

Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique

Vincent GAUTRAIS*

Résumé

Cet article est consacré aux Principes d'UNIDROIT et à leur applicabilité dans le cadre des contrats électroniques. Dans la première partie, l'auteur examine les dispositions générales des Principes relativement à deux sujets : la forme du contrat et la liberté quant aux moyens de preuve ainsi que la notion d'écrit. La deuxième partie de l'article porte sur la question de la formation du contrat électronique. L'auteur aborde les questions de l'offre et de l'acceptation ainsi que du moment et du lieu de formation du contrat électronique.

Abstract

This paper deals with the UNIDROIT Principles and their applicability to electronic contracts. The first part deals with the general provisions of the Principles, in relation with two items: the form of the contract and the freedom concerning the means of proof, and the concept of the written document. The second part deals with the creation of an electronic contract. The author studies the concepts of offer and acceptance, as well as the time and location at which an electronic contract is created.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, codirecteur de la maîtrise pluridisciplinaire en commerce électronique. Courrier électronique : vincent.gautrais@umontreal.ca. Site Internet : [<http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/accueil.htm>].

Plan de l'article

Introduction	485
I. Les dispositions générales des Principes d'UNIDROIT (Chapitre 1) applicables à un contrat électronique	486
A. Les libertés probatoire et formelle relatives au contrat électronique	487
1. La liberté probatoire	488
2. La liberté formelle	490
B. L'écrit et le support électronique	492
1. L'équivalence fonctionnelle de l'écrit reconnue ...	493
2. Les critères utilisés pour déterminer les fonctions de l'écrit	495
II. La formation du contrat électronique selon les Principes d'UNIDROIT du chapitre 2	499
A. L'offre et l'acceptation sur support électronique ...	500
1. L'offre électronique	502
2. L'acceptation électronique et sa formalisation ...	504
B. Le moment et le lieu de formation du contrat électronique	506
1. La confrontation de la théorie de la réception aux Principes d'UNIDROIT	510
2. La théorie de la réception nuancée	512
3. La tendance législative sur la question	514
Conclusion	516

À première vue, le droit, et notamment le concept de contrat, ne sont pas fait pour s'entendre avec celui de commerce électronique. Ceci vaut pour au moins trois raisons.

D'abord, opposer le droit au commerce électronique, c'est mettre en confrontation un domaine conservateur par essence à un autre qui, quant à lui, est fortement évanescent, changeant, mouvant. Le premier est donc par essence science de la réaction. « Le droit commence là où s'arrête la vérité » disait Cicéron, éminent juriste s'il en est. À savoir, le temps que le juriste fixe à un moment « T » sa perception de la réalité, la réalité court déjà, s'échappe de la tentative d'encadrement que le juriste tente de lui donner. Le second, c'est tout le contraire. Il est fluide et volatile à plusieurs égards. D'abord, il est immatériel, nous y reviendrons, et le droit utilise souvent ce critère pour fixer certaines règles. Ensuite, il est changeant, mouvant, et laisse peu de place à la cristallisation¹. Encore, il est par essence international, je dirai presque communautaire, et de ce fait échappe quelque peu au traitement juridique habituel. Non que le droit international n'existe pas; non que les coutumes et usages ne soient pas juridiquement appréhendés. Simplement, la création normative passe par la prise en compte d'intérêts catégoriels qu'il faut, d'une part, identifier et d'autre part, faire participer au processus d'élaboration des règles.

Autre élément d'opposition entre droit et commerce électronique, il est difficile de traiter de la spécialité qu'est le premier sans la confronter à d'autres matières. En effet, face à la complexification du droit, l'une des approches possibles est celle de la multidisciplinarité. Le commerce électronique est un domaine hybride, bâtard, un domaine de convergence de matières qui n'avaient pas normalement pour habitude d'être confrontées.

Enfin, il est fascinant d'examiner la distinction qu'il est possible de dessiner entre, d'une part, le droit, le droit des contrats précisément, intemporel tellement il est vieux, docte et habituellement stable, et, d'autre part, le commerce électronique dont la mouvance interdit la cristallisation.

¹ Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYEKHLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* », (1997) *Revue de droit des affaires internationales* 547.

Ces différents éléments amenèrent certains à s'interroger sur le fait de considérer le droit du cyberspace comme un droit distinct des autres². Nous ne répondrons pas à cette question qui pourrait être traitée isolément.

Trois éléments que j'aimerais utiliser pour passer à mon humble crible les Principes d'UNIDROIT. Crible afin de vérifier que les Principes d'UNIDROIT qui n'ont aucunement été prévus pour le contexte cybernétique sont compatibles avec cette nouvelle réalité. Trois éléments sur lesquels nous nous autoriserons de jeter une certaine lumière afin d'éclairer les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) qui, m'a-t-on dit, travaille activement sur ce registre.

Aussi, nous traiterons des deux éléments les plus susceptibles d'être modifiés par la réalité cybernétique, soit les deux premiers chapitres des *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*³ que sont, d'une part, les dispositions générales (I) et, d'autre part, celles concernant la formation du contrat (II).

I. Les dispositions générales des Principes d'UNIDROIT (Chapitre 1) applicables à un contrat électronique

Parmi les dispositions générales des Principes d'UNIDROIT susceptibles d'avoir un impact en droit du commerce électronique, nous prendrons le loisir de n'en identifier que deux, soit l'article 1.2 relatif à la forme du contrat et à la liberté de la preuve sous-jacente (A) et l'article 1.10 qui nous donne une définition de l'écrit (B). Ces deux éléments seront vus successivement.

² L. LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace* (2000); F. EASTERBROOK, « Cyberspace and the Law of the Horse », *University of Chicago Legal Forum* 206 (1996); L. LESSIG « The Law of The Horse – What Cyberlaw Might Teach », *Stanf. Tech. L. Rev.* 501 (1999), aussi disponible à : [<http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>].

³ INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, 1994; ces Principes sont disponibles à l'adresse suivante : [<http://www.unidroit.org/french/principles/pr-main.htm>] (site visité le 1^{er} décembre 2001).

