

## **SECONDE PARTIE – L’EXPLOITATION D’UN SITE WEB MARCHAND**

### **Chapitre 4 – La formation des contrats en ligne**

par Vincent GAUTRAIS

---

#### Introduction

La distance physique qui sépare les parties à une entente dématérialisée, la nature internationale des contrats effectués en ligne et le processus tri dimensionnel qui accompagne leur formation distinguent les contrats électroniques des contrats sur support papier.

En effet, les ententes contractuelles effectuées par le biais du réseau Internet sont généralement conclues à distance. Alors que le contrat papier ou oral donnaient en bien des cas l’occasion aux partenaires de se rencontrer autour d’un stylo et d’une poignée de main, cette particularité met en exergue deux étapes bien identifiées en théorie du droit, soit l’offre et l’acceptation. Deux étapes et parfois même davantage.

Dans le contexte particulier du réseau Internet, l’internationalisation des échanges est une réalité qui affecte la réglementation des contrats. Les développements relatifs à la *Loi modèle sur le commerce électronique* de la Commission des Nations Unies au Développement du Commerce International (CNUDCI) de 1996 illustrent l’importance accordée à l’extranéité des contrats électroniques. La CNUDCI est un organisme dépendant de la structure onusienne qui tente, comme son acronyme l’indique, de favoriser l’harmonisation du commerce international. Elle constitue depuis plus d’une décennie un creuset de discussion animé et productif et a connu ses lettres de noblesse en participant à l’élaboration de plusieurs lois modèles notamment en matière d’arbitrage, de vente de marchandises, etc. *La Loi modèle sur le commerce électronique* vise à offrir aux pays membres l’opportunité d’intégrer à leur système juridique national une réglementation appropriée au contexte du réseau Internet. Sans portée juridique formelle, ce texte est néanmoins susceptible de constituer un élément supplémentaire au prisme flou des normes informelles, en introduisant des principes non dénués d’intérêt pratique. En matière d’arbitrage par exemple, la loi modèle de 1985 de la CNUDCI a été si unanimement ratifiée par les États (et notamment le Canada, à la virgule près), qu’il est possible de confier une portée juridique non négligeable aux principes qui y sont énoncés. Malgré quelques critiques pouvant être faites à l’encontre de la *Loi modèle sur le commerce électronique*, il s’agit de la première norme conséquente ayant établi un dénominateur commun en la matière. À ce titre, elle présente un intérêt véritable.

Comme nous le signalons sommairement au début, la dynamique du contrat électronique se distingue à bien des aspects de celles des autres supports. Dans cette même veine, nous reprenons à notre compte les dires de Ethan KATSH qui développe l'idée que le contrat papier est un « acte » alors que le contrat électronique est un « processus ». Cette distinction rappelle nos propos déjà tenus au chapitre précédent concernant la nécessité de considérer les aspects sécuritaires du commerce électronique comme un véritable processus. Également, elle nous amène à étudier les besoins des différents acteurs, sur le plan juridique et sécuritaire par exemple, en fonction des étapes des processus concernés. Dans une perspective juridique, ces besoins sont susceptibles de se faire sentir avant, pendant et après la signature du contrat électronique. C'est en fonction de ces trois étapes que ce chapitre présente les considérations pratiques et juridiques relatives à la formation des contrats en ligne. Chaque étape est également ponctuée d'observations concernant les contrats électroniques en matière de consommation. Peu importe le support utilisé, le contrat de consommation demeure en effet particulièrement encadré par les lois et règlements nationaux. Aussi, le texte qui suit propose plusieurs encarts relatifs à la « cyberconsommation ». Ces observations ne peuvent toutefois mentionner de façon exhaustive les dispositions applicables. Cela requerrait une étude comparative conséquente et incompatible avec les objectifs du présent guide.

## Les considérations relatives à la mise en place du contrat électronique

D'une manière générale, il est possible de dire qu'il existe trois contextes relatifs à la mise en place d'un contrat électronique : celui où les deux parties concluent un contrat par le biais d'un échange de courriers électroniques, celui où l'acceptant répond par courrier électronique à une offre adressée par un autre moyen et, de manière plus courante sur Internet, celui où l'acceptant contracte par le biais d'une offre proposée sur le réseau. Dans chacun de ces cas, plusieurs aspects méritent qu'une adaptation soit faite avant même que la signature ou la conclusion du contrat n'intervienne.

### ► La qualité d'une offre sur Internet

Dans une perspective juridique, la notion d'offre est assez simple et susceptible de peu de différends. Sa validité est appréciée notamment en fonction de sa précision, de sa fermeté et de son caractère non équivoque. D'ailleurs, ces critères varient très peu d'un système de droit à l'autre. En dépit des expressions employées dans les différents droits nationaux, elle comprend généralement les éléments essentiels à l'engagement, tels que le prix et l'objet du contrat. Or, Jakob NIELSEN, spécialiste en communication, indique que les capacités de lecture et de compréhension sont sensiblement atténuées lorsque le support électronique est utilisé. On reconnaît d'ailleurs l'attitude habituelle que l'utilisateur ne manque pas de suivre face à un document électronique : il descend systématiquement la barre de défilement (*scrolling*), ne considère aucunement les liens hypertextes insérés dans le texte et fini par accepter l'entente sans forcément savoir ce à quoi il s'engage. À cet égard, le risque de faire des erreurs est moins élevé sur un support papier. Ce dernier est source de beaucoup moins d'imprécisions ou d'éventuels quiproquos.

