

REPUBLIQUE DU BENIN
UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI
FACULTE DE DROIT ET
DE SCIENCES POLITIQUES
(FADESP)

REPUBLIQUE DU TOGO
UNIVERSITE DE LOME
FACULTE DE DROIT
(F.D.D)

DIPLOME D'ETUDES SUPERIEURES SPECIALISEES
(DESS)

OPTION : DROIT DES AFFAIRES

THEME DU MEMOIRE :

PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR
L'INTERNET DANS LA VENTE
INTERNATIONALE DE MARCHANDISES

Présenté et soutenu par :
BARHASIMA CHANIKIRE

Sous la Direction du :
Professeur GBAGUIDI Noël
Agrégé des Facultés de Droit
Directeur de l'ENA-BENIN

2003 – 2004

INTRODUCTION

Le monde du commerce et de l'industrie est caractérisé par la rapidité avec laquelle il agit et, par voie de conséquence, la simplicité des relations qui se nouent à l'occasion des contrats et de leur exécution.

L'introduction de l'Internet s'inscrit dans cet ordre. Rapide et mondial, l'Internet offre des capacités multimédia. L'entreprise qui l'utilise réduit les difficultés de communication surtout externes. Il ouvre à distance à l'entreprise un vaste cercle de personnes avec lesquelles elle fait le partage de ses expériences. Ainsi, elle connaît facilement l'évolution du marché selon son domaine d'activité. A l'heure de la mondialisation ou de la globalisation des échanges internationaux caractéristiques de ces dernières années, toutes les grandes firmes internationales l'utilisent pour promouvoir leur image et vendre leurs produits¹. L'entreprise envoie également, par l'Internet, des messages avec rapidité et à un coût réduit, sans aucune limite géographique.

Le commerce sur l'Internet est devenu aujourd'hui possible. On parle alors du « commerce électronique » qui se définit comme l'utilisation conjointe et combinée de tous les supports mis à la disposition par les

¹ Ugo DRAETTA, *Internet et commerce électronique en Droit international de affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 17-18.

télécommunications en vue de développer le commerce de l'entreprise au niveau international et national.²

Le commerce électronique comporte des avantages dans la mesure où Internet est un moyen de communication mondial qui ignore les frontières et tout site web, une fois créé, est immédiatement planétaire. Les transactions ainsi que le matériel commercial et promotionnel des sites deviennent également mondiaux. Des entreprises de toutes tailles commercent plus souvent et plus directement avec des fournisseurs et clients établis à l'étranger, et font auprès d'eux de la publicité.

A côté de ces avantages et à l'instar de tout contrat à distance, la vente internationale de marchandises conclue via Internet pose plusieurs problèmes. Il s'agit de l'existence des risques³ évidents liés :

1° aux paiements : la relation Internet est par nature rapide et il peut être difficile d'accepter une commande ou un paiement sans avoir pu vérifier au préalable la solidité financière du client ;

2° à la livraison des produits. Le danger ici est que le produit acheté ne soit pas livré ou qu'il ne soit pas conforme ;

3° à la loi applicable. Si les parties ne précisent pas la loi applicable à leur contrat, cela peut engendrer quelques difficultés en raison de l'immatérialité d'Internet.

² Portien Isabelle, « Le commerce électronique sur l'Internet », in *Gazette du palais*, 1966, I, p.298.

³ sur cette question de risques, v. par exemple, de GOUVILLE, « Actualités et réglementations internationales : Exporter par Internet », mars 2000, sur www.sarthe-export.asso.fr/actu.cfm?actu=actu_20; Filiga Michel SAWADOGO, « Aspects juridiques des NTIC : Quelle législation des NTIC pour l'Afrique ? », 17 janvier 2003, sur le <http://www.unitar.org/isd/dt/ddt2-cpte-rendu.html>.

4° au règlement des différends. Nous pensons surtout à la juridiction compétente pour connaître de tout litige qui naîtrait dans l'exécution du contrat.

5° à la preuve dans la mesure où les nouveaux médias sont caractérisés par la dépersonnalisation des relations et la dématérialisation des opérations.

L'objet de notre travail consiste en l'étude de certaines de ces questions, et se résume dans les interrogations ci-dessous :

- Quel est le moment et le lieu du contrat de vente conclu via Internet ?
- Quel est le Droit applicable à ce contrat ?
- Quelle est la juridiction compétente en cas de litige entre les parties ?
- La preuve est-elle facilement administrable dans un tel contrat ?

Il nous paraît utile de préciser les concepts d' « Internet » et de « vente internationale » rencontrés dans le thème du présent travail.

L'Internet est avant tout un produit hérité de la guerre froide. A ces origines, il y eut l'ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), expérience menée dans les années 60 par le Département de la Défense des Etats-Unis⁴. Le but de la démarche initiale était de mettre en place un nouveau moyen de communication informatisé à même de fonctionner dans l'éventualité d'une destruction d'une de ses mailles (la crainte était celle d'une paralysie due à une catastrophe nucléaire).

⁴ Frédéric-Jérôme PANSIER et Emmanuel JEZ, *Initiation à l'Internet juridique*, 2^{ème} éd., pp.2-3.

Ainsi, si une portion du réseau venait à être détruite, la pérennité du réseau global n'était pas remise en cause. L'ARPANET ne disposait alors que du courrier électronique. En 1973, un ingénieur informatique du projet ARPANET du nom de Bob Kahn crée, en collaboration avec Vinton Cerf (Chercheur à Stanford), un nouveau protocole informatique capable de transmettre des paquets d'information afin d'assurer une réception optimale des données entre ordinateurs, quelles que soient les éventuelles perturbations radio.

Ce n'est pourtant qu'en 1980 que le réseau planétaire ouvert nommé *Internet* voit le jour. Il apparaît suite à un projet d'interconnexion entre le réseau de la NSF (National Science Foundation) dit SCNET (Computer Science Network) et l'ARPANET. Cette interconnexion ou INTER-NET WORKING donnera le mot INTERNET.⁵

Le commerce international a été « envahi » par cette nouvelle technique de commercialisation. Il en est ainsi de la vente internationale. Accord de volonté entre deux parties qui s'engagent à transférer la propriété d'un objet mobilier de l'une à l'autre, à des conditions de prix, de temps, de lieu et de livraison arrêtées entre elles ou quelquefois imposées par la loi, que l'objet soit présent ou futur, la vente ne prend pas le caractère international du seul fait que les deux parties au contrat sont des ressortissants de deux pays différents ou par le fait que le prix payé franchit ou est appelé à franchir une frontière, mais plutôt dans les cas suivants définis par la Loi uniforme sur la vente internationale :

⁵Frédéric-Jérôme PANSIER et Emmanuelle JEZ ,op.cit., p.3.

- lorsque les deux parties ont leurs domiciles commerciaux respectifs dans deux pays différents ;
- lorsque la marchandise est transportée d'un Etat à un autre ;
- lorsque l'offre et l'acceptation ont été accomplies sur le territoire d'Etats différents ;
- lorsque la délivrance de la marchandise se réalise sur le territoire d'un Etat autre que celui de l'offre et de l'acceptation.⁶

C'est en raison des difficultés soulevées par l'utilisation de l'Internet dans les échanges commerciaux que nous avons choisi le thème « « PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR L'INTERNET DANS LA VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES ». Nous nous proposons de réfléchir sur les problèmes juridiques liés à la formation d'un contrat de vente internationale de marchandises conclu par Internet (1^{ère} partie) et à son contentieux (2^{ème} partie), tout en préconisant quelques solutions.

⁶ Bernard JADAUD et Robert PLAISANT, *Droit du commerce international*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1990, p.92 ; V.HEUZE, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, LGDJ, 2000, p. 27. La définition de la vente internationale nous conduit à faire allusion aux critères de l'internationalité d'un contrat. Les éléments ou critères sont : les fonds proviennent de l'étranger ; la marchandise est d'origine étrangère, ou destinée à une exportation, ou encore l'activité future de l'une des parties (sous-traitant, agent commercial,...) doit se dérouler à l'étranger ; le projet final des contractants ou l'exécution se déroule à l'étranger, in Jean-Michel JACQUET, *Contrat international*, 2^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1999, pp.5-12.

<p>PREMIERE PARTIE : LES PROBLEMES LIES A LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISE CONCLU PAR INTERNET.</p>
--

Dans un contrat conclu par Internet, une série de questions se posent quant à sa formation. L'on peut, particulièrement, se demander comment s'opère l'échange des consentements dans ce type de contrat dans lequel les contractants ne se trouvent pas en présence l'un de l'autre (chapitre 1) et où et quand le contrat a été conclu (chapitre 2).

Ces problèmes restent communs aux contrats à distance, mais avec l'Internet ils prennent une dimension particulière . Il est intéressant de noter que par téléphone seul le problème du lieu se pose, par lettre s'ajoute celui du moment et, par Internet, les deux sont réunis.

CHAPITRE 1 : L'ÉCHANGE DES CONSENTEMENTS DANS UN CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES CONCLU PAR INTERNET

De manière générale, le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Le contrat conclu par voie électronique obéit à cette solution traditionnelle.

L'offre et l'acceptation sont des éléments indispensables à l'existence du contrat. Si l'un fait défaut, le contrat n'est pas formé. L'offre est la manifestation unilatérale par laquelle une personne, appelée offrant, fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat. Si l'offre est acceptée le contrat est conclu.

Le meilleur moyen pour un commerçant de se faire connaître sur l'Internet est la création et la possession d'un site web. L'offre peut également être envoyée par un courrier électronique.

L'offre de vente doit notamment comporter la chose et le prix.

L'acceptation, quant à elle, consiste à agréer une offre de manière pure et simple. L'utilisation de l'Internet a développé la pratique de manifester son acceptation par un « clic » de souris sur une icône intitulée « ok » ou « valider ».

Il se pose la question de savoir si ce « clic » vaut réellement l'acceptation (section 1). Il faut remarquer également qu'un contrat passé via Internet ne peut être discuté ou négocié par le consommateur, qui n'a que le choix de « cliquer » ou de ne pas « cliquer » d'autant plus que, généralement, les conditions de vente sont d'avance définies par le vendeur et affichées sur son site .

Le combat contre les clauses abusives des conditions générales en ligne ne fait certainement donc que commencer (section 2).

SECTION 1 : L'ACCEPTATION ELECTRONIQUE

La difficulté réside ici dans le fait de savoir quelle valeur donner à une impulsion électronique, c'est-à-dire un simple « clic ». Cliquer est-ce accepter ? (§1).

Aussi doit-on reconnaître que les vices de consentement ne sont pas à écarter dans un contrat conclu par Internet (§2).

§1. LE SIMPLE CLIC VAUT- IL UNE ACCEPTATION ?

La volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne réalise l'échange des consentements. Selon le principe du consensualisme, l'acceptation ne doit en principe revêtir aucune forme particulière⁷. Il demeure toutefois essentiel d'observer la manière dont elle pourra se manifester. Dans le cas d'Internet, elle s'opère par un geste auquel sont attachées des conséquences juridiques

⁷ Aux termes de l'article 208 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA, « le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme. En l'absence d'un écrit, il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoin ».

(A) qui exigent que l'internaute soit prudent lorsqu'il veut cliquer pour exprimer sa volonté (B).

A. LE GESTE CONTRACTUEL

Le « cliquage » sur un bouton d'acceptation présenté sur une page web commerciale suffit-il à exprimer réellement l'intention de l'internaute à accepter des termes essentiels du contrat qui lui sont proposés ?

L'acceptation de l'internaute n'étant ni exprimée oralement, ni par écrit, il peut sembler difficile de considérer le simple fait comme une acceptation expresse⁸. Pourtant la mise en action du bouton d'acceptation entraîne la transmission d'informations numériques qui seront reconnus par un logiciel, lequel convertira en informations intelligibles pour le commerçant destiné à les recevoir. Ce résultat provient de la pression du doigt de l'internaute sur le bouton de sa souris ou sur la touche de validation de son clavier, c'est-à-dire d'un geste.

Au travers de l'enchaînement de conséquences décrit ci-dessus, ce geste sera identifiable par le commerçant. Or, nous savons qu'en droit civil un geste non-équivoque ou un consentement actif peut être considéré comme une manifestation expresse de la volonté de l'acceptant. Par exemple, le fait pour une personne de monter dans un autobus ou dans un taxi en stationnement à l'emplacement consigné est considéré par la jurisprudence comme une manifestation expresse de l'acceptation du contrat de transport⁹.

⁸ Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », sur le site www.juriscom.net, 15 mai 1999, p.18.

⁹ Nancy, 1^{er} mars 1950, J.C.P.1950, II, 5892 et Cass. Civ., 1^{er} et 2 décembre 1969, Bull.civ., I, p.303, no 381, in Lionel THOUMYRE, Idem, p.19.

La doctrine admet également que de simples signes fait avec le corps tel qu'un hochement de tête dans une vente aux enchères peuvent constituer une acceptation expresse « si d'après la coutume, ils sont normalement destinés à révéler la volonté »¹⁰.

Les tribunaux pourraient alors prendre en compte l'usage qui s'est développé sur l'Internet pour convenir du fait que le cliquage sur le bouton approuvé constitue effectivement une acception. Selon GHESTIN, « les manifestations de la volonté expresses et tacites se caractérisent ainsi par l'intention de communiquer, c'est-à-dire par le but poursuivi par leur acteur »¹¹. Il y aurait peu de difficultés à assimiler le cliquage sur un bouton d'acceptation comme une « intention de communiquer » de la part de l'internaute, sachant que l'Internet a été prévu à cet effet. A l'heure actuelle, plusieurs législations reconnaissent expressément la validité des accords électroniques fondés sur des conditions que les acheteurs doivent accepter explicitement, en cliquant simplement sur le bouton « j'accepte ».

La Loi-type de la CNUDCI (Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International) sur le commerce électronique confirme que le fait de cliquer sur le bouton « j'accepte » constitue une forme valable de consentement. Elle dispose qu'« à moins que les parties n'en décident autrement, l'acceptation d'une offre peut être exprimée électroniquement »¹². Plusieurs lois sur le commerce électronique suivent cette norme. C'est le cas notamment des

¹⁰ Lionel THOUMYRE, *op.cit.*, p.18.

¹¹ *Ididem.*

¹² Art.11 de la Loi-type du 16 décembre 1996.

législations américaine, canadienne, française, colombienne, thaï landaise, tunisienne et capverdienne¹³.

Il est à remarquer que la preuve de ce « clic » qui fait naître le contrat n'est pas aisée à administrer. En cas de difficulté, la charge de la preuve incombe à celui qui invoque l'existence du consentement, qui sera généralement le cyber-commerçant, la partie forte au contrat et non le cyber-consommateur, la partie faible.

Tacite ou expresse, l'acceptation doit être suffisamment explicite pour aboutir à la formation du contrat.

B. Une manifestation consciente

Pour qu'un contrat soit valablement formé, la concordance de l'offre et de l'acceptation devra porter sur les éléments essentiels de celui-ci. Il faut donc s'assurer que l'internaute a effectivement admis l'ensemble des dispositions essentielles du contrat d'adhésion proposé par le marchand. L'articles 212 de l'acte uniforme relatif au droit commercial de l'OHADA précise clairement que « le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation », dans la mesure où tout contrat se conclut soit par acceptation expresse d'une offre, soit par un comportement clair et univoque des parties qui indique suffisamment leur accord. C'est pourquoi, il est primordial de donner à l'internaute la possibilité de prendre connaissance des particularités essentielles du contrat auquel il s'apprête à souscrire. En l'absence de telles mesures, les juges devraient alors recourir à d'autres critères que la simple acceptation par

¹³ Michel GEIST, « Que se passe quand vous cliquez ? », in *La Revue du centre international du commerce*, n° 4, 2002, p.18.

cliquage, trop facile à effectuer pour témoigner du consentement des parties les plus faibles, c'est-à-dire les consommateurs.

Le paiement du prix pourrait être un critère supplémentaire. Par exemple, la délivrance du numéro d'une carte de crédit témoigne d'un acte certainement plus conscient que la validation d'un bouton d'acceptation.

Les juges pourraient également vérifier la manière dont les clauses contractuelles ont été présentées sur les pages web que l'internaute a dû faire défiler avant d'en arriver au geste d'acceptation fatidique¹⁴

Entre professionnels, la question de l'acceptation par un simple « clic » de souris ne saurait soulever de difficultés majeures dans la mesure où la preuve est libre. Dans un contexte dématérialisé qu'est celui d'Internet, l'identification de l'auteur d'un « cliquage » va être une question de fait soumise à l'appréciation du seul juge¹⁵.

A l'instar de tout contrat, le contrat de vente internationale de marchandise conclu par Internet est soumis aux conditions de validité du droit civil à savoir un consentement libre et éclairé, la capacité, l'existence de l'objet du contrat et la cause qui doit être licite.

Toutes ces conditions ne seront pas développées dans ce travail. Nous préférons examiner uniquement le consentement en mettant un accent sur ses vices.

¹⁴ Le fait d'offrir de payer le prix d'une course de taxi a été pris en compte par une vieille jurisprudence française comme critère supplémentaire de la conclusion d'un contrat de transport, v. Justice de paix de Paris, 14^{ème} arr., 5 janv. 1882, in Lionel TOUMYRE, op.cit., p.20.

¹⁵ SOSSOU KOGJO, *Le contrat de commerce international électronique à l'épreuve du Droit OHADA*, Mémoire de maîtrise, FADESP, Université d'Abomey-calavi, 2002-2003, P.35. Sur la question de la preuve dans un contrat électronique, v.infra pages 67 et suivantes.