A. Les libertés probatoire et formelle relatives au contrat électronique

Relativement au droit du cyberspace en général, et du commerce électronique en particulier, les questions de preuve et de forme ont rapidement été considérées comme une composante essentielle. La meilleure « preuve » en est la doctrine abondante parue depuis presque dix ans⁴, ainsi que le fait que tous les textes de lois récents en tiennent compte systématiquement⁵.

⁴ Voir, par exemple : Mireille ANTOINE, Marc ELOY et Jean-François BRAKELAND, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information : aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents*, Namur, Story-Scientia, 1992; Claude FABIEN, « Les nouvelles règles de la preuve par oui-dire en droit civil québécois », dans INSTITUT CANADIEN D'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 159; Pierre LECLERCQ, « Évolutions et constantes du droit civil ou commercial de la preuve », dans *Rapport de la Cour de cassation*, La documentation française, 1991; Pierre TRUDEL, Guy LEFEBVRE et Serge PARISIEN, *La preuve et la signature dans les échanges de documents informatisés au Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993; Françoise GALLOUÉDEC-GENUYS (dir.), *Une société sans papier? Nouvelles technologies et droit de la preuve*, Paris, La documentation française, 1990; Bernard AMORY et Yves POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique », (1985) 2 *R.I.D.C.* 331; Stephen CASTELL, « Evidence, Authorisation and Security: is the Technology Legally Reliable? » (1989) 6 *Computer Law & Practice* 46-51; K. KOTCH, « Addressing the Legal Problems of International Electronic Data Interchange: the Use of Computer Records as Evidence in Different Legal Systems », 6-2 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 451 (1992); Brian NAPPIER, « Computer Records as Evidence – Back to the Beginning? », (1993) *J. Bus. L.* 505; Christopher NICOLL, « EDI Evidence and the Vienna Convention », (janvier 1995) *J. Bus. L.* 21; Colin TAPPER, « Evidence – Admissibility, Computer Output », (1993) 1(1) *I.J.L. & I.T.* 35; AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF LITIGATION, *Emerging Problems under the Federal Rules of Evidence*, 2^e éd., p. 284 (1991).

⁵ C'est vrai au Québec avec la récente *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q. 2001, c. 32, (entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2001 et disponible à : [<http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/loi.pdf>]) mais aussi dans la plupart des pays industrialisés. À titre d'exemple, nous retiendrons la loi ontarienne : *Loi de 2000 sur le commerce électronique*, L.O. 2000, c. 17 : [http://192.75.156.68/DBLaws/Statues/French/00e17_f.html], les deux lois américaines : *Uniform Electronic Transaction Act* : [<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/eta1299.htm>] et *Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA)* : [<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/ucita01.htm>], et la loi française du 13 mars 2000 : *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique* : [<http://www.legifrance.gouv>].

D'ores et déjà, il est possible de prétendre que les règles de preuve manifestent une certaine souplesse, une certaine liberté, et ce, à cause de deux composantes essentielles : d'abord, cette solution s'impose par le fait qu'elle est propre au commerce en général mais, et de façon plus spécifique à notre débat, parce qu'elle est de la nature même du document électronique. Mais liberté probatoire ne veut pas dire absence de preuve⁶. Aussi, il importe de combler cette souplesse par un encadrement formel spécifique aux documents électroniques afin d'assurer que la preuve apportée puisse être digne de crédibilité auprès d'un juge.

Sur ces deux questions de libertés formelle et probatoire, les Principes d'UNIDROIT ont mis de l'avant une solution qui s'imposait. Cette solution tient en effet de l'évidence tellement le commerce international, plus encore que le commerce « domestique », requiert une souplesse dans l'administration de la preuve.

Or, à la lecture des Principes d'UNIDROIT, et précisément de l'article 1.2, il est très clair qu'aucune preuve et aucune forme particulière ne sont nécessaires à la formation d'un contrat :

*Ces Principes n'imposent pas que le contrat soit conclu ou constaté par écrit. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins.*⁷

1. La liberté probatoire

Sur le plan de la preuve, cette clause ne fait que reproduire la règle qui prévaut dans la quasi-totalité des textes législatifs nationaux où le concept de liberté probatoire est associé aux activités commerciales⁸.

fr/citoyen/jorf_nor.ow?numjo=JUSX9900020L] et évidemment le texte phare que constitue la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* [<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm-f.htm>] (sites visités le 1^{er} décembre 2001).

⁶ P. LECLERCQ, *loc. cit.*, note 4, 183 : « liberté probatoire ne veut pas dire absence de preuve ».

⁷ Principes d'UNIDROIT, précités, note 4.

⁸ Pour le Québec, il est possible de mentionner l'article 2831 C.c.Q. : « L'écrit non signé, habituellement utilisé dans le cours des activités d'une entreprise pour constater un acte juridique, fait preuve de son contenu », ainsi que l'article 2836 selon lequel « [l]es écrits visés par la présente section peuvent être contredits par tous moyens ». Il en va de même pour la France où le bien connu article 109 du *Code de commerce* prévoit la même liberté probatoire dans le domaine commercial : « À l'égard des commerçants, les actes de commerce

Mais cette souplesse probatoire devra se matérialiser si l'on souhaite organiser, de façon concrète, la preuve des documents électroniques. Et c'est en ce sens que les Principes d'UNIDROIT ne sont pas à eux seuls suffisants pour le commerce électronique.

Ainsi, s'il existe selon nous une absence de formalisme direct⁹, c'est-à-dire un formalisme nécessaire à la validité de l'acte, cela ne peut être totalement suffisant dans un contexte de commerce électronique où un besoin d'aménagement du cadre juridique appliqué au contrat électronique impose l'établissement d'un formalisme indirect¹⁰.

En ce sens, il nous semble évident que le fait de prouver une offre envoyée par courrier électronique, conservée sans protection particulière, transmise sans protection particulière, et ce, même si les libertés formelle et probatoire s'appliquent à une transaction, rendra la force probante du document bien difficile à contester. Aussi, tant pour la transmission des données que pour leur conservation, il est capital pour l'acteur qui veut faire preuve de diligence de prévoir une organisation documentaire qui pourra être invoquée en cas de litige.

