L’échange des consentements dans le commerce électronique

Lionel THOUMYRE[*]

Un air de déjà vu

L'analyse de l'échange de consentement effectué au travers des réseaux électroniques ne pose pas tant de difficultés au regard de l'enseignement que les juristes ont déjà pu retirer des contrats formés à distance. Cela relève d'une simple constatation... Depuis bien longtemps, nos ouvrages de doctrine traitant du droit des contrats, en Droit Civil comme en *Common Law*, n'oublient jamais de réserver un chapitre ou un paragraphe à la problématique des contrats à distance, parfois appelés " contrat entre absents " ou encore " contrat entre non-présents ". Quelle serait donc l'originalité d'étudier l'échange de consentements dans le cadre du commerce électronique ? Ne pourrait-on procéder normalement à la formation des contrats dans le cyberespace ? Le cyberespace constitue-t-il un lieu particulier au sein duquel de nouveaux rapports sociaux et économiques s'instaurent ?

L'héritage libertaire

Depuis son invention au début des années 80[1] le terme " cyberespace " est devenu l'apanage des acteurs des réseaux électroniques. Il est intéressant de noter que ce dernier aurait été appliqué à l'Internet par John Perry Barlow, un personnage dont on ne peut ignorer les exploits. Libertaire convaincu, Barlow n'est autre que l'un des principaux fondateurs de l'Electronic Frontier Fondation, une organisation en lutte contre tous les projets de lois présentés aux Etats-Unis qui restreindraient la liberté des utilisateurs des réseaux électroniques. Noble cause sans doute. Mais derrière la perspicacité juridique de certaines de ses actions, cet organisme véhicule un véritable idéalisme politique tendant à affirmer que l'utilisation des réseaux électroniques doit échapper aux concepts juridiques forgés au sein de nos nations " matérielles "[2]. D'ailleurs, définit comme un endroit immatériel et atemporel, dissimulé derrière nos outils de communication, le cyberespace n'est-il pas une Utopie en soi ? N'est-il pas un " lieu sans lieu " (*U-Topos)*, permettant d'échapper aux réalités physiques, juridiques et économiques ? Il faut bien le dire, Barlow nous a laissé

l'héritage d'un concept trompeur et lourd de sens que les romanciers, les vulgarisateurs et même les adeptes de la science juridique ne cessent d'utiliser.

L'instrument contractuel

Bien sûr, les juristes se sont empressés de démontrer l'incongruité des théories libertaires, puisque l'Internet nous permet d'envoyer et de recevoir de l'information en des lieux définis et régis par des lois particulières, elles-mêmes coordonnées par le droit international. En outre, il semblerait que les rapports sociaux manifestés dans le cadre des échanges économiques ne changeraient guère dans l'environnement informatique que nous connaissons aujourd'hui. Il s'agit toujours de vendre ou d'acheter des biens et des services, de s'entendre sur les conditions de vente et d'après-vente. En un mot, les moyens d'assurer l'activité économique se manifestent toujours par l'utilisation d'un outil juridique indispensable : le contrat. Définit par l'article 1378 du Code Civil du Québec, le contrat serait " *un accord de volonté, par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation.* "

La place du consentement dans la formation des contrats

La formation des contrats passera par l'échange préalable du consentement de chacune des parties à l'acte. Cette étape constitue *a priori* l'élément primordial, voire fondateur, du contrat. En effet, dans son article 1108, le Code civil français définit quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : " *le consentement de la partie qui s'oblige*[3] *; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation* ". Ainsi, le consentement arrive en " pole position " des conditions de formation du contrat. Il en est de même dans le Code civil québécois, bien plus explicite à ce sujet, puisque l'article 1385 est ainsi rédigé : " *Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter (...), il est aussi de son essence qu'il ait une cause et un objet* ". De leur côté, les pays de la *Common Law* se rattachent plus semble-t-il à la notion d'accord, d'" agreement ", sous laquelle l'on retiendra l'idée de consensus[4]. En fait, nous savons que le verbe français " consentir " accepte deux traductions principales en anglais : " to consent " et... " to agree ".

A quelques nuances près, les systèmes juridiques qui s'inscrivent dans une tradition consensualiste, posent l'existence du consentement comme condition essentielle de la formation des contrats[5].

Des consentements qui s'échangent

Dans la logique contractuelle, le consentement s'apparente à la volonté de chacune des parties de s'engager à effectuer une ou plusieurs obligations en échange d'une contrepartie. Les termes de l'article 1386 du C.c.Q ne peuvent pas être moins explicite : " *l'échange de consentement se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne* ". Nous remarquons aussitôt que les articles 1385 et 1386 indiquent que chacune des parties doit procéder à l'échange de leurs consentements afin d'aboutir à l'accord de leurs volontés[6]. C'est cet accord qui donnera au contrat son caractère réel et actuel.

Commerce électronique et communication des volontés

S'agissant d'étudier l'échange de consentements dans le cadre du " commerce électronique ", il nous apparaît nécessaire de préciser cette dernière notion. Nous reprendrons ici trois éléments essentiels[7], relevés par le Professeur Eric Capriolli et par Renaud Sorieul, qui définissent le commerce électronique au travers :

1.- de la notion d'activité commerciale (référence fondamentale) ;

2.- de la dématérialisation des supports papiers utilisés lors des transactions, sans pour autant qu'il y ait de modification quant à la nature juridique des opérations en cause qui reste inchangée ;

3.- de l'internationalisation inhérente des échanges[8].

Selon la doctrine dominante, en Droit civil comme en *Common Law*[9], les parties devront communiquer entre elles leur intention de contracter. Selon un schéma classique, l'accord des volontés se réalise de la manière suivante : l'une des parties fait une offre à l'autre qui scellera l'accord par son acceptation[10]. Or, les réseaux électroniques semblent bien avoir été conçus pour cela. L'offre et l'acceptation ne sont-elles pas des informations ? Les réseaux électroniques ne sont-ils pas fait pour échanger des informations ? Mais les deux derniers critères de la définition du commerce électronique semblent inquiéter les acteurs. En effet, par les phénomènes de " *dématérialisation des supports* " et de " *l'internationalisation inhérente* ", les acteurs seront non seulement invisibles les uns pour les autres, remettant en

cause l'existence même de leur consentement, mais aussi de nationalités différentes, pouvant poser des problèmes de conflits de lois.

Ainsi, ce travail consiste en l'étude du processus durant lequel deux ou plusieurs personnes vont faire en sorte que leurs volontés se rencontrent au travers des réseaux numériques. Ce qui nous amène à nous poser les questions suivantes : comment donc les futurs cocontractants feront-ils pour que leurs volontés puissent se rencontrer à distance ? De quels cocontractants s'agit-il ? De quelle manière leurs volontés s'exprimeront-elles ? A quel moment et en quel lieu ?

Pour répondre à ces questions, il s'agira d'analyser dans quelle mesure le processus d'échange de consentement s'accordera avec les exigences du droit positif pour aboutir à sa finalité : la formation du contrat. Or, pour qu'il y ait " échange de consentement ", il faut avant tout qu'il y ait un " consentement ". Nous nous interrogerons donc, dans un premier temps, sur la pertinence de la notion même de consentement dans la formation des contrats électroniques (I). Puis nous étudierons la manière dont les volontés pourront se rencontrer sur les autoroutes de l'information et les conséquences qui en découlent (II).

I. Pertinence de la notion de consentement dans la formation des contrats électroniques

Fortement liée aux conceptions libérales de l'autonomie de la volonté, la notion même de consentement peut être contestée en tant qu'élément fondateur du contrat. Nous constaterons en effet que les rapports de force existant dans le commerce traditionnel se reproduisent dans le cadre des pratiques contractuelles développées sur les réseaux numériques. Il devient alors nécessaire de s'interroger sur les atteintes portées à l'autonomie de la volonté des acteurs du commerce électronique dans une partie intitulée : " les degrés du consentement " (A). Au-delà des ressemblances que nourrissent entre eux le commerce électronique et le commerce traditionnel, nous devrons également nous interroger sur les particularités de l'environnement numérique. Susceptibles de remettre en cause l'existence même du consentement des acteurs, les réseaux numériques nous ferons aborder la question du consentement " virtuel " (B).

A. Les degrés du consentement

Un simple regard sur quelques textes de doctrine nous enseigne que la notion de consentement dépend étroitement de celle de volonté des parties. Demolombe l'exprime

en ces termes : " *Le consentement est le concours de deux ou plusieurs volontés dans un même but juridique* ". Pour Ghestin, il s'agira d'une émanation de la volonté ou, plus précisément, d'une *" manifestation de la volonté qui, dans un contrat, exprime un accord sur les propositions de l'autre partie, accord qui formera la convention "*. De son côté, Carbonnier n'hésitera pas à assimiler le consentement à la fois à *" la volonté de chaque contractant ",* ainsi qu'à *" l'accord de leur volonté* "[11]. Malgré les divergences sensibles existant entre ces définitions, elles comportent au moins un point commun : le consentement exprime la volonté de chacun des cocontractants. Un auteur apporte cependant une nuance à l'assimilation qui peut être faite entre la volonté des cocontractants et leur consentement. Pour Pierre-Basile Mignault, le consentement est l'accord de deux ou plusieurs volontés (vient du latin *cum sentire* : s'entendre avec quelqu'un). C'est un acte bilatéral, tandis que la volonté s'apparente plutôt à un acte unilatéral. L'individu peut vouloir, mais il ne pas consentir tout seul[12].

Plutôt que de souscrire à l'ensemble de ces propositions, nous préférons en tirer un enseignement. Ainsi, nous définirons le consentement comme l'expression unilatérale d'une volonté individuelle, qui vient en réponse à l'expression d'une première volonté indépendante. Par leur rencontre, elles forment un consensus, pierre fondatrice du contrat, qui lui seul accède au statut d'acte bilatéral. Sinon, nous ne pourrions pas parler d' " échange de consentement "[13], mais simplement d'accords de volonté. Dire que " le consentement c'est l'accord de volontés " nous semble être trop réducteur.

Néanmoins, l'on ne peut omettre d'étudier le rôle de l'autonomie de la volonté dans la formation des contrats. Dans ce cadre nous proposons d'aborder deux problématiques : le consentement dirigé (1) et le consentement réflexe (2). Nous verrons alors dans quelle mesure les atteintes portées à l'autonomie de la volonté des parties contractantes entacherait la plénitude des consentements échangés dans le cadre du commerce électronique.

1. Le consentement dirigé

a. L'autonomie de la volonté en procès

Principe fondateur de nos droits des contrats, la notion de l'autonomie de la volonté est au centre des controverses doctrinales. A la conception libérale, l'on oppose souvent la vision dirigiste du contrat. Confronté aux faits, nous pourrions bien croire à l'exactitude de la seconde conception, mais nous verrons que certains auteurs parviennent à remettre le principe de l'autonomie de la volonté en adéquation avec la vision dirigiste.

i. Conception libérale ou volontariste

La plupart des doctrinaires situent l'origine de la théorie actuelle du droit des contrats dans l'individualisme et le libéralisme politique naissant. Selon la conception libérale du contrat, la société n'existerait que pour servir les intérêts de l'individu. Or, pour les philosophes du 18ème siècle, la volonté demeure à la source de tous les droits. Plus que jamais, la liberté contractuelle concédée à l'individu lui permet de créer des liens d'obligation par sa propre volonté que le législateur ne peut entraver. La volonté de l'individu est dite " autonome " car elle n'est soumise à aucune autorité supérieure. Le consentement devient alors la substance vitale du contrat. L'on attribue classiquement le principe d'autonomie de la volonté à Kant. En citant la thèse de Ranouil, Tancelin prétend plutôt que cette conception aurait été forgée par la rencontre du terme d' " autonomie ", utilisé depuis le milieu du XIXème siècle en droit international privé sous l'influence du vocabulaire juridique Allemand, et du volontarisme juridique notamment affirmé, dès le XVIIème siècle, par Grotius, Hobbes, Pufendorf et Locke. Ces auteurs ont su consacrer l'idée que " *la règle de droit est une libre création des hommes* "[14].