Cette considération permet de comprendre, par exemple, les conséquences d'un contrat électronique d'adhésion sur la validité de son acceptation par le cocontractant. En effet, la longueur du contrat, son caractère unilingue et les difficultés relatives à la lecture sont des conditions souvent incompatibles avec les critères de lisibilité, de clarté, d'intelligibilité,

d'interprétation et de limitation des clauses externes généralement en faveur de l'adhérent. La rédaction de ces types de contrats devrait donc être adaptée en fonction de l'environnement dématérialisé. Or, la pratique actuelle relative à la rédaction de contrats électroniques n'a pas à ce jour été réellement modifiée. Plutôt que simplement numériser le contrat existant sur support papier, le juriste qui élabore un contrat électronique aurait donc intérêt à tenir compte des éléments suivants :

- un texte plus court, limitant le défilement ;
- l'utilisation de phrases simples ;
- l'utilisation d'un plan ;
- l'utilisation de puces pour bien distinguer les éléments importants ;
- l'utilisation de caractère gras voire de majuscule pour mettre en exergue les points saillants ;
- l'utilisation modérée et contrôlée des liens hypertextes ;
- le rejet de pratiques susceptibles d'occasionner des doutes ou de l'inconfort auprès de l'adhérent ou du consommateur, comme le cadrage (framing) et la programmation qui empêche le visiteur de consulter la page Web précédente.
- etc.

En suivant ces lignes de conduite, une amélioration significative de la rapidité de lecture, de la capacité de mémorisation ainsi qu'une baisse des erreurs de compréhension pourront être constatées. Également, il est toujours possible, par voie contractuelle notamment, d'imposer au cocontractant d'imprimer le contrat électronique. Dans ce cas, la problématique relative au support électronique ne se pose pas. En somme, le formalisme contractuel par Internet n'implique pas forcément l'abandon du papier.

### ***Encadré 13 : L'hypothèse de la cyberconsommation – I***

*La problématique relative à la qualité de l'offre sur un support électronique intéresse particulièrement les contrats de consommation en raison de la protection accordée à cet utilisateur dit « vulnérable ». Plusieurs codes de conduite visant à établir des bonnes pratiques de commerce sur Internet, tels que ceux de BBBonline et Webtrust, reconnaissent que le consommateur devrait avoir une bonne compréhension des éléments essentiels du contrat. Par-là, on pense notamment à l'exactitude du prix (savoir si les taxes sont incluses), aux renseignements relatifs au vendeur (où est-il situé, qui est-il, etc.) et à la qualité du produit. Si ces éléments relatifs au contenu du contrat sont fondamentaux, il importe également de s'attacher à sa forme, celle-ci étant une condition de compréhension tout aussi importante.*

*Or, les commerçants électroniques tendent actuellement à favoriser leur propre protection en submergeant le consommateur d'une multitude de clauses contractuelles. Ce type de pratique représente une source d'incompréhension susceptible de remettre en cause le contrat. En effet, les principes généraux du droit des obligations ont octroyé dans plusieurs États une protection aux parties économiquement faibles. On peut penser par exemple aux dispositions et à la jurisprudence applicable en matière de clauses externes et d'interprétation favorable*

*au consommateur.*

*L'usage du français ou d'une langue autre que l'anglais fait également l'objet de la protection accordée aux consommateurs. Bien que la pratique soit loin d'être consacrée, plusieurs droits nationaux établissent que la langue du consommateur est une condition formelle que l'on doit respecter sous peine de nullité du contrat. L'article 26 de la Loi sur la protection du consommateur du Québec en est une illustration.*

### ► L'offre et l'acceptation : formaliser les étapes du contrat électronique

Le contrat électronique est forcément conclu en un minimum de deux étapes : l'offre et l'acceptation. Dans une perspective juridique, ce constat n'est pas nouveau en soi mais diffère de la pratique relative à la formation des contrats sur support papier. Dans ce dernier cas, l'offre et l'acceptation prennent généralement forme dans un même document. À cet égard, les jurisprudences de *common law* et de droit civil se sont interrogées sur les conséquences relatives à la formation des contrats lorsque l'offre et/ou l'acceptation n'ont pas été précisément formalisées dans un document. Dans le cas des contrats électroniques, il s'agit de savoir si ces étapes peuvent être formées non pas par la succession classique de l'offre et de l'acceptation mais par la présence d'indices susceptibles de montrer l'intention des parties. D'une manière générale, il est possible de constater dans les deux systèmes de droit des jurisprudences contradictoires quant à la recevabilité d'une succession de pareils documents comme éléments constitutifs d'un contrat.

En conséquence, le besoin de formalisation des deux étapes est encore plus évident sur Internet, dans la mesure où les risques de fragmentation de l'offre et de l'acceptation sont inhérents au support. En somme, il importe que les parties évitent les complications et veillent à bien consacrer leurs intentions. L'envoi d'un accusé de réception reprenant l'essence du contrat et la mise en ligne de conditions de vente dans un document constituent des exemples. Bien que présentes sur Internet, ces pratiques sont pourtant loin d'être consacrées.