La difficulté majeure, et ce qui constitue généralement une certaine différence avec la preuve d'un document papier, c'est que la preuve d'un document électronique est, d'une part, multiple et, d'autre part, faite par la personne qui gère le document¹¹.

La multiplicité tient au fait que l'auteur d'un document électronique devra faire la preuve de l'ensemble des opérations qui constituent la transaction électronique¹², pendant son cycle de vie¹³.

peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». La solution est similaire en common law et notamment en droit américain, par exemple, lorsque l'on examine l'article 803(6) du *Federal Rules of Evidence*. Pour en savoir davantage : Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international – encadrement juridique*, Bruxelles, Bruylant/Academia Bruylant, 2001, p. 99 et suiv.

⁹ Outre les éléments relatifs à l'écrit que nous verrons dans le paragraphe suivant.

¹⁰ Sur l'opposition entre ces deux formes de formalisme, voir : Vincent GAUTRAIS, « Les contrats *on-line* dans la théorie générale des contrats : le contexte nord-américain », (2000) 17 *Cahiers du CRID* 107, 114-117.

¹¹ V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 7, p. 98 et suiv.

¹² Voir notamment : Jérôme HUET, « Aspects juridiques de l'EDI, Échange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) », *Sirey-Dalloz* 1991.181,

Quant à la preuve elle-même, à la différence de celle d'un contrat sur support papier qui est forcément attachée à la matière physique et au moment où la signature est manifestée, pour le contrat électronique, il faudra faire la preuve de l'ensemble du processus d'organisation du contrat¹⁴, et donc, tout au long d'une période de temps où la personne qui sera généralement la plus à même de contrôler ce document sera l'auteur lui-même. En dernier lieu, l'appréciation du juge qui constitue généralement le critère final en matière de preuve dépendra de la diligence des parties à se protéger personnellement.

2. La liberté formelle

Relativement aux questions de forme, la même souplesse est prévue, aucune condition formelle n'étant nécessaire. Il est intéressant de comparer les Principes d'UNIDROIT avec le *Code civil du Québec*. Plus précisément, l'article 2826 C.c.Q.¹⁵ prévoit une exigence formelle de signature¹⁶ pour les actes sous seing privé, telle

185 : « il n'y a donc pas une, mais un grand nombre de solutions disponibles, et cela contrairement à ce qui se passait avec l'échange du papier, où la sécurité juridique reposait sur une solution unique, celle de l'écrit signé par son expéditeur et reçu par son destinataire. De là découle cette idée que, pour résoudre les problèmes soulevés par l'économie sans papier, il ne faut pas chercher à trouver une solution de remplacement, et une seule, mais qu'il convient de jouer sur plusieurs claviers et de profiter de la variété des moyens que les traitements modernes d'information fournissent »; Léon HARANT, « La preuve en matière commerciale au regard des techniques nouvelles et notamment de l'informatique (1^{re} partie) », *Petites aff.* 1987.79.25, 33 : « on assiste donc à une espèce de dévaluation des éléments de preuve les plus forts au profit d'un faisceau de preuves moins péremptoires mais devenues décisives par leur convergence : telles seront les présomptions graves, précises, concordantes, qui, à défaut d'élément suffisant pour établir à lui seul la preuve, constitueront la motivation de nombreuses décisions ».

13 Conformément à l'expression que l'on trouve désormais dans la nouvelle loi québécoise : *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 5, par exemple à la section 4 du chapitre 2.

14 Ethan KATSH, *Law in a Digital World*, p. 129 (1995) : « [p]aper contracts bind parties to an act. The electronic contract binds parties to a process ».

15 « L'acte sous seing privé est celui qui constate un acte juridique et qui porte la signature des parties; il n'est soumis à aucune autre formalité. »

16 Notons néanmoins que la situation est différente dans le contexte commercial, tel que décrit précédemment.

que définie à l'article 2827 C.c.Q.¹⁷. Aucune mention n'est faite dans les Principes d'UNIDROIT quant à cette exigence, ni d'ailleurs dans la Convention de Vienne¹⁸, si ce n'est les seuls articles sur le consentement. À ce sujet, les Principes considèrent à l'article 2.1 que

[l]e contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord.¹⁹

Ainsi, et à la mesure du caractère informel des transactions qui sont à la fois commerciales et internationales, les rédacteurs ont préféré se limiter à la notion globale de consentement plutôt que d'introduire l'une de ces formes de matérialisation que constitue la signature. Cet article sous-tend par exemple qu'un échange de lettres concordantes mais non signées peut être constitutif de la formation d'un contrat, ce qui n'est pas le cas d'une manière générale dans le *Code civil du Québec*, si ce n'est par le truchement des articles 2831 C.c.Q. et suivants²⁰ relatifs aux documents commerciaux qui nous intéressent.

Au regard de cet article, il est donc en premier lieu possible d'affirmer que les Principes d'UNIDROIT ne sont pas un empêchement au développement du commerce électronique dans la mesure où ils n'exigent pas de règles particulières qui auraient pu être difficiles à concilier avec la nature même du support électronique. En revanche, et comme nous avons pu le mentionner relativement à la preuve, ils n'offrent que peu d'indications sur la façon de transmettre ou d'archiver des documents électroniques. En ce qui concerne la signature par exemple, il serait donc important pour les parties de mettre en place une procédure qui prévoirait les modalités selon lesquelles la signature se manifesterait afin d'éliminer tout doute susceptible de rendre imprévisible la formation du contrat électronique. Ce besoin de précision est sans doute plus important dans le monde électronique que dans le réel car les parties ne disposent plus de la matière physique du papier pour s'assurer de

¹⁷ Art. 2827 C.c.Q. : « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement. »

¹⁸ La *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* d'avril 1980 est disponible à : <http://www.uncitral.org>.

¹⁹ Principes d'UNIDROIT, précités, note 3.

²⁰ Précités, note 8.

la réalité des consentements²¹. Au contraire, le contrat électronique est beaucoup plus « séquencé », susceptible d'être modifié, et peut être constitutif d'une succession de courriels adressés entre les contractants. Cette malléabilité nécessite donc que les consentements soient clairement exprimés afin que tout quiproquo soit évité.

