

L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : l'adéquation aux contrats électroniques

Etienne Montero *

Avant de procéder à l'examen critique de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats eu égard aux besoins du commerce électronique (II), il n'est pas inutile de s'interroger sur la nature du "contrat électronique" et sur la place qu'il devrait occuper dans l'Acte uniforme (I).

I. – LA NATURE DU "CONTRAT ELECTRONIQUE"

A. Le "contrat électronique", entre droit commun et droit spécifique

L'expression "contrat électronique" suggère une nouvelle catégorie de contrats. Qu'en est-il exactement ¹ ?

* Professeur ordinaire aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur (Belgique).

Rapport présenté au Colloque sur "L'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) élaboré par UNIDROIT à la demande de l'OHADA. Ce texte, ainsi que la *Note explicative* y relative rédigée par le Professeur Marcel FONTAINE sont accessibles sur le site Internet d'UNIDROIT (<<http://www.unidroit.org>>) et sont reproduits en annexe au présent volume.

¹ Cette partie du rapport s'appuie sur certains de nos travaux antérieurs. Afin de ne pas alourdir inutilement l'exposé en multipliant les références, nous nous permettons de renvoyer globalement le lecteur aux études suivantes : E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Larcier, Bruxelles (2005), spéc. 191 et s. ; *Idem*, "La conclusion du contrat à distance", in : *Commentaire pratique – Obligations*, Kluwer, Bruxelles (2007), partie II, Titre 1^{er}, Chap. 4, section 2bis, 67-100 ; *Idem*, "La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003", in : *Le droit des affaires en évolution – Le contrat sans papier*, Institut des Juristes d'Entreprise, n° 14, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Antwerpen (2003), 1-53 ; M. DEMOULIN / E. MONTERO, "La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée", in : *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, Bruxelles (2004), 61-120. Des mêmes auteurs, "Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique", in : *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Coll. Cahiers du CRID, n° 23, Bruylant-P.U.N., Bruxelles-Namur (2003), 131-194 et "La conclusion des contrats par voie électronique", in : M. Fontaine (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris (2002), 693-788.

L'utilisation combinée de l'informatique et des réseaux de communication a suscité un mode nouveau de formation du contrat. Il est permis, plus précisément, de distinguer une variété de modalités de conclusion de contrats par voie électronique : contrats conclus dans les réseaux télématiques traditionnels, de couverture essentiellement nationale², ou dans les réseaux sectoriels d'échange de données informatisées (EDI)³, contrats conclus 'directement' sur le Web, par échange de courriers électroniques ou encore par le biais d'agents électroniques intelligents, mieux nommés "systèmes d'information automatisés"⁴.

Les caractéristiques du contrat électronique peuvent se décliner comme suit : disparition de l'écrit papier cristallisant l'accord des parties, automatisation et interactivité du processus contractuel, rapidité et fugacité des échanges, éloignement des contractants ... Ces traits induisent-ils une véritable originalité du contrat électronique ? *A priori*, le principe du consensualisme est si ouvert qu'il s'applique sans conteste dans le commerce électronique ; seules les manières d'exprimer le consentement, extériorisation de la volonté, sont nouvelles. A cet égard, l'électronique apparaît tout au plus comme un instrument inédit d'échange des consentements. Les manifestations de volonté s'opèrent désormais d'une manière nouvelle, par simple ou double "clic" sur une icône ou sur le bouton "envoi" du logiciel de messagerie électronique, etc. Pour autant, le consentement reste de même nature que celui donné verbalement ou par l'apposition d'une signature manuscrite sur un support papier, à savoir "une action transformant un projet en acte juridique"^{5 6}. Aussi sommes-nous d'avis que la notion même de contrat n'est pas affectée

² On songe, en particulier, au Minitel en France.

³ Parmi d'autres, voy. L. ELIAS / G. KUO WANG et alii, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Coll. Cahiers du CRID, n° 8, E. Story-Scientia, Bruxelles, (1992), et la bibliographie renseignée en fin d'ouvrage ; J. HUET, "Aspects juridiques de l'EDI, Echange de données informatisées (Electronic Data Interchange)", *Dalloz* (1991), chr. XXXVII, 181 et s. ; M. JACCARD, *La conclusion de contrats par ordinateur*, Stampfli Verlag, Berne (1996).

⁴ Cf. E.A. CAPRIOLI, "L'agent électronique et le contrat", in : *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, Actes du Colloque tenu à Nice les 6-7 novembre 2003, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, Litec, Paris (2005), 215-242 ; Y. POULLET, "La conclusion du contrat par un agent électronique", in : *Commerce électronique – Le temps des certitudes*, Coll. Cahiers du CRID, n° 17, Bruylant, Bruxelles (2000), 129-146.

⁵ Ph. LE TOURNEAU, "La notion de contrat électronique", in : *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, supra note 4, 12.

⁶ Le cas des contrats conclus par le biais de systèmes d'information automatisés mériterait une analyse plus fine, qui excéderait les limites de ce rapport. Voy. les études précitées de CAPRIOLI / POULLET, supra note 4.

par la circonstance que l'accord des parties s'est scellé dans un environnement électronique, fût-il ouvert⁷. Le régime de l'exécution et des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles n'est pas ébranlé (même s'il peut poser d'épineuses questions en droit international privé⁸). L'exécution peut certes avoir lieu par voie électronique. L'on songe à la fourniture de produits ou services immatériels tels le téléchargement de logiciels ou de fichiers musicaux ou encore l'accès à des bases de données *on line*. Il convient, par ailleurs, que certains actes (notifications) nécessaires en cours d'exécution du contrat ou pour suspendre celui-ci ou encore pour y mettre fin puissent se faire par voie électronique. En tout état de cause, le lien de droit créé ne s'en trouve pas pour autant affecté.

Au total, le contrat électronique, pensons-nous, ne ressortit pas au droit des contrats spéciaux. Si ce dernier s'intéresse aux divers *types* de contrats, c'est seulement en fonction de leur nature juridique (vente, bail, mandat, entreprise, etc.). L'objet du contrat et le mode de conclusion sont à cet égard indifférents. Le contrat électronique apparaît *techniquement* comme un mode nouveau de contracter. Mais il n'est pas spécifique quant à sa *nature juridique*. En ce sens, l'expression "contrat électronique" est impropre. Pour commode qu'elle soit, cette notion est plus descriptive que scientifique⁹. En réalité, l'on n'a pas affaire à une nouvelle catégorie de contrats, mais plutôt à un mode nouveau de formation de contrats "ordinaires", soumis au droit commun et, le cas échéant, au régime des figures juridiques mobilisées (vente, louage de chose, entreprise ...) ¹⁰.

⁷ L'internet est l'archétype du réseau dit "ouvert". La frontière entre réseaux fermés et réseaux ouverts n'est pas toujours nette. Les réseaux fermés sont basés sur un protocole propriétaire ; ils sont dits "fermés" en ce sens que le système est géré par une entité unique, exerçant un contrôle sur la population des utilisateurs et sur les composantes techniques du réseau (contenu, interfaces de communication, sécurité ...). Par opposition, un réseau ouvert est basé sur un protocole non propriétaire et présente une structure décentralisée, qui n'est pas contrôlée par une entité unique. Il en résulte que des internautes qui ne se connaissent pas peuvent entrer en relation et contracter, ce qui n'est pas le cas sur les réseaux traditionnels. Sur la notion de réseau ouvert, voy., notamment, E. DAVIO, "Questions de certification, signature et cryptographie", in : E. Montero (éd.), *Internet face au droit*, Coll. Cahiers du CRID n° 12, Kluwer, Bruxelles (1997), 66 et s. (spéc. 74-75 et les réfs.).