§2. LE RISQUE DES VICES DE CONSENTEMENT DANS UN CONTRAT CONCLU PAR INTERNET

Le contrat peut être annulé pour cause d'erreur sur les qualités substantielles de la chose, de violence de nature à faire impression sur une personne raisonnable, de dol lorsque, par la suite de manœuvres, la partie a été abusée.

Outre l'erreur de l'un des cyber-contractants(A), les manœuvres dolosives peuvent également vicier le consentement(B). La violence ne paraît pas possible dans un contrat conclu par Internet, dans lequel très souvent les parties ne se connaissent pas ou se connaissent très peu.

A. L'ERREUR

Aux termes de l'article 110 du code civil, «l'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle porte sur la substance même de la chose qui en est l'objet». En cas d'erreur de manipulation, un contractant internaute peut invoquer cet article. Cependant, l'erreur, pour constituer une cause de nullité, doit porter sur les modalités de conclusion du contrat.

Aussi devrait-on retenir plus simplement qu'il y a absence d'émission d'un consentement du contractant pour celui qui démontre (preuve

difficile) qu'il s'est trompé dans la manipulation des organes de saisie ou de commande de son ordinateur¹⁶.

Or, une erreur commise dans la manipulation d'un clavier d'ordinateur est ainsi à même d'engager contractuellement l'un des parties à des obligations auxquelles elle n'a pas désiré souscrire. Le principe d'irrévocabilité des conventions exclut d'emblée une possibilité de révocation du consentement ainsi donné (sauf des positions particulières applicables aux consommateurs).

Cette simple erreur matérielle paraît diabolique à prouver, alors qu'elle est susceptible de toucher tout type d'utilisateur¹⁷.

Le défaut de consentement entraîne évidemment la nullité du contrat.

Une décision du tribunal de grande instance de STRASBOURG du 24 Juillet 2002¹⁸ atteste de la vigueur de la théorie des vices du consentement dans la formation électronique du contrat sur l'internet.

En l'espèce, un internaute avait commandé sur un site marchand un rétroprojecteur proposé à un prix dix fois inférieur au prix moyen et retrouvé sur le marché. Cette offre électronique alléchante était le résultat malencontreux d'une « erreur matérielle d'étiquetage », erreur manifeste qui avait pourtant échappée à la sagacité du vendeur parce que le processus de commande était complètement automatisé.

¹⁶ LUC GRYNBAUM, « La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », in *La semaine juridique*, n°12, 21 Mars 2001, p. 557.

¹⁷ Frédéric-Jérôme PANSIER et Emmanuel JEZ, op.cit., p.78

¹⁸ Cédric MANARA, « Un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », in *Dalloz*, 2003, n°35, PP 2434-2437; Olivier CACHARD, « Droit du commerce électronique », in *RDAI*, n° 3, 2004, p.387.

Le contrat à distance était donc conclu via la machine du vendeur selon un processus contractuel conforme aux prescriptions de la directive (Européenne) sur le commerce électronique¹⁹. Le client n'avait plus qu'à demander la livraison du rétroprojecteur, livraison qui lui fut bien entendu refusé par le vendeur enfin averti de son erreur.

L'erreur commise par la machine se trouve ainsi vérifiée. Ce qui a conduit le juge à décider qu'il y a un « défaut de consentement ».

En droit des contrats, on enseigne classiquement que l'erreur ne peut porter sur le prix²⁰. L'on recense pourtant des espèces dans lesquelles la convention a été annulée, au motif que c'est sur l'objet même du contrat, et non sa simple valeur, que porte l'erreur (confusion entre anciens et nouveaux francs, par exemple)²¹.

Dans le cas sous examen, le juge estime que l'erreur commise était à ce point important qu'elle devait être considérée comme empêchant la formation du contrat. La notion d'erreur-obstacle trouve ainsi avec l'Internet une illustration inattendue : c'est par suite d' « une erreur purement matérielle d'étiquetage » qu'il n'y a pu avoir échange de volontés.

B. LES MANŒUVRES DOLOSIVES

Les conditions classiques du code civil pourrait trouver à s'appliquent si le consentement de la personne a été vicié par une présentation imparfaite des produits. La partie abusée pourra soutenir la réticence dolosive dans

¹⁹ Article 11 de la Directive 2000/31/CE du 8 Juin 2000.

²⁰ J.Flour, J.L AUBERT et E. SAVANIX, *Les obligations : l'acte juridique*, Armand Colin, 10^e édition, 2002, n°203, cités par Cédric MANARA, op.cit., n°35, P.435.

²¹ Cédric MANARA, op.cit., p.435.

un contexte où il est quelquefois difficile d'apporter la preuve de faits dans la mesure où une page web proposant un produit dont la présentation est trompeuse peut être modifiée après coup²².

L'Internet offre des possibilités et soulève des défis particuliers pour ce qui est de s'assurer que les acheteurs ont accès à l'information claire et exacte qui leur permettra de faire un choix éclairé.

C'est pourquoi les législations de plusieurs Etats en matière de concurrence contiennent des dispositions concernant les indications fausses ou trompeuses et les pratiques commerciales trompeuses ayant pour but de promouvoir la fourniture ou l'utilisation d'un produit ou tout intérêt commercial. Par exemple, la loi Canadienne sur la concurrence nous renseigne qu'une indication est fausse ou trompeuse sur un point important si elle peut inciter le consommateur à acheter ou utiliser le produit ou le service annoncé. Pour déterminer si l'indication est fausse ou trompeuse, les tribunaux tiennent compte de « l'impression générale » qu'elle donne ainsi que son sens littéral²³.

Sont notamment interdits l'annonce à un prix d'occasion d'un produit qui n'est pas fourni en quantités raisonnables, la vente d'un produit à un prix inférieur au prix annoncé,...

Certains auteurs qui ont commenté la décision du tribunal d'instance de Strasbourg du 24 Juillet 2002 précitée se sont demandés si le fait de proposer le vidéo-projecteur sur le site web à un prix dix fois inférieur à

²² Lionel BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique*, 1^{ère} éd., Paris, DELMAS, 1999, p.118.

²³ Loi du 13 décembre 2002 sur la protection des consommateurs visant le commerce électronique.

celui généralement pratiqué auprès d'autres commerçants ne renvoie pas à une publicité trompeuse ou une allégation fausse²⁴.

En effet, une fausse indication sur le prix constitue un délit²⁵.

La Chambre de Commerce International (CCI) a édicté un Code international de pratiques loyales en matière de publicité²⁶. Ce Code est « essentiellement conçu comme un instrument d'autodiscipline mais il est également destiné à servir aux tribunaux de document de référence dans le cadre du droit applicable ». La Chambre a actualisé le code pour tenir compte de tous les médias, y compris la messagerie électronique, Internet et les services en ligne. Selon l'article 11 du Code, « Toute publicité doit se conformer aux lois, être décente, loyale et véridique »²⁷. Ce délit est constitué quel que soit le support de la publicité, laquelle est punissable si elle porte sur le prix. Or, l'on sait qu'un site Internet constitue un support publicitaire²⁸ et qu'une étiquette de prix fausse a pu être jugée constitutive de délit de publicité mensongère²⁹.

On peut imaginer que l'exploitation d'un site web ayant connu des difficultés techniques soit poursuivie sur le fondement de ce texte. Si un commerçant venait à être inquiété, pourrait-il arguer, comme de la jurisprudence du 24 Juillet 2002, d'une « erreur matérielle d'étiquetage informatique » ? L'erreur peut aisément être établie par

²⁴ Par exemple, Cédric MANARA, op.cit., p.2436 ; J.Calais -Auloy et J.Steinmetz, *Droit à la consommation*, 66^{ème} éd., Précis Dalloz, 2003, no 129.

²⁵ L'article L.121-1 du code français de la consommation interdit la publicité trompeuse, allégation fausse ou de nature à induire en erreur. Il faut souligner, avec regret, qu'il n'existe pas encore dans l'arsenal juridique de l'OHADA en général, et du Bénin en particulier, un texte en la matière. C'est le Droit français qui reste ainsi la référence dans l'étude des droits de consommateurs.

²⁶ Sur le www.iccwbo.org

²⁷ Lionel BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique*, 2^{ème} éd., Paris, DELMAS, 2001, no 1218.

²⁸ C.A. Rennes, 31 Mars 2000, Com.com.élec., Juin 2000, Com. N°66 par J.-C. Galloux ; D. 2000, AJ. P. n358, note C. MANARA.

²⁹ Cass.Crim., 14 Octobre 1998, D. 2000, Somm. p. 281, Obs.O.Tournafond

l'in vraisemblance du message, mais fait-elle disparaître ce qui est considéré comme un délit non intentionnel ?³⁰

L'article L. 121-1 du code pénal français n'exige pas que soit établie la mauvaise foi de l'annonceur, qui ne pourra se défendre qu'en établissant qu'il a « accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pourtour et des moyens dont il disposait » (article L. 121-3). La défense prendrait alors une tournure très technique : justification des choix de matériel informatique, des logiciels mis en œuvre, précautions prises dans la convention d'hébergement, ...³¹

Ajoutons que les contrats électroniques sont naturellement soumis au respect des règles concernant la prohibition des clauses abusives.

SECTION 2 : LA QUESTION DES CLAUSES ABUSIVES DANS UN CONTRAT DE VENTE CONCLU PAR INTERNET

Une décision récente³² illustre la présence des clauses abusives dans les contrats électroniques. Il s'agit de l'affaire qui a opposé l'association familles de France avec la société Père-Noël.fr.

Père Noël.fr est une société de vente à distance utilisant le réseau Internet pour proposer aux consommateurs par le biais de son site web des biens de consommation ainsi que des voyages à forfait.

³⁰ J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit., n° 131.

³¹ Cédric MANARA, op.cit, p. 2436

³² TGI Paris, 4 Février 2003, Gazette du palais, Juillet-Août 2003, p. 2618, obs. Philippe CHARPENTIER.

L'Association de consommateurs « familles de France » a assigné cette dernière devant le tribunal de grande instance de Paris afin de voir déclarer abusives et interdire certaines des clauses figurant dans les conditions générales de vente.

Elle sollicitait, en outre, la publication sous astreinte d'un communiqué juridique, le versement d'une somme d'environ 10 000 euros à titre de dommage et intérêts ainsi que le remboursement des frais de procédure. L'examen des clauses déclarées abusives par le juge (§1) et des sanctions qu'il a prononcées (§2) nous paraît très important.

§1. EXAMEN DES CLAUSES DECLAREES ABUSIVES DANS LES CONDITIONS GENERALES DE LA SOCIETE « Père-Noël.Fr »

Les conditions générales de vente, affichées sur certains sites de commerce électronique, sont rédigées à l'avantage exclusif de l'opérateur du marché électronique, en méconnaissance des garanties dues au consommateur. Tel fut le cas de la société « Père Noël.fr ». Avant l'étude des clauses que le juge a reconnu comme étant abusives nous estimons qu'il faille faire allusion à la recevabilité de l'action.

A. DE LA RECEVABILITE DE L'ACTION

Aux termes de l'article L. 421-6 du code français de la consommation, il est permis « aux associations de consommateurs agréés de demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression des clauses abusives dans les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs et

dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leur membre ».

L'association « Familles de France » s'était fondée sur cette disposition légale pour saisir le juge.

L'affaire rappelle les règles relatives à la recevabilité des actions des associations. La demande a été reçue et déclarée fondée par le tribunal qui a révélé que l'association était agréée et qu'elle exerçait des droits reconnus aux associations agréées de consommateurs, à savoir poursuivre des objectifs licites de défense des intérêts des consommateurs. En effet, il est de jurisprudence qu'une décision qui recevrait la constitution de partie civile d'une association sans rechercher si cette dernière est régulièrement agréée encourait la cassation³³.

Une association non agréée n'aurait pu introduire à titre principal cette action qu'à la condition d'avoir personnellement subi un préjudice résultant directement de l'infraction. Par contre, les associations régulièrement agréées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs bénéficient du droit d'exercer l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.

Dans l'affaire sous examen, certaines clauses des conditions générales affichées sur le site web de la société Père Noël.fr préjudiciaient justement les consommateurs.

³³ Cass.crim., 23 Janvier 1992, Bull.crim. n°24, V.Philippe STOFFEL-MUNCK, « Des clauses abusives dans la hotte de Père-Noël.fr », in *La semaine juridique*, no 20, 14 mai 2003.

Ceci nous amène à préciser que « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat »³⁴, le support de la clause important peu : bon de livraison, billet, conditions générales, facture, ...

Aussi devons-nous renchérir que l'appréciation du caractère abusif d'une clause ne doit pas porter ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération du bien vendu ou du service offert³⁵.

Bien plus, la disposition de l'article L. 132-1 précité concerne les clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnel et non professionnel ou consommateur. Les contrats conclus entre non professionnels sont donc exclus.

B. ENUMERATION DES CLAUSES ABUSIVES

Cinq des neufs clauses des conditions générales de la société Père Noël.fr ont été déclarées abusives. Il s'agit des clauses par lesquelles le professionnel, c'est-à-dire la société, s'autorisait à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée, à s'affranchir de son obligation pré-contractuelle d'information, à ne fixer qu'un délai indicatif de livraison, à restreindre la faculté du consommateur à se rétracter, de vérifier la conformité du produit commandé, ou d'obtenir droit à réparation en cas de retard de livraison.

-S'agissant de la vente, est tout d'abord condamnée la clause permettant la modification unilatérale par le vendeur de ces conditions générales.

³⁴ Article L. 131-1 du code de la consommation

³⁵ Gorges RIPERT et René ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 16^{ème} éd., Paris, LGDJ, n° 2499, p. 557

En effet, l'article L. 132-2 du code de la consommation dispose qu'est « interdite la clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ». La société avait prévu qu'elle « se réserve la possibilité d'adopter ou de modifier à tout moment les présentes conditions générales de vente. Les nouvelles conditions générales seront portées à la connaissance du client par une nouvelle édition du catalogue ». La modification unilatérale de la part d'un professionnel doit avoir une raison « valable et spécifiée », selon les termes des paragraphes j) et k) de l'annexe à l'article L. 132-1 déjà cité.

- La seconde clause réputée non écrite consistant à permettre au professionnel de retarder jusqu'à la livraison du bien l'indication des éléments relatifs à son mode d'emploi « même dans l'hypothèse où le mode d'utilisation du produit concerné constitue un élément essentiel de l'acte d'achat ».

Cette clause encouragerait le professionnel à n'informer le consommateur qu'ex-post. Elle multiplie, par conséquent les occasions d'erreurs de sa part. Or, l'article L. 111-1 du code de la consommation dispose que tout professionnel « doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

On sait qu'en matière de vente à distance, l'acquéreur ne pouvant examiner matériellement le produit, le vendeur est obligé de le décrire de manière aussi précise que possible dans l'ensemble de ses éléments qualitatifs et quantitatifs.

- La troisième clause excluait, dans le cas où le consommateur avait durablement utilisé le produit livré, la possibilité pour lui d'invoquer la faculté de rétractation que lui accorde la loi du chef des contrats conclus à distance. Le droit de rétractation est absolu et discrétionnaire et permet au consommateur d'essayer l'objet commandé et d'en faire usage.

- La quatrième clause déclarée abusive avait pour objet d'obliger le consommateur à formuler ses réserves quant aux vices apparents de la chose au plus tard à l'instant même de la livraison.

L'article L. 132-1 du code de la consommation interdit directement toute clause ayant pour objet de « réduire le droit à réparation du non-professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». Il est alors clair que cette clause ne permettrait pas le consommateur d'obtenir réparation d'une livraison non-conforme par rapport au droit commun..

- La cinquième clause déclarée abusive permettrait à la société de rendre les délais de livraison indicatifs. Le délai de livraison est un élément essentiel du contrat. Les stipulations relatives au caractère indicatif du délai de livraison sont abusives ainsi que celles méconnaissant le droit à réparation du consommateur qui ne serait pas livré dans les délais convenus.

Le juge n'a pas seulement constaté l'existence des clauses abusives dans les conditions générales de la société Père-Noël.fr, mais il a également ordonné leur suppression et condamné cette dernière à des sanctions pécuniaires.

§2. DES SANCTIONS DANS LA HOTTE DE « Père Noël.fr »

La sanction principale est celle de déclarer les clauses abusives énumérées dans le paragraphe précédent de « non écrites ». Les autres sanctions ont été l'allocation des dommages et intérêts à la partie demanderesse.

A. LA SUPPRESSION DES CLAUSES ABUSIVES

L'affaire « Père Noël.fr » illustre la sévérité avec laquelle les tribunaux n'hésitent pas à supprimer les clauses qu'ils estiment abusives. En effet, les modes de commercialisation de produits ou des services, dont l'offre et l'acceptation sont transmises à distance sans présence physique du vendeur et du consommateur, ont généré du fait des difficultés rencontrées, un régime spécifique d'information et de protection des consommateurs.

Le droit de la consommation permet de sanctionner le déséquilibre contractuel existant, lorsqu'il est source d'abus de la part d'un vendeur professionnel à l'égard d'un consommateur ou d'un non-professionnel. C'est ainsi que le tribunal de grande instance de Paris a été compétent pour ordonner toute mesure d'interdiction qu'il a jugé utile et pour supprimer les clauses abusives.

Il faut souligner que cette suppression n'est limitée qu'aux seules clauses abusives figurant dans les conditions générales de vente de la société défenderesse (Père Noël.fr, dans le cas sous examen), sans pouvoir

s'étendre à des clause identiques ou similaires figurant dans les conditions générales de vente d'autres professionnels qui les contiendraient également.