Évidemment, les Principes d'UNIDROIT ne pouvaient prévoir de telles obligations : d'une part, ils n'ont pas pour objet de s'attacher à la spécificité électronique; d'autre part, il est difficile d'imposer une façon de faire plutôt qu'une autre, la souplesse requise sur le plan international étant une composante qui, nous l'avons vu, constitue une caractéristique récurrente dans les textes de cette nature²².

B. L'écrit et le support électronique

En revanche, les Principes d'UNIDROIT décrivent avec assez de précision un concept difficile à imposer à la réalité électronique : l'écrit. Bien que, de l'avis de plusieurs commentateurs, ces Principes avaient pour but de « codifier » des principes généraux et des usages qui prévalaient relativement aux contrats internationaux, ils offrent en 1994 une définition de l'écrit qui ne s'apparente à aucune autre. Ainsi, et cela constitue un des éléments distinctifs de ce texte, notamment à l'égard de plusieurs législations nationales, ils se hasardent à donner une définition de ce qu'est un « écrit ». À ce propos, l'article 1.10 prévoit que

- *le terme « 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.*²³

Dans cette définition, il est possible de constater, à première vue, deux éléments. D'une part, l'écrit n'est en aucun cas relié à un support particulier et, notamment, au papier. D'autre part, cet article propose d'abord une méthode afin de déterminer en quelle hypothèse il est réalisé (1) et ensuite deux critères pour y parvenir (2).

²¹ E. KATSH, *op. cit.*, note 14, p. 129 et suiv.; V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 8, p. 122.

²² Notons que la présente solution est par exemple strictement identique à celle dont on dispose à l'article 11 de la Convention de Vienne.

²³ Voir : [<http://www.unidroit.org/french/principles/chapter-1.htm>].

1. L'équivalence fonctionnelle de l'écrit reconnue

La méthode, aux dires mêmes des commentaires associés à cet article²⁴, est dite fonctionnelle. Par équivalence fonctionnelle, on entend généralement la technique qui consiste à rechercher les fonctions qu'un écrit papier possède et de les transposer sur tout autre support qui remplirait les mêmes fonctions²⁵. Il est important de noter que cette approche peut être considérée, en ce qui concerne les concepts d'écrit et de signature; comme universelle et faisant partie de la *lex mercatoria*, voire de *lex electronica*²⁶, tellement sa récurrence est assurée.

En ce qui concerne l'obligation d'un « écrit », l'intérêt d'une pareille méthode est de permettre qu'un document électronique remplisse les exigences d'une loi ou d'un traité qui réclamerait un tel formalisme. Aussi, et notamment à travers les discussions auprès de la CNUDCI, on a tenté d'énumérer les fonctions qu'on peut

²⁴ *Id.* « Dans certains cas, les Principes font référence à un “écrit” ou à un “contrat écrit”. Voir les articles 1.2, 2.9(2), 2.12, 2.17 et 2.18. Les Principes définissent cette condition de forme en termes fonctionnels. Ainsi, un écrit comprend non seulement un télégramme mais aussi tout autre mode de communication qui permet de conserver l'information qui y est contenue et qui peut laisser une trace matérielle » (Commentaire n° 4 de l'article 1.10 des Principes).

²⁵ Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) 2 *Journal de droit international* 323, 380-382. Ces auteurs expliquent comment s'est formé ce concept. D'abord, il y a la position radicale selon laquelle l'écrit est irréconciliable avec l'électronique; ensuite, existe une vision qui tend à redéfinir les concepts anciens pour y intégrer la nouveauté. Les équivalents fonctionnels, selon ces auteurs (p. 382), constituent « une voie médiane qui a été adoptée par la CNUDCI [...]. Il faut comprendre par là que, dans leur tentative d'apporter une solution juridique à certains des obstacles rencontrés par le commerce électronique, les auteurs de la loi type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple, par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles. » Néanmoins, pour les raisons précédemment décrites, et si médiane que puisse être cette position, elle instaure une assimilation entre les deux façons de conclure des contrats. Cela se traduit également dans la notion de « neutralité médiatique » selon laquelle (p. 383) « il semble logique de considérer que les règles de la loi type, si elles sont effectivement neutres, doivent pouvoir également s'appliquer au cas où l'information est transmise ou archivée sur un support papier traditionnel ».

²⁶ V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 8, p. 229 et suiv.

lui attribuer et que tout document électronique devra lui-même avoir pour satisfaire cette exigence. L'analyse sans doute la plus complète, et largement diffusée à ce sujet, est celle proposée par la CNUDCI qui identifie onze fonctions²⁷, considérées d'ailleurs comme non exhaustives. Cette méthode souple est intéressante à plusieurs égards. D'abord, elle permet de ne pas rejeter du revers de la main un document électronique du seul fait qu'il n'est pas sur un support particulier. Ensuite, elle assure le développement du commerce électronique sans avoir à modifier chacune des lois qui avait prévu, dans l'esprit du législateur, une forme sur support papier.

Les difficultés en revanche sont nombreuses. À vouloir trop considérer le commerce électronique comme un progrès inéluctable, on en est arrivé à oublier certaines spécificités de chacun de ces supports. D'une part, certaines caractéristiques ne sont pas faciles à transposer. Il en va ainsi, par exemple, de la signature et du papier qui sont souvent dotés d'une portée symbolique, voire psychologique, qu'il n'est pas toujours aisé de reproduire sur un document électronique, du moins lorsque aucun aménagement idoine, proportionnel aux enjeux et aux circonstances d'une transaction donnée²⁸, n'est mis en place. D'autre part, il importe de trouver des critères suffisamment précis et justes pour que les fonctions

²⁷ La *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (1996), précitée, note 5, a largement été reprise, notamment au Canada. Aussi, dans les commentaires qui précisent l'article 6 relatif à la notion « d'écrit », les fonctions attachées à l'écrit sont les suivantes : « 1) veiller à ce qu'il y ait des preuves tangibles de l'existence et de la nature de l'intention manifestée par les parties de se lier entre elles; 2) aider les parties à prendre conscience des conséquences de la conclusion du contrat; 3) fournir un document lisible pour tous; 4) fournir un document inaltérable et conserver en permanence la trace d'une opération; 5) permettre la reproduction d'un document de manière que chaque partie ait un exemplaire du même texte; 6) permettre l'authentification des données au moyen d'une signature; 7) assurer que le document se présente sous une forme acceptable par les autorités publiques et les tribunaux; 8) consigner l'intention de l'auteur de "l'écrit" et conserver la trace de cette intention; 9) permettre un archivage aisé des données sous une forme tangible; 10) faciliter le contrôle et les vérifications ultérieures à des fins comptables, fiscales ou réglementaires; et 11) établir l'existence de droits et d'obligations juridiques dans tous les cas où un "écrit" était requis aux fins de validité ».