Selon certains auteurs, le Code civil québécois s'inscrirait parfaitement dans le cadre de la conception libérale. A l'appui de cette affirmation, Maurice Tancelin cite par exemple les articles 9 à contrario (exercice des droits civils), 1433 (force obligatoire des contrats) et 1385 (principe du consensualisme dans la formation des contrats) du Code civil du Québec. Mais l'auteur tempère son affirmation en remarquant l'existence d'un certain nombre de dispositions interdisant de déroger par contrat aux lois d'ordre public sous peine de nullité (article 9 C.c.Q et 41,3 LI)[15]. Ce genre de dispositions peut nous laisser penser que l'autonomie de la volonté n'est pas toujours souveraine pour régir les relations entre les cocontractants.

ii. conception dirigiste

Selon une conception dirigiste**,** le contrat serait lié au changement et à l'évolution de la société. Les écoles sociales et socialistes du XIXème siècle ont d'ailleurs vivement réagit contre la doctrine libérale insufflant un nouveau point de vue. Pour Duguit par exemple, la volonté est impuissante à elle seul à créer des obligations ; car " *c'est la société qui, seule a ce pouvoir ; la volonté n'est qu'un commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs.* "[16]

A l'appui de cette doctrine, l'on pourra citer l'article 1134 C.c.F qui ne reconnaît force aux conventions que si elles sont " *légalement formées* ". Ainsi, la force obligatoire du contrat ne provient pas seulement de l'autonomie de la volonté mais bien d'un ordre supérieur. En outre, à l'instar de l'article 9 C.c.Q, l'article 6 C.c.F subordonne l'efficacité de la volonté aux règles " *qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ". Nous remarquerons que les tenants du dirigisme contractuel fondent notamment leur doctrine sur le fait que la liberté induite dans l'autonomie de la volonté peut conduire à l'écrasement du faible par le fort. Cette idée était déjà exprimée dans le fameux adage de Lacordaire : " *entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ". L'Etat viendra alors réglementer les relations contractuelles entre le " *fort* " et le " *faible* ". Un simple exemple : les relations entre consommateurs et professionnels ont donné lieu à de multiples lois instaurant notamment la prohibition des clauses abusives, la rédaction du contrat dans une langue compréhensible pour le consommateur ou la rédaction d'un écrit en double exemplaire pour certains contrats de consommation[17]. Par ces dispositions, le législateur veut notamment s'assurer :

1.- que la partie faible au contrat ait pleinement conscience de son engagement, de manière à ce que son consentement ne puisse subir les pressions ou manipulation de la partie forte (ex. rédaction d'un écrit dans une langue compréhensible) ;

2.- que la partie faible n'ait pas à assumer de trop lourdes conséquences de son consentement lorsque le commerçant se serait réservé la part du lion (ex. prohibition des clauses abusives).

b. Compte rendu du procès

Au regard des faits et du droit positif, le principe de l'autonomie de la volonté semble avoir perdu de son importance dans le processus de formation des contrats. Nous prendrons ici l'exemple du contrat d'adhésion établit entre un commerçant et un consommateur.

a.- Dans les faits

La partie cliente ne peut en discuter les clauses, elle est obligée de se plier aux termes du contrat qui lui est proposé. Reconnu par le Code civil du Québec[18], l'article 1384 C.c.Q nous en donne la définition suivante : " *Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient librement discuter.* " Au premier abord, les rédacteurs du Code civil reconnaissent implicitement que la liberté contractuelle de la partie qui souscrit à un contrat d'adhésion est fortement diminuée.

b.- Au regard du droit positif

Quelques remèdes se trouveraient alors dans les dispositions concernant le contrat de consommation (ex. article 1384 C.c.Q) qui, pourrait-on dire, nuisent à leur tour à l'autonomie de la volonté du commerçant. L'on rentre ici dans la conception de l'utilité sociale du contrat. Ainsi, pour tous les contrats de consommation, même ceux qui ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique, le législateur tente de rétablir l'équilibre faussé par le poids économique de l'un des contractants et la faiblesse de l'autre. Les acteurs sont alors obligés d'assujettir leurs consentements au respect des dispositions légales prédéfinies, souvent d'ordre public (ex. prohibition des clauses abusives).

Nous sommes aussitôt confrontés au paradoxe suivant : d'un côté, l'encadrement légal risque de porter atteinte à l'autonomie de la volonté de la partie forte, alors que, d'un autre côté, il permet à la partie faible de d'assurer l'intégrité de son consentement. Nous verrons plus tard que le paradoxe se reproduira à plus grande échelle dans le cadre de la formation des contrats sur l'Internet (voir *infra* I. B. 2.).

Nous tenons cependant à émettre une réserve sur le discrédit du principe de l'autonomie de la volonté. Concernant les contrats d'adhésion, certains auteurs estiment que l'atteinte n'est pas si grave : " *Le contrat d'adhésion reste formé par un accord de volonté* " nous dit Ghestin. L'auteur poursuit : " *Malgré l'absence de négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat prérédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment où ce dernier a donné son consentement* "[19].

En définitive, bien que l'on ait pu relever l'existence d'atteintes légales à la liberté contractuelle, l'accord des volontés conserve une place importante dans la formation des contrats. Toujours selon Ghestin, cet accord reste l'élément spécifique du contrat et, à ce titre, son critère[20]. L'auteur l'avoue à mi-mot : l'accord des volontés, et par là même le consentement, ne sont plus l'élément essentiel du contrat. Leur statut est réduit à celui de " *critère* " ou d' " *élément spécifique* ", perdant ainsi leur caractère " *essentiel* ".

Nous confronterons l'état de la doctrine actuelle aux situations contractuelles qui surviennent dans le cadre des réseaux électroniques. Car, ce qui se passe dans le champ du commerce électronique est certainement très caractéristique de l'évolution du droit des contrats et nécessite une certaine prudence quant à l'appréciation de la réalité du consentement des parties.

2. Du consentement réflexe au consentement réfléchi

Nous avons vu que l'atteinte à l'autonomie de la volonté ne découlait pas uniquement de l'autorité législative. Malgré la nuance apportée par Ghestin, nous estimons qu'elle peut

aussi être le fait des contrats d'adhésion, du moins lorsqu'on regarde du côté des consommateurs[21]. Or, ces contrats fleurissent un peu partout sur l'Internet. Un simple clic de souris permet à l'internaute de souscrire d'une manière quasi automatique au contrat proposé sur un site commercial. Cela pourrait bien remettre en cause la plénitude du consentement du consommateur.

a. Données du problème

Faire ses courses sur le Web est devenu un jeu d'enfant. Une simple pression sur le bouton de nos souris suffit à passer des commandes à l'autre bout du monde. Tout va pour le mieux, jusqu'à ce que l'on s'aperçoive que le produit commandé ne convient pas, que la facturation est plus lourde que prévue ou que les conditions de garanties sont draconiennes. L'internaute se trouve alors lié par un contrat dont l'ensemble des termes n'ont pas toujours été portés à sa connaissance. En effet, il arrive fréquemment que les principales clauses contractuelles soient dissimulées sous une épaisse couche de liens hypertextes ou tout simplement inexistantes. Or, la facilité avec laquelle le consommateur effectue ses achats sur l'Internet peut parfois dénaturer son consentement ou même, le transformer en simple réflexe. Nous faisons face ici à la problématique des cyber-contrats d'adhésion qui, non seulement n'offrent aucune possibilité de négociation à la partie faible, mais l'incite en plus à accepter les termes d'un contrat quasiment invisible.

Certes, nous l'avons vu, la plupart des pays industrialisés ont adopté des lois destinées à protéger les consommateurs[22]. L'amateur de l'achat à distance dispose souvent d'un certain délai pour échanger son produit ou le retourner contre remboursement. Encore faut-il qu'il ait été informé de ses droits et qu'il puisse déterminer la loi de quel pays lui viendra en secours. Bénéficiera-t-il du délai de sept jours francs prévu par le Code de consommation français[23] ? Ou pourra-t-il invoquer le délai prévu par loi du pays du commerçant, parfois porté jusqu'à trente jours ? Dans le pire des cas, la question pourrait se régler devant le juge, dès lors que l'on aura déterminé le tribunal compétent. Tout ceci devient bien complexe. Confronté à l'incertitude et à l'éloignement du commerçant, le consommateur renoncera souvent à toute idée de procès[24]. Une injustice aura peut-être été commise, sans que personne ne s'en soucie.

A l'heure des autoroutes de l'information, le consommateur mérite plus que jamais d'être renseigné sur l'existence et la mise en œuvre de ses droits. L'on peut encore comprendre que la vente par téléphone ne le permette que dans une certaine mesure. Dans une récente affaire traitant de l'achat d'un ordinateur par téléphone[25], Rich et Enza Hill ont agit en justice contre la société Gateway 2000 pour bénéficier d'un remboursement après le délai

de rétractation de 30 jours prévu par le contrat de vente. L'argument de la demande portait sur le fait qu'elle n'avait pas exprimé son consentement sur les termes essentiels du contrat lors de l'achat par téléphone. En effet, celui-ci ne leur a été remis qu'à la livraison du produit[26]. Bien que le juge Easterbrook de la *United States Court of Appeals for the Seven Circuit* reconnaissait que les demandeurs n'avaient pas été informés sur certaines clauses contractuelles avant l'achat du produit, les arguments de la société Gateway 2000 ont fini par l'emporter. En effet, le juge a estimé que la société défenderesse ne pouvait recourir à d'autres " *méthodes économiques* ", pour porter l'intégralité des clauses à la connaissance des acheteurs, autrement qu'en livrant le contrat dans l'emballage de l'ordinateur. Et E. Maggs d'ajouter : " *in other words, economic factors sometimes simply prevent consumers from learning of the terms of their contracts before making a purchase* "[27].

Cependant, un tel argument ne pourrait pas s'appliquer à l'Internet dont l'intérêt est de pouvoir présenter des documents écrits en ligne à moindres coûts[28]. Par une meilleure information délivrée sur les sites commerciaux, l'on donnera à l'internaute la possibilité de prendre connaissance des particularités essentielles du contrat auquel il s'apprête à souscrire, évitant ainsi le phénomène de consentement-réflexe provoqué par la simple attirance du produit. Il s'agit alors d'organiser la manière dont ces renseignements seront présentés aux visiteurs de sites commerciaux.

b. Les solutions proposées

Certains auteurs estiment qu'il est préférable d'opter pour la recherche de moyens alternatifs, c'est à dire extra-légaux, afin de résoudre le problème identifié ci-dessus. Mais nous verrons également que les institutions européennes ont décidé d'y répondre d'une manière plus radicale.

i. La voie de l'autorégulation

Jérôme Huet propose qu'un usage s'établisse : " *les principales clauses contractuelles ayant trait à la juridiction compétente, à la loi applicable, à l'existence d'un droit de rétractation, ainsi qu'aux conditions de livraison et de garanties, devraient être présentées de manière visible aux consommateurs* ". A juste titre, il ajoute que " *cela ne coûterait pas très cher aux professionnels qui amélioreraient du même coup leur image de marque* "[29].

Quand bien même tout le monde y trouverait son compte, il reste à déterminer la manière dont pourrait s'imposer cet usage. La constitution d'une entité internationale figure parmi

les solutions avancées. Sa mission serait d'inciter les professionnels à adopter un comportement respectueux du cyberconsommateur. Les sites affiliés à cet organisme pourront arborer un label de qualité témoignant de leur fiabilité[30]. Vincent Gautrais avance également l'idée que les institutions de regroupement de commerçants pourraient établir des normes informelles qui auraient " *un rôle contraignant sur l'ensemble de l'activité d'une communauté* "[31]. Pour parfaire le tout, les professionnels devront également prévoir un système de résolution des conflits facilement abordable. Le Cybertribunal semble être tout destiné à cette tache. Comme son nom ne l'indique pas, il s'agit en fait d'une nouvelle institution assurant gratuitement des services de médiation et d'arbitrage par la voie du réseau.

Sans attendre l'élaboration de normes obligatoires, il est devenu urgent que les professionnels accordent leur stratégie marketing avec les intérêts des cyberconsommateurs.

ii. Les travaux en cours

En écho à la proposition de Vincent Gautrais, certains organismes de professionnels ont déjà lancé le mouvement. Nous prendrons simplement l'exemple du contrat type proposé par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et l'Association Française du Commerce et des Échanges Électroniques[32]. Définit par Michel Vivant, son objectif est de régir les relations qui prennent place dans le " *Cyberespace* ".