⁸ A ce sujet, parmi d'autres, O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, L.G.D.J., Paris (2002) ; E. CAPRIOLI, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique*, Litec, Paris (2002).

⁹ Parle-t-on de "contrat téléphonique" pour désigner le contrat conclu par téléphone ?

¹⁰ Sur tout ceci, MONTERO / DEMOULIN, "La formation du contrat ...", *supra* note 1, 108, n° 53. Dans le même sens, LE TOURNEAU, *supra* note 5, 5.

Le contrat conclu par voie électronique présente néanmoins une indéniable spécificité, liée à la nature du *modus operandi*. Les particularités de la communication électronique, épinglées plus haut (immatérialité, interactivité, rapidité ...), retentissent essentiellement sur la formation, la forme et la preuve des contrats.

On relève, en particulier, les nouveaux risques et défis entourant la *formation* du contrat électronique. Ceux-ci renvoient, pour une large part, au droit commun, tout en invitant à interroger ce dernier à nouveaux frais (B) ¹¹. Qu'en est-il, en effet, des garanties d'un consentement libre et éclairé lorsqu'il est donné dans un environnement à la fois dématérialisé (1), électronique et interactif (2), et marqué par une abolition de la distance et des frontières (3) ?

B. Les risques et défis associés au contrat électronique

1. Des contrats dématérialisés

Les contrats conclus par voie électronique sont dits "dématérialisés" en ce sens que l'accord des volontés ne se matérialise pas sous la forme d'un écrit papier (revêtu, le cas échéant, d'une signature manuscrite), mais résulte d'un échange de flux "immatériels" et évanescents de données, transmises par ondes électromagnétiques, fibres optiques ou diffusion hertzienne. En réalité, c'est à la faveur d'une légère – mais commode – imprécision de langage que les flux de données électroniques sont volontiers dits "dématérialisés". Car, de toute évidence, ils se "matérialisent" sur quelque support physique. Toujours est-il que les données échangées achèvent leur périple dans une mémoire

¹¹ Cf., outre nos études citées en note 1, voy., parmi une abondante littérature, AAVV, *Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique*, Actes du Colloque tenu à Nice les 6-7 novembre 2003, Coll. Actualités de droit de l'entreprise, Litec, Paris (2005); V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Academia Bruylant, Bruxelles (2002); C. BIQUET-MATHIEU / J. DECHARNEUX, "Contrats par voie électronique et protection des consommateurs", in : *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Formation permanente CUP, vol. 64 (2003), 7-135; *Idem*, "Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique", in : *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Ed. du Jeune Barreau, Liège (2001), 192-221; Y. POULLET, "Contrats électroniques et théorie générale des contrats", in : *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant, Bruxelles (2002), 467-478; P. LECOCQ / C. BIQUET-MATHIEU, "Le commerce électronique : conclusion et preuve du contrat. Rapport de droit belge", *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruylant, Bruxelles (2002), 1105-1165; B. de Nayer / J. Laffineur (éds.), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruylant, Bruxelles (2000); R. STEENNOT, "Juridische problemen in het kader van de elektronische handel", *Revue de droit commercial belge / Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* (1999), 664-676; L. CORNELIS / P. GOETHALS, "Contractuele aspecten van e-commerce", in : *Le droit des affaires en évolution – Le commerce électronique*, A.B.J.E., n° 10, Bruylant-Kluwer, Bruxelles-Anvers (1999), 1-91.

d'ordinateur. Dès lors, le support sur lequel se cristallise, *in fine*, l'accord des volontés n'est plus le papier, reconnu et apprécié de longue date comme un support stable et durable, mais des imprévisibles octets nettement plus sujets à caution et intelligibles seulement par le truchement d'un appareil.

Les défis liés à la "dématérialisation" des contrats conclus – sans papier, ni signature manuscrite – sur les réseaux se situent essentiellement sur le terrain de la preuve et du formalisme contractuel.

La preuve du contrat se heurte non seulement à la disparition du papier, mais aussi aux divers risques découlant de l'usage des réseaux ouverts pour communiquer et accorder les volontés (altération, accidentelle ou frauduleuse, d'un message en cours de transmission; problème d'identification des parties, substitution de l'auteur d'un message, répudiation d'un message par son émetteur ou son destinataire, qui nie l'avoir expédié ou reçu; rupture de confidentialité ...). Nous n'en disons pas plus étant donné que les questions de preuve sont (provisoirement) exclues de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

Le second défi concerne le maintien des garanties issues des règles de forme, présentes dans nombre de législations contemporaines et essentiellement façonnées par référence au support papier. Les exemples sont légion. Contentons-nous d'en relever quelques-uns.

Le Code CIMA ¹² contient de nombreuses exigences de forme. Ainsi, l'article 6, alinéa 2, prévoit que "L'assureur est tenu avant la conclusion du contrat de fournir une fiche d'information sur le prix, les garanties et les exclusions". Le contrat d'assurance doit être rédigé par écrit (article 7) et contenir diverses mentions (article 8). Le recours à la lettre recommandée, parfois avec accusé de réception, est requis pour réaliser de nombreuses notifications, notamment dans les cas suivants : résiliation du contrat (article 21), modification ou cessation du risque (article 26), déclaration d'une perte, d'une destruction ou d'un vol (article 91), exercice de la faculté de dénonciation de la transaction en matière d'assurance automobile (article 235), etc. Le Code CIMA exige aussi la production de divers documents, ce qui suppose l'intervention d'autorités publiques. Par exemple, dans les assurances de véhicule terrestre à moteur, les articles 240 et 241 imposent à la victime de produire l'acte de naissance, la carte d'identité, l'acte de mariage, le certificat de décès de la victime, etc.

Certains Actes uniformes de l'OHADA sont également fort marqués par le formalisme. Ainsi en est-il de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant

¹² Code des assurances des Etats membres de la Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances.

organisation des sûretés. Par exemple, le cautionnement doit être constaté par écrit et comporter la signature des deux parties et la mention, écrite de la main de la caution, de la somme maximale garantie, en toutes lettres et chiffres (article 4). Si la caution ne sait lire ou ne peut écrire, elle doit être assistée de deux témoins certificateurs (article 4, al. 3).

De nombreuses règles de forme figurent également dans d'autres Actes uniformes, tels celui relatif au droit commercial général et celui relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités y associées – gage d'une expression correcte des volontés – peuvent-ils être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé où l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable ?

Dans l'Union européenne, une directive impose aux Etats membres de veiller "à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique" et "notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique" ¹³. A cette fin, les Etats membres de l'Union ont dû procéder à une adaptation de leur législation contenant des exigences, notamment de forme, susceptibles d'entraver directement ou indirectement la conclusion de contrats par voie électronique ¹⁴. Le considérant n° 34 de la directive précise que cet ajustement doit être opéré par un examen *systématique* de la législation relative à l'ensemble du processus contractuel ¹⁵.

¹³ Article 9, § 1^{er}, de la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* ("directive sur le commerce électronique"), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, (p.) 1.

¹⁴ Précisons toutefois que la directive autorise les Etats membres à prévoir, au moins pour un temps, que le paragraphe 1^{er} de l'article 9 ne s'applique pas à certains contrats qui relèvent des catégories suivantes : les contrats qui créent ou transfèrent des droits réels sur les biens immobiliers ; les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, des autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique ; les contrats de sûretés et garanties (...); les contrats relevant du droit de la famille ou du droit des successions (art. 9, § 2, de la directive).

