huet, encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, juris-Classeur périodique 2004, I, n° 178, p. 2081

La Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique a finalement opté pour une option différente. L'article 1369-4 du Code civil dispose ainsi

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation »

Pour que l'acceptation soit efficace et que partant le contrat soit conclu, deux conditions doivent être remplies.

En premier lieu, l'acceptation doit répondre à une offre au sens civiliste du terme et non à une simple proposition à entrer en pourparlers. L'offre doit donc à ce stade être ferme, précise et complète, c'est-à-dire manifester la volonté du pollicitant d'être liée par elle.

D'autre part, le législateur consacre le système dit du double clic comme l'y incitait implicitement l'article 10 paragraphe 2 de la directive communautaire sur le commerce électronique²²¹: le contrat électronique est conclu lorsque le destinataire de l'offre après avoir eu la possibilité de vérifier sa commande et corriger les éventuelles erreurs confirme cette dernière pour exprimer son acceptation.

²²¹ L'article 10 paragraphe 2 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *Journal officiel* n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 - 0016 dispose :

Le destinataire de l'offre doit donc cliquer deux fois : la première fois pour passer sa commande et la seconde fois pour confirmer cette dernière. Seul le second clic constitue une véritable acceptation au sens juridique du terme.

Cette procédure du double clic peut être interprétée comme la promotion en droit français de la prééminence en matière électronique de la volonté déclarée au détriment de la volonté interne²²². Le droit commun des contrats français est un droit consensuel dans la mesure où le contrat est formé par le seul échange consentements. L'acceptation nécessaire à la conclusion du contrat est considérée comme acquise à partir du moment où quelle que soit la façon dont elle est extériorisée, elle manifeste sans équivoque une acceptation de l'offre.

En matière de contrats électroniques, la volonté externe prévaut dans la mesure où l'acceptation sans équivoque résulte directement de ce double clic par le destinataire de l'offre.

Cette procédure constitue t'elle un nouveau moyen de former le contrat ou tout simplement une nouvelle règle de forme destinée manifester le consentement à la conclusion des contrats en ligne ?

Jérôme Huet affirme à cet égard que ce mode de conclusion du contrat diffère peu de ce qui se passe dans le monde réel. Il compare ainsi la procédure du double clic à ce qui se

²²² M Zoia, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gazette du Palais, 17 juillet 2001, n° 198, p 16

passé dans un supermarché « où dans un premier temps, le client met des produits dans un caddie, et dans un second temps, confirme la totalité de sa liste d'achats lors du passage en caisse »²²³. Pierre Yves Gautier considère pour sa part que ce parallélisme est « séduisant », mais réfute une telle analogie particulièrement en matière de contrat à distance. Il considère en effet qu'une fois que « Primus a rempli et signé le formulaire fourni par son prestataire et qu'il l'a posté c'est terminé »²²⁴. Cependant une telle affirmation ne nous convainc guère dans la mesure où dans ce dernier cas, le client a toujours la possibilité de relire sa commande, de la vérifier et de corriger les éventuelles erreurs commises avant même de la poster.

Le double clic ne serait en définitive pas aussi singulier qu'il en a l'air. Il constituerait davantage « la consécration légale d'un geste qui donne sens » dans un univers dématérialisé²²⁵.

Cette procédure témoigne des craintes du législateur concernant le fait que la validation de sa commande par le client ne soit le résultat d'une erreur ou encore d'une maladresse. Il impose ainsi une formation du contrat par étapes ou graduelle (cette dernière appelée punctuation est héritée directement du milieu des professionnels qui ne veulent pas s'engager trop vite dans la mesure où leurs contrats représentent des enjeux considérables).

²²³ J Huet, vous avez dit contrats électroniques ? RDC 1^{er} avril 2005, n°2, p 553

²²⁴ PY Gautier, Formation du contrat électronique : un code, deux régimes, RDC 1^{er} avril 2005, n°2, p 589

²²⁵ M Vivant, Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

Que penser de ce geste qui formalise le consentement en matière électronique, à tel point qu'un auteur a pu parler de « consentement électronique »²²⁶ ?