Notons que, selon la conception de Carbonnier, un contrat type s'assimile à un contrat d'adhésion qui relève de l'ordre réglementaire. Ainsi, nous restons encore dans un environnement relativement dirigiste[33]. Néanmoins, le paradoxe veut que ce dirigisme est supposé favoriser la plénitude du consentement du consommateur en proposant une série de clauses types telles que :

- l'identification de l'auteur de l'offre, du produit ou des services ;

- la mention de la durée de validité de l'offre ;

- la mention du prix (en d'autres devises que le franc français) ;

- les conditions de livraison ;

- la garantie due ;

- le paiement ;

- le délai de rétractation.

Le contrat précise en outre la manière dont la confirmation de l'engagement doit se faire, à savoir : par écrit, ou sur tout support durable. La proposition de confirmation par courrier électronique est admise. Nous remarquerons que le contrat type veille à respecter scrupuleusement les dispositions de la directive européenne du 20 mai 1997 relative à la protection du consommateur (voir *infra*), témoignant ainsi d'une adéquation entre les initiatives privées et l'ordre réglementaire européen.

Ainsi, le formalisme imposé par des ordres professionnels peut être ressenti comme attentatoire à la liberté contractuelle, mais elle évite, du côté du consommateur ce fameux " consentement réflexe ". Cependant, Ghestin nous rappellera que le formalisme est aujourd'hui une protection supplémentaire au consentement : " *La forme requise attire l'attention sur l'importance de l'engagement pris et, par la réflexion qu'elle détermine, prévient les vices du consentement ou le déséquilibre lésionnaire des prestations* "[34].

iii. La voie législative

Nous ne pouvons omettre de mentionner l'existence de la directive européenne du 20 mai 1997 visant à instaurer une meilleure protection des consommateurs au niveau de l'Union européenne[35]. Nous ne ferons pas ici une analyse détaillée de l'ensemble des dispositions qu'elle contient[36]. Nous préciserons simplement qu'elle oblige un commerçant à faire bénéficier le consommateur de nombreuses informations telles que : l'identité du fournisseur, les caractéristiques essentielles et prix toutes taxes comprises du bien ou du service, ou encore le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base (art. 4).

L'ensemble de ces informations *" dont le but commercial doit apparaître sans équivoque, doivent être fournies de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée... "*, elles devront donc apparaître sur le site du commerçant de telle sorte que l'internaute n'ait pas à les rechercher dans un labyrinthe des liens hypertextes.

Afin de veiller au consentement éclairé du consommateur, la directive incite encore les Etats membres à prendre les mesures appropriées pour interdire la fourniture de biens ou de services avec demande de paiement sans commande préalable du consommateur qui

sera dispensé de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée. Dans ce cas, l'absence de réponse ne vaut pas consentement (art. 9).

c. Conclusion

Selon la doctrine volontariste le droit des contrats se satisfait mal du formalisme et de l'encadrement réglementaire. L'on aurait pu penser que l'Internet puisse offrir dans son espace " dématérialisé " un lieu idéal en dehors de tout formalisme, donc propice à l'exercice de l'autonomie de la volonté. Il n'en est rien. Nous le voyons bien, le formalisme et l'encadrement législatif sont tout à fait capables de reconquérir le " cyberespace ". Mais cela ne heurterait le principe de l'autonomie de la volonté que dans une faible mesure, étant donnée que, selon Jean-Louis Baudouin, " *c'est pour rétablir une certaine justice contractuelle que le législateur, par des lois spéciales, intervient de plus en plus dans le domaine [des contrats d'adhésion]*"[37].

En fait, cette évolution serait justement dictée par l'environnement " immatériel " de l'Internet, c'est à dire par l'angoisse que l'on a d'entreprendre des relations économiques et juridiques avec une entité invisible souvent située en dehors des frontières de notre Etat, ainsi que du déséquilibre des forces qui en découle. C'est à cette invisibilité que nous allons faire face dans notre seconde sous-partie, laquelle traitera plus spécialement de l'intégrité et de l'existence même du consentement des acteurs sur la scène technologique du commerce électronique.

B. Le consentement au risque du virtuel

Nous abordons ici le problème de l'échange des consentements effectués avec personne, une entreprise ou une même une machine... si consentement il y a ! Ainsi, nous nous interrogerons sur le fait de savoir si un consentement a réellement été exprimé par l'une de ces entités, à savoir une personne juridique (I) ou un machine (II), où s'il ne s'agit pas plutôt d'un consentement " virtuel ".

Nous tenons au préalable à préciser le concept de " virtuel " si souvent employé dans les textes vulgarisateurs. Selon une étude étymologie, le mot " virtuel " provient de la racine latine *virtus* signifiant la force (aussi désignée par la racine *vis*), l'énergie, ou encore l'impulsion initiale. Quant à elle, la racine *vir* se rapporte à l'homme. Sans tirer toutes les conséquences de l'étymologie latine, nous pouvons déjà en déduire que la *virtus* n'est pas

une illusion, un fantasme ou un simple possible, c'est la cause initiale dont dépend l'existence de l'effet. Ainsi, selon Philippe Quéau, le virtuel appartient au réel, il est également présent " *d'une manière réelle et actuelle, quoique cachée.*"[38] De même, Pierre Lévy entend démontrer que le virtuel n'est pas assimilable au " *faux, l'illusoire ou l'imaginaire* ", il n'est pas non plus " *l'opposé du réel* ", " *c'est au contraire un mode d'être fécond et puissant, qui donne du jeu aux processus de création, ouvre des avenirs, creuse des puits de sens sous la platitude de la présence physique immédiate.* "[39] Mais, contrairement à Philippe Quéau, l'auteur préfère opposer plus nettement la notion de " virtuel " à celle de l' " actuel ". Pour lui, le virtuel tend simplement à s'actualiser, il répond à l'actuel sans lui ressembler. Pierre Lévy se base notamment sur la philosophie scolastique selon laquelle " *est virtuel ce qui existe en puissance et non en acte.* "[40]

En définitive, il y aurait donc une réalisation dans le virtuel (contrairement au possible ou au potentiel qui ne sont pas de l'ordre du réel) qu'il s'agit ensuite d'actualiser en l'appliquant dans des domaines particuliers : industriel, spatial, ludique, médical, voire juridique. Les objets virtuels sont créés, réalisés, en vue d'une fin. Le concept d'actualisation utilisé par Pierre Lévy définit le passage d'un monde vers un autre, de celui du virtuel à celui de l'actuel, les deux appartenant au réel. L'actuel induit l'agir, la prise d'effets, la concrétisation de ce qui n'était qu'en germe ou en puissance avec le virtuel.

Nous verrons alors que l'utilisation du mot virtuel n'est pas toujours abusive, d'autant qu'elle pourrait déjà s'appliquer aux consentements qui, avant de s'échanger, forment un contrat virtuel qui deviendra actuel dès lors que les volontés se seront accordées. De ce point de vue, nous ne pensons pas que le concept de virtualité devrait véhiculer la connotation négative que lui assigne le sens vulgaire.

1. L'expression de la volonté des personnes juridiques

Nous identifierons ici deux principaux problèmes posés lors de la formation des contrats à distance : le consentement échangé avec un incapable et l'erreur sur l'identité du contractant.

a. Le consentement échangé avec un incapable

Dans le cadre du droit des contrats, la capacité peut se définir comme " *l'aptitude décrétée par la loi à s'obliger par un acte juridique* "[41]. Ainsi, la loi empêche-t-elle certaines personnes

de consentir valablement à certains types de contrats dans le but de les protéger, ou de respecter l'ordre public. En fait, la capacité ne peut se confondre avec le consentement : une personne peut être mentalement capable de donner un consentement mais être déclarée incapable de le faire par la loi. Dans ce cas, son consentement pourrait être qualifié de " virtuel ". Celui-ci existe bel et bien, mais la loi ne permet pas de lui donner les effets escomptés dès lors qu'elle empêche son actualisation. Tel pourrait être le cas du consentement donné par un mineur[42], d'un majeur sous tutelle ou sous curatelle pour les actes définis par la loi. Le contrat passé avec un incapable serait alors entaché d'une nullité et dépourvu d'effets, comme si l'incapable n'avait jamais consenti.

Cette question ne poserait pas plus de difficultés sur les inforoutes que d'ordinaire, si le commerçant avait la possibilité d'évaluer directement la capacité de la personne qui accepte son offre. Mais, au premier abord, la séparation des acteurs dans le cadre du commerce électronique pourrait tout à fait favoriser la formation des contrats juridiquement virtuels.

Notons que certains " webmasters " se sont déjà équipés de systèmes permettant d'identifier l'âge de leurs visiteurs. Ceux-là fonctionnent souvent par le biais d'une institution intermédiaire (Adultcheck, Adultsign etc...) qui demande au client la délivrance d'une preuve de majorité, le plus souvent par la fourniture du numéro d'une carte de crédit. En retour, le client reçoit un numéro d'identification et un mot de passe qu'il pourra utiliser pour ouvrir les pages d'un site dont le contenu pourrait être préjudiciable pour les mineurs. A l'origine, ces systèmes n'ont pas été conçus pour former des contrats valides, mais bien plutôt pour protéger le diffuseur d'informations préjudiciables contre des poursuites judiciaires. L'on aurait pu proposer leur utilisation dans le but de s'assurer de la capacité d'un cocontractant, s'ils ne présentaient pas les deux inconvénients suivants :

1.- la simple délivrance du numéro d'une carte de crédit n'est pas une condition suffisante pour s'assurer de la majorité d'un acteur. Nombreux sont les cas de piratage des numéros de carte ;

2.- les commerçants ne désirent pas alourdire les procédures d'acceptation qui, en elles-mêmes exigent souvent la délivrance d'un numéro de carte de crédit pour effectuer le paiement du produit ou du service souhaité ;

Enfin, le commerçant se souciera très rarement de la capacité de son cocontractant dès lors que, la vente effectuée, les risques d'action en nullité de l'acte restent minimes.

b. L'erreur sur l'identité de la personne

Si l'environnement des inforoutes ne permet pas de s'assurer de l'âge de la personne avec laquelle on contracte, a fortiori ne peut-on déceler l'identité de celle-ci.

Notons que l'erreur sur l'identité de la personne du contractant n'est pas en soi une cause de nullité du contrat[43]. La question ne se posera en fait que dans le cas de contrats *intuitu personae*, c'est à dire en considération de la personne[44], ou lorsque les parties auront fait de l'identité de l'un des cocontractants un élément essentiel du contrat[45]. Ainsi, le contrat passé avec une tierce personne entachera le contrat d'une nullité pour vice du consentement.

De manière générale, les parties pourront remédier aux deux problèmes cités ci-dessus en ayant recours aux méthodes d'identification par signature électronique et certification[46]. Celles-ci seront le plus souvent utilisées dans le cadre des rapports contractuels entre professionnels. En effet, les multiples contrats d'adhésion proposés aux consommateurs sur le Web s'adressent en général à un public indéterminé.

2. Du consentement informatique à la volonté humaine

Au travers de la problématique posée par les transactions automatisées, nous redécouvrions l'importance des notions exposées au début de cette étude, c'est à dire celles concernant l'autonomie de la volonté et la nécessité de l'existence du consentement.

a. La problématique des transactions automatisées

Nous quittons le domaine des transactions effectuées directement entre personnes juridiques pour étudier celui des consentements échangés au travers d'une interface automatisée. L'automatisation du consentement se manifeste sous deux formes principales.

La première se caractérise par l'offre permanente d'un site commercial dont les caractéristiques essentielles du contrat qu'elle propose sont automatiquement définies et présentées au public grâce à un logiciel qui peut tenir compte de plusieurs données : un indice des prix, une synthèse de questionnaires proposés en ligne, ou au travers des cookies[47]. En effet, par l'observation automatique des évolutions d'un consommateur sur un site Web, les cookies fournissent des informations au logiciel qui dressera alors le profil commercial des visiteurs. Ceci permet par exemple d'adapter les pages à un utilisateur particulier, et de lui proposer des prix personnalisés (réductions, offres promotionnelles).

La seconde forme d'automatisation que nous proposons d'aborder concerne plus spécifiquement les rapports entre professionnels au travers de l'EDI (Echange de Documents Informatisés)[48]. L'EDI permet en effet de déléguer à un ordinateur préalablement programmé la conclusion de contrats commerciaux. Cette automatisation atteint aussi bien l'offre que l'acceptation.