¹⁵ Il convient de noter que "la directive sur le commerce électronique n'oblige pas nécessairement à supprimer les exigences de forme, mais à faire en sorte que celles-ci – qui poursuivent divers objectifs – puissent également être satisfaites par voie électronique" (considérant n° 35). A ce sujet, D. GOBERT / E. MONTERO, "Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne", in : E. Montero (dir.), *Le commerce électronique sur les rails ? Analyse et propositions de*

Pour relever ce défi, plusieurs voies s'offraient aux législateurs nationaux¹⁶. Selon une première position, radicale, l'écrit est irréconciliable avec l'électronique¹⁷ ; le mieux est dès lors de s'affranchir de toute référence à des concepts par trop chargés d'histoire et imprégnés de la culture du papier (les notions d'écrit, d'original ou de copie, de signature, de mention manuscrite ...) pour forger des règles entièrement neuves, conçues spécifiquement pour les besoins du commerce électronique¹⁸. Une autre démarche consiste à redéfinir les concepts anciens en vue d'y intégrer la nouveauté. Dans plusieurs Etats de l'Union européenne (France, Belgique...), le législateur a choisi de mobiliser la doctrine dite "des équivalents fonctionnels", mise à l'honneur dans les travaux de la CNUDCI, soutenue par de nombreux auteurs et devenue une précieuse source d'inspiration pour la plupart des législateurs autour de la planète. Cette option constitue une "voie médiane"¹⁹ : loin de tourner le dos à des notions éprouvées, l'idée est de dégager les fonctions dévolues à celles-ci dans l'univers papier en vue de les transposer dans un environnement "dématérialisé".

Ainsi, le Code civil français a-t-il été enrichi d'une disposition nouvelle, libellée comme suit :

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

Lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même"²⁰.

mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Coll. Cahiers du CRID, n° 19, Bruylant, Bruxelles (2001), 199.

¹⁶ Pour une appréciation critique des différentes approches, voy. E. CAPRIOLI / R. SORIEUL, "Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales", *Journal du droit international (Clunet)* 2 (1997), spéc. 380 et s. ; DEMOULIN / MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *supra* note 1, spéc. 713-719, n°s 28-35.

¹⁷ Parmi les rares auteurs qui se sont exprimés en ce sens, voy. HUET, *supra* note 3, 181-189 (spéc. 185) et, à sa suite, V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Academia Bruylant, Bruxelles (2002), spéc. 109-110 et note 220.

¹⁸ En ce sens, apparemment, B. DE NAYER, "Information, interaction et commerce électronique", in : *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, CLEUP Editrice, Padova (1999), 134.

¹⁹ CAPRIOLI / SORIEUL, *supra* note 16, 382. Voy. aussi G. MAINÇON-VITRAC, "EDI et le régime de la preuve – La piste des équivalents fonctionnels", *Expertises*, n° 193 (1996), 144 et s.

²⁰ Article 1108-1, inséré par l'art. 25 de la LCEN (Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique, n° 2004-575 du 21 juin 2004, *Journal Officiel* du 22 juin 2004.

On trouve une disposition analogue dans la loi belge de transposition de la directive sur le commerce électronique ²¹. Elle figure à l'article 16 de la loi, qui s'énonce comme suit :

“§ 1^{er}. Toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées.

§ 2. Pour l'application du § 1^{er}, il y a lieu de considérer :

- que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ;
- que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2, du Code civil, soit à l'article 4, § 4, de la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification ;
- que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier (...)”

Par ailleurs, face à la dématérialisation des contrats conclus dans les environnements électroniques ouverts, le besoin se fait nettement sentir de restituer un ancrage – ‘spatio-temporel’ – à des opérations – qui se réalisent dans un espace virtuel désincarné ²². Dans l'Union européenne, diverses dispositions spécifiques de la directive sur le commerce électronique traduisent ce souci de “réinstrumentaliser” ²³ en quelque sorte le contrat.

Ainsi, l'article 11 de la directive sur le commerce électronique impose au prestataire d'envoyer, sans délai injustifié et par voie électronique, un accusé de réception de la commande émanant du destinataire du service. Cet accusé de réception peut prendre la forme d'un courrier électronique adressé à l'auteur de la commande ou d'une page Web affichée consécutivement à la validation de la commande sur le site du prestataire. Souvent, par souci de sécurité, les prestataires combinent les deux formules. Le cocontractant est ainsi assuré que sa commande a bel et bien été reçue et enregistrée. La réunion de la page Web complétée par le client et de l'*accusé de réception* expédié par le prestataire peut s'avérer utile, notamment sur le plan de la preuve ²⁴.

²¹ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *Moniteur Belge* (17 mars 2003), (p.) 12963.

²² En ce sens, LECOCQ / BIQUET-MATHIEU, *supra* note 11, n° 40.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, n° 28.

On peut épingle également l'article 10, § 3, dont il résulte que "Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire". Il est remarquable d'observer l'importance attachée par le législateur européen à cette exigence. Elle compte, en effet, parmi les rares dispositions impératives non seulement à l'égard des consommateurs (B2C), mais aussi dans les relations entre commerçants (B2B). Ainsi donc, le commerçant devra veiller à configurer les pages Web contenant les conditions générales en manière telle que le destinataire du service ait la possibilité de les enregistrer sur le disque dur de son ordinateur ou de les imprimer sur papier, pour pouvoir s'y référer à tout moment. On signale, au passage, qu'aucune disposition spécifique n'est consacrée à la question de la force obligatoire des conditions générales communiquées par voie électronique. On est renvoyé, sur ce point, aux principes de droit commun. Mais il ne fait pas de doute que les particularités du contexte suscitent des questions et pratiques nouvelles²⁵, qui appellent l'élaboration de réponses et de réactions appropriées. Tout cela donne lieu à des réflexions originales qui ne manqueront pas d'enrichir la théorie générale relative à cette question classique.

Enfin, on ne saurait trop souligner l'importance croissante du rôle des "tiers de confiance" dans la conclusion des contrats en environnement ouvert²⁶. La solution de problèmes divers (vérifier une identité, s'assurer de l'intégrité d'une communication, prouver la date d'un envoi ou d'autres faits juridiques²⁷ ...) passe par le recours à un tiers à la relation contractuelle : prestataire de services de recommandé électronique, de certification, d'archivage ou d'horodatage de documents électroniques ... Ici aussi, des voix s'élèvent pour réclamer l'adoption de règles spécifiques, destinées à déterminer des critères d'agrément de ces tiers, et définir leurs devoirs et responsabilités²⁸.

²⁵ Pour des exemples, voy. DEMOULIN / MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique", *supra* note 1, 736-741, n^{os} 56-60 ; BIQUET-MATHIEU / DECHARNEUX, *supra* note 11, 169 et s., n^o 13.

²⁶ Lire M. ANTOINE / D. GOBERT / A. SALAÜN, "Les nouveaux métiers de la confiance", in : E. Montero (éd.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Coll. Cahiers du CRID, n^o 16, Bruylant, Bruxelles (1999), 3-32.

²⁷ Pour des exemples, voy. MONTERO, "La conclusion du contrat par voie électronique ...", *supra* note 1, 1-53 (spéc. 36, 53 et *passim*).

²⁸ Cf. R.E. VAN ESCH, "Met recht een TTP !", *Tijdschrift voor consumentenrecht* (1998), n^o 5, 444-450 ; POULLET, *supra* note 11, 468, n 3 ; M. DEMOULIN / D. GOBERT / E. MONTERO, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Coll. Cahiers du CRID, n^o 23, Bruylant, Bruxelles (2003), 5 et *passim*.