Le juge avait alors prononcé la nullité des clauses reconnues abusives, lesquelles clauses sont réputées non écrites. Elles devraient donc être éliminées des conditions générales de la société défenderesse.

B. LA REPARATION DU PREJUDICE

L'association demanderesse (Association Familles de France) faisait état de ce que plus de 100.000 consommateurs avaient été victimes des agissements illicites de la société Père-Noël.fr, notamment du fait de l'insertion des clauses abusives dans les conditions générales de vente.

L'association établissait également par des coupures de presse l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs qu'elle représentait.

Par conséquent, elle sollicitait du tribunal le versement des dommages et intérêts à hauteur de 10.000 euros.

Quant aux mesures réparatrices prises par le juge, une somme de 6.000 euros a été allouée à l'association à titre de dommage et intérêts.

La somme allouée, appréciée souverainement par le tribunal de grande instance de Paris, tient compte au-delà d'une réparation symbolique, d'une évaluation qui ne semble pas directement liée à l'état des frais exposés par l'association pour sa mission d'information et de protection des consommateurs.

A cet égard, la décision du tribunal est conforme à la position exprimée par la cour de cassation en la matière en jugeant qu' « en cas d'absence ou d'insuffisance de justification, il appartient au tribunal d'évaluer souverainement le préjudice d'après les éléments dont il dispose sans pouvoir se borner à allouer une indemnité symbolique en raison du montant incertain du dommage »³⁶.

Les problèmes spatio-temporels se rencontrent en permanence dans la sphère contractuelle lorsque des personnes qui ne traitent pas au même endroit décident de contracter.

³⁶ Cass.crim, 22 Juillet 1986, n° 85.95.057, cité par Philippe CHARPENTIER, op.cit, P. 2619.

CHAPITRE 2 : LES PROBLEMES SPATIO-TEMPORELS DANS UN CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES CONCLU PAR INTERNET

La question du lieu et du moment de formation du contrat électronique n'est pas en pratique d'une importance considérable. Ceci dans la mesure où les parties peuvent toujours, dans le cadre d'une relation entre commerçants, prévoir contractuellement une règle qui leur est propre.

Mais lorsqu'elles n'ont rien dit sur ces questions, il serait nécessaire de trouver une solution étant donné que de nombreux intérêts s'attachent à la détermination du moment et du lieu de la conclusion d'un contrat.

La manière de déterminer le moment et le lieu de la formation du contrat a été définie tant par le législateur que par la jurisprudence et la doctrine (section 1) mais avec l'introduction de l'Internet dans le commerce, un nouveau critère doit être défini (section 2).

SECTION 1 : DETERMINATION DU MOMENT ET DU LIEU DE LA CONCLUSION DU CONTRAT DE VENTE

Si la détermination du moment et du lieu de la conclusion du contrat est intéressante, c'est en raison des enjeux (§1) et du fait que le contrat passé par Internet, étant un contrat entre absents, les solutions traditionnelles se sont révélées inadapté (§2).

§1. LES ENJEUX

Les intérêts qui s'attachent à la détermination du moment et du lieu de la formation du contrat doivent être précisés (A) ainsi que les différentes théories développées (B).

A. INTERETS DE LA DETERMINATION DU MOMENT ET DU LIEU DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

Il est pertinent de déterminer le moment exact de la conclusion du contrat car cela entraîne des effets juridiques importants. L'acceptation de l'offre vaut au principe formation du contrat. A compter de la conclusion du contrat, l'offre et l'acceptation ne sont en principe plus révocables. Le transfert de propriété d'un bien qui s'accompagne du transfert des risques, notamment le risque de perte, se réalise au moment de la conclusion du contrat et de nombreux délais tels que les délais de rétractation ou encore celui de l'exécution des obligations commencent à courir à compter de la conclusion du contrat.

Bien avant la question du transfert de propriété, le moment peut permettre au juge de statuer sur la validité d'un contrat de vente pour ce qui concerne l'effectivité de l'offre à l'instant où un contractant se décidait à la lever, plus précisément, la question du droit du pollicitant à valablement révoquer son offre est directement liée à la date de l'acceptation de celle-ci puisque tant que le contrat n'est pas formé, le sollicitant peut, sous certaines conditions, unilatéralement retirer son offre. La détermination du lieu de conclusion du contrat permet également de savoir qu'elles seront les lois applicables et la juridiction compétente.

Les solutions pour les contrats conclus entre absents ne sont pas infinies et les droits nationaux considèrent que le contrat se forme à la lumière de l'une des théories que nous développons dans le point qui suit.

B. LES THEORIES ETABLIES

Les contrats conclus par voie électronique révèlent de la catégorie des contrats entre absents, il faut se référer aux solutions qui leur sont applicables pour connaître le moment et le lieu de la formation du contrat. La doctrine classique a proposé quatre systèmes opposés selon que les auteurs se placent du côté de celui qui émet l'acceptation ou du côté de celui qui la reçoit.

1. La théorie de l'acceptation de la déclaration d'acceptation signifie que le contrat est formé dès qu'il a été accepté, au moment et au lieu de la signature de la lettre d'acceptation. En fait, la simple concordance de deux volontés qui coïncident suffit. Mais, à ce moment là, la volonté d'accepter n'est pas encore suffisamment extériorisée. D'où une variante.
2. La théorie de l'expédition de l'acceptation selon laquelle le contrat est formé au moment et au lieu de l'expédition, c'est-à-dire, par exemple, quand le courrier électronique est envoyé par l'acceptant ou quand celui-ci « clique » sur le bouton d'acceptation du contrat.
3. La théorie de l'information (du postulant), c'est-à-dire qu'il faut que le postulant ait pris connaissance de l'acceptation. Cette prise de connaissance suppose donc que les données ou le

courrier électroniques aient été reçus chez le fournisseur d'accès, que l'offrant ait relevé cette boîte et qu'il ait pris connaissance du message d'acceptation. Comme ce moment est difficile à cerner, il est parfois nécessaire de recourir à une variante.

4. La théorie de la réception de l'acceptation. Le contrat est formé au lieu et au moment où l'offrant reçoit la lettre d'acceptation. Un choix entre ces différentes théories doit être opéré.

§2. CHOIX D'UNE THEORIE

Le moment de la formation du contrat dépend de savoir s'il est fait application de la théorie de l'émission de l'acceptation (A) ou de la théorie de la réception de l'acceptation (B).

A. LA THEORIE DE L'EMISSION DE L'ACCEPTATION

Selon la théorie de l'émission, le contrat est formé dès que l'acceptation a été expédiée par l'acceptant, on ne peut exiger aucune condition supplémentaire. Dès cet envoi, l'offre et l'acceptation sont irrévocables³⁷. La jurisprudence, à partir d'un arrêt de la cour de cassation du 7 Janvier 1981, semble se prononcer en faveur du système de l'émission.

³⁷ Nathalie MOREAU, *La formation du contrat électronique : Disposition de protection du cyber-consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits*, Mémoire de DEA Droit des contrats, Université de Lille 2, 2002-2003, publié sur le site www.edoctorale74.univ-lille2.fr.

Selon Monsieur François CHABAS, en décidant que « faute de stipulation contraire », un acte « étant destiné à devenir parfait, non par la réception par le sollicitant de l'acceptation du bénéficiaire de l'offre, mais par l'émission par celui-ci de cette acceptation », la cour de cassation résout en Droit, ce qui n'est pas si fréquent, un problème délicat³⁸.

Ce système paraît inadaptée en matière électronique, car il repose sur un décalage entre la manifestation de l'acceptation et sa réception par le sollicitant. Or, les échanges électroniques de consentement se caractérisent par leur rapidité, ce qui permet de supprimer ce décalage. Il suffit que l'internaute clique sur le bouton d'acceptation pour que la manifestation de volonté parvienne au sollicitant de manière quasi instantanée³⁹.

Dans ce cas, cette théorie apparaît défavorable aux consommateur en permettant la conclusion du contrat électronique par un simple « clic ». Selon le professeur Luc GRYNBAUM, la théorie de l'émission de l'acceptation est préférable dans les contrats à distance conclus par Internet afin d'éviter que le pollicitant ne soit considéré comme seul maître du système⁴⁰.

B. LA RECEPTION DE L'ACCEPTATION

Selon la théorie de la réception, le contrat est formé seulement lorsque le pollicitant ou l'offrant a reçu l'acceptation émise par l'acceptant, c'est-

³⁸ François CHABAS, « Contrats par correspondance. Date de formation », in *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1981, p. 849.

³⁹ Michel ZOIA, « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique », in *Gazette du Palais*, sept-oct 2001, p. 1556

⁴⁰ Luc GRYNBAUM, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation », in *Le DALLOZ*, 2003, n°26, pp. 1706-1710.

à-dire qu'il a eu la possibilité d'en prendre connaissance. Jusqu'à l'arrivée de l'acceptation, il n'y a pas formation du contrat donc l'offre peut être révoquée et l'acceptation demeure rétractable⁴¹.

Le contrat est conclu au lieu et au moment où le message d'acceptation parvient dans le système de l'offrant.

Signalons que c'est cette théorie qui est retenue par la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, les Droits allemand, américain ainsi que par le législateur OHADA dans l'acte uniforme relatif au droit commercial général. L'article 213 de cet Acte dispose que « l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur d'une offre... ».

Bien établie dans les communautés d'affaires, la théorie de la réception permet, d'une part, de former le contrat au lieu de celui qui initie l'entente et, d'autre part, de retarder le moment de la conclusion et ainsi de s'assurer que les contractants souhaitent réellement s'engager⁴².

La directive européenne sur le commerce électronique semble adopter la théorie de la réception de l'acceptation. En effet, son article 11 qui s'intitule « passation de commande » prévoit que le prestataire doit accuser réception de la commande.

Ce texte ne dit rien sur le lieu et le moment de la conclusion du contrat, car l'accusé de réception reçu par l'acceptant n'est pas un élément qui

⁴¹ Lionel BOCHURBERG, op.cit., p. 116.

⁴² Vincent GAUTRAIS, François JACQUOT, Pierre LEMYRE et alii, *Le guide juridique du commerçant électronique*, Paris, LITEC, 2001, p. 93.

entre en cause pour déterminer le lieu ou le moment de formation du contrat par internet.

Rappelons également l'article 15 de la loi-type de la CNUDCI de 1996, qui considère comme envoyé un message électronique lorsqu'il entre dans un système hors du contrôle de l'émetteur et qui ajoute qu'il doit être considéré comme envoyé et reçu dans le lieu où l'émetteur et le destinataire ont respectivement leur siège commercial.

La notion de réception d'un document électronique pose toutefois certaines difficultés. Il faut en effet établir s'il s'agit du moment où le message parvient dans le système de boîte de courriers électroniques de l'offrant ou soit le moment où il est raisonnablement en mesure de le consulter. L'arrêt *Brinkibon Ltd*⁴³ a retenu la seconde solution.

En effet, l'arrêt introduit la notion de la réception « nuancée », selon laquelle il faut tenir compte des décalages horaires, de l'ouverture des bureaux et de toutes circonstances prévisibles par les parties. Ainsi si un message est envoyé le 31 mars à 18h30, le contrat ne sera conclu que le 1^{er} avril, lors de l'ouverture des bureaux de l'offrant.

Les théories de l'émission et de la réception semblent s'appliquer de manière concurrente. Ainsi le contrat sera formé soit lorsque le message a été envoyé en cliquant sur « Enter », soit lors de la mention que le message a été reçu⁴⁴.

⁴³ Vincent GAUTRAIS, François JACQUOT, Pierre LEMYRE et alii, *op.cit.*, p. 94.

⁴⁴ Lionel BOCHURBERG, *op.cit.*, no 918, p.126.

La question du moment de la conclusion du contrat sur internet dépasse la seule question du moment de la rencontre des volontés et tend vers l'admission d'un formalisme de la formation des contrats électroniques. Plusieurs législations privilégiant la protection du cyber-consommateur, ont choisi d'imposer plus de formalités en consacrant un nouveau système d'acceptation (section 2).

SECTION 2 : NECESSITE D'UN NOUVEAU CRITERE

Il s'agit du système dit du « double clic » par lequel l'acceptant doit confirmer son acceptation (§1) de plusieurs manières (§2).

§1. LE SYSTEME DU DOUBLE CLIC

Ce nouveau critère de l'acceptation introduit un formalisme (A) et comporte des exceptions (B).

A. UN SYSTEME FORMALISTE

Le législateur européen a introduit un formalisme dans la conclusion des contrats passés par internet en 1998. L'article 11 de la proposition de Directive du 23 Décembre 1998, devenue la Directive du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques du commerce électronique prévoit, sauf dans les relations entre professionnels, que la formation du contrat intervenait lorsque l'internaute avait reçu, par voie électronique, l'accusé de réception et confirmait sa réception. Cet article créait une nouvelle théorie faisant dépendre la date et le lieu

de formation du contrat d'un accusé de réception électronique et de sa confirmation.

Ce faisant, il apparaissait une déconnexion entre l'échange des consentements et la formation du contrat qui conduisait à la création d'une troisième étape dans la formation du contrat. Cette disposition visait la protection du consommateur qui « n'est pas engagé tant que la confirmation écrite que le professionnel doit adresser n'est pas acceptée »⁴⁵.

La solution novatrice de l'article 11 de la proposition de Directive n'a pas été reprise dans la Directive du 8 Juin 2000. La Directive a laissé aux Etats membres le soin de déterminer le moment et lieu de la formation du contrat. Et pourtant la solution de la proposition de Directive du 2 Décembre 1998 était intéressante car elle facilitait la preuve de la formation du contrat, en raison des difficultés à déterminer avec certitude la portée de l'acceptation par un simple « clic » et les possibilités de manipulations auxquelles peut se prêter le support électronique.

Toutefois, le législateur français vient de reprendre le système de la proposition de Directive de 1998 dans le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique⁴⁶.

⁴⁵ Article L. 121-27 du code français de la consommation

⁴⁶ Le projet de loi a été déposé à l'assemblée nationale le 15 Janvier 2003. Il a été voté en première lecture le 26 Février 2003, V. Thibault VERBIEST, « Commerce électronique : loi applicable et juridiction compétente », in *Le journal du Net*, 10 Décembre 2002, par www.journaldunet.com/juridique/juridique_021210.shtml

L'article 14 de ce projet prévoit l'insertion dans le code civil d'un article 1369-2 ainsi rédigé : « Le contrat proposé par voie électronique est conclu quand 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 ». L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai 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. Monsieur GRYNBAUM qualifie ce nouveau système comme étant « la théorie de l'émission de la confirmation »⁴⁷.

Ce système du « double clic » comporte des exceptions.

B. EXCEPTIONS

L'article 14 du projet de Loi pour la confiance dans l'Economie Numérique (LEN) prévoit l'insertion d'un article 1369-3 dans le code civil comprenant des exceptions au système du « double clic » pour les contrats conclus entre professionnels mais également pour les contrats conclus par courriers électroniques. Le projet prévoit également qu'il sera fait exception à ce système « pour les contrats de fourniture de bien ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques ».

⁴⁷ Luc GRYNBAUM, « Projet de loi sur la société de l'information : le régime du consentement électronique », in *Dalloz*, no 4, 2002, p.378.

Il s'agit d'une exception à l'exception qui confirme la règle du consensualisme⁴⁸. Néanmoins ces exceptions sont critiquables⁴⁹ car le courrier est aussi un moyen de donner son consentement. Le projet est pourtant conforme à la Directive européenne sur le commerce électronique qui prévoit la même exception⁵⁰.

Les modalités de la confirmation de l'acceptation exigée par le nouveau critère sont nombreuses.

§2. MODALITES DE LA CONFIRMATION DE L'ACCEPTATION

L'acceptation peut être confirmée de différentes manières ; Ce peut être, par exemples, par courrier (A) ou par un formulaire en ligne (B).

A. LE COURRIER

Certains fournisseurs l'exigent pour avoir la signature du client sur un document. Cette pratique peut ne pas correspondre à l'attente du commerce électronique mais elle constitue un compromis avec les impératifs réciproques de sécurité des fournisseurs et des clients⁵¹.

La Directive européenne sur la vente à distance⁵² a prévu une confirmation écrite, sur un support durable, des informations qu'il y aura eu préalablement à la conclusion du contrat.

⁴⁸ Thibaut VERBIEST, « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : analyse critique », in la *Semaine juridique*, 7 Mai 2003, n° 19, pp. 240-241

⁴⁹ Luc GRYNBAUM, « Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique : encore un petit effort de rigueur juridique pour un contrat électronique fiable », in *Le Dalloz*, 2003, n° 11.

⁵⁰ Article 11.3

⁵¹ Lionel BOCHURBERG., *op.cit.*, p. 117

⁵² Directive européenne n° 97-7 du 20 Mai 1997, article 5.1

Les informations suivantes doivent être fournies :

- information sur les conditions d'exercice du droit de rétractation,
- adresse géographique pour adresser les réclamations ;
- informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales : conditions de résiliation du contrat.

B. FORMULAIRE EN LIGNE

L'utilisateur remplit le formulaire, clique pour accepter et reçoit un message électronique peu de temps après afin de s'assurer que la personne qui reçoit le message est la même que celle qui a consulté le site. Cela se fait par exemple pour les demandes d'abonnement en ligne ou pour l'enregistrement du nom de domaine.

La personne doit alors envoyer un message électronique de confirmation. Une autre méthode consiste dans l'attribution d'un mot de passe par e-mail à l'utilisateur, de manière à ce que celui-ci confirme son accord en présentant ce mot de passe lors de la visite du site⁵³.