Dans ces deux cas, l'intervention d'une personne juridique ne devient alors qu'accessoire. Les questions qui se posent sont les suivantes : peut-on dire que les conditions essentielles de formation des contrats ont été respectées ? Un ordinateur a-t-il la capacité de consentir ? Y a-t-il eu " échange des consentements " au sens juridique ? Le consentement de l'une des parties peut-il être exprimé par un système automatique ?

Car, en effet, selon une vision classique du droit des contrats, les parties doivent s'accorder elles-mêmes sur l'ensemble des éléments essentiels de la convention. Le consentement formulé par l'intermédiaire d'un système automatisé ne semble donc pas satisfaire aux exigences du droit positif. Et pourtant, le " consentement automatisé " existe bel et bien dans les faits. Comment concilier la pratique avec le droit positif ?

b. La recherche d'une solution

Sans examiner en détail l'ensemble des solutions proposées par les auteurs, nous nous attarderons sur certaines d'entre-elles[49] afin d'en tirer les conclusions nécessaires.

i. L'attribution des qualités de la personne juridique à la machine

Une machine peut-elle donner un consentement valide au regard de la théorie générale des contrats ? Concernant la *Common Law*, Tom Allen et Robin Widdison rappellent qu'il est généralement admis que les personnes naturelles et les personnes juridiques sont capables de former des contrats entre-elles[50]. Pour leur part, les systèmes juridiques du Code civil posent comme condition essentielle de la formation des contrats que le consentement ait été donné par une personne capable, juridiquement reconnue comme tel[51].

Ainsi, Tom Allen et Robin Widdison envisagent une solution qui pourrait paraître absurde au premier abord. Celle-ci consisterait à conférer à l'ordinateur les attribues d'une personne juridique " capable ".

Rappelons tout d'abord ce qui définit la personne juridique. Selon Grzegorczyk, " *la personnalité juridique n'a rien à voir avec la qualité d'être humain* "[52], elle est plutôt, selon le mot de J.M. Grossen " *une qualité juridique conféré par le droit, un don de la loi* "[53]. Ainsi, la personnalité juridique définit le rôle et l'existence d'une entité pré-juridique sur la scène du droit. Ce rôle peut également être assumé par des groupements humains et parfois même par " *des êtres totalement fictifs* "[54]. En effet, la loi reconnaît déjà la personnalité juridique à de nombreux organismes non-humaines : corporations, associations, sociétés, organisations internationales, l'Etat... La voie semblerait donc ouverte pour faire monter l'ordinateur sur la scène juridique.

Néanmoins, il serait bien difficile de lui conférer la personnalité juridique dès lors que le patrimoine devient la caractéristique principale de celle-ci. Selon la théorie du patrimoine consacrée par Aubry et Rau, toute personne possède un patrimoine et tout patrimoine possède un titulaire qui est la personne. De même, Huber insiste sur le fait que " *la personnalité ne serait guère qu'une abstraction si on ne lui accordait pas le pouvoir d'acquérir ; effectivement, elle n'existe, au sens juridique du mot, que par la faculté qu'elle a de prendre sa part des biens de la collectivité.* "[55] L'ordinateur ne pouvant posséder de patrimoine, il devient impossible de procéder à la reconnaissance de sa personnalité juridique.

ii. L'ordinateur comme outil de communication : une fiction théorique

L'ordinateur pourrait tout simplement être considéré comme un outil de communication classique, tel que le téléphone ou le télécopieur[56]. Ainsi, il n'exprimerait pas sa propre volonté, ni celle de la personne qui en est responsable. Plutôt que d'utiliser le terme d' " expression ", il s'agirait de revenir à la notion de " transmission d'information ". L'ordinateur, devient alors l'objet par lequel sera transmise la volonté du véritable acteur juridique de la transaction. Ainsi, l'on ne devrait plus dire que l'ordinateur a conclu automatiquement un contrat pour le compte de la personne dans l'intérêt de laquelle il agit. Bien au contraire, c'est la personne qui a conclu le contrat au travers d'un outil de communication chargé de transmettre sa volonté.

Cette solution propose en quelque sorte de jouer sur les mots. Il s'agit d'employer le bon terme pour contourner une évidence : en fixant elle-même certains éléments essentiels du contrat (prix et/ou quantité de marchandise), la machine fait plus que transmettre la simple volonté de l'acteur juridique. Elle comble des zones de négociation au sein desquelles la volonté directe et immédiate de l'utilisateur n'intervient plus. Un simple téléphone ne prend jamais ce genre d'initiatives !

Le fait de considérer les actes perpétrés par un ordinateur au même titre qu'une conversation téléphonique relève donc d'une véritable fiction théorique. Celle-ci présente pour seul avantage de ne pas remettre en cause notre ordre juridique comme c'était le cas dans la première proposition. Ainsi, nous quittons le monde du virtuel pour aborder celui du fictif ou encore du " simulacre ". Dans ce cas là, le droit se propose d'ignorer simplement l'autonomie de la machine de manière à ne pas bouleverser le scénario juridique écrit avant l'arrivée des acteurs du commerce électronique.

Le risque est indéniable : si les juges adoptent cette théorie, l'acteur juridique devra irrémédiablement supporter les conséquences désastreuses qui pourraient survenir d'un *bug* informatique, d'une erreur de calcul ou d'un défaut de programmation[57]. Il sera tenu de l'ensemble des termes contractuels réorganisés ou " décidés " par la machine comme si ceux-là émanait directement de sa propre volonté[58].

Alors que la première solution se proposait de personnaliser la machine, la seconde décide d'ignorer purement et simplement son pouvoir décisionnel. Peut-être existe-t-il une issue raisonnable entre ces deux extrêmes.

iii. L'ordinateur, mandataire du cocontractant

John Fischer[59] nous propose une nouvelle solution. Etant donnée que les acteurs du commerce électronique délèguent un pouvoir déterminant à l'ordinateur, il s'agirait de considérer que la machine a été mandatée pour agir en leur nom et pour leur compte. Cette vision se rapproche effectivement de la réalité et trouverait, d'après John Fischer, ses bases légitimes dans les objectifs du droit de l'*agency* en *Common Law*[60].

Fischer ajoute une nuance : l'on devra se garder de transposer l'ensemble du droit des mandats à l'ordinateur, tels que le devoir de loyauté et la responsabilité du mandataire.

Un problème se pose cependant en *Common Law* : le mandataire doit accepter son mandat. Le mandataire ne peut donc être une machine qui, dépourvu de personnalité juridique, n'a pas le pouvoir de passer des actes juridiques. Les traditions du Code civil ne sont pas moins restrictives[61] :

1.- au niveau des rapports mandant / mandataire : le mandataire doit avoir la volonté d'agir pour le compte du mandant et manifester cette volonté ;

2.- au niveau des rapports mandataire / cocontractant du mandant : la volonté du mandataire doit exister, elle ne doit pas non plus être entachée de vices.

Ainsi, nous voyons que, pour qu'un ordinateur puisse être mandataire, il faudrait en revenir à la première proposition, à savoir lui conférer la capacité juridique de contracter[62].

iv. L'établissement d'un lien d'obligation entre l'ordinateur et la personne juridique

L'on pourrait contourner les obstacles juridiques liés à la théorie du mandat en créant un lien d'obligation entre la machine et la personne pour le compte duquel elle agit. Cette création pourrait provenir du législateur. Deux projets vont dans ce sens :

1.- le projet de modification du *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) américain qui aborde la notion d'agent électronique définit comme " *a computer program or other electronic or automated means used, selected, or programmed by a person ti initiate or respond to electronic messages or performances without review by any individual.* "[63] Cet agent électronique constituerait en fait une nouvelle forme de mandat palliant les obstacles évoqués ci-dessus. Le projet américain a sans doute subit l'influence de Raymond T. Nimmer qui s'est consacré à élaborer une théorie de l' " attribution "[64] dont le but est de créer un véritable lien d'obligation entre le message et la personne pour le compte de laquelle il a été automatiquement transmis. Nous retrouvons la même proposition au sein de la loi-type de la *CNUDCI* (Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International)[65].

2.- la loi-type de la *CNUDCI* : en son article 12, intitulé " *Attribution des messages de données* ", la loi-type stipule notamment qu' " *un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé (...) par un système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement* ".

Vincent Gautrais ne se satisfait pas de l'adoption de cette théorie dont l'utilisation serait vouée à l'échec dans le cadre des contrats automatisés. Selon lui, le lien d'obligation ne peut s'établir en raison du fait qu'il fait intervenir un acteur incapable juridiquement[66]. Nous ne pouvons que souscrire à cette remarque au regard de l'échec de la théorie du mandat. Néanmoins, nous devons nuancer cette affirmation au regard de la responsabilité du fait des choses.

Selon l'article 1054 C.c.Q ou son équivalent en droit français (article 1384 C.c.F), la faute du gardien de la chose qui a causé le dommage est toujours présumée. Pour engager la responsabilité du gardien, il suffit que le dommage ait été " causé " par une " chose ". Sans entrer dans les détails, le fait qu'un ordinateur, encore considéré comme un chose, ait provoqué une situation matérielle ou morale préjudiciable pour un tiers engage

irrémédiablement la responsabilité du gardien. Un lien d'attribution entre le gardien et le message envoyé par la machine a donc bien été créé par cet acteur " *incapable juridiquement* "[67]. Bien que nous nous situons ici en matière délictuelle, nous voyons que le droit civil n'est pas totalement réfractaire à ce genre de situation. Etant donné sa complexité, la présente étude laissera cette question en suspend.

v. Le recours à l'accord EDI

Les transactions automatisées EDI sont encadrées par une convention visant à définir les modalités relatives à l'utilisation et à l'échange des données informatiques. Il s'agit d'un contrat formé par les parties avant toute intervention de la machine. Eric A. Caprioli et Renaud Sorieul précisent que " *les contrats d'échange contiennent des dispositions contractuelles à caractère juridique (validité et formation des contrats par EDI, preuve, responsabilité, loi applicable...)* "[68] Bien qu'automatisés, les actes sous-jacents qui en découlent pourraient donc être le fruit du consentement des parties que l'on ferait remonter à la conclusion de l'accord EDI. Ainsi, le contrat général exprimerait le consentement " virtuel " des parties, qui s'actualiserait dans chacun des actes sous-jacents[69].

Plusieurs arguments nous empêcheraient cependant d'adopter cette solution. Tout d'abord, les deux auteurs précités rappellent que la pratique et la doctrine estiment que l'accord EDI doit traiter exclusivement de la communication des données informatisées et non du contrat commercial sous-jacent, régi par le droit commun. Pourtant, ajoutent-ils, il semble difficile d'ignorer que la forme agit sur le fond et vice-versa. Par exemple, *l'Americain Bar Association* adopte une approche inverse en intégrant dans un contrat unique à la fois les dispositions sur les communications électroniques et celles sur les aspects commerciaux entre les partenaires.

Si un doute subsiste encore, Vincent Gautrais désire l'effacer en remarquant que la définition de l'accord EDI se rapproche fortement de celle du contrat-cadre[70], qui exclut, selon lui, l'expression de la volonté des parties lors de sa rédaction[71]. Vincent Gautrais ajoute un second argument en se basant sur l'article 1583 C.c.F, selon lequel la vente est parfaite " *dès qu'on est convenu de la chose et du prix* ". Or, tel n'est pas l'objectif du contrat-cadre. Ces modalités, essentielles à la formation du contrat de vente, seront définies au sein des actes sous-jacents automatisés. Vincent Gautrais conclut que " *lors d'un contrat automatisé par le biais de l'EDI, l'on ne peut faire remonter le consentement à la formation du contrat-cadre.* "[72]

Cependant, ne serait-il pas possible de stipuler au sein d'une convention spécifique que les parties consentent entre elles à ce qu'un système informatisé puisse prévoir, pour leur compte, le prix et la quantité de la marchandise à fournir ? La pratique contractuelle pourrait tout simplement intégrer les propositions définies par les projets législatifs. Malgré tout, il serait bien difficile de déroger, par exemple, à la disposition impérative de l'article 1583 C.c.F, et soumettre les parties au risque de l'aléa informatique.

vi. L'empreinte suffisante du consentement

Malgré les difficultés liées aux propositions précédemment étudiées, nous ne pensons pas qu'il est impossible de retrouver le consentement des parties au sein des actes automatisés. Il suffirait de rechercher dans les actes effectués par un système informatique une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques. Cette solution risque d'entraîner des effets négatifs similaires à ceux dévoilés par l'assimilation de l'ordinateur à un outil de communication classique.