2. Des contrats conclus dans un environnement électronique et interactif

L'utilisation des réseaux numériques pour la conclusion de contrats invite à s'interroger sur la qualité des consentements échangés. On peut se demander tout d'abord si l'interposition d'un outil technologique complexe et plus ou moins opaque n'est pas de nature à hypothéquer la transparence du processus contractuel et, dès lors, la réalité d'un consentement libre et éclairé. D'autant que l'automatisation et, partant, la nécessaire standardisation de ce processus rend moins aisée la mise en œuvre d'une prestation de conseil²⁹. Ensuite, l'internet se caractérise à la fois par une grande *interactivité* – dont l'une des clés est le lien hypertexte –, une *intégration* particulièrement poussée des différentes phases de la démarche contractuelle et – ceci expliquant cela – une grande rapidité dans le déroulement des opérations qui mènent au contrat. Ces circonstances sont de nature à faciliter des erreurs de manipulation et des achats d'impulsion. En quelques "clics" de souris, l'internaute peut se trouver engagé dans des liens contractuels : au cours de sa navigation sur le Web, en effet, il ne tardera pas à "tomber" sur une bannière publicitaire (éventuellement ciblée en fonction de son profil) qui, lien hypertexte aidant, le dirigera vers une offre présentée dans un catalogue interactif l'invitant, au gré de simples manipulations, à sélectionner des articles, à passer commande et à payer. On observe, enfin, un nouvel effet d'asymétrie³⁰, dans la grande toile du Web, entre un vendeur mobile, évanescent et peu identifiable, et un acheteur rapidement identifiable – à la faveur de divers "traitements invisibles"³¹ – et aussitôt fiché et traqué par les firmes de cybermarketing guettant les méandres de sa navigation sur le réseau.

En réponse à ces risques et défis nouveaux, le législateur européen a adopté diverses règles spécifiques. Ainsi oblige-t-il le prestataire à mettre en évidence une série d'informations relatives à son identité et à son activité professionnelle³². Ainsi encore, impose-t-il au prestataire de services l'obligation de communiquer une série d'informations concernant le *processus*

²⁹ A ce sujet, voy. DEMOULIN / MONTERO, "La conclusion des contrats par voie électronique ...", *supra* note 1, 741-743, n^{os} 61-62.

³⁰ F. OST, "Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse", in : B. De / J. Laffineur (éds.), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruylant, Bruxelles (2000), 187-198 (spéc. 195-196) ; B. DE NAYER, "Information, interaction et commerce électronique", in : *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice (1999), 117-135 (spéc. 122 et *passim*).

³¹ Suivant l'expression suggestive de J.-M. DINANT, "Les traitements invisibles sur Internet", in : E. Montero (éd.), *supra* note 26, 271-294.

³² Art. 5 de la directive sur le commerce électronique.

*contractuel*³³. Celles-ci présentent une originalité certaine en ce qu'elles ne s'attachent pas tant au contenu obligationnel qu'au *mode particulier de conclusion* du contrat. Il s'agit ici de fournir des informations de nature à assurer une plus grande transparence du processus de commande. Elles portent sur divers points, parmi lesquels : "les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat" et "les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données relatives à la commande"³⁴. Suivant les termes de l'article 10, § 1^{er}, ces informations doivent être communiquées "avant que le destinataire du service ne passe sa commande" et "formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque"³⁵.

3. Des contrats conclus dans un espace sans frontières

Il n'est pas envisagé dans le Code Napoléon, pas plus que dans le Code civil des pays l'ayant adopté, que le contrat puisse se former entre parties éloignées l'une de l'autre. *A fortiori*, le Code ne consacre aucune disposition à des problèmes tels que le retrait de l'offre³⁶ ou encore la détermination du moment ou du lieu de formation du contrat. Néanmoins, la plupart de ces préoccupations sont présentes dans la doctrine juridique dès la fin du 18^e siècle. Des auteurs tels POTHIER, TOULLIER, DEMOLOMBE, HUC ... ont considéré que le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation, et ont consacré de riches développements à la notion d'offre³⁷, au problème de l'offre au public, aux effets juridiques de l'offre³⁸, aux formes et modalités de l'acceptation, etc.

Les questions relatives aux effets juridiques et au retrait de l'offre ainsi qu'au moment et au lieu de conclusion du contrat étant plus aiguës dans

³³ Art. 10, § 1^{er} de la directive sur le commerce électronique.

³⁴ Les autres points sont : "les langues proposées pour la conclusion du contrat" et "si le contrat une fois conclu est archivé ou non et s'il est accessible ou non". Pour un commentaire de ces dispositions, voy. MONTERO, "La conclusion du contrat par voie électronique ...", *supra* note 1, 17 et s. ; BIQUET-MATHIEU / DECHARNEUX, *supra* note 11, 31 et s.

³⁵ On note que cette disposition est supplétive dans les relations B2B et qu'elle ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre des contrats conclus par échange de courriers électroniques.

³⁶ La notion d'offre, aujourd'hui familière, est d'ailleurs absente du Code civil. On n'y trouve nulle trace de l'idée d'un *processus* de formation du contrat, dont le point d'orgue est la rencontre d'une offre et d'une acceptation.

³⁷ Définition, éléments constitutifs ...

³⁸ Fondement, point de départ et durée de sa force obligatoire, rétractation et révocation de l'offre ...

l'hypothèse de contrats conclus entre absents, c'est naturellement sur ce terrain que s'est concentrée la réflexion.

Ainsi, la théorie classique des contrats entre absents focalise l'attention sur une série limitée de questions. Notons que celles-ci présentent aujourd'hui une extraordinaire actualité et un regain d'intérêt de la part des auteurs, avec la diversification des techniques de communication à distance et l'essor du commerce électronique. A plusieurs égards, le développement spectaculaire de l'internet invite, en effet, à renouveler la réflexion sur les contrats à distance. On rappelle qu'à l'origine, la théorie des contrats entre absents fut conçue dans le contexte des contrats conclus par l'échange de lettres missives, dont l'acheminement par voie postale pouvait prendre une ou plusieurs semaines. Durant ce laps de temps, l'offrant (ou l'acceptant) pouvait changer d'avis, décéder ou devenir incapable. Par contre, sur les réseaux numériques, les communications s'opèrent quasi instantanément – "en temps réel", dit-on de manière suggestive. Les données du problème s'en trouvent modifiées. On peut hésiter aussi sur le lieu de formation du contrat : est-ce l'endroit où est situé le serveur de l'offrant ou celui à partir duquel il se connecte à ce serveur (c'est-à-dire, en théorie, n'importe quel point du globe) ? Aussi est-on conduit à se demander si la théorie des contrats entre absents est bien adaptée aux environnements électroniques. Nul doute que ces questions nouvelles suscitées par le commerce électronique appellent un réexamen des solutions traditionnellement retenues ³⁹.

Force est de constater que, longtemps, d'autres préoccupations inhérentes à l'utilisation de techniques de communication à distance pour accorder les volontés ont été négligées. L'on songe ainsi aux inconvénients liés à l'absence de rapport direct entre cocontractants éloignés géographiquement et de contact tangible avec le bien convoité. D'où le risque de malentendus ou de déconvenues, voire d'escroqueries. L'on songe aussi au risque de perte ou détérioration du produit au cours du transport ⁴⁰.

³⁹ A ce sujet, E. MONTERO, "Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance", in : *Liber Amicorum Michel Coipel*, Kluwer, Bruxelles (2004), 347-370.

⁴⁰ Dans les contrats à distance, par définition, le produit commandé n'est pas livré immédiatement, sauf cas particuliers (exécution immédiate, par téléchargement, si le contrat porte sur un produit immatériel). Il doit être expédié, généralement sous paquet/pli postal, par l'intermédiaire d'un mode de transport habituel (par route, train, avion, bateau...), à une adresse indiquée par le consommateur. Dans les Etats de l'Union européenne, plusieurs dispositions protègent ce dernier contre les aléas d'une exécution différée.