En rapport avec la confirmation, Maître Pascal ALIX⁵⁴ pense également que « la prudence conduira les entreprises qui disposent d'une boutique « on-line » de demander, lorsque la transaction met en jeu des intérêts financiers relativement importants, une lettre de confirmation de la commande signée, selon un formulaire que le client pourra télécharger ou imprimer ; laquelle aura, dans tous les cas, une force probante supérieure aux éléments qui pourraient être produits afin de démontrer

⁵³ Lionel BOCHURBERG, *op.cit.*, p.117.

⁵⁴ Pascal ALIX, « Droit de l'Internet : les contrats e-commerce », publié sur le site www.virtualegin.com/bulletins,01/02/1999.

qu'à une date et à un moment donnés, le contractant a effectivement cliqué pour manifester son accord.

CONCLUSION PARTIELLE

Internet n'est pas que du jeu ; cet outil de communication sert notamment à conclure des contrats. Des contrats électroniques qui, par le biais d'un bandeau sur lequel on pose sa main virtuelle ou d'une icône « j'accepte » que l'on actionne, permettent à des partenaires, commerçants ou consommateurs, de s'engager mutuellement. Des conséquences juridiques sont donc conférées au « clic ».

Le souci de sécurité des entreprises et des consommateurs nous conduisent à souligner que les sites qui proposent les produits et services doivent être caractérisés par la lisibilité, la clarté et l'intelligibilité. Celui qui rédige un contrat a donc le rôle d'aider le correspondant à bien comprendre quelles sont ses obligations.

Comme solutions pratiques, on peut citer :

- des contrats plus courts, limitant le défilement ;
- des caractères suffisamment gros et lisibles ;
- la mise en exergue des classes importantes ;
- l'utilisation des phrases simples ;
- l'utilisation d'un plan ;
- etc⁵⁵

La théorie de la réception semble être la solution consacrée sur la question du lieu et du moment de la formation du contrat. On considère

⁵⁵ Vincent GAUTRAIS, François JACQUOT, Pierre LEMYRE et alii, op cit., p.85

qu'il y a réception dès que la manifestation parvient dans la sphère de puissance du destinataire, ce qui sera notamment le cas lorsqu'un courrier électronique arrive dans le « mail box » du destinataire.

A partir de la solution apportée par l'article 1369-2, ajouté au code civil et qui dispose que le contrat se forme par l'émission par l'acceptant de la confirmation de son acceptation, le problème de la détermination du moment de la conclusion du contrat conclu par Internet est résolu et la preuve de l'existence du contrat devient facile.

DEUXIEME PARTIE : LE CONTENTIEUX DU CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISE CONCLU PAR INTERNET

En matière d'Internet, deux aspects attirent particulièrement l'attention du juriste : le fait qu'il s'agit d'un univers largement immatériel d'une part, ce qui bouleverse les formes traditionnelles de preuve ; sa dimension mondiale d'autre part, dans la mesure où il s'agit d'un réseau ouvert permettant de consulter une information de n'importe quelle région du monde, ce qui va poser la question des juges susceptibles d'être saisis et de la loi applicable.

Les relations commerciales sur Internet incluant souvent des partenaires de nationalités différentes, la désignation du juge compétent et de la loi applicable aux contrats de vente internationale conclue par ce moyen technique sont un enjeu de taille qui doit être examiné (chapitre 1).

Comme déjà indiqué, le commerce électronique et les échanges de données sur Internet étant totalement dématérialisés à cause de la suppression des traces « papier » dans les opérations réalisées, il se pose alors le problème de la preuve (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES CONCLU PAR INTERNET

Dès qu'il s'agit d'Internet et des litiges que peut engendrer une opération de commerce électronique, une multitude de risques potentiels s'élèvent. Ces risques existent du côté du vendeur comme du côté de l'acheteur. Aux risques classiques de mauvaise exécution du contrat notamment s'ajoutent la nécessité de bien connaître la loi qui a vocation à s'appliquer (section 1) et le tribunal compétent pour connaître de l'affaire (section 2).

SECTION 1 : LA LOI APPLICABLE

Qu'elles soient d'origine nationale ou internationale, les règles juridiques ayant pour objet de définir la loi applicable aux contrats internationaux, reconnaissent aux contractants eux-mêmes la liberté de fixer la loi destinée à régir au fond leur relation contractuelle. Ce principe dit « d'autonomie » est admis de façon quasi-universelle (§1).

En revanche, lorsque les parties n'ont pas fait élection du droit applicable, une solution doit être trouvée (§2).

§1. LA LOI D'AUTONOMIE

En règle générale, les parties sont libres de choisir la loi qui régira leurs relations contractuelles (A) quoi que la portée de ce principe fasse l'objet de certaines limites (B).

A. L'EXERCICE DE LA LOI D'AUTONOMIE QUANT AU FOND ET A LA FORME DU CONTRAT

De nombreuses conventions ont reconnu aux parties à un contrat international de déterminer librement la loi qui sera appliquée à leur contrat. Cette règle est, en effet, consacrée notamment par la convention portant loi uniforme sur la vente internationale (LUVI) de 1964, par la convention de Rome du 19 Juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles qui stipule en son article 3 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ... » et par la convention de la Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels dont l'article 3 stipule que « La vente est régie par la loi du pays désigné par les parties contractantes ». De même, la cour de cassation française⁵⁶ avait décidée que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée ... »

Nous relevons qu'on distingue la loi applicable au fond du contrat et la loi applicable à la forme. Le fond correspond à la substance du contrat, ou ce sur quoi les parties se sont accordées. La forme du contrat correspond, quant à elle, à un ensemble des règles posées que doit respecter le contrat pour être valable. Ainsi, par exemple, si la loi exige pour un contrat un acte authentique, même si les parties se sont entendues sur la substance du contrat, en cas de non-respect de cette

⁵⁶ civ. 05 Décembre 1910, American trading c/Québec Steamship cie, s.1991, I, 129, note LYON CAEN.

obligation de forme le contrat ne sera pas considéré comme valable dans l'Etat intéressé⁵⁷.

Quant au fond, la convention de Rome de 1980 précitée affirme en son article 3-1 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties.

Ce choix doit être express ou résulté de façon certaine des dispositions du contrat en des circonstances de la cause. Par exemple, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». Cette liberté est d'autant plus forte qu'il peut y avoir dans les conditions générales de vente du site un « panachage » ou un « dépeçage » du contrat, c'est-à-dire décider que cette clause du contrat sera soumise à cette loi et qu'une autre clause sera soumise à une autre loi⁵⁸.

Comme pour la loi applicable à la substance du contrat, la loi applicable à la forme repose avant tout sur un choix des parties à l'acte. Traditionnellement, c'est le principe de la « locus regit actum », ou la loi du lieu de l'acte (la loi de la conclusion du contrat) qui devait être appliquée.

Depuis l'arrêt « VIDITZ » de la cour de cassation en 1909, cette règle n'est plus impérative. Désormais, les parties ont le choix entre la loi du lieu de la conclusion du contrat, de la loi nationale ou celle applicable au fond⁵⁹.

⁵⁷ DOSSOU KODJE, op.cit. p. 65

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ DOSSOU KODJA, op.cit., p.65. Le lieu de la conclusion du contrat est difficile à déterminer lorsque la convention a été passée par Internet.

C'est pour dire que les parties peuvent, à leur choix, observer les formes admises dans l'un des pays où l'une d'elles se trouve (ce qui permet d'éviter la traditionnelle difficulté de désignation du lieu de la conclusion du contrat entre absents comme lors d'un contrat passé par Internet) ou bien celles qui sont posées par la loi qu'elles ont retenue quant au fond⁶⁰.

Néanmoins, il existe des exceptions au principe d'autonomie.

S'accorder sur la loi applicable au contrat de commerce électronique apparaît être une sage précaution. La validité de cet accord est très largement reconnue, comme nous venons de le voir, et il garantit aux parties une meilleure maîtrise juridique de la situation. Son utilité pratique est indéniable car il évite toute discussion préalable du droit applicable à la résolution des litiges.

La grande liberté de choix de la loi se trouve également dans le mode d'expression du choix, qui peut être « express ou résulter de façon certaine de dispositions du contrat ou des circonstances de la cause »⁶¹

⁶⁰ V. art. 9 de la convention de Rome de 1980 précitée

⁶¹ Article 3.1 de la convention de Rome de 1980 précitée

B. DES LIMITES AU PRINCIPE D'AUTONOMIE

L'article 5.2 de la convention de Rome introduit une importante dérogation au principe de l'autonomie de la volonté : la liberté de choix ne peut pas avoir pour résultat de priver les consommateurs de la protection que leur assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle dès lors que l'une des deux hypothèses suivantes est rencontrée :

- la conclusion du contrat a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou
- le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande dans ce pays.

L'on range parmi les « lois impératives » des dispositions protectrices du code de la consommation. Sur Internet, il est très délicat de déterminer dans quelle mesure la conclusion du contrat en ligne a été précédée dans le pays du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité par voie électronique.

Certains insistent sur le fait qu'en naviguant sur le web, le consommateur se rend lui-même sur le site où s'opère la transaction et décide d'y conclure un contrat, ce qui constitue donc dans le chef du prestataire une attitude « passive » qui échappe à l'application de l'article 5.2 de la convention de Rome. D'autres, opérant un raccourci, limitent généralement à l'article 5.2 aux offres non sollicitées envoyées

par courriers électroniques (le prestataire adopte alors une attitude « active »)⁶².

Il nous semble qu'il faille considérer que toute publicité susceptible d'être reçue dans l'Etat du consommateur justifie la mise en oeuvre de la protection spéciale du consommateur instituée par l'article 5 de la convention. En effet, sauf à dénaturer complètement l'esprit de cette protection, la publicité préalable doit être conçue comme une invitation spécifiquement dirigée vers le consommateur.

L'autonomie de la volonté est donc un principe quasiment universellement admis par les droits nationaux et les conventions internationales et le problème se pose donc uniquement lorsque les contractants n'ont pas déterminé la loi applicable à leur contrat.

§2. LOI APPLICABLE EN CAS DE SILENCE DES PARTIES

En recherchant la loi applicable, le juge doit tenir compte de tous les facteurs de rattachement, et notamment du lieu de conclusion du contrat, de son lieu d'exécution, de la nationalité et du domicile des parties, de la teneur des lois en présence, de l'objet du contrat, du lieu de celui-ci avec d'autres, de la qualité d'Etat d'un contractant...

Certains de ces facteurs, spécialement ceux faisant référence au rattachement géographique de l'opérateur, présentent des difficultés d'interprétation en matière de contrat conclu par internet.

⁶² Thibault VERBIEST, *op.cit.*, p.35.

Ainsi, les contrats sont le plus souvent soumis à la loi du lieu de résidence des parties (ou de leur siège social)⁶³, à celle du lieu où il a été conclu ou à celle du lieu de son exécution⁶⁴.

Parmi ces trois critères, le lieu du domicile des parties ne pose pas de problèmes spécifiques pour le contrat conclu par internet.

Le réseau Internet va soulever un problème en ce qui concerne le lieu d'exécution, tout du moins lorsque le contrat devra être exécuté en ligne (A). Par ailleurs, lors de la recherche du centre de gravité du contrat, le juge peut toujours tenir compte du lieu de conclusion du contrat comme facteur de rattachement (B).

A. LA LOI DU LIEU EFFECTIF DE L'EXECUTION DU CONTRAT

Comme précédemment indiqué l'exécution du contrat en dehors des réseaux ne pose pas de véritable problème. En effet, bien qu'il ait été conclu en ligne, ce contrat renvoie aux règles ordinaires de localisation du lieu d'exécution. Ainsi, en cas de vente en ligne d'un bien matériel, le lieu d'exécution sera généralement celui où le bien commandé devra être livré. A ce effet la convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 précise que la loi applicable est « pour la vente de marchandise, celle du lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées »⁶⁵. L'article 10 de la Convention de Rome de 1980 retient également le critère du lieu d'exécution pour désigner la loi

⁶³ Article 4 §2 de la convention de Rome de 1980 précitée, présume que « le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale ».

⁶⁴ Le critère de lieu d'exécution pour désigner la loi applicable se trouve à l'article 10.2 de la convention de Rome de 1980.

⁶⁵ Article 5.1.

applicable aux modalités d'exécution du contrat ainsi qu'aux mesures à prendre par le créancier en cas de défaut dans l'exécution.

Les raisons de la mise en avant de ce facteur sont multiples. La doctrine⁶⁶ renseigne notamment que le lieu d'exécution du contrat constitue « le centre de gravité et la fonction socio-économique du contrat ». Elle estime également que, lors de la conclusion du contrat, les parties ont en vue l'exécution qui constitue la finalité de l'accord et cherche à lui donner sa plénitude. Enfin, ce critère permet l'application de la loi du pays dont l'économie est affectée par le contrat.

Mais il faut constater que l'absence de texte réglant le problème de la localisation d'un contrat exécuté en ligne est manifeste.

L'exécution du contrat en ligne pose un vrai problème de détermination du lieu de l'exécution. En effet, dans toutes les hypothèses de mise à disposition d'informations ou de biens informationnels, tels que les logiciels ou la musique, il convient de déterminer si le vendeur livre l'information sur la machine de l'acquéreur ou ce dernier « se déplace » pour récupérer le bien sur la machine de son cocontractant.

Une solution peut être trouvée à travers un raisonnement par analogie avec la vente de marchandises, par laquelle le lieu d'exécution est celui du lieu de livraison.

⁶⁶ Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL, *Droit international privé*, 7^{ème} éd., Paris, Précis Dalloz, 2001, p.459.

Ainsi, si on prend l'exemple du téléchargement d'un logiciel depuis un site Internet, et selon les solutions retenues, le lieu d'exécution de la prestation pourra être celui où se trouve le serveur du site marchand sur lequel la transaction a été conclue, le lieu d'hébergement du serveur depuis lequel le logiciel est téléchargé, ou le lieu où se trouve l'ordinateur à destination duquel le logiciel est téléchargé⁶⁷.

Ce raisonnement amène à hésiter entre deux solutions. Ainsi, dans l'exemple du téléchargement d'un logiciel, il faudra distinguer selon que le logiciel s'installe directement, ou selon que le fichier téléchargé devra être exécuté pour s'installer. Dans le premier cas, le lieu où se trouve l'ordinateur sur lequel le logiciel a été installé sera retenu comme lieu d'exécution effectif, mais, dans le second cas, il faudra tenir compte du lieu de livraison, ce qui implique, compte tenu du format numérique du logiciel, de retenir le lieu où est hébergé l'ordinateur qui va réceptionner le produit. Il s'agira donc du lieu où est situé l'ordinateur qui permet à l'acquéreur d'accéder au réseau, à savoir soit le lieu où se trouve son ordinateur de réception, soit, si l'acquéreur n'est pas directement relié au réseau Internet, le lieu où se trouve son fournisseur d'accès⁶⁸.

La loi-type de la CNUDCI préconise de retenir que les données échangées sont réputées avoir été expédiées du lieu où l'expéditeur a

⁶⁷ Séverin COUTELLIER et Ludovic DURINDEL, *La loi applicable aux contrats conclus sur Internet*, Mémoire de DESS droit de l'information et de la communication, Université d'Orléans, 2001-2002, p.23 ; Nicolas MACCAREZ et François LESSLE, *Le commerce électronique*, Paris, PUF, Coll.QSJ ?, 2001, p. 23 ; Ugo DRAETTA, op.cit., 2003, P. 219.

⁶⁸ Ibidem.

son établissement, et avoir été reçues au lieu où le destinataire a son établissement⁶⁹.

Néanmoins, cette loi-type n'a pas vocation à devenir contraignante : il s'agit seulement d'un guide à l'attention des Etats qui souhaiteraient réviser leur législation en matière de commerce électronique.

Les parties à un contrat de vente conclu par Internet ont donc tout intérêt à prévoir dans leurs conventions qu'elle sera réputée être exécutée en un lieu déterminé.

B. LA LOI DU LIEU EFFECTIF DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

En principe, un contrat se forme au lieu où se trouvent les parties et au moment où leurs volontés se rencontrent. Comme nous ne cessons de le souligner, l'application de cette règle pose un problème lorsque le contrat est conclu par internet.

Ainsi, pour un contrat conclu sur un site web, on pourra retenir comme lieu de conclusion soit le lieu où est hébergé le site, soit le lieu de résidence du vendeur, soit le domicile de l'acquéreur. De même, un contrat conclu par courrier électronique pourra être réputé formé au lieu de l'émission de l'accord, ou au lieu de réception⁷⁰.

Dans les hypothèses où ces solutions ne seraient pas suffisantes, la doctrine a amplement débattu de ce problème.

En dernière analyse, on peut affirmer tout d'abord que le lieu de conclusion du contrat est généralement celui du domicile du pollicitant dès la réception de l'acceptation.⁷¹

⁶⁹ Article 15 de la loi type selon le commerce électronique du 16/12/1996

⁷⁰ Séverin COUTELLIER et Ludovic DURINDEL, *op.cit.*, P. 8 .Les théories sur la détermination du lieu et du moment de conclusion ont été développées dans la première partie de ce travail.

⁷¹ Ugo DRAETTA, *op.cit.* P. 221

Il est important de rappeler que les normes de droit international privé renvoient fréquemment à des notions de domicile, de résidence, d'établissement, de siège de l'activité, de siège de l'administration des personnes morales, ...⁷²

Au début, il s'était posé le problème d'interpréter ces notions, dans le monde d'internet. On s'est demandé si le lieu où est localisé l'ordinateur dans lequel sont exécutées les informations transmises à travers internet, ou bien si le site Internet, peuvent en eux-mêmes compléter la notion « de résidence, d'établissement ou, celle d'une succursale, d'une agence ou de tout autre siège de l'activité »⁷³.