Mais il existe une exception de taille, dans la mesure où il n'est pas tenu pour acquis que l'ensemble des manifestations de la machine portent une empreinte suffisante de la volonté des acteurs juridiques. En cas de litige, par exemple lorsque l'une des parties estime que l'ordinateur aurait " contracté " pour une quantité aberrante de marchandise, le juge cherchera alors quelle fut la volonté réelle des cocontractants. Il pourra se baser sur un faisceau d'indices tels que les pratiques commerciales habituelles des acteurs en présence, l'indice auquel devait se référer le programme de l'ordinateur, la logique inhérente du marché ou encore la fiabilité de la machine.

Il ne s'agit nullement d'une proposition novatrice puisque les droits positifs français et québécois[73] prennent déjà en considération la volonté interne des parties dans certaines circonstances pour la mettre en balance avec la volonté déclarée en fonction des intérêts en cause. La volonté interne peut être prouvée par tous moyens s'agissant par exemple d'établir qu'un fait juridique a vicié le consentement de l'une des parties[74]. La preuve de la défaillance de la machine pourrait alors suffire. Bien sur, une telle acceptation soumettrait la volonté réelle des parties à l'interprétation des juges. Elle ferait alors peser une certaine incertitude sur chacun des actes effectués par les systèmes automatiques. Cela pourrait sembler insupportable dans certaines relations commerciales. Une telle solution aura cependant le mérite de poser comme principe la validité des conventions automatisées.

Ainsi, nous pouvons nous accorder avec l'allocution doctrinale de Jean Carbonnier : " *l'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclic qui transforme en acte juridique un*

projet jusqu'alors dépourvu d'effets en droit "[75]. Virtuel, le consentement des parties n'en est pas moins réel[76], même si son actualisation se manifeste au travers de la mise en œuvre d'un programme informatique.

Malgré les atteintes portées au dogme de l'autonomie de la volonté pour des raisons de justice sociale, nous avons bien vu qu'il était impossible d'admettre l'engagement d'un acteur juridique sans se référer à la réalité de son consentement. Mais nous avons remarqué qu'il était possible d'en retrouver les traces dans la conclusion d'un accord assistée par un outil technologique. C'est pourquoi nous ne croyons pas que les situations étudiées ci-dessus puissent remettre en cause la théorie générale des contrats, dès lors que celle-ci à su remettre en cause le caractère dogmatique du principe de l'autonomie de la volonté.

Conclusion

L'on pourrait nous reprocher d'avoir soutenu la nécessité d'encadrer le phénomène du " consentement réflexe " d'une personne juridique, alors que, d'un autre côté, nous avons accepté la plénitude du consentement exprimé au travers d'un système automatisé. Bien que notre objectif n'était pas de privilégier l'acte informatisé par rapport à l'automatisme humain, il nous semble concevable que l'ordinateur puisse être le support d'une volonté plus éclairée que celle d'un consommateur manipulé. Nous nous sommes simplement attachés à transposer les valeurs actuelles et le pragmatisme du droit positif dans le cadre du commerce électronique. Ses valeurs impliquent la protection des parties faibles. Son pragmatisme nécessite de répondre aux incertitudes professionnelles au moyen des outils juridiques dont nous disposons.

Maintenant que nous nous sommes assurés que la notion même de consentement restait pertinente dans le cadre du commerce électronique, nous abordons la question de son " échange " comme processus par lequel les volontés se rencontreront au travers des réseaux numériques.

II. La rencontre des volontés sur les autoroutes de l'information

L'échange des consentements va aboutir à l'accord des volontés. Cet accord se produira dès lors qu'une offre et une acceptation se rencontreront. Ainsi le consentement de l'une des parties devra être communiqué à son futur cocontractant. Nous étudierons la manière dont les consentements ont vocation à circuler sur les réseaux électroniques au travers de leurs

manifestations (A), avant de tenter de définir en quel lieu et à quel moment l'accord des volontés pourra se produire (B).

A. Les manifestations du consentement sur les réseaux informatiques

L'accord des volontés, et par la même, la formation du contrat, se fera à la suite de l'échange des consentements qui s'exprimeront au travers d'une offre et d'une acceptation[77].

1. L'offre sur les réseaux électroniques

Selon Ghestin, on peut définir l'offre, ou la pollicitation, comme *" une manifestation de volonté unilatérale par laquelle une personne fait connaître son intention de contracter et les conditions essentielles du contrat. L'acceptation de ces conditions par le destinataire de l'offre formera le contrat.* "[78]

Il s'agit pour nous d'identifier la manière dont l'offre se manifeste sur les réseaux électroniques et les effets juridiques qu'elle provoque. Nous verrons ensuite les obstacles existant à la manifestation de la " *volonté unilatérale* " de l'offrant. Nous tenterons ainsi de répondre à la question suivante : une offre réglementée est-elle de nature à porter atteinte à l'échange de consentements ?

a. Manifestations, existence et effets juridiques de l'offre

i. Moyens d'expression de l'offre

Plusieurs outils sont à la disposition du pollicitant. Il peut choisir entre des moyens de communication à caractère public (Web, forums de discussions) ou privé (courrier électronique, IRC, ICQ). Néanmoins, il est parfois bien difficile de tracer la frontière entre le caractère privé et public des offres effectuées au travers de l'un de ces outils. Par exemple, une offre envoyée par courrier électronique à un nombre important de personnes pourra être considérée comme publique, en droit français, dès lors que l'offrant ne s'adresse pas nominativement à chacun des bénéficiaires[79]. La distinction entre les caractères privés et publics peut revêtir une certaine importance juridique. En effet, la Cour de cassation à posé

comme principe que " *l'offre au public lie le pollicitant à l' égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée* "[80].

Or, nous savons qu'il n'est pas difficile d'automatiser l'envoi de courriers électroniques afin qu'ils s'adressent nominativement à un grand nombre de personnes dont les noms et l'adresse électronique auront été recherchés sur le Web par des logiciels fureteurs. Considérée comme une offre effectuée à personne déterminée, une telle pratique risque de lier le pollicitant à l'égard de l'ensemble des destinataires du message. En revanche, si le nom des bénéficiaires n'apparaît pas en introduction du message, l'offre sera alors considérée comme publique et ne liera alors le pollicitant qu'à l'égard du premier acceptant.

ii. Les conditions d'existence de l'offre

Pour constituer une offre au sens juridique du terme, le message affiché sur un site commercial ou envoyé par courrier électronique doit contenir tous les éléments nécessaires à la conclusion d'un contrat, c'est à dire par exemple la désignation précise du produit proposé ainsi que son prix[81]. L'offre ne pourra contribuer à la formation du contrat qu'à condition d'être précise, ferme et dépourvue d'équivoque[82].

Quand bien même un message apparaissant sur une page Web remplirait ces conditions, le gestionnaire d'un site commercial conserve la possibilité de renverser la présomption d'offre en simple invitation à pourparler.

Dans ce sens, le contrat type, proposé par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris et l'Association Française du Commerce et des Échanges Électroniques[83], prévoie d'imposer des restrictions à l'offre par rapport à la zone géographique du commerçant. Ces limitations sont de deux ordres :

1.- d'ordre matériel : la livraison du produit proposé ne pourra se faire à une distance que le commerçant juge déraisonnable ;

2.- d'ordre juridique : une telle clause a pour effet de changer la position du commerçant. Son offre étant limitée à une certaine zone géographique, il ne sera plus lié en dehors de celle-ci en cas d'acceptation de l'internaute. C'est alors l'internaute qui devra effectuer une offre que le commerçant aura le loisir d'accepter ou de refuser.

D'un autre côté, il existe des circonstances dans lesquelles l'acteur ne peut révoquer, même expressément, le caractère d'offre des messages affichés sur son site. Une jurisprudence s'est développée hors réseau pour fixer la valeur contractuelle des documents publicitaires. Lorsqu'ils sont suffisamment précis et détaillés, les documents publicitaires lient celui qui

les utilise, quand bien même il leur aurait dénié tout caractère contractuel[84]. Maître Valérie Sédallian en tire la conclusion suivante : " *Un service Internet n'est rien d'autre qu'une nouvelle forme de support pour les offres et la publicité commerciales. Les informations figurant sur un service en ligne, par exemple un site Web, pouvant porter notamment sur les prix ou les caractéristiques techniques des produits de l'entreprise ont valeur de document contractuel.* "[85]

iii. Les effets juridiques de l'offre

L'offre ferme et précise entraîne certaines conséquences juridiques. Par exemple, si l'auteur de l'offre a fixé un délai pour l'acceptation, il devra alors maintenir sa pollicitation jusqu'à expiration de celui-ci[86]. Et, dès lors qu'une acceptation intervient pendant le délai de validité de l'offre, le contrat sera formé.

En principe, le pollicitant qui aurait effectué une offre sans en préciser l'échéance peut librement la révoquer. Les jurisprudences française et québécoise exigent cependant que le pollicitant maintienne son offre avant l'écoulement d'un " délai raisonnable ", en général assez bref. En matière commerciale, les tribunaux se réfèrent alors aux usages professionnels[87].

La jurisprudence sanctionnera par des dommages-intérêts le pollicitant qui aurait effectué un retrait abusif ou prématuré de son offre[88].

Néanmoins, le pollicitant peut limiter les effets de son offre publique à la quantité disponible des articles proposés en inscrivant par exemple sur l'une de ses pages : " offre valable dans la limite des stocks disponibles "[89].

b. De la réglementation de certaines offres : un obstacle à l'échange de consentement ?

Nous devons considérer si la réglementation de l'offre effectuée sous forme de *spamming*, compris en tant que messages publicitaires non sollicités envoyés par courrier électronique aux usagers du réseau, constitue un obstacle à l'échange des consentements.

Aprement discutée auprès des élus américains, la dernière proposition de loi du Représentant W. J. Tauzin a suscité de vives réactions[90]. Contrairement aux attentes de la communauté des internautes, le projet n'interdit pas le *spamming*. Il oblige simplement les auteurs des " polluriels " à inscrire certaines mentions permettant leur identification. Les

annonceurs devront également permettre aux internautes de se retirer facilement de leur liste de diffusion (principe du " *opt-out* ").

Notons qu'en droit français, toute offre commerciale envoyée par courrier électronique devra respecter les règles définies dans le Code de la consommation. Les solliciteurs se méfieront notamment des deux dispositions suivantes :

1.- sont proscrits par l'article L. 121-1 les messages publicitaires de nature à induire le consommateur en erreur, sous peine de deux ans d'emprisonnement et 250 000 FF d'amende ;

2.- en vertu de l'article L. 121-18 le professionnel a l'obligation d'indiquer son adresse et ses coordonnées téléphoniques. Il ne doit pas falsifier son identité.

Enfin, le consommateur qui aurait cédé à la tentation ne sera réellement engagé qu'après signature d'un contrat devant comporter les mentions obligatoires précisées à l'article L. 121-23. La vente ayant été effectuée à distance, le consommateur dispose encore d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison du produit pour le retourner et en obtenir le remboursement (art. L. 121-16).

Elaboré en vue de protéger le consommateur, l'encadrement de l'offre commerciale n'empêche en rien son expression, sous quelque forme que ce soit. Il n'y a donc pas ici un véritable obstacle à la rencontre des volontés.

2. La manifestation de l'acceptation

La doctrine ne s'est pas attachée à donner une définition du consentement. Dans la plupart des ouvrages, les auteurs se contentent d'énoncer que le contrat se trouve valablement formé par l'acceptation d'une offre sur les éléments essentiels de la convention.

Selon l'article 1386 du Code civil du Québec, la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne réalise l'échange de consentement. Nous voyons ainsi qu'en venant à la rencontre de l'offre, l'acceptation produira l'accord des volontés. Selon le principe du consensualisme, l'acceptation ne doit revêtir aucune forme particulière. Il demeure toutefois essentiel d'observer la manière dont elle pourra se manifester sur les réseaux électroniques. L'on peut notamment s'interroger sur les procédés offerts à l'internaute pour exprimer l'acception d'une pollicitation proposée sur une page Web. Tacite ou expresse, l'acception doit être suffisamment explicite pour aboutir à la formation du contrat.

a. Le geste contractuel

Le " cliquage " sur un bouton d'acception présenté sur une page Web commerciale suffit-il à exprimer réellement l'intention de l'internaute a accepter les 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 ce simple fait comme une acception expresse.