## Les considérations relatives à la conclusion du contrat électronique

Les lois et règlements des différents systèmes de droit ont établi des règles de formalisme plus ou moins contraignantes concernant la validité des contrats. À cet égard, une distinction entre formalisme direct et formalisme indirect est proposée pour différencier, d'une part, les conditions nécessaires à la validité d'un acte juridique, d'autre part, les éléments favorables à sa preuve. En conséquence, les lignes qui suivent traitent de la notion d'écrit et de signature, des autres éléments de formalisme direct, des conditions nécessaires pour attribuer aux documents électroniques une valeur probante suffisante, du lieu et du moment de la formation de ce type de document ainsi que du phénomène d'automatisation des contrats effectués en ligne.

## ► La notion d'écrit

L'écrit est un concept juridique qui a été élaboré dans un contexte bien différent de celui du commerce électronique et des environnements dématérialisés. Aussi, beaucoup d'auteurs ont recherché à analyser la compatibilité d'un concept créé pour le papier et qui doit désormais s'appliquer à un support électronique. Deux approches ont été envisagées afin d'éviter le rejet judiciaire des contrats électroniques visés par la condition de l'écrit : soit de considérer qu'un document électronique est un écrit soit de lui appliquer un système probatoire et formel distinct.

La première approche vise à déclarer qu'un écrit est présent, quel que soit le support utilisé, dès lors que les fonctions de l'écrit papier sont satisfaites. Cette assimilation à l'immense avantage d'éviter qu'un contrat électronique soit déclaré invalide sur la seule base qu'un écrit est nécessaire. Sur ce point, la jurisprudence américaine et canadienne avait déjà largement consacré, davantage en *common law* qu'en droit civil, l'avènement des nouvelles technologies de l'information en considérant que le droit ne pouvait être un empêchement aux développements des activités humaines.

La seconde approche considère que l'écrit est un concept inapproprié au support électronique. D'une part, on prétend que malgré les avantages qui caractérisent le contrat électronique, ce dernier présente des inconvénients qui intéressent tant le formalisme direct qu'indirect. Particulièrement, le contrat électronique ne bénéficierait pas de la tangibilité et par conséquent de la sécurité inhérente au support papier. Cette caractéristique contribuerait d'ailleurs à la mise en place de processus supplémentaires destinés à assurer l'intégrité des ententes dématérialisées, tels que la fonction de hachage de la cryptographie asymétrique. D'autre part, on évoque les difficultés probatoires qu'impliquerait l'assimilation d'un contrat électronique à un écrit. En effet, les différents systèmes de droit ont établi un régime probatoire propre à certains écrits selon lequel il est généralement impossible de remettre en cause un écrit par tous moyens de preuve, voire par témoignage. Or, il est actuellement difficile de prouver autrement que par témoignage l'existence ou le contenu d'un contrat conclu électroniquement étant donné la fragmentation du processus contractuel et l'absence d'un document faisant raisonnablement preuve de l'entente. À cet égard, la consultation ultérieure du contrat électronique est une condition logiquement nécessaire à sa mise en preuve et requiert, en raison du contexte électronique, des modalités d'archivage fiables. Sauf présomption de la loi, cette dernière condition impliquerait certainement le témoignage de celui qui a procédé à l'opération d'archivage. La même considération vaut également en ce qui concerne par exemple certains processus d'horodation et la mise en place de la sécurité technique. En ce sens, la simple assimilation d'un document électronique à un écrit n'évite pas les difficultés probatoires.

La *Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique* est intervenue sur le concept d'écrit selon le principe de « l'équivalence fonctionnelle ». Ainsi, la *Loi modèle* assimile un message de données à un écrit si son contenu peut être consulté ultérieurement. Le modèle retenu comporte une certaine neutralité technologique de l'écrit, qu'il soit papier ou électronique, conformément à la première approche ci-haut mentionnée.

**Encadré 14 : Article 6 – Écrit (Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique)**

*1. Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement.*

*2. Le paragraphe 1 est applicable que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoise simplement certaines conséquences si l'information n'est pas sous forme écrite.*

*3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].*

Le concept de « consultation ultérieure » apparaît toutefois critiquable sur la base qu'il ne présente que des objectifs de preuve et non de forme. En effet, la condition de l'écrit est également exigée pour permettre aux parties de réaliser qu'ils sont en train de conclure un acte d'importance (ce que Lon FULLER appelle le « *channeling function* »). Or, la consultation ultérieure ne satisfait aucunement à cette fonction et aurait tendance à rendre trop permissive la notion d'écrit. Ainsi, il apparaît que pour favoriser le commerce électronique, la *Loi modèle* ainsi que plusieurs lois ou projets de lois nationaux rendent les conditions de réalisation d'un contrat électronique trop facile. Bien que cet objectif soit louable, il importe de remarquer que la validité de la pratique contractuelle en ligne ne doit pas se réaliser sans considération pour les fondements mêmes du formalisme direct.