En théorie comme en pratique, il n'existe que deux possibilités, soit l'application de la loi du pays où l'information (au sens large du terme) stockée sur un serveur est ainsi à la disposition du public, soit celle du ou des pays où le public a accès à cette information.⁷⁴

Si l'on opte pour la première solution, une information ou une offre de produits ou de services mise à la disposition du public sur un serveur situé en France est seulement soumise aux lois françaises.

Des Etats européens ont retenu cette solution en acceptant à Internet soit celle du lieu de serveur où les informations sont stockées ou mises à la disposition des internautes dès lors que celui-ci seront également celui

⁷² Article 3 et 4 de la convention de Rome, article 3 Convention de la Haye de 1955, article 16 du règlement européen de 2001

⁷³ Ugo DRAETTA, *op.cit.*, p. 222

⁷⁴ Nicolas MACAREZ et François LESLE, *op.cit.* p. 25

de l'établissement de la personne physique ou morale qui met ces informations à la disposition du public⁷⁵.

Le Droit positif tend aussi bien aux Etats-Unis qu'aux Pays-bas, en Allemagne qu'en France, à s'orienter vers la même solution, tenant compte des principes généraux du Droit et de la spécificité d'internet. Les informations sont en principe soumises à la loi du seul pays dans lequel elles sont mises à la disposition du public (loi du serveur), dès lors que cette mise à disposition se fait d'une manière passive, qui implique que l'internaute sollicite activement les dites informations. On considère alors qu'il se déplace vers le serveur afin d'en récupérer l'information de son choix.

Ainsi, aux Etats-Unis, le fait qu'un site web « passif » situé dans le Missouri soit accessible dans l'Etat de New-york n'est pas suffisant pour le soumettre à la loi de l'Etat de New-york. Il a été jugé qu'une entreprise Norvégienne qui offrait ses produits au public via un site web « passif » situé en Norvège n'était pas soumise aux lois et à la juridiction de l'Etat de Texas. Mais si les informations sont envoyées activement, sans sollicitation préalable de l'internaute auquel elles sont destinées, dans d'autres pays que celui où est situé le serveur, les tribunaux considèrent généralement que ces informations tombent alors sous le coup des lois du pays de réception, comme indiqué précédemment.

Par exemple, si une société de vente par correspondance comme la Redoute met son catalogue à la disposition du public sur Internet au moyen d'un serveur situé en France, cette mise à disposition est alors

⁷⁵ Nico MACAREZ et François LESLE, *op.cit.*, p.25.

régie par les lois françaises, lorsqu'un internaute situé en Arabie se connecte sur ce catalogue; il est alors dans la même situation que le citoyen saoudien qui prend l'avion pour acheter le catalogue de la Redoute dans un kiosque Parisien.⁷⁶

Pour plus de précision, il est à remarquer qu'en entrant sur son ordinateur un nom de domaine, c'est-à-dire l'adresse de l'ordinateur auquel l'internaute désire se connecter, du type « apple.fr », l'utilisateur sait qu'il entre en contact avec une société Française ; du type « .ca » l'utilisateur sait qu'il entre en contact avec une société Canadienne ; « .be » avec une société Belge ; «.intnet.bj », avec une société Béninoise ; « .sn » avec une société Sénégalaise, ... Cela permet de localiser son cocontractant, et partant la loi applicable.

Mais, lorsqu'il s'agit d'un nom de domaine neutre se terminant par un « .com », « .net », les moyens de déceler le correspondant devient difficile. Par exemple, si l'utilisateur entre comme nom de domaine « bmw.com », on peut se demander s'il communique avec l'entreprise BMW France, ou avec BMW Allemagne ou Etats-Unis.

Dans ce cas, il faudra recourir à d'autres critères comme celui du siège de l'activité économique ou de l'activité professionnelle de l'opérateur, ou celui de la vente internationale de marchandises que prévoit l'article 10 de la Convention de Vienne, lorsqu'il se réfère au lieu avec le contrat ou son exécution présente le lien le plus étroit.

⁷⁶ Nicolas MACAREZ et François LESLE, *op.cit.*, P. 25

SECTION 2 : REGLEMENT DES LITIGES

Comme tout contrat, le contrat de commerce électronique comporte certains risques juridiques susceptibles d'engager les parties dans un contentieux. Ces risques peuvent se développer dans cet environnement nouveau qui constitue le réseau internet. Le client ne peut matériellement voir, toucher, goûter, tester l'objet ou le service convoité avant de s'engager, il le découvre au moment de livraison.

La chose achetée risque ainsi de ne pas être conforme à ses attentes, à la description ou bien encore à la photographie figurant sur le site Internet du commerçant et il peut avoir de multiples raisons de se plaindre. Il peut y avoir également défaut de paiement dans le chef de l'acheteur. Il faudra alors chercher à résoudre le litige né. Le règlement peut être extrajudiciaire (§1) ou judiciaire (§2).

§1. LE REGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES

Les parties peuvent convenir d'écarter les tribunaux étatiques pour la résolution de leur litige compte tenu des avantages que présente la justice privée (A). De nos jours, la résolution litiges commerciaux en ligne est possible. Les sites qui proposent de tels services sont multiples (B).

A. AVANTAGES

Dès la conclusion du contrat ou encore après l'apparition de leur différend, les cocontractants peuvent décider d'un commun accord de ne pas s'en remettre aux tribunaux pour résoudre le litige qui les oppose. Ils s'accordent alors pour s'en remettre à une justice privée dont ils estiment qu'elle sera plus efficace et répondra mieux à leurs attentes.

Les motifs du recours à un mode alternatif de règlement des différends tiennent le plus souvent à un souci de discrétion et à un souci d'efficacité et de rapidité. C'est aussi, bien entendu, par souci de simplification et d'économie qu'est choisie cette technique extrajudiciaire.

La désignation d'un arbitre supprime la difficulté de déterminer le tribunal compétent et affranchit du formalisme procédural, donc du recours obligatoire aux auxiliaires de justice (avocats, huissiers, ...). Cette technique dispense le demandeur et le défendeur de se déplacer ou se faire représenter devant un tribunal, ce qui, compte tenu des distances qui peuvent séparer deux contractant du commerce électronique, constitue un avantage non négligeable⁷⁷.

Les principaux modes de traitement extrajudiciaires des litiges sont l'arbitrage et la médiation.

Nul ne peut y être contraint. Il faut donc un accord dans ce sens. En cas d'arbitrage, l'arbitre reçoit des parties la mission de vider les différends qui les opposent par une sentence arbitrale qui s'impose à elles.

⁷⁷Vincent GAUTRAIN, François JACQUOT, Pierre LEMYRE et alii, op.cit. PP. 206-207

En revanche, dans la médiation, la mission du médiateur n'est pas aussi autoritaire car son rôle consiste seulement à rechercher avec les parties les termes d'un accord amiable supprimant la difficulté qui les oppose.

B. REGLEMENT EN LIGNE DES LITIGES

Au plan national et international, de nombreux organismes se donnent pour mission de faciliter le recours à ces modes alternatifs de traitement des différends, notamment ceux liés aux opérateurs de commerce électronique.

Les sites qui proposent en ligne un règlement des litiges sont en plein essor. Certains d'entre eux se sont spécialisés dans un seul mode de règlement ou bien encore dans un seul type de litige⁷⁸.

En même temps qu'il fait naître de nouveaux types de contentieux, le développement de la pratique du réseau et des activités commerciales sur Internet suscitent une évolution des méthodes de traitement des litiges. Plusieurs sites se proposent de résoudre en ligne les litiges. Ils utilisent la technique de la médiation ou de l'arbitrage selon le cas ou bien encore les deux. Quant à leurs domaines de compétence, certains sites se veulent généralistes tandis que d'autres se spécialisent dans le règlement d'un seul type de litige.

L'un des premiers centres dédiés à la résolution en ligne des litiges fut le cyber-tribunal⁷⁹, centre de résolution des conflits cybernétiques, qui avait été présenté en Juin 1998 par le centre de recherche en Droit public de l'université de Montréal à l'initiative du professeur KARIM BENYERKHLEF.

⁷⁸ Vincent GAUTRAIS, François JACQUOT, Pierre LEMYRE et alii, op.cit., pp. 207 et svtes

⁷⁹ Ibidem.

Le cyber-tribunal proposant en ligne à la fois des services de médiation et d'arbitrage. Pour la médiation, le cyber-tribunal avait proposé une solution innovante en vue de garantir l'invention des deux parties à la procédure de conciliation. Une fois nommé, le médiateur était chargé d'inviter par courrier électronique l'autre partie à consulter une page à son nom. Il trouvait sur celle-ci une explication de ce qui lui était reproché. En cas d'échec de la procédure de médiation, les parties avaient encore l'opportunité de se tourner vers l'arbitrage.

Le cyber-tribunal était saisi d'une procédure d'arbitrage par le biais d'un formulaire préétabli. Le demandeur y indiquait notamment son nom, la nature du différend à l'origine de sa demande, l'objet de sa demande et le texte de la clause compromissoire ou de la convention d'arbitrage.

Si la demande entrait dans son champ de compétence, le secrétariat du cyber-tribunal nommait un ou trois arbitres. Ce choix devait être approuvé par les parties. Par le biais du site de l'affaire en cours, les parties communiquent entre elles.

Au vu des documents qui lui avaient été fournis et éventuellement après l'audition des théories, le tribunal arbitral rendait sa décision dans les trente jours de la clôture des débats.

L'activité du cyber-tribunal a pris fin en Décembre 1994 pour faire place à un nouveau projet de résolution en ligne des différends dénommé « eResolution ».

Depuis le 1^{er} Janvier 2000, la société canadienne eResolution propose ses services en lignes. Elle bénéficie de l'accréditation de l'organisation

américaine chargée d'attribuer les noms de domaine, l'Internet Corporation For Assigned Names and Numbers (ICANN).

La société a offert ses services d'arbitrage pour le contentieux des noms de domaine dans un premier temps, mais elle se propose de traiter également tout litige concernant le commerce électronique⁸⁰.

En France, une association privée créée en 1997 et dénommée IRIS (Imaginons un Réseau plus Solidaire)⁸¹ propose des services en ligne pour la résolution des petits conflits liés à l'internet. Les parties désireuses de soumettre un litige à la médiation disposent de deux procédés pour joindre l'association, soit par l'intermédiaire du formulaire qui se trouve sur le site, soit par courrier électronique. Sur le formulaire, le demandeur indique ses coordonnées et donne un exposé bref des problèmes qu'il rencontre. Les médiateurs de l'association sont des bénévoles issus de diverses professions (juristes, enseignants, informaticiens, ...). Ils sont chargés de mettre le demandeur en relation avec l'autre partie.

Aux Etats-Unis, il y a l'« on line omtuds office » qui propose un service de médiation en ligne. Ce projet qui a vu le jour en 1996 est un outil du NCAIRC (National Center for Automated Information Research).

L'association peut être jointe par le formulaire en ligne ou par courrier électronique s'efforcent aussi de mettre à profit la technique pour faciliter le règlement des difficultés qui peuvent apparaître dans leurs

⁸⁰ www.eResolution.ca,

⁸¹ www.iris.sgrg.org

rapports avec la clientèle. Elles proposent de résoudre en ligne les litiges à partir de leur site Internet⁸².

Certaines entreprises qui font commerce sur Internet offre à leurs clients un service de règlement de litiges en ligne. Ce service vient simplement s'ajouter aux divers autres services proposés en périphérie de l'opération commerciale principale. Selon une première démarche, le client insatisfait d'une opération conclue avec le commerçant électronique (erreur de modèle à la livraison, manquants, absence ou inadaptation des accessoires, articles détériorés lors du transport, ...) se voit offrir la faculté d'en avertir le fournisseur par un courrier électronique expédié vers une adresse dédiée ou encore par téléphone (pratique dite des « numéros verts » en France).

Dans de tels cas, le litige peut être réglé très vite par un simple dialogue entre les parties. Concrètement, le service-vente joue à la fois un rôle de service après vente et un rôle de conciliateur entre les intérêts bien compris du client et de l'entreprise. La démarche consiste à aplanir facilement et rapidement les difficultés en vue d'éviter la naissance d'un véritable contentieux.

Certains organismes tendent à sécréter des normes qui n'ont qu'une valeur indicative, mais qui, pour peu qu'elles soient suivies, pourront un jour se transformer en usages de la « lex mercatoria » électronique. Les organismes suivant sont actifs⁸³ :

⁸² www.aaron.sbs.umass.edu/center/ombuds/default.htm

⁸³ Lionel BOCHURBURG, *op.cit.*, no 1919, p.246.

- la CCI a élaboré, outre les normes pour le marketing et la publicité, un projet sur la compétence et la loi applicable dans le commerce électronique. Dans ses recommandations, l'ICC encourage le règlement extrajudiciaire des litiges entre entreprises et consommateurs résultant des transactions en ligne. L'ICC propose un processus à trois niveaux :

1. en cas de plainte du consommateur, les parties devraient d'abord tenter dans la mesure du possible d'utiliser les mécanismes internes de l'entreprise, tels que son service client ;
2. si le différend persiste, les parties devraient recourir au règlement alternatif des différends (ADR) en ligne, un moyen efficace en termes de coût qui peut aplanir les barrières géographiques et culturelles et
3. si le différend n'est toujours pas réglé, les parties peuvent se tourner vers la justice.

-la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), organisme rattaché à l'ONU, dans son « Rapport sur le commerce électronique et le développement »⁸⁴ revient sur les avantages du règlement en ligne des litiges en ces termes « ...le règlement en ligne des différends, en tant que processus pouvant contribuer à renforcer la confiance, est particulièrement nécessaire dans des situations où de nouvelles relations sont constituées et où les voies de recours judiciaires sont inexistantes ou inefficaces. Même si ces mécanismes de règlement en ligne des différends sont encore balbutiants ou inexistant dans la grande majorité des pays en développement, ils ont la possibilité de se développer et de résoudre de manière équitable et peu onéreuse les litiges découlant des transactions en ligne... ».

⁸⁴ CNUCED, « Rapport sur le commerce électronique et le développement 2003 », New York et Genève, 2003, 26 pages, sur www.unctad.org/ecommerce.

-La CNUDCI a, quant à elle, élaborée deux lois types portant respectivement sur le commerce électronique et la signature électronique.

Les modes de résolution des litiges extrajudiciaires peuvent être tenus en échecs, d'où il faudra recourir aux tribunaux. Aussi les parties peuvent-elles privilégier le règlement judiciaire.

§2. LE REGLEMENT JUDICIAIRE DES LITIGES

Il est, ici, question de déterminer les différentes juridictions susceptibles de connaître d'un litige né dans un contrat passé par Internet (A) tout en précisant que les commerçants internautes ont la possibilité d'insérer une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire dans leur contrat(B).

A. COMPETENCE DES TRIBUNAUX ET CONTRATS EN LIGNE

La plupart des règles nationales et internationales dégagent un principe commun. Il est unanimement admis que le tribunal du lieu du domicile, résidence ou établissement du défendeur est compétent et donc les tribunaux de l'Etat dans lequel celui-ci est établi sont compétents. Les tribunaux béninois sont ainsi compétents chaque fois que l'un des critères de compétence territoriale admis en droit interne, c'est-à-dire par le Code de procédure civile, se localise dans le territoire national. Il s'agit, notamment, du domicile du défendeur et du lieu de situation d'un immeuble.

En somme, le régime de la compétence territoriale interne est étendue à la compétence internationale avec toutes ses implications.

Ajoutons aussi le fait qu'en vertu des articles 14 et 15 du Code civil, les tribunaux béninois sont compétents lorsqu'un national⁸⁵ est partie au litige en qualité de demandeur ou de défendeur. Cette compétence couvre toutes les actions patrimoniales ou extrapatrimoniales sauf, bien entendu, les actions réelles immobilières et les voies d'exécution.

A cette compétence générale, s'ajoutent des compétences spéciales qui trouveront à s'appliquer.

Il y a lieu de penser notamment au tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à l'action a été ou doit être exécutée.⁸⁶

L'application de ces règles classiques aux litiges Internet est possible.

Dans la précédente section, nous avons souligné que le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse s'avérera difficile à déterminer lorsque l'exécution a lieu en ligne à cause de l'immatérialité de l'objet des contrats. C'est le cas de l'envoi d'un morceau musical ou le téléchargement d'un logiciel. Dans l'hypothèse où un internaute aurait, contre paiement, téléchargé un logiciel qui s'avérerait défectueux, on peut considérer qu'il aurait à sa disposition deux fois, s'il souhaitait assigner son cocontractant : le for du domicile de son cocontractant d'une part, celui du lieu dans le ressort duquel est situé le serveur depuis lequel il a téléchargé le logiciel d'autre part. C'est en effet la personne qui télécharge le programme qui paye le coût de la communication et se charge donc du transport de l'objet du contrat, constitué par des données informatiques, depuis le serveur sur lequel elle s'est connectée jusqu'à son propre ordinateur.

⁸⁵ On parle de la compétence fondée sur la nationalité.

⁸⁶ V. articles 2 et 5 de la convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 précitée.

Le cocontractant n'a quant à lui qu'un rôle passif de mise à disposition des données informatiques.

Si le logiciel était « livré » au cocontractant par l'intermédiaire d'un courrier électronique, le tribunal du lieu de livraison serait celui du serveur de courrier électronique du destinataire⁸⁷.