Pourtant, la mise en action du bouton d'acceptation entraîne la transmission d'informations numériques qui seront reconnues par un logiciel, lequel les 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 comportement 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 transport[91]. La doctrine admet également que de simple signes fait avec le corps tel qu'un hochement de tête dans une vente aux enchères peuvent constituer une acception expresse " *si, d'après la coutume, ils sont normalement destinés à révéler la volonté* "[92]. 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 approprié constitue effectivement une acception.

Enfin, nous proposerons un dernier argument de nature doctrinale. 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 auteur* "[93]. 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.

En argumentant de la sorte, nous nous sommes volontairement fait l'avocat du diable car, nous l'avons vu en première partie, il s'agit d'éviter dans la mesure du possible le risque du " consentement réflexe ", au travers duquel la volonté de l'internaute n'aurait pas été réellement exprimée.

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 du celui-ci[94]. Nous devons donc nous assurer que l'internaute a effectivement admis l'ensemble des dispositions essentielles du contrat d'adhésion proposé par le marchand.

Nous avons déjà remarqué qu'il était 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 cliquage, trop facile à effectuer pour témoigner du consentement des parties les plus faibles.

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[95].

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'acception fatidique.

c. Conclusion

Nous convenons que l'ensemble de ces propositions puisse paraître superflu au regard des dispositions protectrices des consommateurs dont nous avons relevé l'existence tout au long de cette étude. Le système du cliquage a néanmoins vocation à s'appliquer aux relations inter-professionnelles au sein desquelles il existe souvent un certain déséquilibre entre les parties. En outre, la mise en œuvre des dispositions spécifiques de protection des consommateurs apparaît encore relativement complexe dans le contexte international de l'Internet. La détermination du moment et du lieu de la formation du contrat pourrait toutefois lever quelques incertitudes.

B. Lieu et moment de la formation du contrat

Nous arrivons maintenant en fin de parcours, à cet instant précis où l'échange des consentements aboutit à l'accord de volonté. Avant de déterminer le lieu et le moment de formation du contrat, nous devons présenter l'intérêt pratique d'une telle démarche.

1. Intérêt pratique de la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat

L'instant et la situation de l'accord des volontés marquent à la fois la prise d'effet du contrat et la loi applicable à la forme du contrat.

a. Point de départ des effets du contrat

Une fois le contrat formé, les parties ne peuvent plus se rétracter. A moins d'une stipulation contraire, le moment précis où les consentements des parties se seront rencontrés marque la prise d'effet des obligations qu'elles auront définies. Il est donc important de pouvoir déterminer la date à partir de laquelle l'acheteur bénéficiera de la propriété du bien et devra supporter le risque de la perte. Enfin, le moment de formation du contrat impliquera la mise en œuvre de la loi qui était alors en vigueur[96].

b. Les règles de conflits

L'intérêt de déterminer le lieu de la rencontre des volontés réside dans le fait de rattacher le contrat à la loi d'un Etat. Du moins pour ce qui concerne les formes dans lesquelles il doit être conclu suivant l'adage *locus regit actum*[97]. Précisons encore que le lieu de formation du contrat constituera également un indice dans la recherche de la loi que les parties auront envisagé pour régir le fond de la convention.

Enfin, l'attribution du lieu pourra également décider de la compétence des tribunaux destinés à être saisis par les parties en cas de litige. Le tribunal compétent serait alors celui du lieu de la formation du contrat. Cette solution est dorénavant écartée en droit français suite la réforme réalisée par le nouveau Code de procédure civile de 1975[98]. Elle reste cependant admise en droit civil québécois[99].

Le moment est venu de préciser le lieu et le moment de le rencontre des consentements.

2. Le lieu et le moment de la rencontre des consentements

Le contrat électronique s'apparente au contrat à distance. Bien que les réseaux électroniques consistent en un outil de communication rapide, l'offre et l'acceptation ne pourront se faire simultanément. Nous dirons que, contrairement aux contrats formés entre les cocontractants en présence l'un de l'autre, l'échange des volontés se fera de manière asynchrone. En outre, les acteurs juridiques se trouveront souvent en des régions différentes.

Deux conceptions s'opposent nettement pour aboutir à la détermination du moment et du lieu de la formation du contrat. La première envisage la conclusion de l'accord dès lors que la volonté de l'acceptant a été exprimée. La seconde préfère retarder la formation du contrat au moment où les intentions de chacune des parties ont été mises à la connaissance de l'autre partie[100].

La première conception accepte deux théories :

1.- **La théorie de la déclaration** selon laquelle la seule expression de l'acceptation suffit à réaliser l'accord des volontés ;

2.- **La théorie de l'émission** qui n'admet la formation du contrat qu'au moment où l'acceptant se sera dessaisi du document témoignant de l'expression de sa volonté.

Deux autres théories sont également proposées par le second mouvement :

1.- **La théorie de l'information** : dans ce cas, l'accord des volontés sera réalisé dès lors que l'offrant aura eu connaissance de l'acception ;

2.- Enfin, **la théorie de la réception** considère que le contrat est formé à l'instant où l'offrant est présumé avoir eu la possibilité de prendre connaissance du consentement de l'acceptant.

Nous verrons lesquelles de ces conceptions ont été adoptées dans les pays de *Droit civil* et de *Common Law*.

a. Les choix civilistes

Nous prendrons ici l'exemple des droits civils français et québécois.

i. Droit français

Une abondante jurisprudence a su privilégier la théorie de l'expédition pour localiser le lieu de formation du contrat[101]. Concernant la détermination du moment de l'accord des volontés, Vincent Gautrais remarque que la jurisprudence adoptait aussi bien la théorie de l'expédition que celle de la réception suivant les cas d'espèce[102].

Une décision de la Cour de cassation du 7 janvier 1981 semble avoir voulu uniformiser les solutions. Elle pose le principe qu'à défaut de stipulation contraire, un acte était destiné à devenir parfait par l'émission de l'acceptation du bénéficiaire de l'offre[103]. Bien que le jugement paraisse s'imposer comme un arrêt de principe, ce dernier concernait spécifiquement un problème de caducité de l'offre. Nous ne pouvons donc pas affirmer que la solution de l'émission s'appliquera systématiquement à la détermination du moment et du lieu de la formation du contrat à distance[104].

ii. Droit québécois

Le droit québécois a le mérite incontestable d'avoir mis fin à l'incertitude environnante dans son nouveau Code civil. Ainsi, l'article 1387 C.c.Q dispose que " *Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires.* "

Précisons que la question du lieu de formation du contrat se posait déjà dans les relations entre commerçants et consommateurs depuis l'adoption de *Loi sur la protection du consommateur* en 1978. Celle-ci considère systématiquement que le contrat à distance a été " *conclu à l'adresse du consommateur"*[105].

b. Les solutions en *Common Law*

Nous nous contenterons ici d'exposer simplement la solution envisagée par la *Mailbox rule*, introduite aux Etats-Unis sous l'influence de l'arrêt anglais *Adams v. Lindsell*[106], selon lequel une acceptation faite par courrier valide le contrat dès qu'elle est postée. La théorie de l'expédition prédomine donc en droit américain pour la plupart des contrats à distance, peut importe la synchronicité des moyens de communication envisagés.

En revanche, c'est la théorie de la réception qui semble avoir été consacrée dans le projet du U.C.C. applicable aux licences (version B) qui, en son article 2B-205, dispose : *" In an electronic transaction, if an electronic message initiated by a party or its electronic agent evokes an electronic message or other electronic response by other or its electronic agent, a contract is created when : (1) the response is received by the initiating party or its electronic agent, if the response consists of furnishing information by that party did not preclude such a response; or (2) the initiating party or its electronic agent receives notice or an electronic message signifying acceptance.* "

c. Conclusion

Bien fluctuantes, selon les cas d'espèce et les Etats, les solutions proposées ne s'harmonisent pas forcément entre-elles. L'on aura alors recours aux initiatives d'ordre internationales tels que la Convention de Vienne ou les travaux de la *CNUDCI*.

La référence aux articles 23, 18-2[107], et 18-3[108] de la convention de Vienne nous donnerait le résultat suivant : la théorie de la réception s'imposerait du côté de l'acceptant, lequel conserve la possibilité de se rétracter jusqu'à réception de son acceptation par le pollicitant ; en revanche, c'est la théorie de l'expédition qui prédominerait pour l'offrant, lié dès l'expédition de l'acceptation[109].

L'on remarquera cependant que c'est la théorie de la réception qui reçoit le plus souvent les faveurs du commerce international. Elle a d'ailleurs été proposée au sein de la loi-type de la *CNUDCI* en son article 15[110]. Une nuance devra être apportée, car c'est la théorie de l'information qu'il l'emportera lorsque l'expéditeur se trompe dans la désignation du système d'information qu'il aurait prévu pour la réception de l'acceptation.

A la fin de leur parcours électronique, les consentements se rejoignent pour former l'accord des volontés et générer l'ensemble des effets de droit inhérent aux contrats.

Conclusion générale

L'on pourrait se demander si nous ne sommes pas en train de découvrir un nouveau paradigme du droit des contrats. Un paradigme propre à concevoir l'échange des consentements sous un jour nouveau, que l'on assimilera plus à un échange d'informations concordantes qu'à un accord de volontés proprement dit.

En effet, sur l'Internet, tout n'est qu'échange d'information. L'accord des volontés exprimé au travers du Web ou des courriers électroniques est lui-même issu d'un échange d'informations. Ainsi, nous pourrions plagier la conception de Duguit, reprise par les frères Mazeaud en remplaçant le terme " volonté " par le terme " information " : " *à elle seule, l'information est impuissante à créer des obligations ; c'est la société qui, seul a ce pouvoir ; l'information n'est ainsi qu'un commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs.* "[111] Nous nous rendons compte alors que cette allocution s'adapte parfaitement bien aux réseaux électroniques et que le concept de " volonté " ne vaudrait pas plus que celui d' " information " et ce, pour des raisons de justice sociale ! En acceptant de telles conceptions, nous risquons peut à peut de définir le consentement ou l'expression de la volonté comme une simple information. L'information envoyée par X devra simplement répondre à certains termes de l'information diffusée par Y. Au travers d'un nouveau formalisme, cet échange d'informations ne représenterait qu'un reflet des volontés des parties interprétées à la lumière de l'utilité sociale. Méfions-nous de ces constructions théoriques. Le dogme de l'autonomie de la volonté n'est certes plus au goût du jour. Rien n'empêche cependant que la volonté demeure le critère déterminant du contrat. Le commerce électronique ne nous permet pas à lui seul de remettre en cause la théorie générale des contrats.

Nous remarquerons également que l'utilisation de certains termes (virtuel ou Cyberespace) ont jusqu'à présent prêté à confusion. Ils ont aussi été la cause du doute de nombreux experts. Nous tenons à rappeler ici que le mot " Cyberespace " provient d'une initiative libertaire qui a voulu se ménager un espace de liberté électronique en dehors des frontières étatiques. L'emploi du mot est, à notre sens, incompatible avec la découverte de certaines solutions juridiques. Comment voudrait-on fixer par exemple le lieu de rencontre des consentements lorsque ces derniers s'échangent dans un lieu sans lieu ? Bien entendu, l'adoption de ce concept provient certainement d'un effet de mode et n'implique pas la duplicité de l'ensemble des juristes. Mais la confusion demeure toujours dans l'esprit de nombreux acteurs soumis à l'influence d'une idéologie au détriment des réalités techniques et juridiques.

En définitive, l'analyse du parcours des consentements dans leur processus d'échange sur les réseaux électroniques nous à permis de nous apercevoir que notre droit positif n'est pas fondamentalement à remettre en cause. Certes, la recherche de la volonté d'un acteur juridique exprimé au travers d'un ordinateur ou la détermination exacte du lieu et du moment de la formation du contrat ont pu susciter l'interrogation. Nous ne pensons pas cependant que ces tracasseries théoriques puissent nuire aux concepts juridiques traditionnellement utilisés par la théorie générale des contrats, dans la mesure où n'y ajoutons pas trop d'exotisme libertaire.