**Encadré 15 : L'hypothèse de cyberconsommation – 2**

*L'écrit a depuis longtemps été utilisé pour protéger le consommateur. En effet, certains contrats de consommation doivent être conclus par écrit, notamment en matière de crédit à la consommation. Ses fonctions matérielles, sa conservation et les qualités psychologiques qu'il renferme ont souvent été mis en exergue pour assurer la protection du consommateur.*

*Pourtant, et même si la CNUDCI et sa Loi modèle précisent expressément ne pas s'appliquer aux relations de consommation, plusieurs lois ou projets de lois disposent que l'assimilation d'un document électronique à un écrit est également applicable aux contrats de consommation. À cet égard, l'Office québécois de la protection du consommateur est d'avis que certains actes juridiques pour lesquels le droit québécois exige l'existence d'un écrit ne devraient pas être conclus par le biais d'un support électronique, afin que les intérêts des consommateurs puissent être respectés.*

*En somme, le commerçant électronique devrait s'assurer que son processus contractuel bénéficie d'un degré appréciable de formalisme malgré les dispositions moins restrictives de la loi qui lui est applicable, notamment en raison de l'assimilation législative du contrat électronique à un écrit. À cet égard, un accusé de réception représente une formalité intéressante quant à la preuve du contrat mais sert peu à la prise de conscience par le consommateur de l'acte juridique qu'il vient de conclure. En revanche, la situation pourrait être différente si par exemple le commerçant électronique intègre à son processus contractuel les éléments suivants :*

- un résumé imprimable du contrat signé ;
- l'utilisation d'une technique de « double clic » par laquelle le consommateur doit confirmer son intention : « êtes vous sûr de bien vouloir acheter tel produit pour tel prix ? » ;
- le recours à l'inscription par le consommateur de son nom dans un espace réservé en complément du simple clic sur le bouton « J'accepte ». Ainsi, la démarche est plus significative car l'acte demande une action plus active ;
- etc.

#### ► La notion de signature

La signature est un élément de formalisme moins problématique que l'écrit. Aussi, il ressort de la plupart des textes nationaux et internationaux deux fonctions fondamentales qui y sont attachées, soit l'identification du signataire et la manifestation de sa volonté. La *Loi modèle* de la CNUDCI reprend d'ailleurs ces fonctions mais ajoutent cependant une obligation de fiabilité relativement souple. Celle-ci autorise une grande variété de procédés techniques dont la fiabilité doit être appréciée en fonction des circonstances.

#### ***Encadré 16 : Article 7. – Signature (Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique)***

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

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

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

*2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoit simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.*

*3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].*

Sur le plan pratique, la question de la signature demande également une organisation au niveau de la forme. À ce titre, l'élément technique qui fait office de signature doit être clairement identifié en tant que tel. Cette mise en forme contribue à assurer la fonction de la signature relative à la manifestation de la volonté. Il s'agit donc d'éviter qu'un consentement soit donné involontairement par l'entremise d'un clic rapide et apparemment inconséquent. La facilité de navigation, de cliquer et de passer de lien en lien devient en effet un obstacle à l'utilisation, par exemple, d'un simple icône « OK » à titre de moyen de consentir. Alors que la signature manuscrite est souvent précédée d'une véritable prise de conscience, la signature électronique est, nous semble-t-il, moins symbolique. À cet égard, deux solutions peuvent être envisagées. La première consiste à s'assurer que figure sur l'icône utilisé une mention telle que « J'accepte » ou « J'accepte les conditions du présent contrat ». Il nous apparaît également judicieux d'intégrer une clause explicite, située près de l'icône, précisant que le fait de cliquer sur l'icône ci-après est constitutif de conséquences juridiques déterminées.

La seconde solution est de plus en plus reconnue par les législations nationales. Il s'agit des moyens techniques tels que la cryptographie asymétrique. Ce type de moyens nécessite de son utilisateur un mot de passe personnalisé et assure ainsi davantage la fonction relative à la manifestation de la volonté. De plus, lorsqu'elle est accompagnée d'une procédure de certification, la cryptographie asymétrique est une méthode qui permet non seulement d'identifier avec une certaine fiabilité le signataire mais aussi d'assurer l'intégrité du document électronique ainsi signé. À cet égard, la CNUDCI est en train d'étudier la mise en place d'une *Loi modèle spécifique sur la signature électronique* (Projet de règles uniformes sur les signatures électroniques) dont l'un des objectifs est d'organiser l'encadrement structurel relatif aux infrastructures à clef publique. Bien que plusieurs États aient déjà admis juridiquement ce type de moyens, la pratique actuelle du commerce en ligne s'en éloigne. La mise en place des infrastructures à clef publique, la complexité du procédé, l'ignorance des utilisateurs et le peu de contentieux sur ces questions en sont les principales raisons.

#### ► Les autres éléments de formalisme direct

Au nombre des autres éléments de formalisme direct, se retrouve l'original et ses copies. Au même titre que l'écrit et la signature manuscrite, ces éléments ont été élaborés dans le contexte du support papier. Or, vouloir les appliquer ou les adapter au support électronique oblige à des contorsions assez complexes.

Bien que de moins en moins requis dans le commerce en général et international, un original est parfois prescrit par certaines législations nationales en tant que condition de validité de l'acte juridique. Par exemple, la validité de documents commerciaux tels que les certificats de poids, les certificats agricoles, les certificats de qualité ou de quantité, les rapports d'inspection et les certificats d'assurance peut, dans certains États, dépendre de l'existence d'un original. Par conséquent, la CNUDCI s'est interrogée sur l'adaptation de la notion d'original au support électronique. Aussi, l'article 8 de la *Loi modèle* dispose de cette notion avec la même souplesse utilisée pour les définitions de l'écrit et de la



signature. D'ailleurs, il est difficile de discerner avec précision le critère de fiabilité du critère d'intégrité.