B. LES CLAUSES DE PROROGATION DE COMPETENCE EN LIGNE

Les parties peuvent déroger aux principes décrits ci-avant en convenant d'une clause attributive de compétence. Des conditions de forme sont toutefois requises. Ainsi la convention attributive de juridiction, pour être valable, doit notamment être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite. Le règlement européen de 2000 précité renseigne à ce sujet que « toute transmission par voie électronique qui permet de corriger durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite ».

La conclusion de conditions en ligne contenant une clause attributive de juridiction sera indubitablement valable si les conditions sont confirmées par l'envoi d'un courrier électronique, dans la mesure où il s'agira d'une information consultable ultérieurement sur le disque dur de l'ordinateur de l'acheteur, tandis que le seul affichage à l'écran des conditions, suivi de leur impression à titre d'échange, sera probablement jugé insuffisant.⁸⁸

Les règles de compétence sont modifiées lorsqu'un consommateur intervient dans un contrat. Par consommateur, l'on entend la personne qui s'engage dans un contrat pour un usage qui peut être considéré comme étranger à son activité professionnelle.

⁸⁷ Thomas GERBEAUX, *op.cit.*, p.15.

⁸⁸ Thibault VERBIEST, *op.cit.*, pp.1-2.

L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie (le vendeur via un site web, par exemple) ne peut être portée que devant les tribunaux de l'Etat contractant sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, tandis que l'action intentée par le consommateur contre l'autre partie peut être portée, à sa discrétion, soit devant les tribunaux de son domicile soit devant ceux du domicile de l'autre partie. Par contre, le simple fait pour le consommateur d'être informé à propos d'un produit ou d'un service par le biais d'un site « passif » (ne permettant pas de conclure un contrat), accessible dans son pays de résidence ne suffirait pas.

Dans ce cas, il serait soumis au même régime que celui des commerçants, en vertu duquel une partie peut être attraite devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

Ce lieu étant, nous le rappelons, pour la vente de marchandises le lieu d'un Etat où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées.⁸⁹

Face à la difficulté qu'il peut exister à déterminer la loi et la juridiction compétente en cas de litige, il apparaît donc que la désignation de celles-ci par les contractants eux-mêmes peut constituer une bonne précaution et un atout essentiel pour les suites contractuelles de leur engagement.

⁸⁹ « La résolution des litiges transnationaux sur Internet », sur le site www.mineco.fgov.be

CHAPITRE 2 : LE REGIME DE LA PREUVE

L'Internet présente certes l'avantage de pouvoir contracter à tout moment, rapidement et dans n'importe quel domaine ; mais encore faut-il que les contrats puissent être prouvés.

En effet, la preuve est un élément déterminant de la reconnaissance d'un droit. L'affranchissement du support papier dicté par les moyens modernes de communication pose des problèmes lorsqu'il s'agit de transposer les concepts d'écrit et de signature aux nouveaux médias caractérisés par la dépersonnalisation des relations et la dématérialisation des opérations.

Cette réalité a exigé l'utilisation de nouveaux moyens de preuve, en consacrant la valeur probante des échanges électroniques (section 1) et en introduisant la signature électronique (section 2).

SECTION 1 : DES ECHANGES ELECTRONIQUES

Dans le cadre des relations commerciales sur Internet, de nombreux documents électroniques peuvent être échangés (emails, formulaires de commande en ligne, envois de factures électronique, ...).

En cas de litige portant sur une transaction, les parties en présence devront prouver ce qu'elles allèguent, tâche délicate lorsque les éléments de preuve sont essentiellement des documents électroniques ou des impressions de ceux-ci. Ceci étant, plusieurs Etats ont mis en place des

textes qui reconnaissent la valeur juridique de la preuve électronique (§1). Le cas du courrier électronique devra attirer notre attention (§2).

§1. LA RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA PREUVE ELECTRONIQUE

L'apparition de l'Internet a rendu le régime de la preuve du code civil inapproprié. Il a fallu que le législateur, notamment français, procède à la réforme de ce code pour la redéfinition de l'écrit (A) et pour accorder une valeur probante à un écrit électronique (B).

A. LA REDEFINITION DE LA PREUVE LITTERALE

L'article 1341 du code civil énonce : « il doit être passé acte devant notaire ou signatures privées de toutes choses excédant une valeur fixée par décret ... » (5.000 francs, c'est le montant de la demande en justice). Le principe de base retenu est donc la prééminence de la preuve littérale (l'écrit manuscrit). Le système probatoire dans l'espace OHADA étant d'inspiration napoléonienne, seuls sont en principe admissibles les moyens de preuve requis aux articles 1341 et suivants du code civil français.

De telles dispositions s'opposent à la logique même des relations contractuelles sur les réseaux.

Il est à remarquer que ni l'écrit, ni la signature ne font l'objet d'une définition légale. Ce sont les nouvelles dispositions du Code civil qui viennent de combler ce vide.

Selon le nouvel article 1316 du code civil : « 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 »⁹⁰. Cette définition a été entièrement reprise par l'UEMOA⁹¹

Cette définition de l'écrit est extensive, ce qui valide toutes formes d'écrits, y compris mais non exclusivement, ceux sous formes électroniques.

Traditionnellement, l'écrit avait fini par se confondre avec son support papier. Pourtant le dictionnaire définit l'écriture comme « une représentation de la parole et de la pensée par des signes », sans qu'il soit fait référence à un quelconque support papier.⁹²

La loi met fin à cette confusion : la preuve littérale est redéfinie afin de la rendre indépendante de son support. La preuve littérale ne s'identifie plus au papier, ne dépend ni de son support matériel, ni de ses modalités de transmission. La définition respecte ainsi le principe de neutralité technologique.⁹³

⁹⁰ Loi n° 2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique. Nous estimons que les nouvelles dispositions de cette Loi peuvent s'appliquer dans les Etats de l'OHADA qui continuent à utiliser le Code civil, la Loi 2000-230 faisant partie de ce Code.

⁹¹ Art. 18 du Règlement no 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). Outre les instruments classiques de paiement, le Règlement aborde notamment la monnaie électronique, le porte-monnaie électronique, la signature électronique, le virement électronique et la preuve électronique.

⁹² Valérie SEDALLIAM, « Preuve et signature électronique », www.juriscom.net/chr/2/fr20000509.htm

⁹³ Eric CAPROLI, « Le juge et la preuve électronique », www.juriscom.net, 10 janvier 2000.

La loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique est intervenue sur le concept d'écrit selon le principe de « l'équivalence fonctionnelle ». Ainsi la loi modèle assimile un message de données à un écrit si son contenu peut être consulté ultérieurement.⁹⁴

La suite de signes constituant l'écrit doit être ordonnée de manière à être intelligible : l'écrit doit pouvoir être produit de façon lisible et compréhensible par l'homme. Un texte peut être crypté, mais il doit pouvoir être déchiffré pour posséder une vocation probatoire.⁹⁵

B. LA FORCE PROBANTE DE L'ECRIT ELECTRONIQUE

Selon le nouvel article 1316-1 du code civil, équivalent de l'article 19 du Règlement no 15/2002 de l'UEMOA précité : « 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 ». L'article 1316-3 renchérit que : « l'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

Ainsi, le législateur n'a pas voulu instituer de hiérarchie entre support électronique et support papier.

Quant au règlement des conflits de preuve, il est inséré dans le code civil un article 1316-2 précisant qu'il appartiendra souverainement au juge de

⁹⁴ Article 6

⁹⁵ « L'introduction de la preuve électronique dans le code civil », étude par un groupe d'universitaires », JCPG 1999, I, n°6, in Valérie SEDALLIAM, p.68.

déterminer au cas par cas, en tenant compte des circonstances de l'espèce, quelle est la preuve littérale, la preuve la plus vraisemblable.

Un arrêt de la cour française de cassation avait déjà rappelé que « lorsque la partie à la quelle on oppose un acte sous seing privé en dénie l'écriture et la signature, il appartient au juge de vérifier l'acte constaté et de procéder à la vérification d'écriture au vu des éléments dont il dispose, après avoir, s'il y a lieu, enjoint aux parties de produire tous documents à comparer à cet acte ». ⁹⁶

La force probante de l'écrit électronique est, aujourd'hui, reconnue par la législation de plusieurs autres pays. Par exemple, l'article 33 de l'Avant-Projet de loi sur le commerce électronique du Cap Vert dispose que « l'écrit sous forme électronique est admis 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'intégralité ». ⁹⁷

De même, l'article 4 de la loi tunisienne renseigne que « la conservation du document électronique fait foi au même titre que la conservation du document écrit ». ⁹⁸

L'avant projet de loi sur le commerce électronique du Burkina-Faso de 2002 reprend en substance les principes qui se dégagent des autres législations, comme l'équivalence fonctionnelle entre, d'une part le

⁹⁶ Civ. 15 Février 2000, cité par Valérie SEDALLIAN, op.cit., p. 3

⁹⁷ Le projet est disponible sur le site www.itu.int/ITU-D/e-strategy/seminary/capverde/avantprojetdeloi1.htm

⁹⁸ Loi du 09 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques, sur www.signelec.com/content/se/afrique/loi_tunisienne.html.

document et la signature de l'écrit classique, sous réserve de leur accessibilité, de leur fiabilité et de leur intangibilité, tout particulièrement pour ce qui est de la signature⁹⁹.

Et le droit québécois de préciser que « la valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisi. Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit ». ¹⁰⁰

L'admission d'un écrit sous forme électronique en tant que preuve au même titre que l'écrit papier est donc consacrée à la double condition que puisse être identifié celui dont il émane et que les conditions dans lesquelles il est établi et conservé en garantissent l'intégrité.

§2. LE COURRIER ELECTRONIQUE

La question posée est celle de savoir dans quelle catégorie de moyens de preuve peut entrer un courrier électronique. S'agit-il d'un original, d'une copie d'un original, d'un commencement de preuve par écrit, doit-

⁹⁹ Filiga Michel SAWADOGO, « Approche nationale et régionale de la mise en place d'une réglementation du commerce électronique : le cas du Burkina et de l'Afrique de l'Ouest », Communication à la « Conférence régionale africaine de haut niveau sur les stratégies de commerce électronique pour le développement », organisée conjointement par la CNUCED et le ministère du tourisme, du commerce et de l'artisanat de la Tunisie, à Tunis du 19 au 21 juin 2003, sur www.ro.unctad.org/ecommerce/event_docs.

¹⁰⁰ Art.5 de la loi québécoise concernant le cadre juridique des technologies de l'information adoptée et sanctionnée le 21 juin 2001.

on les considérer comme des rudimentaires d'indices ou présomption graves de nature technologique (A).

Bref, il faut déterminer sa valeur juridique au regard de la jurisprudence existante (B).

A. LA QUESTION DU COURRIER ELECTRONIQUE COMME MODE DE PREUVE

Le courrier électronique est la ressource la plus utile de l'internet. Il permet d'envoyer des messages et documents à une personne déterminée, grâce à une adresse virtuelle que chaque utilisateur connecté détient.

Il est, à l'heure actuelle, l'outil d'Internet le plus répandu pour les professionnels comme pour les particuliers. Son nom anglais « e-mail » (ou electronic mail) s'est imposé dans le vocabulaire courant des internautes qui le nomment ainsi plus simplement « mail ».

Il permet de correspondre avec d'autres personnes, sans tenir compte de la distance et à un coût réduit.

En fait d'écrit, l'échange de correspondances par courrier électronique n'est rien d'autre que la transmission d'impulsions électroniques. S'il ne peut faire foi d'actes sous seing privé ce type de correspondance peut néanmoins revêtir le caractère de commencement de preuve par écrit.

En effet, la jurisprudence de la cour de cassation fait une acception large de cette notion. L'exigence d'un support papier n'est pas un caractère déterminant de ce début de preuve qui peut se caractériser bien plus par la notion d'œuvre intellectuelle et matérielle de son auteur.¹⁰¹

¹⁰¹ Civ. 1^{ère}, 17 Janvier 1967 : Bull. Civ. I, n°41, Cité par Frédéric Jérôme, op.cit., p.80

En matière commerciale où la preuve est libre, il est néanmoins aisément concevable de retenir le courrier électronique comme un mode de preuve, surtout s'il est d'usage entre les contractants de l'utiliser.

Début ou embryon de preuve, un courrier électronique est aisément falsifiable et modifiable, ce qui implique une très faible force probante. Une solution pour pallier cette faiblesse consiste à utiliser systématiquement des accusés de réception électroniques. Il s'agit ici d'établir une comparaison avec une lettre recommandée avec accusé de réception, ce mode permettant à l'émetteur de faire la preuve de son envoi et de sa bonne réception. La seule limite à cette solution réside dans la possibilité offerte à un informaticien, quelque peu doué de modifier l'accusé de réception d'un courrier électronique.¹⁰²

Aussi, doit-on admettre qu'un message électronique n'apporte généralement aucune fiabilité quant à l'identité de l'expéditeur et à l'intégrité du message. Sa valeur probatoire est donc soumise à l'appréciation du magistrat qui aura à statuer, et dépendra de la connaissance technique de ce dernier.

B. POSITION JURISPRUDENTIELLE

Outil rapide, convivial et volatile comme une conversation ? Pas sûr, a répondu récemment le conseil d'Etat français. Dans certains cas, le courrier électronique a la même valeur juridique qu'une lettre écrite.

Un e-mail, c'est presque comme un coup de fil. On ne réfléchit pas forcément à ce qu'on dit, on utilise un langage familier et on clique sur

¹⁰² Frédéric Jérôme PANSIER, *op.cit.*, p.80.

« envoyer » presque comme un réflexe ou une réponse spontanée dans une conversation. Or, tout ceci n'a rien d'oral, le courrier électronique laisse des traces écrites qui ont depuis peu une valeur juridique.¹⁰³

Dans un arrêt rendu le 28 Décembre 2001, le conseil d'Etat a accepté un e-mail comme preuve lors d'un litige. Les juges ont considéré qu'il était possible d'identifier l'auteur de l'e-mail grâce aux autres documents papiers qu'il avait adressé à ses interlocuteurs. En effet, Monsieur Patrice Blondeau fait appel d'un jugement du tribunal administratif de Besançon qui, le 14 Juin 2001, a annulé son échelon en qualité de conseiller municipal de la commune d'Entre-Deux-Monts (Juna), acquise le 11 Mars 2001. La question de la recevabilité d'une protestation transmise à la préfecture par courrier électronique est beaucoup plus originale.¹⁰⁴

En Juin 2001, le tribunal de grande instance (TGI) de Paris avait aussi reconnu la valeur juridique d'un e-mail. Il s'agissait cette fois-ci d'un courrier recommandé « envoyé sur un site qui propose ce service tels que « lettrerecommandee.com » ou « emailrecommande.com ». Dans ce cas, l'expéditeur reçoit un certificat d'émission et le destinataire un certificat de délivrance. Depuis la décision du TGI de Paris, ces services sont reconnus par les tribunaux.¹⁰⁵

Au regard de ce qui précède, nous remarquons que le juge peut retenir un e-mail comme mode de preuve s'il respecte les trois principes de

¹⁰³ Patrick HAUSS, « La preuve par l'e-mail », www.indeed.net/doc.jsp?id=1439

¹⁰⁴ Franques MALLOG, « Le conseil d'Etat admet la recevabilité d'une requête contentieuse prétextée par courrier électronique », in DALLOZ, 2002, n°25, p.2008

¹⁰⁵ Patrick HAUSS, idem, et Burçin GERCEK, « la valeur juridique d'un e-mail : pouvez-vous produire un courrier comme preuve devant la justice ? » www.arobase.org/loi/valeur.htm

probabilité suivants : identification claire de l'émetteur, précision de la date et assurance de l'intégralité du message. Pas question donc de prétendre à un droit parce qu'on a mis un nom quelconque en bas du message ou qu'on a envoyé un mail avec l'adresse pdgdelasocieteahoo.com¹⁰⁶.

Pour une double sécurité, il est généralement possible d'ajouter une signature électronique aux messages recommandés.

SECTION 2 : LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

Les ordres internes attribuent au document de faits ou de données juridiques importants. Ils ont en commun la nécessité de garantir la valeur juridique de la signature opposée sur un document afin d'en identifier l'auteur ainsi que d'en constater la volonté d'opposer la signature elle-même et par conséquent d'assumer la responsabilité du contenu du document.

Avec la transaction télématique employant un instrument dépersonnalisé et intrinsèquement anonyme, la nécessité d'attribuer une valeur juridique à la signature électronique s'est fait ressentir (§1). L'institution des prestataires de services de certification a également été imaginé pour recevoir confirmation de l'identité du signataire qui a généré les signatures électroniques (§2).

¹⁰⁶ Patrick HAUSS, op.cit.,p.74.

§1. VALEUR JURIDIQUE DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

A l'heure actuelle, diverses législations reconnaissent à la signature électronique une force probante (A) en définissant ses fonctions (B).

A. RECONNAISSANCE JURIDIQUE DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

La signature n'était pas définie par le code civil, même s'il mentionnait à plusieurs reprises l'obligation d'une signature : article 1322 sur les actes sous seing prouvée, article 1325 sur le contrat synallagmatique et la formalité du double original, article 1326 sur la reconnaissance de dette. Les fonctions que remplit la signature sont l'identification de l'auteur et la manifestation de sa volonté c'est-à-dire l'approbation du contenu de l'acte.

L'article 1316-4 introduit dans le code civil une définition de la signature, en disposant que : « 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 ». Cette définition est neutre : elle vaut pour toutes formes de signature qu'elle soit manuscrite, électronique ou autre. Il s'agit d'une définition dite fonctionnelle, le nouvel article donnant une définition générale des fonctions de la signature.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Valérie SEDALLIAN, op.cit.,p.68.