Bibliographie

Ouvrages en droit des obligations

- Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville, ed 1989 et 1993 ;

- Jean CARBONNIER, *Droit civil - t. 4: Les obligations*, Paris, Thémis, PUF, 1992 ;

- G. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* T1, Hachette, Paris ;

- G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, Carswell, Toronto, 1976 ;

- Jacques GHESTIN, *Les obligations -- le contrat : formation*, LGDJ, Paris, 1988 ;

- Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, T2, Montchrétien, Paris, 1966 ;

- Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien, t.5*, Montréal, Théoret, 1901 ;

- Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil - t. 2,* Paris, Lib. Catillon, 1900 ;

- Maurice TANCELIN, *Des obligations -- Actes et responsabilités*, Montréal, W&L, 1997 ;

- Maurice TANCELIN, *Sources des obligations -- l'acte juridique légitime*, W&L, Montréal, 1993.

Ouvrages et thèses spécialisés

- Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de doctorat déposée à l'Université de Montréal, 1998 ;

- Valérie SÉDALLIAN, *Droit de l'Internet*, Collection AUI, Ed. Netpress, Paris, 1997 ;

- Isabelle de LAMBERTERIE (Dir.), *La vente par voie télématique -- Rapport intérimair*e, Ivry, CNRS, 1988 ;

- Pierre LÉVY, *Qu'est-ce que le Virtuel ?*, La découverte, Paris, 1995 ;

- Philippe QUÉAU, *Virtuel, vertu et vertige*, Champ Vallon, Paris, 1993 ;

- Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE & Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993 ;

- Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHLEF & Sophie HEIN, *Droit du Cyberespace*, Montréal, Thémis, 1997 ;

- Michel VIVANT (dir.), *Lamy -- Droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1997.

Articles

- Tom ALLEN & Robin WIDDISON, " Can computers make contracts? ", *Harvard Journal of Law and Technology,* 9-1, 1996 ;

- Michael J. BONELL, " The UNIDROIT principles of the international commercial contract: Why? What? How? ", *Tulane Law Review*, 69, 1995 ;

- Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, " Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ", *JDI,* 2, 1997 ;

- John P. FISCHER, " Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2 ", *Indiana L. J.*, 72, 1996 ;

- Vincent GAUTRAIS, " La formation des contrats par télécopieur ", *Thémis,* 29-2, 1995 ;

- Christophe GRZEGORCZYK, " Trois modèles de l'homme juridique ", in *L'image de l'homme en droit*, mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990 ;

- Jérôme HUET, " Le consentement échangé avec la machine ", *in Revue de Jurisprudence Commerciale* -- Numéro spécial: Marcel DELEAU-DESHAYES & Charles GOYET (dir.), L'échange des consentements, 1985, p.124-132 ;

- Jérôme HUET, " Le commerce électronique ", *Gaz. Pal.*, Sept 1996, p. 1068-1071 ;

- Raymond T. NIMMER, " Electronic Contracting : Legal Issues ", *Journal of Computer & Information Law,* 14, 1997 ;

- Douglas Robert MORRISSON, " The statute of frauds online: Can a computer sign a contract for the sale of goods? ", *Geo. mason U.L.*, 14-3, 1992 ;

- Dee PRIDGEN, " How Consumers be Protected on the Information Superhighway ", *Land and Water Law Review,* 32 ,1997 ;

- Michel VIVANT, " Commerce électronique : un premier contrat type ", *Cahier Lamy Droit de l'informatique*, E, 1998, p. 1-3.

Notes

[*] Lionel Thoumyre (lionel@juriscom.net) est étudiant à la Maîtrise LLM axe Droit des technologies de l'information de l'Université de Montréal et assistant de recherche au CRDP pour le Professeur Ysolde Gendreau. Il a également créé le site Juriscom.net (http://www.juriscom.net) qu'il dirige depuis janvier 1998.

[1] Terme attribué à William Gibson qui l'aurait utilisé pour la première fois dans son roman *Le Neuromancier*. Voir William GIBSON, *Le Neuromancier,* J'ai Lu, Paris, 1984.

[2] Dans sa Déclaration d'Indépendance du Cyberespace en 1996, John Perry BARLOW écrivait sur un ton provocateur : " *Gouvernements du monde industrialisé, géants fatigués faits de chair et d'acier, j'arrive du Cyberespace, la nouvelle habitation de l'esprit (...). Vous n'êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n'êtes pas souverains là où nous nous rassemblons (...). Vos concepts juridiques de propriété, d'expression, d'identité, de mouvement et de contexte ne s'appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière. Il n'y a pas de matière ici.* "

[3] A noter que la rédaction de l'article 1108 du Code civil français a été soumis à de nombreuses critiques. En effet, celle-ci ne mentionne que le consentement de la partie qui s'oblige. Mais certains auteurs ont levé l'ambiguïté en constatant par exemple que " *le rédacteur suppose l'offre faite d'abord par celui que le contrat doit rendre créancier, et que c'est dans cette supposition qu'il se borne à exiger ensuite l'adhésion, l'acquiescement de celui*

que le contrat doit rendre débiteur ", voir G. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, T1, Hachette, Paris, p. 48.

[4] " *Agreement is at the basis of any legally enforceable contract. There are other factors which determine whether what has occured can be considered as the creation of a valid, enforceable contract (...), there must be a substratum of agreement, or consensus ad idem* " : voir G.H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract in Canada*, Carswell, Toronto, 1976. Voir aussi Tom ALLEN & Robin WIDDISON, " Can computers make contracts? ", *Harvard Journal of Law and Technology,* 9-1, 1996.

[5] d'après ces traditions consensualistes, " *le seul consentement oblige sans, qu'en principe, l'accomplissement d'une formalité quelconque soit nécessaire à la validité de l'engagement* ", voir Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville, 1993, p. 89.

[6] Voir note 12.

[7] Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, " Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ", *JDI* 2, 1997.

[8] Les auteurs nous donnent encore la définition suivante : " *il faut entendre par " commerce électronique " la banalisation de pratiques selon lesquelles, dans le but de produire des effets juridiques donnés, des éléments d'information sont transmis ou archivés sous une forme dématérialisée au lieu d'être confié au support-papier dont ils étaient jusque là indissociables.* ", *Id.*

[9] " *In order to bring a contract into existence there must be a communication of the parties' intention by means of outward expression* " : voir *Thierry V. Thierry* (1956), 18 W.W.R. 127, 2 D.L.R. (2d) 419 p.425.

[10] Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville,1989, p. 97.

[11] Voir G. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en g*énéral, T1, Hachette, Paris, p. 47 ; Jacques GHESTIN, *Les obligations -- le contrat : formation*, LGDJ, Paris, 1988, p. 217. Jean CARBONNIER, *Droit civil - t. 4: Les obligations*, Paris, Thémis, PUF, 1992, p. 83.

[12] Pierre-Basile MIGNAULT, *Droit civil canadien, t.5*, Montréal, Théoret, 1901, p. 191.

[13] Précisons qu'en son article 1385 le Code civil du Québec ne parle pas de l'échange " des " consentements, mais de l'échange " de " consentement, au singulier, car il ne fait référence qu'au consentement de l'acceptant. Mais le terme " d'échange " sous entend bien que le

consentement de l'acceptant vient en réponse à celui de l'offrant. Nous pouvons donc bien parler d'échange des consentements.

[14] Voir V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, PUF, Paris, 1980 ; cité dans Maurice TANCELIN, *Sources des obligations -- l'acte juridique légitime*, W&L, Montréal, 1993, p. 24. Selon TANCELIN, la thèse de RANOUIL démontre que la formulation de la théorie individualiste de l'autonomie de la volonté est plus récente qu'on ne le croit, voir Maurice TANCELIN, *Op. Cit.*, p. 25.

[15] Maurice TANCELIN, *Op. Cit.*, p. 27-28.

[16] Voir Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, T2, Montchrétien, Paris, 1966, p. 90.

[17] Voir par exemple la Loi québécoise sur la protection du consommateur qui impose la rédaction d'un écrit pour certains contrats tels que : le contrat par commerçant itinérant (art. 58) ou les contrat de crédit (art. 80). Notons qu'il ne s'agit pas seulement de constituer un écrit probatoire, mais d'une véritable règle de fond s'imposant comme une condition de formation du contrat. Ainsi, concernant les contrats de consommation spécialement réglementés, le contrat ne sera formé que par la signature des parties au contrat rédigé conformément à la loi.

[18] L'article 1378 al.2 C.c.Q stipule en effet que " *[le contrat] peut être d'adhésion (...)* ".

[19] Jacques GHESTIN, *Les obligations -- le contrat : formation*, *Op. Cit.*, 1988, p. 190.

[20] *Id.*, p. 188.

[21] A l'appui de notre réflexion, précisons que Jean Louis Baudouin classe le contrat d'adhésion parmi les exceptions au principe de l'accord des volontés. Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville,1989, p. 109 : " *Dans le contrat d'adhésion, celui qui désire contracter doit donc accepter automatiquement toutes les clauses et conditions de la convention, puisqu'elles sont unilatéralement fixées par le pollicitant. Il est impossible de parler ici de véritable liberté contractuelle.* "

[22] Sur ce point, voir Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, Thèse de doctorat déposée à l'Université de Montréal, 1998 , p. 243-289.

[23] Article L.121-16 du Code de la consommation : "*Pour toutes les opérations de vente a distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou*

remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour.". Le Code français de la consommation est disponible sur le site de Jérôme Rabenou : http://www.rabenou.org/consommation/cplan2.html.

[24] Ainsi, Vincent GAUTRAIS relève les raisons pour lesquelles l'internaute se refusera à l'idée d'un procès : " *Le défendeur est loin, inconnu, la somme recherchée peut être dérisoire, le coût de la mise en œuvre [d'un procès] risque d'être considérable* ". Voir, Vincent GAUTRAIS,*L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 274.

[25] *Hill V. Gateway 2000 Inc,* 105 F.3d 1147 (7th Cir.1997), affaire citée par Gregory E. MAGGS, Internet Solutions to Consumer Protection Problems, http://www.sc.edu/sclr/maggs.htm.

[26] L'une des clauses stipulait notamment que le contrat ne prendrait effet qu'à l'expiration d'un délai de trente jours si les acheteurs n'avaient pas retourné l'ordinateur.

[27] Gregory E. MAGGS, *Op. Cit.*

[28] Gregory E. MAGGS conclut ainsi : " *Now, thanks to technology that has cut communication costs, businesses have at least one cost-effective way of making these form contracts available to consumers before they buy a product.* ".

[29] Jérôme HUET, L'échange de consentement dans le cyberespace, conférence à l'Université de Montréal, octobre 1998 ; voir Lionel THOUMYRE, " Protection du cyberconsommateur ", *Netsurf*, n°33, décembre 1998, p. 16, également disponible sur le site *Juriscom.net* :http://www.juriscom.net/espace1/chrojur5.htm.

[30] L'idée de labélisation se retrouve par exemple chez Dee PRIDGEN, " How Consumers be Protected on the Information Superhighway ", *Land and Water Law Review*, 32, 1997, p. 254 ; et chez Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 284.

[31] Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 285.

[32] Michel VIVANT, " Commerce électronique : un premier contrat type ", *Cahier Lamy Droit de l'informatique*, août-septembre 1998, E, p. 1-3.

[33] Voir Jean CARBONNIER, *Op. Cit*, p. 81 : " *La notion de contrat type, plus récente que celle du contrat d'adhésion, recouvre deux catégories assez dissemblables. Il existe des contrat types privés. Ce sont, au fond, des contrats d'adhésion, mais établis par des organismes*

professionnels, et non par des entreprises isolées. Etant l'œuvre d'une collectivité, le contrat type, plus facilement encore que le contrat d'adhésion ordinaire, évoque une idée d'acte réglementaire. "

[34] Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 291.

[35] Cette directive devra être transposée en droit national au plus tard le 4 juin 2000. Le texte de la directive est disponible à l'URL suivante : http://europa.eu.int/comm/dg24/dg24old/cad/dir1fr.html.

[36] Nous renvoyons pour cela aux études suivantes : Cabinet FG Associés, La protection des consommateurs dans les transactions électroniques, août 1997, http://www.fgassocies.com/m1/internet/a14.html ; Thierry LAMBERT (Dir.), Nathalie DEMANGE, Barbara FINKBEINER, Nicolas SCHULZ et Vincent VAUTRIN, La directive du 20 mai 1997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, http://juripole.u-nancy.fr/DESS-DJCE/Nancy/articleDJCE1.html.

[37] Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville, 1989, p. 110.

[38] Voir Philippe QUÉAU, *Virtuel, vertu et vertige*, Champ Vallon, Paris, 1993, p. 26 et 27.

[39] Voir Pierre LÉVY, *Qu'est-ce que le Virtuel ?*, La découverte, Paris, 1995, p. 10.