De nombreux auteurs considèrent que le double clic constitue une « bonne institution »²²⁷, dans la mesure où l'instauration d'une telle procédure s'avère particulièrement protectrice du consentement du destinataire de l'offre. Pierre Yves Gautier et Xavier Linant de Bellefonds soulignent ainsi qu'en la matière « les technologies viennent ici servir un des points fondamentaux du droit des obligations : la nécessité d'un consentement éclairé »²²⁸. En effet, le client est obligé de donner son accord une première fois à la proposition qui lui est faite « c'est le continuez ou le OK qui fait réfléchir », puis de valider son choix une seconde fois.

D'autres auteurs considèrent en outre que ce dispositif est particulièrement adapté eut égard au support utilisé. En effet, le destinataire de l'offre se trouverait dans une situation de d'infériorité technologique et parfois intellectuelle vis à vis du pollicitant. Judith Rochfeld estime ainsi que l'intervention de la technique électronique dans la procédure de conclusion des contrats constitue un « facteur de déséquilibre entre les contractants ». En effet, l'émetteur de l'offre maîtrise cette technique dans la mesure où

²²⁶ M Vivant, Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

²²⁷ PY Gautier, Formation du contrat électronique : un code, deux régimes, RDC 1^{er} avril 2005, n°2, p 589

²²⁸ PY Gautier et X Linant de Bellefonds, de l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP G, 2000, I, 236

il propose un produit ou un service par le biais d'un logiciel ou d'un site qu'il a configuré ou fait configurer. Dans les deux cas, il en connaît les variables. Le destinataire de l'offre quant à lui, supporte selon l'auteur deux types d'infériorité, l'une absolue et objective, l'autre intellectuelle et relative.

Infériorité absolue dans la mesure où le destinataire de l'offre se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une technique maîtrisée par l'émetteur de la proposition et qui n'est pas infaillible (par exemple lors de la procédure de conclusion du contrat peut être interrompue brutalement par la rupture de la connexion avec le site).

Infériorité intellectuelle et relative ensuite dans la mesure où, le maniement du support électronique par destinataire de l'offre peut lui poser certaines difficultés en raison d'un manque de compétences qui lui est propre. Ce qui en pratique se traduit souvent par des erreurs de manipulation de sa part. Dans ce contexte, le double clic représenterait un facteur de rééquilibrage entre les deux parties²²⁹.

Au contraire, d'autres auteurs semblent plus critiques à l'égard de cette procédure²³⁰.

Certains estiment que l'instauration de cette procédure complique davantage le droit des contrats dans la mesure où le mode et le moment de la conclusion des contrats diffèrent selon que l'acte est sur support électronique ou support papier, selon la qualité des

²²⁹ N Mathey, Jurisclasseur Civil Code, Art 1369-1 à 1369-11, Fasc 10 : Contrats et obligations, Des contrats sous forme électronique, Point 44, Cote 01, 2008

²³⁰ En ce sens voir notamment D Noguero, L'acceptation dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

parties également (cette procédure a vocation à jouer l'offrant est un professionnel) et même selon le support électronique (il faut rappeler à ce titre que l'échange d'e-mails est exclu au terme de l'article 1369-6 du Code civil)²³¹. Finalement, cette procédure formaliste n'aurait vocation à jouer que pour un nombre limité de conventions.

Une autre critique a pu être formulée à l'égard de ce dispositif : jugé utile au moment où l'Internet a émergé, cette règle juridique semblerait aujourd'hui en décalage avec la réalité dans la mesure où les cyber-clients maîtrisent désormais l'outil avec dextérité. Par conséquent, certains considèrent que dans ce contexte le « one clic » serait davantage adapté²³².

Il semble néanmoins que la procédure du double clic soit particulièrement protectrice du consentement même si elle s'avère selon certains faillible.

Michel Zoia, relève d'abord que cette procédure bien que très formaliste n'évite pas toujours les acceptations par inadvertance. Ce dernier estime en outre que l'apposition d'une signature électronique, qui constituerait la dernière étape de l'acceptation permettrait de encore davantage de consolider l'expression du consentement en matière

²³¹ PY Gautier, Formation du contrat, un code, deux régimes, RDC 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

²³² PY Gautier, Formation du contrat, un code, deux régimes, RDC 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

électronique²³³. Cependant cette proposition alourdirait encore davantage la procédure de conclusion du contrat électronique.