***Encadré 17 : Article 8. – Original (Loi modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique)***

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

- a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et*
- b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.*

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

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

- a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et*
- b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives.*

*4. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].*

En raison des difficultés relatives à la mise en place d'infrastructures à clef publique (ou de toute autre technologie équivalente), il est actuellement difficile de croire que la notion d'original telle que définie par la CNUDCI soit satisfaite par la pratique contractuelle en ligne. D'ailleurs, l'infrastructure nécessaire pour obtenir un degré comparable de sécurité risque de dépasser en temps et en coûts la rédaction d'un original sur support papier. Au surplus, il n'est peut-être pas opportun de pouvoir effectuer un acte juridique en ligne lorsque le législateur a cru nécessaire de requérir un tel original. L'écrit traditionnel comporte en effet une dimension matérielle et symbolique qui justifie son utilisation exclusive. C'est probablement la raison pour laquelle l'alinéa quatre autorise fort justement l'insertion d'exceptions ponctuelles selon lesquelles certaines opérations devront se faire par le biais de la méthode traditionnelle.

D'autres éléments de formalisme direct peuvent également être requis par certaines législations nationales, dont les critères de lisibilité et d'intelligibilité. Toutefois, ces éléments ne sont pas naturellement transposables au support électronique. Outre le fait qu'ils se rapportent aussi directement au support papier, ces critères présentent en effet un certain nombre d'inconvénients. D'abord, ce sont des critères grandement subjectifs. Ensuite, ils s'appliquent difficilement aux techniques de chiffrement dont l'objet premier est justement de rendre un document donné illisible et inintelligible pour certains et lisible et intelligible pour d'autres.

### ► Les formes de formalisme indirect

L'adaptation des éléments du formalisme direct au contexte électronique peut être utile mais ne suffit pas. À ce titre, le recours au formalisme indirect permet de satisfaire aux nécessités du commerce électronique, lequel, à l'instar du commerce international, se laisse difficilement encadrer par les lois, voire par les conventions internationales. Bien qu'il ne puisse répondre strictement aux conditions de validité énoncées par certaines législations, le formalisme indirect comporte l'avantage de permettre aux acteurs du commerce électronique de justifier leur diligence respective dans le cours de leurs activités en ligne.

Le formalisme indirect correspond à l'obligation de preuve à soi-même que tout acteur diligent du commerce électronique doit mettre en place lors du « cycle de vie d'un document électronique », c'est-à-dire pendant et après la formation du contrat. À la différence d'un document écrit « traditionnel » dont la preuve était essentiellement basée sur le support papier, le document électronique nécessite une preuve multiple portant tant sur le document lui-même que sur le système informatique dont il dépend.

Il est toutefois difficile d'établir avec précision et de manière universelle les particularités de cette preuve multiple, principalement en raison de l'état du développement des pratiques et du droit. Ces particularités dépendent des circonstances, de l'enjeu des transactions, de la confiance entre les parties, de l'importance de l'acte juridique en cause ainsi que de considérations relatives au droit applicable. En principe, les éléments de preuve préservés par les acteurs du commerce électronique doivent être suffisamment convaincants pour établir judiciairement la valeur probante d'un document électronique. Ces éléments seront admis en fonction de l'appréciation personnelle des faits par le juge saisi du litige. Une « garantie suffisamment sérieuse pour qu'on puisse s'y fier » est par exemple le critère général et large que l'on trouve aux articles 2837 et 2838 du *Code civil du Québec*. Parmi les arguments qui peuvent étayer cette garantie, il est possible d'identifier les éléments suivants.

Le premier élément consiste à mettre en place un formalisme contractuel dont l'objet est de régir la relation commerciale entre les parties. Il s'agit en fait de mesures de diligence acceptées par les parties et qui assure une meilleure crédibilité au support et aux possibles difficultés d'interprétation. L'exemple le plus évident sont les contrats d'échanges (ou de communication) qui fleurissent depuis le tout début des années quatre-vingt-dix (Québec, Canada, États-Unis, France, Grande-Bretagne, etc.). Certains principes ont été assez unanimement repris dans chacun de ces contrats types si bien qu'il est possible de voir en certains cas des exemples d'usages du commerce électronique se mettre en place.

La second élément de formalisme indirect correspond à la diligence avec laquelle une partie entend traiter, sans obligation contractuelle à cet égard, les documents constitutifs

du contrat ainsi que les documents ancillaires (factures, accusés de réception, etc.). La mise en place de politiques unilatérales quant à la sécurité d'un site de commerce électronique (archivage, utilisation de tiers de confiance, etc.) en est un exemple. Cette mesure permet à une partie de se disculper facilement dès lors qu'elle est en mesure de montrer, par le biais d'une preuve à soi-même, qu'elle a employé une attention soutenue à la gestion de son site et à l'administration de ses documents électroniques.