[40] Pierre LÉVY, *Op. Cit.*, p. 13.

[41] La définition est de Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville,1989, p. 173.

[42] Voir par exemple l'article 153 C.c.Q : " *L'âge de la majorité est fixé à dix huit ans. La personne, jusqu'alors mineur, devient capable d'exercer pleinement tous ses droits civils* ". Cette protection prend donc la forme d'une incapacité d'exercice visant à prévenir les effets néfastes que pourrait avoir le manque d'expérience du mineur sur son patrimoine. Cette incapacité est toutefois tempérée par l'article 157 : " *Le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels* ".

[43] ni en Droit civil, ni en Common Law. Voir par exemple l'affaire anglaise *Lewis v. Averay* (1972) 1 Q.B. 198, [1971] 3 All E.R. 907 p. 911, dans laquelle Lord Denning M.R. a refusé d'accepter la théorie selon laquelle l'erreur sur l'identité d'une des parties entachait le contrat de nullité. Affaire cité dans G.H.L. FRIDMAN, *Op. Cit.*, p. 89.

[44] Pour le Droit civil, voir par exemple l'article 1110 C.c.F : "*L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.*

Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention."

[45] Les parties peuvent en effet subordonner leur accord de volonté à un élément particulier qu'elles tiennent pour essentiel. Cet élément peut être l'identité de la personne avec laquelle on contracte. Sur la question des éléments tenus pour essentiels par les parties, voir notamment Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 244, qui précise que " *la jurisprudence tend a exiger que l'élément normalement accessoire ait fait l'objet d'une condition expresse, dont la constatation relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, mais qu'ils doivent formellement constater à peine de censure* ".

[46] Sur cette question voir notamment : Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE & Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

[47] Sur la fonctionnalité des cookies, voir Jean-Marc DINANT, Les traitements invisibles sur Internet : un nouveau défit pour la protection des données à caractère personnel, http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html.

[48] L'EDI permet d'effectuer des transactions par la communication entre les parties de messages codés et standardisés. Selon Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul : " *cette technique suppose la programmation des opérations commerciales, industrielles et administratives qui s'enchaînent automatiquement sans intervention humaine, ainsi que l'utilisation de messages normalisés.* ", Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, *Op. Cit.*

[49] Nous travaillerons ici sur la base des propositions émises par Tom ALLEN & Robin WIDDISON, " Can computers make contracts? ", *Op. Cit.* ; Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, *Op. Cit.* ; Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international,Op. Cit.* ; et Charles GAGNON, L'échange de consentement et le commerce électronique -- de l'autonomie de la volonté à la " volonté " de la machine, 1998, http://www.droit.umontreal.ca/~gagnonc/travaux/consentement.html.

[50] Sur la base du Restatement (second) of Contracts §3 (1979) et du U.C.C. § 1-201 (1994), les auteurs déclarent : " *It is generally accepted that both natural persons and legal persons are capable of entering contracts* ", Tom ALLEN & Robin WIDDISON, *Op. Cit.*, p. 30.

[51] Voir l'article 1385 du C.c.Q : " *Le contrat se forme par le seul échange de consentement entre des personnes capables de contracter (...)* ", ou l'article 1108 du C.c.F qui pose " *la*

capacité de contracter " de la partie qui s'oblige comme condition essentielle pour la validité d'une convention.

[52] Christophe GRZEGORCZYK, " Trois modèles de l'homme juridique ", in *L'image de l'homme en droit*, mélanges publiés à l'occasion du centenaire de l'Université de Fribourg, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 208.

[53] J.M. GROSSEN, Les personnes physiques, *Traité de droit privé suisse*, Tome II, 2, Fribourg 1974, p. 3 , cité par Christophe GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 208.

[54] Christophe GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 209.

[55] E. HUBER, Introduction au Code civil suisse, cité par Christophe GRZEGORCZYK, *Op. Cit.*, p. 212-213. Pour une argumentation en droit positif sur le lien existant entre la personnalité juridique et l'acquisition du patrimoine, voir notamment l'article 2 du Code civil du Québec : " *Toute personne est titulaire d'un patrimoine* " ou l'article 12 du Code civil suisse : " *Quiconque a l'exercice des droits civils est capable d'acquérir et de s'obliger* " (le Code civil suisse est disponible à l'URL suivante : http://193.5.216.31/ch/f/rs/2/210.pdf).

[56] Il s'agit là d'une nouvelle proposition de Tom ALLEN & Robin WIDDISON, *Op. Cit.*, p. 46-47 : " *We could choose to ignore its autonomy and treat it as no more than a passive adjunct or extension of the relevant human trader. In effect, we would adopt the legal fiction that anything issuing from the computer really issues directly from its human controller. By doing so, we would treat the computer as we do a telephone or fax machine.* "

[57] Allen et Widdison le reconnaissent : *" But if the courts adopt the legal fiction that a computer never operates autonomously, they give themselves no room to maneuver. Considering the variety of situations which are likely to arise in practice, this hardly seems desirable.* ", *Id.*, p. 47

[58] Nous rappelons ici l'impérativité de la règle en droit civil avec l'article 1434 C.c.Q : " *Le contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu non seulement pour ce qu'ils y ont exprimé, mais aussi pour tout ce qui en découle d'après sa nature et suivant les usages, l'équité où la loi* ", et l'article 1334 C.c.F : " *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.* "

[59] Voir John P. FISCHER, " Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2 ", *Indiana L. J.*, 72, 1997.

[60] " *Indeed, the provisions discussed below dealing with EDI's capability to form a contract without human awareness or consent [proposed article 2 U.C.C. Draft] reach precisely the same results as agency law would reach if applied to the computers witch enter into contracts.* ", John P. FISCHER, *Op. Cit.*, p. 557.

[61] Voir par exemple Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Op. Cit.*, p. 105.

[62] C'est pourquoi Isabelle de Lamberterie avait-elle rejeté cette possibilité en 1988, Isabelle de LAMBERTERIE (Dir.), *La vente par voie télématique -- Rapport intérimair*e, Ivry, CNRS, 1988, p. 27.

[63] Article 2B-102 (version février 1998), http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucc2/2b298.htm, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 237.

[64] Raymond T. NIMMER, " Electronic Contracting : Legal Issues ", *Journal of Computer & Information Law*, 14, 1997, p. 217-218.

[65] Ce document a pour vocation d'être intégré dans le système juridique des Etats qui auront décider de l'adopter.

[66] Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 241.

[67] Encore faudra-t-il déterminer si le message ayant créé un préjudice répond aux exigences de la jurisprudence pour mettre en œuvre la responsabilité du fait des choses. S'agit-t-il par exemple d'un " fait autonome de la chose " ?

[68] Voir Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, *Op. Cit.*

[69] Dans ce sens Charles Gagnon dira qu' " *il est possible d'affirmer que les parties peuvent à l'avance, par contrat, décider ce que constituera pour eux un contrat valablement formé (...). Il s'agit ni plus ni moins d'une volonté différée (...)* ", Charles GAGNON, L'échange de consentement et le commerce électronique -- de l'autonomie de la volonté à la " volonté " de la machine, *Op. Cit.*

[70] Selon la définition de Magdi S. Zaki, " *Le contrat-cadre désigne l'accord qui à pour objet non la livraison d'une chose ou la prestation d'un service mais la prescription du contenu, des modalités et de la forme des futurs actes juridiques* ", Magdi S. ZAKI, " Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre ", Revue internationale de droit

comparé, 4, 1986, p. 1066, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 225.

[71] Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 225.

[72] *Id.*, p. 226.

[73] Les termes de l'article 1425 C.c.Q sont assez explicites : " *Dans l'interprétation du contrat, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.* "

[74] Sur l'ensemble de ces questions en droit français voir notamment Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 297.

[75] Jean CARBONNIER, *Op. Cit.*, p. 84.

[76] Nous rappelons ici que la notion de " virtuel " n'est pas à opposer à celle de " réel ", voir *supra.*

[77] Voir Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, Yvon Blais, Cowansville,1989 : " *L'échange des consentements se fait en général au moyen d'une double opération. Dans un premier temps, l'une des partie fait une offre de contracter, c'est à dire se déclare prête à s'obliger sur certaines choses et à certaines conditions. Dans un second temps, l'autre partie décide d'accepter l'offre, et son acceptation suffit en principe à former un contrat valable et à lier les parties* ", p. 97.

[78] Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p.219.

[79] Voir V. A. VIALARD, " L'offre publique de contrat ", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1971, p. 753, cité par Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 223.

[80] Cass. civ. 3^{e}, 28 novembre 1968, *Bull. civ.*, III, n°507, p. 389.

[81] Voir par exemple l'article 1388 C.c.Q : " *Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* ".

[82] Voir Jacques GHESTIN, *Op. Cit.*, p. 219-224.

[83] Michel VIVANT, " Commerce électronique : un premier contrat type ", *Op. Cit.*, p. 1-3.

[84] Voir par exemple Trib. com. Paris, 28 novembre 1977, *Printemps c. S.C. du Centre commercial de la défense et E.P.A.D.*, cité par Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 316.

[85] Valérie SÉDALLIAN, *Droit de l'Internet*, Collection AUI, Ed. Netpress, Paris, 1997, p. 192.

[86] Pour le droit français, voir par exemple Cass. Civ. 3e, 10 mai 1968, 2 arrêts, *Bull. civ.*, III, n°209, p. 161 : " *si une offre de vente peut en principe être rétractée tant qu'elle n'a été acceptée il en est autrement au cas où celui de qui elle émane s'est expressément engagé à ne pas la retirer avant une certaine époque* ".

[87] Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 234.

[88] Cass. Civ. 1er, 8 octobre 1958, *Bull. civ.*, I, n°413, cité par Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 235.

[89] Voir Valérie SÉDALLIAN, *Op. Cit.*, p. 192.

[90] Voir Lionel THOUMYRE, " Email publicitaires : tarir à la source ", *Netsurf*, n°32, novembre 1998, p. 16, également disponible sur le site *Juriscom.net* : http://www.juriscom.net/espace1/chrojur4.htm.

[91] Nancy, 1er mars 1950, J.C.P. 1950. II. 5892 et Cass. civ., 1er, 2 décembre 1969, *Bull. civ.*, I, P. 303 n°381, cités par Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 303.

[92] Voir Jean CARBONNIER, *Op. Cit.*, p. 84.

[93] Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 302.

[94] Dans le cas inverse, l'on serait alors en présence d'une nouvelle offre émanent cette fois-ci de l'autre partie. Voir Henri, Léon et Jean MAZEAUD, *Op. Cit.*, p. 112.

[95] 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. Voir Justice de Paix de Paris, 14e arr, 5 janv 1882.

[96] Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 273.

[97] Voir LEGIER, *La règle locus regit actum* et les conflits de lois en matière de formes des actes, thèse Aix, 1976, cité par Jacques GESTIN, *Op. Cit.*, p. 273.

[98] L'article 46 du Nouveau Code de procédure civile écarte de manière impérative en matière contractuelle le lieu de formation du contrat comme critère de compétence territoriale.

[99] Voir l'article 68 § 3 du Code de procédure civile.

[100] Pour une analyse détaillée de ces courants voir Vincent GAUTRAIS, " La formation des contrats par télécopieur ", *Thémis*, 29-2, 1995.

[101] Voir par exemple Cass. com. 22 juin 1976, 4 *Bulletin civil* n°420, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 195.

[102] *Id.*

[103] Cass. com. 7 janvier 1981, 4 *Bulletin civil* n°14.

[104] Voir Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 196.

[105] Article 21 LPC : " *Le contrat à distance est considéré comme conclu à l'adresse du consommateur.* "

[106] *Adams v. Lindsell*, (1818) B. & Ald. 681, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 199.

[107] " *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre* ".

[108] " *Jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation* ".

[109] C'est, du moins, l'interprétation effectuée par E. Allan FARNSWORTH, Parker School Text, p. 3-13/14, cité par Vincent GAUTRAIS, *L'encadrement juridique du contrat électronique international*, *Op. Cit.*, p. 207. La même distinction sera faite au sein des principes UNIDROIT fortement inspirés de la Convention de Vienne.

[110] " *(1) Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de donnée, l'expédition d'un message de donnée intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur. (2) Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message sera définit comme suit : a) Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de*

données : i) C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné ; ii) Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire ; b) Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information , c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire. "

[111] Voir note 14.

© copyright 1995-2008 *Lex Electronica* Tous droits réservés / All Rights Reserved ISSN 1480-1787