Le dispositif comporterait une autre faille résidant dans la constitution de la preuve du second clic, dont dépend directement la preuve du contrat lui-même. L'auteur de l'offre doit en effet transmettre une fois l'acceptation reçue, un accusé de réception destiné à faciliter la preuve de la conclusion du contrat. Cependant si le pollicitant ne le fournit pas, la preuve de la conclusion du contrat sera en définitive impossible à établir pour son cocontractant.

Une fois l'acceptation reçue, le professionnel doit ainsi émettre un accusé de réception.

C) Le rôle de l'accusé de réception

L'article 1369-5 du Code civil, transposant l'article 11 paragraphe 2 de la directive communautaire de 2000 sur le commerce électronique dispose à que

« L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée »

²³³ M Zoia, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gazette du Palais, 17 juillet 2001, n° 198, p 16

Cette disposition renforce encore le formalisme qui préside la formation du contrat électronique. Une nouvelle formalité pèse ainsi sur le vendeur en ligne, ce dernier « doit » accuser réception de la commande, ce qui ne constitue pas une faculté mais une véritable obligation.

L'auteur de l'offre doit en outre envoyer l'accusé de réception promptement ce que traduit l'expression « sans délai injustifié ». La loi ne précise pas la notion mais utilise un standard, il reviendra par conséquent aux tribunaux de préciser selon les cas d'espèces ce que recouvre l'expression. Cependant, comme le souligne David Noguero²³⁴, la loi semble privilégier « un temps de réaction raisonnable, le plus proche possible de la communication du destinataire, bref, autant que faire ce peut ».

L'auteur de l'offre s'il doit ainsi accuser réception de la commande « sans délai injustifié » signifie à l'inverse que s'il justifie d'un motif légitime expliquant le retard dans l'émission de l'avis de réception de la commande, ce dernier pourra être excusé.

On entend par motif légitime le cas de force majeure par exemple, en revanche la négligence de l'auteur de l'offre ou encore une faute intentionnelle ou dolosive, ne constitueront pas des excuses valables.

²³⁴ D Noguero, L'acceptation dans le contexte électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

David Noguero²³⁵ estime que si le contenu de l'accusé de réception n'est pas précisé explicitement par la loi, il est en revanche suggéré. Il doit en effet traduire le fait que l'offre émise a été acceptée. Ainsi, l'avis de réception pourrait consister en une phrase simple telle que « nous avons bien reçu votre commande » ou mieux encore récapituler la commande.

On peut s'interroger sur le rôle de cet accusé de réception qui n'existe pas en droit commun des contrats et dont un auteur a pu dire qu'il « faisait figure d'appendice théoriquement étrange » au regard des catégories juridiques traditionnelles d'offre et d'acceptation²³⁶.

Cet accusé de réception joue au minimum un rôle informatif dans la mesure où il permet au client de savoir que le vendeur a reçu son acceptation et que le contrat est ainsi conclu.

Philippe Stoffel Munck considère que le rôle de l'accusé de réception varie selon que le client a reçu une offre stricto sensu c'est-à-dire une proposition ferme de contracter ou alors une offre assortie de réserves ou de conditions de validité déterminées.

²³⁵ D Noguero, L'acceptation dans le contexte électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

²³⁶ P Stoffel Munck, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, septembre 2004, Etude 30

Dans le premier cas, si le pollicitant n'a pas manifesté fermement la volonté de contracter mais a émis une simple proposition, le destinataire de celle-ci lorsqu'il manifeste son intention de contacter devient l'offrant au sens civiliste du terme. L'accusé de réception dans ce cas pourrait jouer le rôle d'une confirmation de commande, et ce serait selon l'auteur, ce message qui formerait le contrat. En d'autres termes, l'accusé de réception pourrait tenir lieu d'acceptation, à la condition qu'il manifeste fermement l'intention de son auteur de conclure le contrat.

Philippe Stoffel Munck réfute cette analyse au motif qu'elle viole le principe de la liberté contractuelle. En effet, comment pourrait on imposer au professionnel d'émettre une acceptation (l'accusé de réception) s'il n'a pas exprimé la volonté d'être lié.