Au contraire de son homologue de 1804, le législateur contemporain – européen, en l'occurrence⁴¹ – se montre sensible à ces inconvénients inhérents à la distance séparant les cocontractants. Il a jugé utile de voler au secours du *consommateur*, notamment, en instituant à son profit un droit de renonciation au contrat dans un délai de 7 jours, en prévoyant une obligation renforcée d'information à charge du fournisseur et en fixant certains principes concernant l'exécution du contrat.

On ajoutera que le contrat électronique favorise la conclusion de contrats par-dessus les frontières, notamment dans le cadre de la vie domestique⁴². Il en résulte que le droit international privé sera souvent sollicité pour résoudre les inévitables questions de juridiction compétente, de loi applicable et d'exécution extraterritoriale des décisions judiciaires.

Le phénomène n'est certes pas complètement nouveau ; il s'est amorcé avec le développement des ventes par correspondance. Cela étant, il est clair qu'avec l'essor de l'internet, le phénomène prend une dimension sans précédent. Le changement d'échelle est tel qu'en Europe, il a été jugé nécessaire de repenser les règles de conflits de juridictions concernant les contrats conclus avec les consommateurs, en tenant compte de la réalité et des particularités de l'internet⁴³.

C. La prise en considération du contrat électronique dans l'Acte uniforme – Question de méthode

Il n'est pas inutile de récapituler brièvement notre propos. Le contrat électronique n'est pas, à proprement parler, un "contrat spécial". Son originalité tient à la nouveauté de son mode de conclusion, moins à la spécificité de sa nature juridique. S'il est donc un contrat ordinaire, obéissant aux règles communes à tous les contrats, voire au régime des contrats spéciaux qu'il utilise, le contrat électronique présente néanmoins des spécificités, liées à la nature des moyens techniques employés. Il en résulte, avons-nous vu,

⁴¹ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, (p.) 19.

⁴² Etant donné la couverture internationale de l'internet, force est d'observer une donnée nouvelle : de plus en plus de contrats de consommation courants sont susceptibles d'être conclus par-dessus les frontières. En d'autres termes, *le consommateur devient un véritable acteur sur la scène internationale.*

⁴³ Règlement de Bruxelles du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 12 du 16 janvier 2001, (p.) 1.

certaines caractéristiques, qui ne sont pas indifférentes (immatérialité, interactivité, rapidité ...). Ces traits suscitent des risques nouveaux – qui appellent des solutions innovantes – sur le terrain des consentements échangés. L'expérience européenne en témoigne. Sous l'impulsion du législateur européen, les Etats de l'Union ont été conduits à adopter une série de *règles spécifiques*, qui viennent se "greffer" sur le régime général du contrat.

Ce besoin de règles spécifiques, propres au contrat électronique, est lié aux circonstances et modalités particulières entourant la formation de tels contrats, mais il ne témoigne pas d'un véritable changement de nature ⁴⁴. En définitive, l'appellation "contrat électronique", surgie de la pratique, n'est pas complètement innocente. Elle traduit une évolution des données et manifeste le besoin de règles particulières. A cet égard, on la rapprochera du "contrat de transport", dont on finit par "oublier complètement qu'il s'agit d'une variété nommée du contrat d'entreprise" ⁴⁵.

Sans doute le contrat électronique ne manquera-t-il pas de susciter, dans les pays de l'OHADA également, quelques règles particulières, résultant soit d'usages, soit de la jurisprudence, soit d'interventions législatives.

On peut dès lors se demander si de telles règles ont leur place dans l'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

D'un point de vue méthodologique, nous sommes d'avis que l'Acte uniforme doit uniquement être porteur de règles *générales* sur les contrats. Tout au plus convient-il de veiller à ce que celles-ci ne constituent pas un frein à l'essor du commerce électronique.

Si la nécessité se fait sentir d'édicter des règles *spécifiques* au contrat électronique, celles-ci devraient figurer, selon nous, dans un instrument distinct. Il nous revient que plusieurs Etats membres de l'OHADA (Sénégal, Niger, Burkina Faso...) ont commencé à œuvrer en ce sens.

Cette solution évite de compromettre la clarté et la cohérence du futur Acte uniforme, en l'encombrant de dispositions propres à certains contrats. Elle s'accorde avec l'option prise de réglementer certains contrats spéciaux ou, à tout le moins, justiciables d'un traitement particulier, dans des Actes uniformes distincts (contrat de consommation, contrat de transport de marchandises par route...).

⁴⁴ Pour un développement plus circonstancié de cette opinion, voy. MONTERO / DEMOULIN, "La formation du contrat ...", *supra* note 1, spéc. n° 61, 116-117.

⁴⁵ LE TOURNEAU, *supra* note 10, 6.

II. – EXAMEN CRITIQUE DE L'AVANT-PROJET EU EGARD AUX BESOINS DU COMMERCE ELECTRONIQUE

Notre examen des dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats commence par souligner ses points positifs (A). Ensuite, sans prétendre à l'exhaustivité, il épingle quelques points, sinon négatifs, en tout cas critiques (B). Enfin, il relève certaines lacunes apparentes au regard des besoins spécifiques du commerce électronique (C).

A. Points positifs

L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats traduit un évident souci d'ouverture au contrat électronique. Ce constat n'étonne guère dans la mesure où, comme l'on sait, l'avant-projet d'Acte uniforme s'inspire des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*. Or, précisément, il a été décidé en 2004 de réfléchir à l'opportunité de compléter ou de modifier les Principes d'UNIDROIT de 1994 en vue de "les adapter à la pratique croissante des contrats électroniques"⁴⁶.

Plusieurs dispositions de l'avant-projet d'Acte uniforme, reprises telles quelles (ou moyennant de légères retouches) des Principes d'UNIDROIT de 2004 et susceptibles d'être éclairées par les commentaires, largement illustrés, de ces derniers⁴⁷, témoignent de cette prise en compte du contrat électronique.

Ainsi, l'article 1/3, 1), dispose que "*Le présent Acte uniforme n'impose pas que le contrat, la déclaration ou tout autre acte soit conclu sous une forme particulière*". Comme le relève le commentaire de l'article 1.2 des Principes d'UNIDROIT (éd. 2004), ce principe, suivant lequel la conclusion du contrat n'est soumise à aucune condition de forme, est particulièrement approprié aux contrats conclus par le biais de moyens modernes de communication (télécopies, échange de courriers électroniques, Internet, etc.)⁴⁸.

Ainsi encore, l'article 2/1 de l'avant-projet d'Acte uniforme précise que "*Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord*". Cette disposition est libellée en des termes suffisamment larges pour couvrir

⁴⁶ Cf. l'Introduction à l'édition 2004 des Principes d'UNIDROIT.

⁴⁷ M. FONTAINE, "Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats", *supra* note (*), n° 19.

⁴⁸ Commentaire 1 de l'article 1.2, qui a inspiré la rédaction de l'article 1/3, 1), de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats.

également les cas où des contrats sont conclus sans intervention humaine, par le biais de "systèmes d'information automatisés" ⁴⁹.

Encore peut-on épingler les articles 1/9 et 1/10 de l'avant-projet, relatifs, respectivement, à la *notification* et à la définition de l'*écrit* (dernier tiret de l'article 1/10). A nouveau, ces notions sont conçues largement et reflètent incontestablement le souci d'intégrer les modes de communication électroniques ⁵⁰.