Le deuxième aliéna de l'article 1322-2 traite du cas où la signature est électronique en disposant que : « 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 ... ».

Aux termes de l'article 22 du Règlement de l'UEMOA précité, « une signature électronique ne peut être déclarée irrecevable au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique ...la signature sécurisée liée à un certificat électronique qualifié a la même force probante que la signature manuscrite ».

La signature électronique est définie comme une signature sous forme numérique intégrée, jointe ou liée logiquement à des données, utilisée par un signataire pour signifier son acceptation du contenu des données, et qui satisfait aux exigences suivantes :

- être lié uniquement au signataire ;
- permettre d'identifier le signataire ;
- être créée par des moyens que le signataire puisse garder son contrôle exclusif ;
- être liée aux données aux quelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectée.¹⁰⁸ La signature proprement-dite permet d'identifier (certifier) l'auteur du message, et

¹⁰⁸ Lionel BOCHURBERG, op.cit., p.125.

non son contenu. C'est ce problème que résout la signature électronique avancée définit comme « étant liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure de ces données sont détectable ». ¹⁰⁹

Il existe des techniques permettant le renforcement de la force probante de l'échange électronique et de sa signature.

Le conseil d'Etat français, dans le chapitre II de son rapport « Internet et les réseaux numériques » publié durant l'été 1998 après une large consultation d'experts, a exprimé sa position sur la signature électronique. Il s'agit de faire « reconnaître la valeur probatoire du message électronique authentifié par une signature électronique fiable ». Le conseil envisage le dispositif suivant : « lorsqu'un document électronique assorti d'une signature électronique est présenté pour établir la preuve d'un acte, il ne saurait être contesté au seul motif qu'il se présente sous forme électronique ; il tient lieu d'acte sous seing privé dès lors qu'il est assorti d'une signature fiable et qu'il est concerté avec celle-ci de façon durable ». ¹¹⁰

Le droit français s'est largement inspiré de loi modèle de la CNUDCI qui renseigne que « 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

¹⁰⁹ Ugo DRAETTA, *op.cit.*, p.124

¹¹⁰ André BERTRAND et Thierry PIETTE, *Internet et Droit*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, QSJ ?, 1999, p.53.

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 ».¹¹¹

Une proposition européenne de Directive sur la signature électronique a été établie par la commission de Bruxelles et tend à mettre sur le même plan la signature dans le contexte papier et la signature électronique, les Etats membres ne pouvant dénier la validité légale à une signature électronique.¹¹² Plusieurs autres Etats ont une notable avance en matière de signature électronique, parmi eux figurent le Canada et les Etats-Unis.

Les Etats-Unis ont adopté en Juin 2000 l'Electronics signatures in Global and National Commerce Act, ratifié par le président Bill Clinton en signant électroniquement les documents à l'aide d'une carte à puce et d'un code personnel (le prénom de son labrador : Buddy). Mais pour des raisons de validité juridique, le président américain a aussi ratifié la loi de manière manuscrite.¹¹³

En résumé, le document signé électroniquement est désormais admis comme preuve au même titre que l'écrit papier à condition que l'identité de la personne soit validée et que l'intégrité de la transaction soit garantie.

¹¹¹ Article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et guide pour son incorporation du 16 Décembre 1996.

¹¹² Proposition de Directive du 13 Mai 1998.

¹¹³ Nicolas MARACEZ et François LESLE, op.cit., pp.113-114.

B. CARACTERISTIQUES ET INTERETS DE LA SIGNATURE ELECTRONIQUE

La signature permet d'identifier l'auteur du document, manifeste sa volonté et son adhésion personnelle au contenu de ce document. Une transaction électronique sécurisée devra ainsi permettre, pour chacune des parties :

- l'identification : connaître de qui s'agit-il ;
- l'authentification : s'assurer que c'est bien lui, et non quelqu'un d'autre qui usurpe son identité ;
- l'intégrité : les informations échangées ne sont pas modifiables par un tiers ;
- la confidentialité : elles ne sont pas visibles par les tiers ;
- la détermination de la date¹¹⁴.

L'authentification et l'intégrité nous paraissent être les fonctions les plus importantes de la signature électronique comme la signature traditionnelle, la signature électronique apporte la certitude de l'identité du signataire ; on parle d'authentification. Celle-ci peut être de deux natures : authentification des partenaires, authentification de l'origine des informations. En pratique, ce service permet principalement de s'assurer que le correspondant connecté est bien le correspondant annoncé ou de s'assurer du signataire de l'acte.¹¹⁵

L'intégrité est une fonction supplémentaire qui garantit que le contenu d'un message n'a pas été altéré, intentionnellement ou non, pendant l'échange électronique.¹¹⁶

¹¹⁴ Abordant la question du dispositif sécurisé de création de signature électronique, l'article 23 du Règlement de l'UEMOA précité énumère ces éléments.

¹¹⁵ André BERTRAND et Thierry PIETTECOUDAL, op.cit., pp.55-56.

¹¹⁶ Ibidem.

§2. LA CONSERVATION DE L'ÉCHANGE ÉLECTRONIQUE ET DE SA SIGNATURE

Un commerçant peut recourir à un tiers de confiance ou à un procédé d'archivage.

A. LES PRESTATAIRES DE SERVICES DE CERTIFICATION

Dans la Directive européenne fixant un cadre juridique pour les signatures électroniques¹¹⁷, les tiers certificateurs sont appelés « prestataires de services de certification » (PSC). Le PSC est défini comme « toute entité ou personne physique ou morale qui délivre des certificats ou fournit d'autres services liés aux signatures électroniques ». La Directive définit le certificat comme « une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne... ». C'est la même définition qui se trouve à l'article 27 du Règlement no 15/2002 de l'UEMOA .

Le tiers certificateur est ainsi un organisme, public ou privé, qui émet des certificats électroniques. Le certificat est un registre informatique revêtu d'une signature électronique qui identifie l'émetteur du certificat, identifie le souscripteur et donne sa clé publique. ? Il s'agit d'une sorte de carte d'identité électronique qui serait émise par un tiers indépendant et neutre.

¹¹⁷ Directive 1999/93/CE du 19/1/2000.

La signature électronique correspondant à un certificat est considérée appartenir à la personne mentionnée dans le certificat.¹¹⁸

Un certificat peut permettre de vérifier l'identité d'une personne, mais également ses pouvoirs et sa capacité, ses qualifications professionnelles (par exemple il sera possible de vérifier si la personne est bien médecin, avocat, ...), le pouvoir d'engager une société.

Le conseil d'Etat français précise que : « lorsqu'un message électronique est présenté pour établir la preuve d'un acte, il est présumé doté de la force probante d'un écrit sous signatures privées s'il est accompagné d'un certificat délivré par un tiers certificateur accrédité, indépendant du signataire, ... »¹¹⁹

Les prestataires des services peuvent fournir d'autres services tels que l'horodatage, l'archivage, les services de publication et de consultation, ...

La directive européenne établit les cas où la responsabilité des PSC serait engagée. La question de la responsabilité du PSC est particulièrement sensible lorsque le certificat est erroné. La directive prévoit la responsabilité des PSC sur l'exactitude des informations certifiées par eux et sur l'imputabilité de la signature à la date où le certificat a été délivré. C'est ainsi que le Règlement no 15/2002 de l'UEMOA fait obligation à quiconque prétend devenir prestataire de service de certification de « posséder des garanties financières

¹¹⁸ Valérie SEDALLIAN, op.cit.,p.68.

¹¹⁹ Chapitre II du Rapport du Conseil d'Etat français de 1998 précité.

suffisantes pour exercer ses activités et, le cas échéant, indemniser les utilisateurs de ses services ayant subi des dommages du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations ». ¹²⁰ c'est au prestataire de prouver qu'il n'a commis aucune négligence. ¹²¹

B. L'ARCHIVAGE

La force probante de l'écrit électronique ou de sa signature est subordonnée à la condition qu'il soit conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

La question de la conservation est indissociable de la question de la preuve et correspond à un besoin pratique réel.

La conservation des moyens de preuve des durées couvrant la prescription des actes les plus courants, soit au moins jusqu'à 10 ans (selon le code de commerce) en matière commerciale est donc fondamentale. Le délai de conservation des livres de commerce n'est pas mentionné par l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général. Il correspond en général au délai de prescription qui est de 5 ans ¹²². Les données sous forme électronique doivent être archivées dans des conditions offrant des garanties de sécurité contre toute altération, modification ou destruction. L'archivage correspond à l'idée de pérennité de l'information avec la possibilité de la restituer intacte ¹²³. Or, l'informatique ne poursuit pas ces finalités. L'enjeu

¹²⁰ Article 27 in fine.

¹²¹ Article 6

¹²² Article 18 de l'Acte.

¹²³ Aux termes de l'article 10 de la Loi -type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, « lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservés, sous réserve des conditions suivantes : l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consulté ultérieurement, doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu,...

consiste donc à fournir des garanties de sécurité tout en remplissant les fonctions juridiques traditionnelles attachées au papier, preuves dans un univers informatique.¹²⁴

Techniquement, il existe de nombreuses difficultés. Par exemple, compte tenu de l'évolution rapide des techniques, il est difficile de garantir que l'on disposera au moment voulu des interfaces logicielles et matérielles requises pour accéder à la lecture du document électronique établi dix ans plus tôt.

De même, compte tenu de la rapidité des progrès technologiques, il existe un risque non négligeable que la technologie utilisée pour les clés de signature ne devienne obsolète, par exemple que la clé privée puisse être recalculée à partir de la clé publique.¹²⁵

On exige de la conservation qu'elle soit durable. Le code civil définit la durabilité comme résultant d'une modification irréversible du support.¹²⁶

En conséquence, la consultation doit être fiable. Il n'existe aucune description précise d'une « conservation fiable », alors que l'on sait que la « signature fiable » renvoie au moyen électronique et à tout son cortège (clé privée et publique, certificat, tiers, etc). En cas de contestation, ce sera au juge d'apprécier les modalités de la conservation pour dire s'il les estime fiables.

¹²⁴ Eric CAPRIOLI, *op.cit.*, p.70.

¹²⁵ *ibidem*

¹²⁶ Article 1348 aliéna 2

CONCLUSION PARTIELLE

Pour éviter les hésitations, les contestations, les fausses manœuvres et les mauvaises surprises, il est prudent pour les parties à un contrat conclu par Internet de définir par anticipation le ou les tribunaux qui pourraient être amenés à connaître d'un éventuel litige ultérieur, ou de prévoir une clause d'arbitrage. Le choix de la loi applicable reste également possible.

Certains sites limitent volontairement la portée de leur offre commerciale, en faveur d'un territoire ou bien encore d'une certaine catégorie de personnes. Un commerçant prendra soin par exemple de prévoir que son site ne s'adresse qu'à des clients résidant en Amérique du Nord ou à des clients résidants en Algérie.

Bien qu'elles n'aient pas les mêmes conséquences qu'une clause attributive de juridiction, qui est entendue entre les parties et désigne clairement la juridiction qui aura à connaître du litige, de telles dispositions ont pour effet de limiter considérablement le nombre de systèmes juridictionnels susceptibles d'avoir à trancher d'éventuels différends.¹²⁷

Pour la CCI, la liberté de contrat devrait être respectée à titre de principe général sous-tendant les décisions relatives au choix de la loi et de la juridiction compétente. Elle encourage les gouvernements à imposer le moins de restrictions possibles à l'autonomie des parties.¹²⁸

¹²⁷ Vincent Gautrais, François Jacquot, Barbara Wertz et alii, op cit, pp. 229-230

¹²⁸ ICC, « La compétence et la loi applicable dans le commerce électronique », sur www.iccwbo.org, 6 juin 2001.

Par ailleurs, il est permis d'aménager contractuellement l'administration de la preuve, qu'il s'agisse de déterminer les modes de preuve admissibles ou d'établir une hiérarchie dans la valeur probante des éléments de preuve¹²⁹. On peut ainsi déclarer qu'un accusé de réception va être émis par fax ou par télex.

¹²⁹ La validité des conventions de preuve a été reconnue dans un arrêt du 8 novembre 1989 de la Cour française de cassation (affaire Crédicas).

CONCLUSION GENERALE

Le commerce électronique est un domaine délicat tant il est vraie que les problèmes juridiques qu'il soulève sont variés. Nous ne pouvons aucunement prétendre les avoir relevé tous ou avoir étudié toutes les solutions possibles.

Nous rappelons que seules ont été examinées les questions d'échanges des consentements dans un contrat conclu par Internet, du moment et du lieu de sa formation, de la loi applicable et de la juridiction compétente ainsi que celle de la preuve.

La prudence conduira les entreprises de demander, surtout lorsque la transaction met en jeu des intérêts financiers importants, une lettre de confirmation de la commande signée, selon un formulaire que le client pourra télécharger ou imprimer, laquelle aura, dans tous les cas, une force probante supérieure aux éléments qui pourraient être produits afin de démontrer qu'à une date et à un moment donnés, le cocontractant a effectivement cliqué pour manifester son accord.

Les entreprises qui offrent leurs produits ou leurs services en ligne doivent afficher les conditions générales du contrat en termes apparents sur leurs sites. De leur part, les acheteurs doivent prendre le soin de les lire attentivement avant tout engagement.

Le Droit n'est pas que contrainte ; il est aussi un instrument essentiel de la sécurité des hommes, de protection de leurs droits, valeurs ou

cultures et de promotion de leurs activités ; il peut ainsi favoriser ou renforcer le développement économique et social.

C'est dire qu'une législation sur le commerce électronique s'avère aujourd'hui nécessaire dans tous les Etats. Plusieurs pays ont déjà cette législation. Nous pensons notamment à la France, au Canada, aux Etats-Unis, à l'Afrique du Sud, à la Tunisie, au Maroc, au Cap Vert et au Burkina Faso.

Le commerce électronique est absent des Actes uniformes de l'OHADA. En effet, l'article 2 du Traité de l'Organisation qui énumère les matières devant faire l'objet de l'harmonisation n'inclut pas le commerce électronique. Toutefois, le même article in fine, pour faciliter les évolutions souhaitables, précise que l'harmonisation peut concerner « toute autre matière que le Conseil des ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure,... ». Il est alors souhaitable qu'un Acte sur les Nouvelles Technologies Informatiques et de Communication (NTIC) ou certaines de ses composantes, en l'occurrence le commerce électronique, soit mis en place.

Nous invitons d'autres chercheurs intéressés par le domaine à poursuivre la réflexion sur d'autres problèmes juridiques posés par l'Internet que nous n'avons pas examinés. Il y a lieu de citer, à titre indicatif « le paiement électronique », « l'Internet et le droit d'auteur » ou « la fiscalité du commerce électronique ».

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES GENERAUX

1. CHATILLON (Stéphane), *Droit des affaires internationales*, Paris, coll. Gestion internationale, 1994, 233 pages.
2. HEUZE (Vincent), *Vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, LGDJ, 2000, 604 pages.
3. ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 1999.
4. LOUSSOUAN (Yvon) et BOUREL (Pierre), *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2001.
5. RIPERT (Georges) et ROBLOT (René), *Traité de droit commercial*, 16^e éd., Paris, LGDJ, 2000, 1156 pages.

B. OUVRAGES SPECIAUX

6. BERTRAND (André) et PIETTE (Thierry), *Internet et Droit*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, 1999, 129 pages
7. BOCHURBERG (Lionel), *Internet et commerce électronique*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2001, 352 pages.
8. DRAETTA (Ugo), *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles/Bruylant et Paris/FEC, 2003, 227 pages.
9. GAUTRAIS (Vincent), JACQUOT (François), LEMYRE (Pierre-Paul) et alii, *Le guide juridique du commerçant*

électronique, Paris, Centre international du Commerce, 2001, 877 pages.

10. ITEANU (Olivier), *Internet et Droit. Aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996.
11. MACAREZ (Nicolas) et LESLE (François), *Le commerce électronique*, Paris, Coll. QSJ ?, PUF, 2001, 127 pages.
12. PANSIER (Frédéric-Jérôme), *Initiation à l'Internet juridique*, 2^{ème} édition, Paris, LITEC, 2000, 127 pages.

C. ARTICLES

1. ALIX (Pascal), « Droit de l'Internet : Des contrats e-commerce », édité sur le site www.virtualegis.com/bulletins, 01/02/1999.
2. CHABAS (François), « Contrat par correspondance : Date de formation », in *RTDCiv*, 1981, pp. 849 et svts.
3. de GOUVILLE, « Actualités et réglementations internationales », édité sur le site www.export.asso.fr, mars 2000.
4. GERCK (Burçin), « La valeur juridique d'un e-mail », édité sur le site www.arobase.org/loi/valeur.htm.
5. GRYNBAUM (Luc), « Les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation », in *Dalloz*, no 11, 2003, pp. 1706-1760
6. HASSLER (Théo), « Preuve de l'existence d'un contrat et Internet : brèves observations à propos d'une proposition de loi », édité sur www.juriscom.net/pro/1/sign199907.htm, 16/07/1999.

7. HAUSS (Patrick), « La preuve par e-mail », www.indexel.net/doc.jsp?ld=1434.
8. MANARA (Cédric), « Un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », in *Recueil Dalloz*, 2003, no 35, pp. 2434-2446.
9. SAWADOGO (Filiga Michel), « Aspects juridiques des NTIC : Quelles législations des NTIC pour l'Afrique ? », 17 janvier 2003, sur le www.unitar.org/isd/dt1/ddt1-initiative.html
10. SENACK Stéphane, « la vente internationale et le commerce électronique », in *RDAI*, no3/4, 2001, pp.489-500.
11. STOFFEL-MUNCK (Philippe), « Des clauses abusives dans la hotte de Père-Noël.fr », in *La semaine juridique*, no 20, du 14 mai 2003, pp.897-903.
12. VERBIEST (Thibaut), « Projet de la loi pour la confiance dans l'économie numérique : Analyse critique », in *La semaine juridique*, no 19, 2003, pp. 240-244
13. ZOIA (Michel), « La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique », in *Gazette du Palais*, sept-oct 2001, pp. 1552 et svtes.