²⁸ Concernant la signature, si deux fonctions sont toujours demandées (l'identification du signataire et la manifestation de volonté), plusieurs définitions récentes exigent de surcroît qu'on tienne compte de l'importance de la transaction pour déterminer la méthode de manifestation de la signature. *Infra*, II, A, 2.

recherchées soient satisfaites. C'est ce que nous verrons maintenant.

2. Les critères utilisés pour déterminer les fonctions de l'écrit

Si le principe de l'équivalence fonctionnelle est assez unanimement reconnu, il existe en revanche un certain nombre de difficultés quant à la façon de déterminer quelles sont les fonctions de l'écrit et comment celles-ci se concrétisent sur le plan pratique. Aussi, loin d'être uniformes, des différences sensibles apparaissent entre certains textes internationaux, d'autres nationaux et enfin les Principes d'UNIDROIT qui tentent tous de définir les circonstances selon lesquelles un document électronique est susceptible de remplir les exigences d'un écrit.

Dans l'hypothèse de l'article 1.10 des Principes²⁹, deux critères sont proposés. D'abord, l'exigence d'un écrit est satisfaite quel que soit le support, dès qu'il permet « de conserver l'information qui y est contenue ». Ce critère n'est pas davantage explicité, notamment dans les commentaires attachés aux Principes, qui ne font que mentionner la distinction qui existe entre l'écrit et la notification prévue à l'article 1.9(1), cette dernière faisant l'objet d'une plus grande souplesse³⁰. Sans qu'elle puisse être davantage précisée, notons seulement que cette condition laisse entrevoir une certaine pérennité en s'attachant à la période qui suit la confection de l'acte. Il existe encore plus de difficultés à tenter d'interpréter la seconde exigence qui fait état d'un support capable de « laisser une trace matérielle ». Cet élément de matérialité, d'une part, laisse sous-entendre une certaine relation avec tout support physique et présente donc une relative incompatibilité avec un mode de communication électronique. Il serait peut-être possible de comprendre que la « trace » pourrait être l'impression du document électronique, mais il apparaît néanmoins étrange que la réalisation de la condition de l'écrit soit conditionnelle à la retranscription sur un autre support que le support originel³¹. D'autre part, il est également

²⁹ *Supra*, I, B.

³⁰ Art. 1.9 : « Une notification, lorsqu'elle est requise, peut se faire par tout moyen approprié aux circonstances ».

³¹ Notons néanmoins que cette condition a déjà été requise dans l'ancienne version de l'article 1837 C.c.Q., qui vient d'être abrogé par la nouvelle loi québécoise.

difficile d'apprécier la nature de la distinction entre ce critère de matérialité et le premier, relatif à la conservation.

Face à cette définition quelque peu byzantine, il est donc assez difficile de prétendre avec assurance que cet article permet l'utilisation d'un document électronique dès qu'un écrit est nécessaire, et ce, même si ce court paragraphe prévoit que l'écrit s'entend « de tout mode de communication ». Simplement, le doute est de savoir si cette expression avait pour but d'englober toutes les techniques de transmission électronique qui font appel au papier (comme le télex ou le télécopieur), ou si les techniques totalement électroniques sont incluses dans cette définition.

Bien que non totalement reliés aux Principes d'UNIDROIT qui font l'objet de cette étude, il est sans doute pertinent de connaître les critères qui ont été jusqu'alors utilisés afin de définir l'écrit dans d'autres textes, nationaux ou internationaux. Cette comparaison nous permet d'abord de constater que les définitions sont assez sensiblement différentes de celle que nous venons de voir. Ensuite, que ces différences de traitement ne permettent pas en revanche d'isoler la définition des Principes tellement il est possible d'en trouver plusieurs.

La référence en la matière est sans doute la Loi type de la CNUDCI de 1996³². Ce texte, qui est de surcroît chronologiquement le premier, a un texte spécifique, l'article 6³³, qui a été proposé afin de traiter de la réalisation des conditions de l'écrit sur support électronique. Cette disposition, qui est le fruit de plus de dix ans de travaux onusiens, centre la satisfaction de l'exigence d'un écrit sur un critère unique : la « consultation ultérieure ». Ainsi, tout document électronique qui permet la réalisation de cette condition pourra être considéré comme ayant la qualité d'écrit.

Ce critère ne nous apparaît pourtant pas pleinement satisfaisant, et ce, à deux niveaux : l'un quant au concept même et l'autre quant à l'application qui en est faite en droit comparé.

³² Précitée, note 5.

³³ Art. 6 : « 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 ».

En premier lieu, la « consultation ultérieure » est un concept qui ne remplit pas pleinement les fonctions de l'écrit et qui, par conséquent, a pour effet de donner trop rapidement la qualité d'écrit au document électronique. En effet, parmi les onze fonctions citées précédemment par la CNUDCI³⁴, les deux principales et les deux premières dans la liste sont la preuve et la prise de conscience. Si la fonction probatoire est certes satisfaite par le fait de pouvoir consulter, par exemple, l'acceptation d'un contrat postérieurement à sa formation, un document électronique est à cet égard dans une situation comparable à celle d'un écrit papier. En revanche, en bien des cas, l'exigence formelle d'un écrit est liée à une fonction de solennité, de prise de conscience comme dit précédemment, et donc à une volonté de s'assurer que la personne qui s'engage le fait en connaissance de cause. À titre d'exemple, prenons l'article 7(2) de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*³⁵ de 1985 qui prévoit que la clause compromissoire doit être constatée par un écrit³⁶. Dans une pareille hypothèse, la fonction de l'écrit n'est pas tant la preuve de cette convention mais bien davantage une formalité visant à informer le signataire qu'il renonce ainsi à son droit de porter tout litige subséquent devant un juge étatique. Or, selon nous, cette fonction de solennité n'est pas reproduite par le critère de la « consultation ultérieure », dans la mesure où ce n'est pas parce que l'auteur de l'acceptation a la possibilité de la relire que sa prise de conscience est assurée. Ceci est d'autant plus vrai eu égard aux spécificités de rédaction et de lecture dont un document électronique dispose par rapport au papier³⁷.