B. Points critiques

1. Les notifications

L'article 1/9 de l'avant-projet d'Acte uniforme permet de réaliser une notification "par tout moyen approprié aux circonstances". Il autorise ainsi la notification par voie électronique. Toutefois, cette possibilité semble avoir été perdue de vue dans la définition du moment de sa prise d'effet : "elle prend effet au moment où elle parvient au destinataire", c'est-à-dire "lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée à son domicile ou à son établissement" (article 1/9, 2 et 3). Or, les communications électroniques arrivent généralement dans le serveur du fournisseur d'accès au réseau de communication utilisé par le destinataire. D'une part, pareil serveur ne saurait être considéré comme un domicile ou un établissement. D'autre part, il n'est pas rare que le serveur soit hébergé à une autre adresse que celle du domicile ou du lieu d'établissement du destinataire. Ce point n'est pas anodin étant donné qu'un certain laps de temps peut s'écouler entre le moment où la communication arrive dans le serveur et celui où elle parvient chez le destinataire, par exemple après qu'il ait téléchargé ses mails.

Certes, le commentaire de l'article 1.10 des Principes d'UNIDROIT, dont s'inspire l'article 1/9 de l'avant-projet d'Acte uniforme, ne laisse planer aucun doute sur l'intention de faire droit aux notifications électroniques. Néanmoins, sa rédaction pourrait être améliorée de manière à éviter toute équivoque. L'article 1/9, 3, pourrait être reformulé comme suit : "*Aux fins du paragraphe précédent, une notification parvient à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est adressée à son domicile ou à son établissement ou encore, en cas de notification électronique, dès l'instant où il a la possibilité*

⁴⁹ Cf. le commentaire 3 (avec illustration) de l'article 2.1.1 des Principes d'UNIDROIT, dont l'article 2/1 de l'avant-projet est la reprise littérale.

⁵⁰ Cf. le commentaire 1 (avec illustrations) et le commentaire 4 de l'article 1.10 des Principes d'UNIDROIT, ainsi que le commentaire 4 de l'article 1.11 des mêmes Principes.

d'en prendre connaissance", étant entendu que cette possibilité est réelle dès que la notification électronique a atteint son serveur de messagerie. A partir de ce moment, le destinataire peut télécharger ses messages et en prendre connaissance. Il ne tient qu'à lui d'être diligent. La prise d'effet de la notification ne saurait être retardée jusqu'au moment où le destinataire en prend effectivement connaissance car elle dépendrait alors de son bon vouloir. Il lui suffirait de ne pas relever sa boîte aux lettres électronique pour échapper aux effets de droit produits par la notification, ce qui paraît inacceptable.

Il faut cependant se garder de tenir comme *lieu* de notification un système d'information, tel le lieu d'hébergement du serveur. Cette question n'est pas résolue dans l'avant-projet. Il est vrai qu'à première vue, elle semble superflue. Elle pourrait toutefois présenter quelque intérêt s'agissant de la notification de l'acceptation d'une offre dans la mesure où elle provoque la formation du contrat et détermine sa localisation dans l'espace. L'avant-projet ne fixe aucun critère à ce propos.

Du lieu de formation du contrat peut dépendre la solution de plusieurs problèmes. Ainsi, en certains droits, le lieu de formation du contrat constitue le critère majeur de compétence *ratione loci* au niveau interne. La référence au lieu de naissance des obligations contractuelles conserve aussi un certain intérêt en droit international privé, malgré un recul de ce critère au profit d'autres règles de rattachement.

Nonobstant une tradition solidement établie⁵¹, on n'est pas obligé de résoudre de façon identique les deux questions du moment et du lieu de formation du contrat. Il est permis, nous semble-t-il, de dissocier les problèmes du lieu et de la date⁵². En effet, la localisation dans l'espace de la formation du contrat à distance est tout simplement inconcevable. Elle est rigoureusement incompatible avec la notion de contrat consensuel : dans la mesure où le contrat résulte d'un simple échange des consentements, sa naissance constitue un événement immatériel, qui n'occupe pas de place dans l'espace. Il est dès lors pour le moins artificiel de vouloir fixer le lieu de la rencontre des consentements en un point (matériel) de l'espace⁵³. Quelle que

⁵¹ A ce sujet, J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J., Paris (1970), 343 et s., n° 379 et s.; J. FLOUR / J.-L. AUBERT / E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations – 1. L'acte juridique*, 10^e éd., Armand Colin, Paris (2002), 111 et s., n° 164 et s.

⁵² Voy., en particulier, J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil*, 2^e année (Beyrouth, 1949-1950), spéc. 54, cité et approuvé par AUBERT, *supra* note 51, spéc. 374 et s., n° 406 et s.

⁵³ Il est vrai qu'une observation analogue peut être faite lorsqu'il s'agit de déterminer le *moment* précis où se réalise la rencontre des volontés, qui fait le contrat, alors que ces volontés ne s'expriment pas au même moment.

soit la pertinence des arguments invoqués, on fera toujours violence à la réalité des choses en décidant qu'il y a un lieu du contrat lorsque les parties contractantes se trouvent en des lieux différents⁵⁴.

Etant donné que le besoin de faire coïncider le moment et le lieu de formation du contrat ne répond à aucune nécessité logique, le mieux est d'opter pour la solution qui rencontre le plus adéquatement les intérêts de la pratique.

A notre avis, le choix d'un critère doit être guidé par le souci de ne pas déjouer les prévisions des parties. Aussi suggère-t-on, pour des raisons pratiques évidentes⁵⁵, de localiser le contrat au lieu d'établissement de l'auteur de l'offre⁵⁶.

Comme l'a écrit un auteur autorisé, à propos de ce problème, "un choix net de la Cour de cassation, ou une intervention législative, est *indispensable*"⁵⁷ pour assurer la sécurité juridique. Il appartient aux auteurs de l'avant-projet d'Acte uniforme de décider s'ils règlent eux-mêmes cette question ou abandonnent le choix d'un critère à la jurisprudence de quelque Cour supérieure de justice.

2. La définition de l'écrit

Aux termes de l'article 1/10, dernier tiret, l'écrit s'entend de "*tout mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui est de nature à laisser une trace matérielle*".

L'intention qui préside à cette rédaction – attestée par le commentaire de l'article 1.11 des Principes d'UNIDROIT – est sans conteste de retenir une conception large de l'écrit, qui fasse droit aux écrits sous forme numérique⁵⁸. Toutefois, cette rédaction ne nous paraît pas optimale, et ce, pour plusieurs raisons.

⁵⁴ En ce qui concerne les contrats conclus entre parties présentes, la localisation au lieu de l'échange des consentements n'est pareillement concevable, en toute rigueur, qu'au prix d'une (légère) fiction puisqu'à proprement parler, l'échange n'occupe guère de place dans l'espace. Cependant, la fiction s'impose ici avec force, sans artifice aucun : il est, en effet, tout naturel de considérer que le lieu du contrat est l'endroit précis (tel bureau au siège de telle entreprise) où les contractants ont échangé leur consentement.

⁵⁵ La place nous manque pour les développer. Cf. MONTERO, *supra* note 39, n° 19, 368.

⁵⁶ Rappr. AUBERT, *supra* note 51, 388, n° 417.

⁵⁷ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, 2^e éd., Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J., Paris (1988), 279, n° 255. *Italiques de l'auteur de ce rapport*.

⁵⁸ Cf. plus haut et les références citées à la note 50.

Si la définition semble se détacher de tout support, il reste que l'utilisation de l'expression "trace matérielle" n'est pas des plus heureuses. L'on sait qu'il est question de "dématérialisation" dans les environnements électroniques. Aussi la notion de "trace matérielle" pourrait-elle être interprétée comme une référence au support papier ou, à tout le moins, semer la confusion.