### ***Encadré 18 : L'hypothèse de cyberconsommation – 3***

*Puisque le consommateur est en quête d'un rapport de confiance, le second élément de formalisme indirect est particulièrement important en matière de cyberconsommation. La confiance est en effet la première cause des résultats des ventes sur Internet. Un commerçant qui indique par conséquent comment il gère l'information concernant le consommateur, l'avisant de toutes les étapes du contrat et l'accompagnant aussi d'une aide éventuelle tout au long du processus de vente (avant, pendant et après le contrat), favorise un climat propice à la consommation.*

#### **► Le lieu et le moment de formation du contrat électronique**

La question du lieu et du moment de formation du contrat électronique n'est pas en pratique d'une importance considérable. D'abord, les parties peuvent toujours, dans le cadre d'une relation entre commerçants, prévoir contractuellement une règle qui leur est propre. Ensuite, le droit applicable au contrat est davantage déterminé en fonction du « rapport de connexité » ou du « lien le plus étroit » plutôt que par le critère du lieu de formation du contrat. Encore, le lieu de formation tend à perdre son importance en ce qui a trait à la compétence territoriale puisque plusieurs législations l'ont soit abrogé soit mis en concurrence avec d'autres. Enfin, même si les occurrences sont possibles, la rapidité des communications Internet diminue les chances d'avatar entre l'envoi de l'acceptation et sa réception. Il n'en demeure pas moins que cette question passionne les esprits de juristes, notamment en ce qui concerne le droit applicable à la forme du contrat, le principe *locus regit actum* étant encore très présent.

Une fois cela dit, il est quand même possible de prétendre que la théorie de la réception semble être la solution qui est la plus souvent consacrée. Selon cette théorie, le contrat est conclu au lieu et au moment où le message d'acceptation parvient dans le système de l'offrant. Bien établie dans les communautés d'affaires, la théorie de la réception permet, d'une part, de former le contrat au lieu de celui qui initie l'entente et, d'autre part, de retarder le moment de la conclusion et ainsi de s'assurer que les contractants souhaitent réellement s'engager.

Dans cette logique, il est possible de faire mention de l'article 11 de la *Proposition de directive européenne relative au commerce électronique*, modifiée depuis, qui a donné lieu à un débat intéressant sur la question du moment de formation du contrat électronique. Le texte de cette proposition considérait que le contrat était conclu lorsque l'acceptant recevait un accusé de réception de l'offrant. Le texte adopté par le Parlement et le Conseil européens, la *Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique* du 8 Juin

2000, s'en remet plutôt aux législations nationales, trouvant sans doute la solution initiale trop compliquée. De plus, des différences entre les législations européennes, notamment sur le fait de savoir si une page Web constitue une offre ou une invitation à offrir, ont forcé à éluder la question. En conséquence, l'accusé de réception reçu par l'acceptant n'est pas, bien que souhaitable, un élément qui entre en cause pour déterminer le lieu ou le moment de formation du contrat électronique.

La notion de réception d'un document électronique pose toutefois certaines difficultés. Il faut en effet établir s'il s'agit du moment où le message parvient dans le système de boîte de courriers électroniques de l'offrant ou soit le moment où il est raisonnablement en mesure de le consulter. La seconde solution, inspirée de l'arrêt *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH* de la Chambre des Lords de 1982, nous semble la meilleure. Cet arrêt introduit la notion de théorie de la réception « nuancée », selon laquelle il faut tenir compte des décalages horaires, de l'ouverture des bureaux et de toutes circonstances prévisibles par les parties. Ainsi, si un message est envoyé le 31 mars à 18 heures 30, le contrat ne sera conclu que le 01 avril, lors de l'ouverture des bureaux de l'offrant.

#### ***Encadré 19 : L'hypothèse de cyberconsommation – 4***

*La question du lieu et du moment de la formation du contrat se pose différemment lorsqu'un consommateur est partie à un contrat électronique comportant des éléments d'extranéité. En effet, le principe en cette matière est assez simple : le consommateur est susceptible de pouvoir bénéficier du droit de son propre pays lorsqu'il effectue un contrat à distance, et donc sur Internet. Également, on lui accorde la possibilité de se présenter devant un tribunal national en cas de différend. Ce principe est expressément prévu dans la Convention de Rome de juin 1980, article 5. Plusieurs pays, comme les États-Unis, ne disposent pas de textes formels sur la question mais dégagent une jurisprudence équivalente. Une solution qui va de soi dans la mesure où il est préférable qu'une partie faible n'ait pas à se déplacer à l'étranger ou à utiliser un cadre normatif qu'elle ne connaît pas.*

*Notons que la Convention de Rome prévoit trois hypothèses où le principe du droit applicable au consommateur peut être changé. Néanmoins, aucune ne semble pouvoir s'appliquer à une situation de commerce électronique.*

#### **► L'automatisation du contrat électronique**

La dernière considération relative à la conclusion du contrat électronique concerne son automatisation, c'est-à-dire la pratique fréquente qui consiste, par exemple, à initier une commande en fonction de l'impulsion d'un logiciel, lequel réagit à un inventaire trop bas, à un système de gestion comptable ou à d'autres considérations pratiques. La question qui brûle les lèvres du juriste est donc : comment se fait-il qu'une machine puisse manifester sa volonté et ainsi contracter ? À cet égard, l'hypothèse d'une intelligente artificielle, si elle a déjà été envisagée, n'est évidemment pas acceptable pour le moment. La question

est davantage d'ordre sociologique. Néanmoins, elle n'est pas exempte de certaines considérations pratiques et juridiques.