En second lieu, et cette fois de façon complètement indépendante des travaux effectués par cette institution, il faut constater

³⁴ *Supra*, note 27.

³⁵ Notons que dans une bien plus grande mesure que la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* de 1996, celle de 1985 relative à l'arbitrage a été universellement reprise dans une multitude de lois nationales. Cette loi est disponible à : [<http://www.uncitral.org/french/texts/arbitration/ml-arb-f.html>].

³⁶ Art. 7(2) : « La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre ».

³⁷ *Infra*, II, A.

que ce critère unique n'a pas été unanimement suivi par les législations nationales postérieures à ce sujet. Si certains pays³⁸ ou provinces³⁹ ont en effet repris à leur compte la Loi type de la CNUDCI dans son entièreté, et donc son article 6, plusieurs autres utilisent des critères tout autres. On peut citer notamment la France et sa récente loi du 13 mars 2000, où deux critères sont exigés : l'identité de l'auteur et l'intégrité du document⁴⁰. Différemment, le Québec préconise quant à lui, dans sa loi du 21 juin 2001 relative à l'encadrement juridique des technologies de l'information, le seul critère de l'intégrité⁴¹, et ce, quelle que soit la fonction recherchée, c'est-à-dire pour des fonctions probatoire ou formelle⁴². Enfin, mentionnons seulement les autres solutions choisies en droit américain, d'une part, par le *Uniform Electronic Transaction Act*⁴³ et, d'autre

³⁸ Par exemple, l'Australie et la Nouvelle Zélande.

³⁹ La plupart des provinces anglophones du Canada ont fait preuve d'une relative fidélité à la Loi type de la CNUDCI. Par exemple, en Ontario, l'article 6(1) de la *Loi de 2000 sur le commerce électronique* (précitée, note 5) prévoit ce qui suit : « La fourniture de renseignements ou d'un document sous forme électronique respecte l'exigence légale portant qu'une personne doit fournir des renseignements ou des documents par écrit à une autre personne si les conditions suivantes sont réunies : a) l'autre personne y a accès de manière qu'ils soient utilisables pour consultation ultérieure; b) l'autre personne peut les conserver ». Il en va de même pour la Saskatchewan, la Colombie-Britannique, etc.

⁴⁰ *Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*, précitée, note 5, art. 1316-1 : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. » Notons que, pour cette disposition, la critique faite plus tôt de la CNUDCI n'est pas applicable ici, l'article prévoyant expressément qu'il ne vaut que si l'on cherche à établir la fonction probatoire de l'écrit.

⁴¹ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 5, art. 5, al. 2 : « Le document dont l'intégrité est assurée a la même valeur juridique, qu'il soit sur support papier ou sur un autre support, dans la mesure où, s'il s'agit d'un document technologique, il respecte par ailleurs les mêmes règles de droit ».

⁴² *Id.*, art. 5, al. 1 : « La valeur juridique d'un document, notamment le fait qu'il puisse produire des effets juridiques et être admis en preuve, n'est ni augmentée ni diminuée pour la seule raison qu'un support ou une technologie spécifique a été choisie ».

⁴³ Précitée, note 5, art. 2(13) qui donne la définition suivante de « record » : « "Record" means information that is inscribed on a tangible medium or that is stored in an electronic or other medium and is retrievable in perceivable form ».

part, par le *Uniform Computer Information Transaction Act*⁴⁴, ces deux textes instituant des concepts propres au support électronique, soit la notion de « record » (enregistrement).

L'objectif d'harmonisation qui était central lors des travaux de la CNUDCI présente donc assurément des lacunes, en dépit des intérêts évidents que suscitèrent les discussions dans le cadre de ce forum. Cette situation de fait relativement à une question précise, la satisfaction du critère de l'écrit par un document électronique, devrait donc inciter les parties à prendre au sérieux les modalités de formation de leurs contrats électroniques, tant avant qu'au moment de leur conclusion⁴⁵.

De plus et pour conclure cette partie, il nous apparaît important de garder à l'esprit que même si la facilitation du commerce électronique est une composante à favoriser et que le droit dispose de certains moyens pour y parvenir, les règles de preuve et de forme sont souvent le produit de préceptes de justice et d'équilibre des droits qu'il faut plus que tout préserver dans un environnement électronique.

II. La formation du contrat électronique selon les Principes d'UNIDROIT du chapitre 2

La distance et l'immatérialité sont la source d'un certain nombre d'évolutions juridiques quant aux modalités de formation même d'un contrat. C'est ce que nous verrons en examinant, d'une part, les changements qui sont susceptibles d'être attachés à l'offre et l'acceptation, et ce, en dépit du peu d'obligations exigées par les Principes d'UNIDROIT (A). D'autre part, la sempiternelle question du lieu et du moment de formation des contrats bénéficie d'un traitement spécifique dans les Principes qu'il faudra adapter au contexte électronique (B).

⁴⁴ Précitée, note 5, qui contient la même définition que le UETA à l'article 102 (55).

⁴⁵ Par exemple : Karim BENYEKHLEF et Vincent GAUTRAIS, « Contrat de communication électronique de longue durée entre commerçants utilisant un "Réseau ouvert" », dans Éric LABBÉ, Daniel POULIN, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Le guide juridique du commerçant électronique* (rapport préliminaire), Montréal, Juris International, 2001, p. 245, également disponible à [http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_ann.pdf].