Finalement, si l'offre est assortie de réserves ou conditionnelle l'accusé de réception ne serait « qu'une formalité sans portée de fond ».

A l'inverse, la portée de l'accusé de réception diffère lorsque l'on se trouve en présence d'une offre au sens civiliste du terme et que le contrat a été formé par l'acceptation de celle-ci. Philippe Stoffel Munck considère dans cette hypothèse que l'accusé de réception qui constate la formation du contrat joue un rôle probatoire et est fort utile.

En effet, si le client ne reçoit pas sa commande, en l'absence d'accusé de réception de celle-ci, il ne se trouve dans l'impossibilité de prouver que le contrat a été conclu. Il pourra certes avoir archivé la page qui contenait l'offre mais il ne sera pas en mesure de prouver qu'il a effectivement accepté celle-ci. Dans ce contexte, l'accusé de réception

apporte la preuve formelle que l'acceptation a bien été reçue par l'émetteur de l'offre et que partant le contrat est conclu.

Cette disposition s'avère là encore protectrice du cyber-client, même si comme le remarque un auteur, le législateur ne va pas au bout de sa logique protectrice : en effet la loi ne prévoit pas de sanction en cas de violation par le professionnel de cette obligation²³⁷. Dans le silence de la loi, certains auteurs préconisent implicitement un renvoi au droit commun, notamment à l'engagement de la responsabilité du professionnel dans la mesure où l'absence de l'accusé de réception est susceptible de causer un préjudice au destinataire de l'offre²³⁸. Anne Penneau envisage même la nullité du contrat²³⁹, position qui semble quelque peu extrémiste²⁴⁰.

On peut également s'interroger sur la valeur de l'accusé de réception au regard de la formation du contrat. Il faut au préalable s'interroger sur le moment exact de la rencontre de l'offre et de l'acceptation qui marque la conclusion du contrat électronique.

²³⁷ C Castet Renard, Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée, Defrénois 2006, p. 1529 à 1551

²³⁸ P Stoffel Munck, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, Comm Com Elect, n°9, septembre 2004, Etude 30

²³⁹ A Penneau, Contrat électronique et protection du cybercontractant, du code de la consommation au code civil, LPA, 13 mai 2004, n°96, p 3

²⁴⁰ D Noguéo, L'acceptation dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

Section 2 : Le moment de l'acquisition du consentement

Une autre question envisagée par l'article 1369-5 du Code civil concerne le moment de la conclusion du contrat électronique. En d'autres termes, est-ce l'émission ou la réception de l'acceptation qui constitue le moment de formation de ce dernier ?

En droit commun des contrats, la question peut sembler abstraite, pourtant elle comporte des enjeux qui ne sont pas dénués de tout intérêt pratique.

Ainsi, jusqu'au moment de la rencontre des consentements, les parties ne sont pas encore liées. Le pollicitant peut donc en principe révoquer librement son offre (sous réserve qu'il n'ait pas stipulé de délai ou encore qu'il ait respecté un délai raisonnable pour permettre au destinataire d'examiner son offre).

De même, en matière de contrats translatifs de propriété, le transfert de propriété s'effectue dès l'échange des consentements. L'acquéreur se trouve ainsi propriétaire du bien même s'il n'y a pas eu de livraison effective du bien et si la chose est détruite avant la livraison, les risques pèsent sur le propriétaire, c'est à dire l'acquéreur.

La date de conclusion du contrat constitue en outre le point de départ de certaines actions, telle que l'action en nullité du contrat.

Qu'en est-il des enjeux relatifs à la date de formation du contrat en matière électronique ?

Les échanges via l'Internet se caractérisent par leur rapidité. La question de la date de formation du contrat électronique comporte dès lors des enjeux relativement limités dans la mesure où l'émission de l'acceptation et la réception de celle par le prestataire ont lieu de manière quasi simultanée. En effet, le temps que l'acceptation parvienne à l'offrant est d'une « brièveté électrique », par conséquent, l'acceptation sauf incident technique, sera reçue par l'offrant quelques secondes voire quelques minutes après qu'elle a été émise²⁴¹

Dans ce contexte, toutes les difficultés relatives à la rétractation de l'offre ou encore à la répartition du risque semblent quelque peu négligeables en matière électronique.