D. MEMOIRES

1. COUTELLIER (Séverin) et DURINDEL (Ludovic), *La loi applicable aux contrats conclus sur Internet*, Mémoire de .

DESS droit de l'information et de la communication,

Université d'Orléans, 2001-2002, 123 pages.

2. GERBEAUX (Thomas), *Internet et le contentieux international*, Mémoire de DEA droit international, Infothèque AUF, 1998/1999, 75 pages
3. KODJA (Dossou), *Le contrat de commerce électronique à l'épreuve du Droit OHADA*, Mémoire de maîtrise en Droit, Université d'Abomey-Calavi, 2002/2003, 119 pages.
4. MOREAU (Nathalie), *La formation du contrat électronique : Dispositif du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits*, Mémoire de DEA droit des contrats, Université de Lille 2, 2002/2003, 145 pages.

E. QUELQUES SITES WEB CONSULTÉS

1. www.export.asso.fr
2. www.arobase.org
3. www.juriscom.net
4. www.indexel.net
5. www.virtualegis.com
6. www.google.fr
7. www.altavista.com
8. www.yahoo.fr
9. www.iccwbo.org
10. www.unctad.org
11. www.uncitral.org

F. INSTRUMENTS JURIDIQUES

1. CONVENTIONS

- La Convention de la Haye du 1^{er} juillet 1964 portant Loi Uniforme sur la Vente Internationale des objets mobiliers
- La Convention de Bruxelles du 27 juillet 1968 sur les conditions générales de livraison de marchandises
- La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises
- La Convention de Rome du 19 juin 1980 portant Loi applicable aux obligations contractuelles

2. NORMES COMMUNAUTAIRES

- Le Règlement no 15/2002 du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).
- La Directive européenne no 2000/31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique
- La Directive CE no 1999/93 du 13 janvier 1999 sur les signatures électroniques

3. Lois

- La Loi-type de la Commission des Nations-Unies pour le Développement du Commerce International sur le commerce électronique de 1996
- La Loi-type de 2001 sur les signatures électroniques.

-Loi française no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique.

-Loi tunisienne du 09 août 2000 relative aux échanges et au commerce électroniques.

LISTE DES ANNEXES

1. LOI no 2000-230 du 13 mars 2000

portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (France).

2. Règlement N° 15/2002/CM/UEMOA

relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)

ANNEXE 1.

LOI no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1er

- I. - L'article 1316 du code civil devient l'article 1315-1.
- II. - Les paragraphes 1er, 2, 3, 4 et 5 de la section 1 du chapitre VI du titre III du livre III du code civil deviennent respectivement les paragraphes 2, 3, 4, 5 et 6.
- III. - Il est inséré, avant le paragraphe 2 de la section 1 du chapitre VI du titre III du livre III du code civil, un paragraphe 1er intitulé : « Dispositions générales », comprenant les articles 1316 à 1316-2 ainsi rédigés :
- « Art. 1316. - 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.
- « Art. 1316-1. - 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.
- « Art. 1316-2. - 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. »

Article 2

L'article 1317 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

Article 3

Après l'article 1316-2 du code civil, il est inséré un article 1316-3 ainsi rédigé :

« Art. 1316-3. - L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier. »

Article 4

Après l'article 1316-3 du code civil, il est inséré un article 1316-4 ainsi rédigé :

« Art. 1316-4. - 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.

»

Article 5

A l'article 1326 du code civil, les mots : « de sa main » sont remplacés par les mots : « par lui-même ».

Article 6

La présente loi est applicable en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna et dans la collectivité territoriale de Mayotte.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 13 mars 2000.

Source : <http://www.lerecouvrement.com/loi13032000.html>

ANNEXE 2.

Extraits du Règlement N° 15/2002/CM/UEMOA

relatif aux systèmes de paiement dans les tats membres de
l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
(UEMOA)

Prestataire de services de certification électronique : toute personne qui délivre des certificats électroniques ou fournit d'autres services en matière de signature électronique ;

Qualification des prestataires de services de certification électronique : l'acte par lequel un tiers, dit organisme de qualification, atteste qu'un prestataire de services de certification électronique fournit des prestations conformes à des exigences particulières de qualité ;

Signataire : toute personne qui met en œuvre un dispositif de création de signature électronique;

Signature électronique sécurisée : une signature électronique qui satisfait, en outre, aux exigences suivantes :

- être propre au signataire ;
- être créée par des moyens que le signataire peut 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 ;

Signature électronique : une donnée qui résulte de l'usage d'un procédé répondant aux conditions définies à l'article 23 du présent Règlement ;

DEUXIEME PARTIE : DES MECANISMES DE SECURISATION DES SYSTEMES DE PAIEMENT

TITRE I : De la preuve électronique

Article 17 :

Les dispositions du présent titre s'appliquent à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans les transactions bancaires et financières et dans tous les systèmes de paiement.

Article 18 :

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 le support et les modalités de transmission.

Article 19 :

L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci, 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.

Article 20 :

La conservation des documents sous forme électronique doit se faire pendant une période de cinq ans et dans les conditions suivantes : l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consultée ultérieurement ; le message de données doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu, ou sous une forme dont on peut démontrer qu'elle n'est susceptible ni de modification ni d'altération dans son contenu et que le document transmis et celui conservé sont strictement identiques ; les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que les indications de date et d'heure de l'envoi ou de la réception, doivent être conservées si elles existent.

Article 21 :

La signature électronique consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. 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 qualifié.

Article 22 :

Une signature électronique ne peut être déclarée irrecevable au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature. La signature électronique sécurisée liée à un certificat électronique qualifié a la même force probante que la signature manuscrite.

Article 23 :

Un dispositif de création de signature électronique ne peut être considéré comme sécurisé que s'il satisfait aux exigences définies à l'alinéa 2 ci-après et s'il est certifié conforme à ces exigences dans les conditions prévues par l'alinéa 3 ci-dessous. Un dispositif sécurisé de création de signature électronique : doit garantir, par des moyens techniques et des procédures appropriés, que les données de création de signature électronique ne peuvent être : établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ; trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ; ne doit entraîner aucune modification 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. Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit être certifié conforme aux exigences définies à l'alinéa 1 par des organismes agréés par la Banque Centrale et selon des règles définies par instruction prise à cet effet par elle. La délivrance d'un certificat de conformité est publiée dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de la Banque Centrale.

Article 24 :

Le contrôle de la mise en œuvre des règles prévues à l'article précédent est assuré par les services de la Banque Centrale chargés de la sécurité des systèmes d'information.

Article 25 :

Un dispositif de vérification de signature électronique doit être évalué et peut être certifié conforme, selon les procédures définies par le Règlement et mentionnées au paragraphe 2 alinéa 2 de l'article 23 ci-dessus, s'il permet : de garantir l'identité entre les données de vérification de signature électronique utilisées et celles qui ont été portées à la connaissance du vérificateur ; d'assurer l'exactitude de la signature électronique ; de déterminer avec certitude les conditions et la durée de validité du certificat électronique utilisé ainsi que l'identité du signataire ; de détecter toute modification ayant une incidence sur les conditions de vérification de la signature électronique.

Article 26 :

Un certificat électronique ne peut être regardé comme qualifié que s'il est délivré par un prestataire de services de certification qualifié et s'il comporte : une mention indiquant que ce certificat est délivré à titre de certificat électronique qualifié ; l'identité du prestataire de services de certification électronique ainsi que l'Etat dans lequel il est établi ; le nom du signataire et, le cas échéant, sa qualité ; les données de vérification de la signature électronique correspondant aux données de création de celles-ci ; l'indication du début et de la fin de la période de validité du certificat électronique ainsi que le code d'identité de celui-ci ; la signature électronique sécurisée du prestataire de services de certification qui délivre le certificat électronique ; les conditions d'utilisation du certificat électronique, notamment le montant maximum des transactions pour lesquelles ce certificat peut être utilisé.

Article 27 :

Un prestataire de services de certification électronique doit satisfaire aux exigences suivantes : faire la preuve de la fiabilité des services de certification électronique qu'il fournit ; assurer le fonctionnement, au profit des personnes auxquelles le certificat électronique est délivré, d'un service d'annuaire recensant les certificats électroniques des personnes qui en font la demande ; assurer le fonctionnement d'un service permettant à la personne à qui le certificat électronique a été délivré, de révoquer sans délai et avec certitude ce certificat ; veiller à ce que la date et l'heure de délivrance et de révocation d'un certificat électronique puissent être déterminées avec précision ; employer du personnel ayant les connaissances, l'expérience et les qualifications nécessaires à la fourniture de services de certification électronique ; appliquer des procédures de sécurité appropriées et utiliser des systèmes et des produits garantissant la sécurité technique et cryptographique des fonctions qu'ils assurent ; prendre toute disposition propre à éviter la falsification des certificats électroniques ; garantir la confidentialité des données de création de signature électronique lors de leur création et s'il les

fournit au signataire, et s'abstenir de conserver ou de reproduire ces données ; veiller, dans le cas où sont fournies à la fois des données de création et des données de vérification de la signature électronique, à ce que les données de création correspondent aux données de vérification ; conserver, sous forme électronique, toutes les informations relatives au certificat électronique qui pourraient s'avérer nécessaires pour faire la preuve en justice de la certification électronique ; utiliser des systèmes de conservation des certificats électroniques garantissant que : l'introduction et la modification des données sont réservées aux seules personnes autorisées à cet effet par le prestataire ; l'accès du public à un certificat électronique ne peut avoir lieu sans le consentement préalable du titulaire du certificat ; toute modification de nature à compromettre la sécurité du système peut être détectée ; vérifier, d'une part, l'identité de la personne à laquelle un certificat électronique est délivré, en exigeant d'elle la présentation d'un document officiel d'identité, d'autre part, la qualité dont cette personne se prévaut et conserver les caractéristiques et références des documents présentés pour justifier de cette identité et de cette qualité ; s'assurer au moment de la délivrance du certificat électronique que les informations qu'il contient sont exactes et que le signataire qui y est identifié détient les données de création de signature électronique correspondant aux données de vérification de signature électronique contenues dans le certificat ; fournir par écrit à la personne qui demande la délivrance d'un certificat électronique, avant la conclusion d'un contrat de prestation de services de certification électronique et dans une langue aisément compréhensible, les informations suivantes : modalités et conditions d'utilisation du certificat, soumission ou non à la qualification des prestataires de services de certification, modalités de contestation et de règlements de litiges ; fournir aux personnes qui se fondent sur un certificat électronique les informations prévues au numéro précédent ; posséder des garanties financières suffisantes pour exercer ses activités et, le cas échéant, indemniser les utilisateurs de ses services ayant subi des dommages du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ses obligations.

Article 28 :

Les prestataires de services de certification électronique qui satisfont aux exigences de l'article 27 peuvent demander à être reconnus comme prestataires qualifiés. Cette qualification vaut présomption de conformité et est délivrée par des organismes accrédités par les services de la BCEAO chargés de la sécurité des systèmes d'information. Elle est précédée d'une évaluation réalisée par ces mêmes organismes. Une Instruction prise par la BCEAO détermine la procédure d'accréditation des organismes de qualification et la procédure d'évaluation et de qualification des prestataires de services de certification électronique.

Article 29 :

Un certificat électronique délivré par un prestataire de services de certification électronique établi hors du territoire de l'UEMOA a la même valeur juridique que celui délivré par un prestataire de services de certification établi sur ce territoire : Si le prestataire satisfait aux exigences fixées à l'article 27 du présent Règlement ; Ou si un accord auquel la BCEAO est partie le prévoit expressément.

Article 30 :

Le contrôle du respect par les prestataires de services de certification des exigences prévues à l'article 26 peut être effectué d'office ou à l'occasion de toute réclamation mettant en cause un prestataire de services de certification, par les services de la BCEAO chargés de la sécurité

des systèmes d'information ou par des organismes désignés par eux. Lorsque ce contrôle révèle qu'un prestataire n'a pas satisfait à ces exigences, les services de la BCEAO chargés de la sécurité des systèmes d'information assurent la publicité des résultats de ce contrôle. Dans le cas où le prestataire a été reconnu comme qualifié, ils en informent l'organisme de qualification. La Banque Centrale fixe par Instruction les sanctions pouvant être prononcées à l'encontre des prestataires défaillants. Ces sanctions, pouvant aller jusqu'à l'interdiction d'exercer l'activité de prestataire de services de certification, seront prononcées par les services compétents de la BCEAO. Toute sanction prononcée devra faire l'objet de publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales ou selon les modalités fixées par instruction de la Banque Centrale. Les mesures prévues à l'alinéa 2 ci-dessus doivent faire l'objet, préalablement à leur adoption, d'une procédure contradictoire permettant au prestataire de présenter ses observations.

Source : http://www.izf.net/izf/Documentation/JournalOfficiel/AfriqueOuest/2002/REG15_2002.htm

Haut du formulaire

Bas du formulaire

TABLE DES MATIERES

DEDICACE.....	I
REMERCIEMENTS.....	II
SIGLES ET ABREVIATIONS.....	III
SOMMAIRE.....	IV
INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : DES PROBLEMES LIES A LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISE CONCLU PAR INTERNET.....	6
<u>Chapitre 1 : L'ECHANGE DES CONSENTEMENTS DANS UN CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES CONCLU PAR INTERNET</u>	
.....	7
<u>Section 1. L'acceptation électronique.....</u>	8
§1. <u>Le simple « clic » vaut-il une acceptation ?.....</u>	8
A. Le geste contractuel.....	9
B. Une manifestation consciente.....	11
§2. <u>Le risque des vices de consentement dans un contrat conclu par Internet</u>	13
A. L'erreur.....	13
B. Les manœuvres dolosives	15
<u>Section 2. La question des clauses abusives dans un contrat de vente conclu par Internet.....</u>	18

§1. <u>Les clause déclarées abusives dans les conditions générales de la société « Père Noël.fr »</u>	19
A. De la recevabilité de l'action.....	19
B. Les clauses abusives.....	21
§2. <u>Les sanctions dans la hotte de « Père-Noël.fr »</u>	24
A. La suppression des clauses abusives	24
B. La réparation du préjudice.....	25

CHAPITRE 2 : LES PROBLEMES SPATIO-TEMPORELS DANS UN CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES CONCLUE PAR INTERNET.....27

<u>Section 1. Détermination du moment et du lieu de la conclusion du contrat de vente</u>	27
§1. <u>Les enjeux</u>	28
A. Intérêts de la détermination du moment et du lieu de la conclusion du contrat.....	28
B. Les théories établies.....	29
§2. <u>Choix d'une théorie</u>	30
A. La théorie de l'émission de l'acceptation.....	30
B. La réception de l'acceptation.....	31
<u>Section 2. Nécessité d'un nouveau critère</u>	34

§1. <u>Le système du double clic</u>	34
A. Un système formaliste.....	34
B. Exceptions.....	36
§2. <u>Modalités de la confirmation de l'acceptation</u>	37
A. Le courrier.....	37
B. Formulaire en ligne	38
Conclusion partielle.....	39

DEUXIEME PARTIE : LE CONTENTIEUX DU CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES PASSE PAR INTERNET.....41

Chapitre 1. : LOIS APPLICABLES AU CONTRAT DE VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES CONCLU PAR INTERNET.....42

Section 1. La loi applicable.....42

§1. <u>La loi d'autonomie</u>	42
A. L'exercice de la loi d'autonomie quant au fond et à la forme du contrat.....	43
B. Les limites au principe d'autonomie.....	46
§2. <u>La loi applicable en cas de silence des parties</u>	47

A. La Loi du lieu effectif d'exécution du contrat conclu par Internet.....	48
B. La loi du lieu effectif de conclusion du contrat.....	51
<u>Section 2. Règlement des litiges.....</u>	55
§1. <u>Le règlement extrajudiciaire des litiges.....</u>	55
A. Avantages.....	56
B. Le règlement en ligne des litiges.....	57
§2. <u>Le règlement judiciaire des litiges.....</u>	62
A. Compétence des tribunaux et contrats en ligne.....	62
B. Les clauses de prorogation de compétence dans un contrat en ligne.....	64
<u>Chapitre 2. : LE REGIME DE LA PREUVE.....</u>	66
<u>Section 1. Des échanges électroniques.....</u>	66
§1. <u>La reconnaissance juridique de la preuve électronique.....</u>	67
A. La redéfinition de la preuve littérale.....	67
B. La force probante de l'écrit électronique.....	69
§2. <u>Le courrier électronique.....</u>	71
A. La question du courrier électronique comme mode de preuve	72

B. Position jurisprudentielle.....	73
<u>Section 2. La signature électronique.....</u>	<u>75</u>
§1. <u>Valeur juridique de la signature électronique.....</u>	<u>76</u>
A. Reconnaissance juridique de la signature électronique.....	76
B. Caractéristiques et intérêts de la signature électronique.....	80
§2. <u>La conservation de l'échange électronique et de sa signature.....</u>	<u>81</u>
A. Les prestataires de services de certification.....	81
B. L'archivage.....	83
Conclusion partielle.....	85
CONCLUSION GENERALE.....	87
BIBLIOGRAPHIE.....	89
ANNEXES.....	95
TABLE DES MATIERES.....	103