D'abord, les parties qui contractent sur une base continue ont tout intérêt à mettre en place une entente préalable, un contrat de communication, afin d'éviter toute ambiguïté concernant l'automatisation du processus. Les parties devraient y prévoir les modalités techniques et les responsabilités qui pourraient survenir à la suite d'un dysfonctionnement, d'une commande erronée, d'une impulsion malencontreuse de l'appareil « intelligent », etc.

En ce qui concerne les considérations juridiques, on ne peut encore établir clairement l'état du droit. Cependant, il apparaît désormais nettement dans la doctrine des différents systèmes de droit que le contrat est davantage un outil d'intégration sociale qu'un « bloc » fermé à l'intervention de l'extérieur. À ce titre, nous préconisons dans le cadre de cette sous-section une valeur juridiquement utilitaire de la volonté, qui peut se détacher par conséquent de la définition psychologique et subjective qui fait d'elle une intention des cocontractants, même non déclarée.

La déclaration des volontés, plutôt que celles qui sont seulement « intentionnalisées », joue un rôle primordial dans l'instauration des conventions. En effet, la compréhension générale prévaut une fois encore au sens donné personnellement par une partie. Un cocontractant peut donc être lié par les actes de son appareil qui « travaille » pour lui si l'expression de volontés a été médiatisée par un intermédiaire non humain. Ainsi, l'accord de volontés est juridiquement valide, la machine étant le bras, l'outil de celui pour lequel elle a été programmée. Retenons aussi, pour matérialiser le rôle de « déclencheur » de l'accord de volontés, la citation du professeur Henri Mazeaud selon laquelle « la volonté n'est qu'un commutateur, donnant passage à un courant dont la source est ailleurs ». La notion de volonté ne devrait donc pas être considérée comme le fondement même du contrat mais comme une simple norme technique et utilitaire. Elle devrait donner lieu à une « objectivation du consentement » établie grâce à la compréhension de la communauté environnante. À ce titre, les pratiques et usages des milieux d'affaires complètent non seulement le contenu d'un contrat mais contribuent aussi à reconnaître l'accord de volonté qui lui est sous-jacent.

La notion d'accord de volontés, et non la seule notion de volonté, présente également l'avantage d'établir avec précision deux éléments d'une portée utilitaire indispensable pour une conduite efficace des contrats. D'abord, cette notion détermine, pratiquement, *comment*, *quand* et *où* le contrat est formé. En effet, il est possible, par l'intermédiaire de l'offre et de l'acceptation, de répondre à ces trois questions en se fiant aux manifestations de volontés exprimées par les parties. Ensuite, l'accord de volonté permet de créer un lien de responsabilité direct entre l'acte juridique et les parties selon une démarche très facilement identifiable.

Enfin, il importe d'indiquer que plusieurs documents internationaux ou nationaux ont établi récemment qu'un contrat ne peut être remis en cause sur la seule base qu'il a été conclu par un agent intelligent.

### ***Encadré 20 : L'hypothèse de cyberconsommation – 5***

*Conformément au principe établi dans plusieurs droits nationaux et selon lequel un contrat s'interprète en faveur de l'adhérent et du consommateur, le commerçant qui établit une relation contractuelle avec un consommateur par le biais d'un système automatisé pourrait difficilement se dégager des obligations qui en découlent. Dans le domaine des transferts électroniques de fonds, plusieurs décisions ont d'ailleurs mis en avant ce point de vue selon lequel le commerçant doit assurer les conséquences des actes malencontreux pris par l'un de ses automates, l'un de ses logiciels.*

## **Les considérations postérieures à la formation du contrat électronique**

Une fois conclu, le contrat continue à donner lieu à des considérations juridiques, surtout lorsqu'il s'agit d'un contrat électronique. Par exemple, le commerçant doit conserver ses données en raison d'obligations fiscales et comptables ou d'un éventuel différend avec ses partenaires ou consommateurs.

Alors que la conclusion du contrat exige la prise en compte d'éléments de formalisme, la gestion post transactionnelle porte principalement sur des questions de preuve. Or, le domaine de la conservation des documents est radicalement différent de celui qui prévalait dans le commerce traditionnel « encre » sur le papier. En effet, la gestion et la preuve du papier s'articulent autour de l'unicité de l'original et de l'apport d'une signature par le cocontractant. Dans le cadre d'un contrat électronique, la preuve dépend de l'accumulation de documents et souvent d'une description des circonstances de formation et de conservation des documents et données électroniques.

Sans tenir compte du fardeau de la preuve ou d'éventuelles présomptions susceptibles de s'appliquer, l'acheteur qui conclut un contrat électronique risque de devoir faire la preuve des éléments suivants s'il veut établir l'existence et le contenu de l'entente :

- une preuve de l'offre adressée par le vendeur ;
- une preuve de l'envoi de l'acceptation faite par l'acheteur ;
- éventuellement, une preuve d'un accusé de réception ;
- une preuve de la qualité de conservation (non altération, authenticité, date, etc.) des documents qu'il présente;
- la fourniture de certaines des procédures relatives à la sécurité ;
- etc.

Or, ces différents éléments de preuve correspondent à ce que l'on peut qualifier de la preuve faite à soi-même. Ce type de preuve peut être réalisé grâce à un tiers de confiance ou au recours à un procédé d'archivage.