En matière électronique, l'enjeu concernant le moment de formation du contrat électronique serait plus de nature technique²⁴². Certains incidents peuvent en effet se produire lors de la communication de l'acceptation et soulèvent la question de savoir à quel moment le contrat a été conclu malgré le défaut de réception de l'acceptation par le pollicitant.

²⁴¹ P Stoffel Munck, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, septembre 2004, Etude 30, L Grynbaum, contrats entre absents, les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation, D 2003, p 1706, D Noguéro L'acceptation dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

²⁴² L Grynbaum, contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation D 2003, p 1706, Voir aussi P Stoffel Munck, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, CCE, n°9, septembre 2004, Etude 30

La question du moment de formation du contrat entre absents c'est-à-dire lorsque l'acceptation n'est pas donnée en présence de l'autre partie²⁴³ a fait l'objet de nombreux débats.

Deux courants s'opposent en la matière. Une partie de la doctrine penche en faveur de la théorie de la réception de l'acceptation par l'offrant²⁴⁴. En d'autres termes, le contrat serait conclu au moment où l'offrant reçoit l'acceptation émise par le destinataire de l'offre

D'autres auteurs sont plutôt favorables à la théorie de l'émission de l'acceptation, le contrat serait ainsi conclu dès que le destinataire de l'offre a émis son acceptation concernant la conclusion du contrat.

La Cour de cassation semble avoir plutôt opté en faveur de la théorie de l'émission de l'acceptation²⁴⁵, bien que la jurisprudence ne paraisse pas avoir tranché la question de manière définitive. Les tribunaux préfèrent souvent prendre en compte les circonstances de fait de chaque espèce pour apprécier si le contrat a été conclu au moment de l'émission de l'acceptation ou au contraire au moment de la réception de celle-ci.

²⁴³ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, par P. Esmein, 2e éd., LGDJ, 1952, n° 155.

²⁴⁴ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, par H. Desbois, J. Gaudemet, Sirey, 1965, p. 47 s. ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 8e éd., Dalloz, 2002, n° 169. Cf. A. Ottenhof, *La réception dans les relations contractuelles*, thèse dactyl., Toulouse I, 2002, p. 76 s.

²⁴⁵ Cass. com. 7 janv. 1981, Bull. civ. IV, n° 14 ; RTD civ. 1981, p. 849, obs. F. Chabas ; GAJC, par F. Terré et Y. Lequette, 11e éd., 2000, t. II, n° 144-145.

La directive communautaire sur le commerce électronique est muette concernant le moment de formation du contrat électronique, sans doute est ce dû au fait que les différents systèmes juridiques des Etats membres divergent sur cette question et que le texte communautaire n'avait pas pour objet de les harmoniser. Cependant, l'article 11 paragraphe 1 de la directive²⁴⁶ semble marquer selon certains une préférence en faveur de la théorie de la réception, comme en témoigne l'emploi des termes « réception » et « reçus »²⁴⁷.

Le législateur français n'a été guère plus loquace que le législateur communautaire concernant le moment exact de la conclusion du contrat électronique.

L'article 1369-4 alinéa dispose simplement

« Pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation »

²⁴⁶ L'article 11 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique») *Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 001* dispose en son paragraphe 1 « 1. 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 du service 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 il sont adressés peuvent y avoir accès »

²⁴⁷ JM Brugière, La protection du cyber-consommateur dans la LCEN, Revue Lamy droit de l'immatériel, n°1, janvier 2005, p 59

Luc Grynbaum considère que cette disposition et plus précisément la technique du double clic consacre la théorie de l'émission de l'acceptation contrairement à la directive communautaire²⁴⁸. Les travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique confortent de fait cette thèse²⁴⁹.