A. L'offre et l'acceptation sur support électronique

Le contrat électronique est forcément conclu en un minimum de deux étapes : l'offre et l'acceptation. Certes, cette succession existait dans les contrats papier mais elle prenait habituellement forme dans un même document. Tant la jurisprudence de common law que celle de droit civil ont étudié l'hypothèse qu'un contrat puisse être considéré comme étant conclu lorsque soit l'offre, soit l'acceptation, soit les deux n'ont pas été précisément formalisées dans un document⁴⁶.

⁴⁶ Dans le cas des contrats électroniques qui nous intéressent, il s'agit de savoir si l'un d'eux pourrait être formé, non pas, situation classique, par la succession de l'offre et de l'acceptation, mais par un faisceau d'indices susceptible de montrer l'intention des parties. (L'utilisation de la terminologie « indice » permet de reprendre la distinction présentée par Jean-Pierre GRIDEL, *Le signe et le droit : les bornes – les uniformes, la signalisation routière et autres*, vol. 162, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 23 et 24. Selon ce dernier, il faut opposer le « signe juridique [...] en une manifestation sensible porteuse d'une notion immatérielle » et « l'indice », phénomène constaté, qui est un « événement quelconque dans lequel l'observateur découvre un sens à partir d'une interprétation raisonnée ». Sur la base de cet auteur, Jacques GHESTIN, dans son *Traité de droit civil, les obligations, le contrat : formation*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 302, élabore une distinction entre ces deux degrés de manifestation de volonté : l'une est expressément exprimée, l'autre ne l'est qu'implicitement. « La manifestation de volonté, expresse ou tacite, constitue un signe; ce qui veut dire qu'elle doit avoir été accomplie par son auteur avec l'intention de communiquer à autrui ce pourquoi il s'engage. En revanche, lorsque derrière le fait pris en considération on ne discerne aucune volonté qui ait entendu conférer à celui-ci une signification à l'intention d'autrui, il ne s'agit que d'un indice, à partir duquel l'expression d'une volonté peut seulement être présumée ». Un essaim de correspondances ou de messages convergents, détenant dans leur globalité une volonté réelle, pourront-ils être pris en compte comme éléments constitutifs d'un contrat? Sans être obligé de reproduire une liste exhaustive de traités des contrats qui reprennent cette distinction comme une des bases conceptuelles d'une opération contractuelle, aussi bien dans les pays de droit civil ou de common law, il peut être instructif de citer certains points de vue quelque peu divergents remettant en cause ce postulat.

Cette question a donné lieu à davantage d'illustrations en common law qu'en droit civil. Un des avis les plus instructifs se trouve présenté par Lord Denning, alors juge à la Cour d'appel anglaise, dans l'arrêt *Gibson v. Manchester City Council*, [1978] 2 All E.R. 583, 586 (C.A.) :

To my mind it is a mistake to think that all contracts can be analysed into the form of offer and acceptance [...] as I understand the law, there is no need to look for a strict offer and acceptance. You should look at the correspondence as a whole and at the conduct of the parties and see therefrom whether the parties have come to an agreement on everything that was material. If by their

Dans le cas des contrats électroniques qui nous intéressent, il s'agit de savoir si l'un d'eux pourrait être formé, non pas, situation classique, par la succession de l'offre et de l'acceptation, mais par un faisceau 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 décisions contradictoires quant à la recevabilité d'une succession de pareils documents comme éléments constitutifs d'un contrat.

Tel que déjà mentionné⁴⁷, nous croyons néanmoins que dans le cyberspace le besoin de formaliser les deux étapes est encore plus évident, dans la mesure où les risques de « séquences » sont inhérents au support⁴⁸, et ce, même si l'article 2.1 est prêt à tenir compte du comportement des parties⁴⁹. Quoiqu'il en soit, il importe dans une pareille hypothèse que les parties évitent les complications et prennent soin de bien consacrer leur intention. Ce peut se faire notamment au moyen d'accusés de réception qui reprendraient l'essence du contrat ou, même si cela peut sembler être une évidence, par la rédaction de conditions de vente dans un document unique

correspondence and their conduct you can see an agreement on all material terms, which was intended thenceforward to be binding, then there is a binding contract in law even though all the formalities have not been gone through.

Dans le même sens, le juge Rand de la Cour suprême du Canada, dans *Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] R.C.S. 868, 874 et 875, estimait qu'au lieu de rechercher formellement la succession d'une offre et d'une acceptation, les juges devraient plutôt s'attacher, conformément à l'expression du célèbre juge américain Cardozo, « *with an obligation imperfectly expressed* » : *Wood v. Lady Duff-Gordon*, 222 N.Y. 88, 90 (1917). Ce point de vue est d'autant plus étonnant de la part d'auteurs de doctrine de common law, où il est ordinairement consacré que le juge qui étudie le contrat n'a pas à déterminer l'intention des parties au-delà de ce qui est déclaré, « domaine où de tout temps les cours anglaises ont marqué une grande répugnance à pénétrer » : René DAVID, « Cause et considération », dans *Mélanges Maury*, t. 2, Paris, Dalloz, 1960, p. 111, 118. Cette attitude n'a pourtant pas été suivie par la Chambre des Lords qui prétendait, sauf cas exceptionnel, que la combinaison classique de l'offre et de l'acceptation ne devait pas être remise en cause : *Gibson c. Manchester City Council*, [1979] 1 All E.R. 972 (H.L.). Il en va de même pour la jurisprudence canadienne de common law qui ne semble aucunement vouloir se dispenser de cette exigence formelle requérant la présence matérielle d'une offre et d'une acceptation pour qu'un contrat soit conclu : Philip SLAYTON, « The Supreme Court of Canada and the Common Law of Contract », (1971) 17 *McGill L.J.* 476, 479-484.

⁴⁷ *Supra*, I.

⁴⁸ E. KATSH, *op. cit.*, note 14, p. 129.

⁴⁹ *Supra*, I, A, 2.

disponible sur un site Internet⁵⁰. Une visite par un choix aléatoire de sites commerciaux destinés tant aux commerçants qu'à des consommateurs révèle pourtant que la pratique est loin d'être consacrée.