Les tiers de confiance gèrent et emmagasinent les documents dont le commerçant électronique pourrait avoir besoin ultérieurement. D'autres services peuvent également

être proposés tels que l'horodation, l'identification des parties, l'indexant d'éventuelles modifications, etc. Le commerçant peut ainsi faire état de la non répudiation d'un document et, en cas de conflit, établir le degré de diligence employé pour préserver l'intégrité de ses données et documents électroniques. À titre d'illustration, le site Web Surety.com offre ce type de services.

Il est également possible d'organiser convenablement la gestion de documents sans recourir à un intermédiaire. En effet, la référence à un tiers fait parfois peur et oblige souvent à des coûts disproportionnés soit pour l'entreprise soit pour l'opération effectuée. À cet égard, la très courte histoire du commerce électronique sur Internet fait état d'expériences qui achoppent, en raison notamment du peu d'enclins des participants à déposer de l'information à risque chez un tiers. Aussi, le fait de réunir en un même lieu des documents provenant de plusieurs entreprises oblige à établir une « forteresse » sans faille. Le commerçant électronique peut donc, à l'aide de moyens techniques spécialisés, archiver ses propres documents et même éviter leur altération ou leur modification suite à une première saisie.

Par ailleurs, les différentes lois nationales et la jurisprudence qui en découle (tant en *common law* qu'en droit civil) présentent des exemples de critères à suivre pour assurer la force probante de documents électroniques. En résumé, le caractère systématique de l'archivage, l'existence d'une personne responsable et la durée du moment qui précède le début de l'archivage doivent être considérés. Ces trois critères permettent en fait de répondre aux questions suivantes : *comment*, *par qui* et *quand* l'archivage des documents constitutifs du contrat électronique doivent-ils être fait ?

Sans qu'aucune obligation ne soit formellement établie, l'archivage demande à ce que l'insertion, le stockage et la destruction des documents soient effectués non seulement dans un cadre fiable, conformément aux considérations relatives à la sécurité, mais également de façon **systématique**. À ce titre, la rédaction d'un document interne concernant les procédures à suivre pourrait être favorable au commerçant. Néanmoins, l'appréciation du juge risque d'être affectée par la nature même du médium utilisé. En droit américain par exemple, un tribunal a refusé de considérer un courrier électronique comme un document rencontrant les conditions nécessaires pour appliquer l'exception de la section 803 (6) du *Federal Rules of Evidence*, sur la base du fait que ce médium n'a pas « *a regular, systematic function* ».

Le second critère susceptible de rendre crédible une inscription informatisée est la détermination d'une **personne responsable** de la saisie des documents archivés. Les raisons d'une pareille exigence sont simples à justifier : l'intervention d'un trop grand nombre de personnes ainsi que la perte de confidentialité qui en découle sont des circonstances qui nuisent à la fiabilité du traitement des documents. Il est d'ailleurs préférable que cette personne soit disposée à authentifier que les enregistrements commerciaux en cause ont été saisis d'une façon rigoureuse.

L'archivage du document informatisé doit également se faire dans un **laps de temps raisonnablement consécutif** à la constitution des engagements. Bien que particulièrement sujet à l'appréciation du juge, ce critère reflète assez bien l'attention que le contractant entend apporter aux documents qu'il archive.

L'application de ces trois critères n'est pas forcément compliquée mais assurément différente de la preuve d'un document sur support papier. En effet, les principes en

matière de preuve, que l'on retrouve de façon différente en *common law* et en droit civil, sont fortement atténués par la réalité électronique. Par exemple, le principe de *common law* relatif à la meilleure preuve paraissait autrefois soumis à des exceptions prédéterminées soigneusement par les juges. Or, ce principe est de plus en plus sujet à une série d'exceptions qui tendent à dénaturer quelque peu son essence.

***Encadré 21 : L'hypothèse de cyberconsommation – 6***

*La conservation en matière de cyberconsommation ne présente pas de spécificités en soi. Toutefois, il importe de rappeler l'obligation de diligence qu'implique le caractère particulier et vulnérable de l'interlocuteur du commerçant, le consommateur.*

*En pratique, plusieurs marchands incitent leurs consommateurs à garder une trace de leurs contrats ou envoient par courrier électronique une facture ou une quittance imprimable de la transaction. Ce dernier élément permet au commerçant de satisfaire, dans certains États, à des obligations légales, mais aussi de témoigner de sa diligence en cas de conflit, surtout si le courrier électronique archivé répond aux critères ci-haut mentionnés.*

## Conclusion

Bien que le commerce électronique avec les consommateurs soit assez récent, le commerce électronique entre commerçants existe depuis environ trente ans. Trente ans, c'est encore jeune... pourrait-on dire quand on constate la maturation que la gestion juridique du papier a demandée. Ceci est d'autant plus vrai que la technique est toujours en phase de renouvellement et que les vérités du jour changent très rapidement. Le juriste, dont le rôle est de fixer, de contrôler le mouvant, doit donc faire face au manque de perspective de cette période de transition. Étant donné la quête de sécurité inhérente à sa profession, il est de son devoir de présenter des mesures qui témoignent de sa diligence, lesquelles dépendent souvent de la capacité des gens d'affaires à les intégrer d'une façon rentable. Le droit, comme la sécurité, constitue une assurance que les commerçants considèrent en fonction de leurs intérêts et selon leur propre gestion du risque.

Une nouvelle fois, une pluralité d'approches doit être consacrée et des habitudes doivent être prises. Mais tout ne fait que commencer...