L'article L121-20-3 du code de la consommation²⁵⁰ relatif aux délais d'exécution en matière de contrats à distance semble aussi témoigner de la préférence du législateur en faveur de la théorie de l'émission de l'acceptation dans la mesure où il est précise que

« Sauf si les parties en sont convenues autrement, le fournisseur doit exécuter la commande dans le délai de trente jours à compter du jour suivant celui où le consommateur a transmis sa commande au fournisseur du produit ou de service »

La consécration de la théorie de l'émission de l'acceptation présente des avantages pour le consommateur en ligne car il constitue un facteur d'équilibre dans la relation contractuelle. Ce client conserve dans une certaine mesure la maîtrise du processus de

²⁴⁸ L Grynbaum, Contrat entre absents, les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation D 2003, p 1706

²⁴⁹ L'actuel article 1369- 5 (ancien article 1369-2) était rédigé de la façon suivante dans le projet de loi initial « Le contrat proposé par voie électronique est valablement conclu dans le cas où le destinataire de l'offre, après avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, ainsi que de corriger d'éventuelles erreurs, confirme celle-ci pour exprimer son acceptation », Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : Doc AN, XII ème législature, n°528

²⁵⁰ Article L121-20-3 du code de la consommation modifié par Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 - art. 15 (V) JORF 22 juin 2004

formation du contrat dans la mesure où il détient lui-même la preuve du moment de l'émission de son acceptation et partant celle du moment de la conclusion du contrat²⁵¹.

²⁵¹ L Grynbaum, Contrat entre absents, les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, D 2003, p 1706, voir en sens contraire : D Noguéro L'acceptation dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

BIBLIOGRAPHIE

RAPPORTS

Le forum des droits sur Internet, Rapport d'activité 2006, La Documentation française
Internet et les réseaux numériques, Conseil d'Etat, 1998, La Documentation française

Rapport Lorentz, Commerce électronique : une nouvelle donne pour les consommateurs, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, janv. 1998, http://www10.finances.gouv.fr/fonds_documentaire/commerce_electronique/lorentz/sommaire.html

Conseil National du Crédit et du Titre : « Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et du titre », Mai 1997, rapport P. 55 à 80, annexes p.43 et 44.

MONOGRAPHIES

C FERAL SCHUL, Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz, 2008

X LINAND DE BELLEFONDS, Le droit du commerce électronique, Que sais-je, PUF 2005

Ph MALAURIE, L AYNES, Ph STOFFEL MUNCK, Droit Civil, Les obligations, Defresnois, 3^{ème} édition, 2007

F MAS, La conclusion des contrats du commerce électronique, , LGDJ, Bibl de droit Privé, Tome 437, 2005

F TERRE, Ph SIMMLER, Y LEQUETTE, Droit Privé, Les obligations, 9^{ème} édition, Dalloz, 2005

T VERBIEST, Le nouveau droit du commerce électronique, la LCEN et la protection du cyberconsommateur, Larcier- LGDJ, 2005

MEMOIRES

L ARCHAMBAULT, La formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, 2004, disponible à http://www.droit-tic.com/pdf/contrat_vente_en_ligne_conso.pdf

J ESNAULT, La signature électronique, Mémoire de DESS sous la direction de Monsieur le Professeur Jérôme HUET, 2002-2003, Université Paris II, Assas

REPERTOIRES

L GRYNBAUM, Jurisclasseur Contrats-Distribution, Fasc 2480 : Contrats électroniques, Cote 03,2007

N MATHEY, Jurisclasseur Civil Code, Art 1369-1 à 1369-11, Fasc 10 : Contrats et obligations, Des contrats sous forme électronique, Cote 01, 2008

M VIVANT, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2008, p 1648

DOCTRINE

J C AULOY, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, RTD Civ, Avr-juin 1994, P 239 et s

J BEAUXHARD, L'offre dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 35

H BITAN, un décret fixe les conditions de fiabilité de la signature électronique, Comm Com Elect, 2001, chronique 19(fait)

JF BLANCHETTE, Modernité et intelligibilité du droit de la preuve français,

JM BRUGUIERE, Deux ou trois choses que nous savons de la LCEN, Contrats, Concurrence, Consommation, dec 2004, p 16

JM BRUGUIERE, -La protection du cyber-consommateur dans la LCEN, Revue Lamy droit de l'immatériel, n°1, janvier 2005, p 59 et s

E- A CAPRIOLI, Variations sur le thème du droit de l'archivage dans le commerce électronique, 1re partie : Petites affiches 18 août 1999, p. 4 s, 2e partie : Petites affiches 19 août 1999, p. 7 s.