Par ailleurs, la doctrine moderne tend à privilégier une approche fonctionnaliste de la notion d'écrit. Dans cette optique, il ne s'agit pas de définir le concept mais de s'attacher plutôt à dégager les fonctions de l'écrit. Peut être considéré comme un écrit tout document apte à remplir ces fonctions. Les auteurs s'accordent pour considérer que les fonctions essentielles de l'écrit sont la *lisibilité* et la *stabilité*. Il importe, en effet, que les informations soient accessibles à la compréhension humaine, c'est-à-dire en définitive intelligibles. Cette *lisibilité* peut être directe ou médiate (par le biais d'un procédé approprié tel un dispositif de lecture adéquat). Encore faut-il que le contenu de l'écrit soit fixé définitivement au moment de sa rédaction et puisse être conservé pour une consultation ultérieure (*stabilité*). Les définitions de l'écrit qui figurent dans les législations modernes mettent l'accent sur ces fonctions. Ainsi en est-il, par exemple, de la loi belge du 11 mars 2003 qui, en son article 16, § 2, définit l'écrit comme "*une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*".

Cette approche a été fort opportunément suivie par l'Acte uniforme OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route. L'écrit y est défini, en son article 2, c), comme "*une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible et mis sur papier ou sur un autre support faisant appel aux technologies de l'information*". Encore est-il précisé, à l'alinéa 2 : "*A moins que les personnes concernées n'en disposent autrement, l'exigence d'un écrit est satisfaite quels que soient le support et les modalités de transmission, pour autant que l'intégrité, la stabilité et la pérennité de l'écrit soient assurées*".

On retrouve dans cette définition les fonctions de lisibilité et stabilité de l'écrit. L'article 1/10 de l'avant-projet gagnerait à s'inspirer de cette disposition. Soit dit en passant, cela permettrait aussi d'éviter de devoir compter avec des définitions différentes de l'écrit dans les deux Actes uniformes.

Qu'il nous soit néanmoins permis d'émettre deux réserves à propos de l'article 2, c), de l'Acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route. La première est mineure : l'exigence de *pérennité* de l'écrit nous paraît faire double emploi avec celle de *stabilité*. Elle pourrait être supprimée.

La seconde réserve est nettement moins anodine. Dans de nombreux droits, le document rédigé au crayon – susceptible d'être modifié aisément sans que cela laisse de trace – est considéré comme un écrit, suivant l'opinion unanime des auteurs⁵⁹. Il en résulte que la fonction d'intégrité ou d'inaltérabilité n'est pas de l'essence de l'écrit. La question est d'une importance considérable en pratique. On en veut pour exemple qu'un simple e-mail⁶⁰, nonobstant son altérabilité, peut ainsi être considéré comme un écrit et, partant, servir de commencement de preuve par écrit. Faut-il s'en inquiéter ? Non. D'une part, le commencement de preuve par écrit suppose la réunion de trois conditions (il faut un écrit, émanant de la partie à qui on l'oppose, et qui rend vraisemblable le fait allégué). D'autre part, il ne faut pas perdre de vue le caractère imparfait de ce mode de preuve. Le commencement de preuve par écrit n'est qu'un adinicule de preuve. Pour faire preuve, il doit nécessairement être complété par des témoignages ou présomptions, dont la valeur probante est soumise à l'appréciation du juge.

Pour autant, faut-il évacuer l'exigence d'inaltérabilité du document, qui est la plus contraignante des trois ? Non, mais il s'agit, selon nous, d'une condition de l'acte sous seing privé, plutôt que de l'écrit *lato sensu*⁶¹.

3. L'imputation de l'erreur

L'article 3/6 de l'avant-projet d'Acte uniforme dispose que "L'erreur commise dans l'expression ou la transmission d'une déclaration est imputable à l'auteur de cette déclaration".

Il n'est pas inutile de souligner combien l'usage des réseaux favorise le risque de commission d'erreurs matérielles, liées à une manipulation

⁵⁹ Cf., notamment, en droit belge, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruylant, Bruxelles (1967), n° 777 ; D. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd., Larcier, Bruxelles (2002), n°s 83 et 100, et, en droit français, A. PRÜM, "L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance", in : *Mélanges Cabrillac*, Litec, Paris (1999), 267 ; Cass. fr., 8 octobre 1996, cité par J. MESTRE, *Revue trimestrielle de droit civil* (1997), 137 ; Aix, 27 janvier 1846, *D.P.*, 1846-2, 230. Dans le même sens, voy. les travaux préparatoires de la loi-type adoptée en 1996 par la CNUDCI : *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la loi-type* (disponible à l'adresse <www.uncitral.org>).

⁶⁰ Entendez : non pourvu d'une signature électronique apte à assurer l'intégrité du contenu.

⁶¹ Pour un plus ample développement, D. MOUGENOT, "Le statut probatoire de la photocopie : nuageux avec éclaircies", note sous Mons, 27 février 2007, *Revue générale de droit civil belge* (2007), 470 et s. ; *Idem*, "Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ?", *Ubiquité – Revue de droit des technologies de l'information* (2000), 121 et s. ; D. GOBERT / E. MONTERO, "L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique", *Journal des Tribunaux* (2001), 124 et s.

inadéquate ou maladroite de l'outil technologique. L'internaute peut "cliquer" par mégarde sur une icône et conclure ainsi un contrat sans l'avoir vraiment voulu ; il peut croire à tort – suite à des perturbations dans la connexion – que sa commande n'a pas été enregistrée et recommencer l'opération, concluant ainsi deux contrats au lieu d'un seul ; il peut commettre des erreurs dans la saisie des données (sélectionner le mauvais article, ou le sélectionner plusieurs fois, se tromper – au moment de compléter le formulaire de commande – dans le numéro de carte de crédit, l'adresse de livraison ...), etc.

Pour prévenir ce genre de bévues, la directive européenne sur le commerce électronique, déjà évoquée, impose au prestataire de mettre à la disposition de ses clients des moyens techniques appropriés permettant l'identification et la correction des erreurs commises dans la saisie des données, et ce, avant la passation de la commande⁶². En corollaire, le prestataire doit informer le destinataire sur l'existence de tels dispositifs⁶³.

Il n'est pas exclu que pareilles obligations voient le jour dans le droit des pays de l'OHADA, qu'elles résultent des usages, de la jurisprudence ou d'une intervention expresse du législateur.

Il existe au moins deux situations dans lesquelles la règle rigide de l'article 3/6 risque de poser problème dans le cadre du commerce électronique :

- dans les cas où l'erreur dans l'expression ou la transmission résulte du système d'information du destinataire de la déclaration, ce qui n'est pas une hypothèse d'école dans l'environnement électronique.
- en cas de non-respect de l'obligation de mettre en place un dispositif de correction des erreurs, qui serait imposée pour parer aux inconvénients évoqués.

La première situation n'a pas échappé aux commentateurs des Principes d'UNIDROIT⁶⁴. Il y est rappelé que la transmission prend fin dès que le message est parvenu au destinataire, conformément à l'article 1.10 des Principes (article 1.9 de l'avant-projet d'Acte uniforme). Par conséquent, si le message est correctement transmis mais que le destinataire en comprend mal le contenu, le cas ne relève pas du champ d'application de l'article. Il en est de même si le message est correctement transmis au destinataire qui, en raison d'une faute technique, imprime un texte altéré. On sera donc rassuré par ces considérations.

⁶² Art. 11, § 2, de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

⁶³ Art. 10, § 1^{er}, c), de la directive sur le commerce électronique.

⁶⁴ Cf. le commentaire 2 de l'art. 3.6 des Principes d'UNIDROIT.

La deuxième situation ne semble pas avoir été envisagée en tant que telle. Néanmoins, le commentaire 1, *in fine*, de l'article 3.6 des Principes d'UNIDROIT pourrait faire l'objet d'une interprétation *a contrario*, favorable à l'expéditeur de la déclaration. En effet, non seulement ce dernier n'avait pas à assumer le risque d'erreur mais, au contraire, pourrait-on estimer, il a été assumé par le destinataire de la commande dès l'instant où il s'est soustrait à son obligation de prévoir un moyen permettant d'identifier et de corriger les erreurs de saisie.