E- A CAPRIOLI, La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne-Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, JCP G, n° 18, 3 mai 2000, I 224

E- A CAPRIOLI, La confiance dans l'économie numérique, commentaires de certains aspects de la LCEN, LPA, 3 juin 2005, n°110, p 4

C CASTET RENARD, Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée, Defrénois 2006, p. 1529 à 1551

P CATALA, l'électronique et la cohérence du droit, Communication commerce électronique, fev 2001, n°2 repères

P CATALA, le formalisme et les nouvelles technologies, Defresnois, article 37210

P CATALA, Ecritures électroniques et acte juridique, Mélanges M CABRILLAC, Dalloz Litec, 1999, p 91

P CATALA et PY GAUTHIER, L'audace technologique à la Cour de cassation : vers la libération de la preuve contractuelle, JCP N, 1998, 1110 RM 43N

H CAUSSE, Le contrat électronique, technique du commerce électronique -Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 11

C CHABERT, E-commerce, nouvelles libertés, vieilles contraintes ? Revue Lamy droit de l'immatériel, n° 39, juin 2008, p 76

C CHABERT, Contrat type de commerce électronique : ce fameux droit de rétractation,

F COUPEZ, vers une signature électronique juridiquement maîtrisée, Comm Com Elect 2002, chronique 25(fait)

G COUTURIER, Les finalités et les sanctions du formalisme, Defresnois, 15 août 2000, n°15-16, p 880

I DAURIAC, Forme, preuve et protection du consentement : Rupture, mouvement et continuité du droit. Autour de Michelle GOBERT, Economica 2004, p 403

A DEBET Les dispositions du Code de la consommation relatives au droit du commerce et des communications électroniques modifiées par la loi Châtel, Com Com Elect, n°3, mars 2008, Comm n°40

D FENOUILLET, Commerce électronique et droit de la consommation, une rencontre incertaine, RDC, 1^{er} octobre 2004, n° 4, p 955

D FERRIER, Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique, RDC, 01 avril 2005, n° 2, p 548

D. FERRIER, J. HUET, B. REYNIS , A. RAYNOURD , P.-Y. GAUTIER, L. GRYNBAUM, X. LINANT de BELLEFONDS et M. VIVANT Le contrat selon la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique : RDC 2005, p. 533

J FLOUR, quelques remarques sur l'évolution du formalisme, in le droit privé au milieu du XXème siècle, Etudes RIPERT, t 1, p 93 B222

P Y GAUTIER, Formation du contrat électronique : un code, deux régimes, RDC 1^{er} avril 2005, n°2, p 589

PY GAUTIER, et X LINAND de BELLEFONDS, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, JCP G, 2000, I, 236

PY GAUTIER, Révolution Internet : le dédoublement de l'écrit juridique : D. 2000, n° 12, point de vue

V GAUTRAIS, Libre propos sur le droit des affaires électroniques, Lex electronica, Vol 10, n°3, Hiver/ Winter 2006

V GAUTRAIS La couleur du consentement électronique, (2003) 16-1 Cahiers de la propriété intellectuelle 61-130.

L GRYNBAUM, Les charmes évanescents de la théorie de l'émission et de l'acceptation, D 2003, p 1706

L GRYNBAUM, Projet de loi sur la société de l'information : le régime du « contrat électronique », D 2002, p 378

L GRYNBAUM, Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles, RDC, 1^{er} avril 2005, n°2, p 580

L GRYNBAUM, Laquelle des images (pour la liberté de la preuve...) consentement, Rupture, mouvement et continuité du droit. Autour de Michelle GOBERT, Economica 2004, p 427

L GRYNBAUM, La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique, Comm Com Elect 2001, chronique 18

J HUET, Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique, D 2000, chr 95, spc n°3 (fait)

J HUET, L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi, D 2005, p 2903

J HUET, Eléments de réflexion sur le droit de la consommation, LPA, 8 novembre 2001, n° 223, p 4

J HUET, Libres propos sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique, D 2004, P507 et s

J HUET, Vous avez dit contrats électroniques?, RDC 1^{er} avril 2005, n°2, p 553

J HUET, encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, juris-Classeur périodique 2004, I, n° 178, p. 2081 à 2088

J HUET, La problématique du commerce électronique au regard du projet de directive communautaire du 23 décembre 1998 : Communic., Comm. élect. déc. 1999, p. 9-13.

J HUET, Le Code civil et les contrats électroniques ; 1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, D 2004, p 539

L JACQUES, Le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, JCP G, n° 36, 5 septembre 2001, act

X LAGARDE, Observations critiques sur la renaissance du formalisme informatif, JCP ed G 1999, I, 170

I de LAMBERTERIE et JF Blanchette, le décret du 30 mars 2001 relatif à la signature électronique, JCP E, 2001, 1269

A LEPAGE Les paradoxes du formalisme informatif, in Mélanges Calais Auloy, p 597

AM LEROYER, L'épreuve d'internet : faut-il recodifier le droit de la consommation, Dir D FENOUILLET et F LABARTHE, Economica 2002, Coll Etudes juridiques, p 167

X LINAND DE BELLEFONDS, Encore un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électroniquement fiable, D 2003, p 746

X LINAND DE BELLEFONDS, La LCEN et le consensualisme, RDC, 01 avril 2005, n°2, p 592

V MAGNIER, les sanctions du formalisme informatif, JCP 2004, I, 106

F MAS, L'émergence d'un formalisme spécifique aux contrats du commerce électronique, Lamy droit de l'immatériel, février 2005, P 77 et s

N MATHEY, Le commerce électronique dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Contrats concurrence Consommation, n°10, octobre 2004, Etude 13

M MEKKI, -Le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte pas la neutralité axiologique, RDC, 1^{er} juillet 2007, n° 3, p 681

D NOGUERO, L'acceptation dans le contrat électronique. Au cœur du commerce électronique-Etudes réunies par JC HAULLOIN et H CAUSSE, LGDJ 2005, p 49

G PAISANT, A la recherche du consommateur, JCPE, n°13, 26 mars 2003, P 549

J PASSA, Le législateur entre illusions et contradictions (Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur) RDC 01 juillet 2005, n° 3, p 715

J PASSA, Commerce électronique et protection du consommateur, Recueil Dalloz 2002, p 555

A PENNEAU, Contrat électronique et protection du cybercontractant, du Code de la consommation au Code civil, LPA, 13 mai 2004, n°96, p 3

A PENNEAU, Contrat électronique et protection du cybercontractant, du code de la consommation au code civil, LPA, 13 mai 2004, n°96, p 3

P REMY CORLAY, Le contrat hors du Code, LPA, 07 septembre 2005, n° 178, p 4

I RENARD L'archivage des contrats électroniques et si on se posait les bonnes questions ?, CCE, n°6, Juin 2005, Alerte 180

B REYNIS, La LCEN, une loi nécessaire ! RDC, 01 avril 2005, n° 2, p 559

J ROCHFELD, Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, RTD Civ, juil-sept 2004, p 574

J ROCHFELD, Accomplissements de certaines formalités par voie électronique, RTD Civ 2005, p 843

Ph STOFFEL MUNCK, LCEN, la réforme des contrats du commerce électronique, Comm Com Elect, n°9, septembre 2004, Etude 30

TABAKA, le nouveau régime juridique du commerce électronique, Cahier Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2004, n° 171, p 24

FG TREBULLE, La réforme du droit de la preuve et le formalisme, LPA, 20 avril 2000, n° 79, p 10

A RAYNOURD, Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique, Defresnois, 30 mai 2000, n° 10, p 593

M TROCHU, Protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Recueil Dalloz 1999, p179

T VERBIEST, Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique : examen du nouveau régime du commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°172, Septembre 2004, P 2 et s

M VIVANT, Entre ancien et nouveau, une quête désordonnée de confiance pour l'économie numérique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 171, juillet 2004, p 2

M VIVANT, La protection du Consommateur en ligne : entre tentations, tensions et hésitations, Mélanges Calais Auloy, 2004, p 1151

M VIVANT, Le contrat plongé dans l'économie numérique, RDC, 1^{er} avril 2005, n° 2, p 533

M ZOIA, La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gazette du Palais, 17 juillet 2001, n° 198, p 16