4. L'ordre des prestations

L'article 6/4, 2), de l'avant-projet d'Acte uniforme prévoit que "*Dans la mesure où le prestataire d'une seule partie exige un délai d'exécution, cette partie est tenue de l'exécuter en premier, à moins de circonstances indiquant le contraire*".

Comme pour le point précédent, il ne s'agit pas tant de critiquer la disposition que de dissiper un éventuel malentendu. Cette règle risque de poser problème dans le commerce électronique, notamment lorsque le contrat porte sur un bien corporel et suppose un paiement en ligne. En pratique, en effet, étant donné la distance séparant les parties, c'est la prestation du fournisseur qui requiert un temps d'exécution, le paiement électronique pouvant être effectué quasi instantanément. Le plus souvent, le client est invité à régler le montant de la commande par carte de crédit⁶⁵ et le vendeur attend que son compte soit crédité pour expédier le produit.

Or, suivant la disposition commentée, c'est le fournisseur qui doit exécuter sa prestation en premier, avant de recevoir le paiement. Manifestement, ce schéma ne correspond pas à la praxis du commerce électronique où le paiement précède d'ordinaire la livraison.

Peut-on considérer que, dans l'hypothèse évoquée, cette règle ne s'impose pas, les "*circonstances indiquant le contraire*" ? Le commentaire 2 de l'article 6.1.4 des Principes d'UNIDROIT et les exemples mentionnés suggèrent une réponse positive.

L'hésitation est cependant permise. On pourrait tout aussi bien penser que la règle est posée précisément pour contrarier certaines pratiques peu souhaitables. Rien n'empêche en tout cas de l'invoquer pour combattre la pratique consistant à exiger le paiement avant livraison. Un juge pourrait même être sensible à pareil argument. Cette conjecture n'apparaît pas si

⁶⁵ Il lui est demandé de communiquer le numéro et la date d'expiration de sa carte de crédit.

fantaisiste quant on sait qu'en Belgique, le législateur a jugé bon de prévoir, dans les contrats à distance, qu'aucun acompte ou paiement ne peut être exigé du consommateur avant la fin d'un délai de sept jours après la livraison (délai de renonciation) ⁶⁶.

Le tout est de savoir dans chaque cas s'il y a lieu de faire primer le principe de l'article 6/2 ou la pratique contraire. La solution ne nous semble pas aller de soi. Il convient d'y être attentif.

C. Lacunes apparentes

Dans la mesure où l'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats entendrait *stimuler* le commerce électronique, on s'attendrait à y trouver une série de dispositions qui, dans l'état actuel du texte, n'y figurent pas. A la lumière de l'expérience européenne – la seule envisagée dans le présent rapport, mais on aurait pu invoquer divers autres droits qui la confirment –, on remarque le besoin de dispositions particulières pour encadrer le commerce électronique et favoriser son essor.

Etant donné que nous pensons, pour notre part, que de telles dispositions, propres aux contrats électroniques, ont leur place non dans l'Acte uniforme sur le droit des contrats mais dans un instrument distinct, nous ne nous étendrons pas sur ce point.

Contentons-nous de relever quelques lacunes apparentes dans l'avant-projet.

Dans le commerce électronique, l'interposition d'un outil technologique relativement opaque, du moins pour l'utilisateur non averti, et les risques accrus de dissimulation sont des obstacles à l'identification des parties au contrat. D'où l'utilité d'imposer au prestataire une obligation particulière d'information portant sur sa propre identité (nom ou dénomination commerciale, adresse d'établissement, adresse e-mail de contact, numéro de téléphone...) et son activité professionnelle (registre du commerce, ordre professionnel auquel il appartient, code de conduite auquel il serait soumis...). L'objectif est d'établir un lien entre le monde virtuel et le monde réel, en favorisant l'identification précise du prestataire et en facilitant le contact avec lui. Par ailleurs, la distance séparant les parties rend plus difficile une appréciation adéquate des produits et services. Ici aussi, on souligne l'intérêt

⁶⁶ Art. 80, § 3, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

de prévoir une obligation particulière d'information portant sur les caractéristiques des produits ou services, les délais de livraison, le détail des prix ...

Un autre besoin de transparence, non pris en compte dans l'avant-projet, est relatif au processus de conclusion du contrat. Certains risques propres au contrat électronique, on l'a vu, invitent à l'adoption de dispositions spécifiques. A titre d'exemple, on mentionne l'obligation de prévoir un dispositif d'identification et de correction des erreurs de saisie avant confirmation de la commande. Dans un même souci de transparence, encore est-il utile de régler les conditions d'opposabilité des conditions générales du contrat communiquées par voie électronique.

CONCLUSION

L'on peut se féliciter de l'incontestable ouverture du texte de l'avant-projet d'Acte uniforme au contrat électronique. L'intention de ses auteurs ne fait pas de doute à cet égard et se manifeste dans plusieurs dispositions. Certains points critiques ont néanmoins été épinglés. Ils concernent les notifications, la définition de l'écrit, l'imputabilité de l'erreur et l'ordre des prestations. Les dispositions consacrées à ces questions ne démentent pas le souci de prise en considération des contrats électroniques. Nos réflexions portent seulement sur leur rédaction ou visent à lever de possibles malentendus. Enfin, certaines lacunes apparentes ont été relevées, mais il a été suggéré que leur traitement devrait idéalement ressortir à d'autres initiatives législatives.



THE PRELIMINARY DRAFT OHADA UNIFORM ACT ON CONTRACT LAW AND ELECTRONIC COMMERCE : ADEQUATENESS OF RULES ? (Abstract)

Etienne MONTERO (Professor, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix (Namur, Belgium))

The first part of this report examines the nature of the "electronic contract". The concept of "contract" itself is not affected by the circumstance that the agreement is concluded in an electronic environment. While certainly useful, the term "electronic contract" is descriptive rather than scientific. We are, in fact, not dealing with a new type of contract but with a new way of forming an ordinary contract under the relevant legal regimen for the transaction concerned (sale, rental, business ...). Nevertheless, a contract concluded by electronic means is indisputably special because of its modus operandi. Its salient features may be summed up as follows: absence of paper documents testifying to the conclusion of an agreement between the parties, an automated and interactive contractual process, speed and brevity of exchanges, physical

distance between the contracting parties These characteristics only rarely have an impact on performance and on remedies for non-performance of the contract. They do, however, influence the formation, form and evidence of the contract. In particular, such agreements involve a whole new category of risks. While the new challenges in connection with the formation of electronic contracts largely fall under the common law, they are in need of careful reappraisal: for example, how secure is freely given and informed consent when it is given in an environment that is both dematerialised, electronic and interactive and typically without frontiers and physical boundaries? No doubt, special rules will evolve for electronic contracts either through usage, the case law or indeed through legal initiatives.

The above comments raise questions as to the place of the electronic contract in the future Uniform Act on contract law. From a methodological point of view, the reporter believes that the Act should confine itself solely to general contract rules. At most, it should ensure that the general rules do not impede the development of electronic commerce. If special rules for electronic contracts were to be deemed appropriate, then they should be enshrined in a separate instrument.

Part Two of the report offers a critical examination of the preliminary draft Uniform Act on contract law in light of the requirements of electronic commerce. It is encouraging to note that several of its provisions clearly recognise the electronic contract as a separate phenomenon. While there are some problem areas in particular concerning notification, the definition of writing, the allocation of mistake and the order of performance, these are a matter of drafting or clarification rather than principle. Finally, there are some obvious gaps which it is suggested be dealt with in other legislative fora.