1. L'offre électronique

L'offre est un document aux exigences légales relativement minimales; en général, elle doit uniquement être précise, avoir un caractère non équivoque et être claire. Sur le plan du droit, bien peu de difficultés face à l'accomplissement du pendant électronique. D'ailleurs, les Principes d'UNIDROIT confirment cette transparence évidente en prévoyant, à l'article 2.2, qu'« une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation ».

Où la conversion de support se corse, c'est quand il s'agit de satisfaire les critères inhérents à toute offre, soit sa lisibilité et la capacité de compréhension par le destinataire qu'elle doit par essence permettre⁵¹. Peu de décisions mentionnent cette exigence, même s'il est possible de faire état du domaine des assurances et de la consommation où plus de précisions sont apportées⁵². Des domaines, il est vrai, fort différents du cadre où s'appliquent les Principes d'UNIDROIT.

Si l'offre doit comprendre les éléments essentiels à l'engagement, il est facile d'imaginer que la capacité de lecture, de compréhension et le risque de faire des erreurs varient sensiblement entre un support électronique et un support papier. Une récente étude de Jakob

⁵⁰ Exigence notamment proposée par l'OCDE, *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, (1999), [http://www.oecd.org/dsti/sti/it/consumer/prod/CPGuidelines_final.pdf], (site visité le 21 décembre 2001) où il est prévu à l'article 3 C), al. 3 : « *Businesses should provide consumers with a clear and full text of the relevant terms and conditions of the transaction in a manner that makes it possible for consumers to access and maintain an adequate record of such information* ».

⁵¹ Sur cette question, lire notamment : Vincent GAUTRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, « Les contrats relatifs à l'entreprise », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 279.

⁵² Cette question nous fait penser à la notion de « *Plain English* » qui fut largement développée dans la doctrine, notamment dans le domaine de la consommation. Voir, par exemple : C. FELSENFELD et A. SIEGEL, *Writing Contracts in Plain English* (1981). Pour en savoir plus, voir : V. GAUTRAIS et E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 51.

Nielsen⁵³, spécialiste en communication, a mis en évidence les différences de capacité de lecture de l'utilisateur devant un écran par comparaison avec celui qui consulte un document papier. Le document écran est source de beaucoup plus d'imprécisions, d'éventuels qui-proquos, et l'utilisateur ne manque généralement pas de faire preuve, face à un document électronique, d'une certaine désinvolture. Souvent, il se limite à « scroller » (*scrolling*), c'est-à-dire à faire défiler le texte; il n'en absorbe pas le contenu, ne va pas voir d'éventuels liens hypertextes insérés dans le texte initial et finit par « cliquer » sans forcément avoir pleinement conscience de ce à quoi il s'engage⁵⁴. Il est facile et évident de percevoir les conséquences que cela implique dans le cadre d'un contrat d'adhésion, souvent long, difficile à lire, parfois même dans une langue que l'intéressé ne maîtrise qu'imparfaitement.

Aussi, une situation de fait doit être constatée. Le contrat, basé classiquement sur le « vouloir », est conclu plus souvent qu'autrement sans qu'un consentement véritablement éclairé soit donné. Il est donc pertinent de se demander comment le régime des contrats d'adhésion doit être adapté en fonction de ces difficultés, lorsque ces contrats sont rédigés pour être lus sur un support électronique. La plupart des législations imposent, pour ce type de contrat au même titre que pour les contrats de consommation, des critères de lisibilité, de clarté, d'intelligibilité, de limitation des clauses externes et d'interprétation en faveur de l'adhérent. Encore faudrait-il que ces dispositions soient respectées dans la pratique des contrats aujourd'hui proposés sur Internet. Le juriste qui élabore un contrat destiné à l'Internet, plutôt que de simplement « scanner » le contrat existant, aurait donc intérêt à observer des consignes afin d'améliorer la prise de connaissance du contenu du contrat en réduisant ses textes ou en identifiant différemment les éléments centraux⁵⁵.

Plusieurs histoires d'horreurs sont d'ailleurs des illustrations de ces différences. De l'affaire de Madagascar⁵⁶ à la vente de la boîte

⁵³ Jakob NIELSEN, « Writing for the Web » : [<http://www.sun.com/980713/web-writing>] (site visité le 12 décembre 2001).

⁵⁴ *Infra*, II, A, 2.

⁵⁵ V. GAUTRAIS et E. MACKAAY, *loc. cit.*, note 51.

⁵⁶ Cette affaire concernait une arnaque où des visiteurs d'un site pornographique signaient un contrat dans lequel une clause prévoyait que des frais d'interurbain seraient attachés à leur transaction. Néanmoins, cette clause essentielle du contrat était complètement diluée dans quatre pages du contrat et sans qu'aucune référence précise à un paiement n'ait été préalablement faite. Plus

d'un « *Play Station* » sur le site eBay⁵⁷, il est facile de comprendre que le support utilisé pour contracter n'est pas neutre.

La neutralité technologique, notion pourtant bien ancrée dans l'esprit des concepteurs du droit du commerce électronique, apparaît comme un raccourci bien facilement tracé dans l'assimilation entre support papier et support électronique. Dans bien des cas, dans plusieurs textes directement dédiés au traitement juridique des documents électroniques, il apparaît clair que la possibilité pour un contractant notamment adhérent de voir le document vaut connaissance de celui-ci. Mais voir n'est pas savoir, sur un support électronique plus qu'ailleurs.

2. L'acceptation électronique et sa formalisation

Le commerce électronique présente, à l'instar de l'offre, quelques spécificités quant aux modalités de l'acceptation. Parmi ces éléments de changements, nous voudrions très rapidement revenir sur deux situations : la signature et l'automatisation des contrats.

En ce qui concerne la signature, hypothèse que nous avons déjà évoquée, elle ne constitue pas, selon les Principes d'UNIDROIT, une exigence à proprement parler si ce n'est à travers la généralité des dispositions sur le consentement⁵⁸ et surtout par l'article 2.6 relatif au mode d'acceptation selon lequel :

- 1) *Constitue une acceptation toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation.*
- 2) *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.*
- 3) *Cependant, si, en vertu de l'offre, des pratiques établies entre les parties ou des usages, le destinataire peut, sans notification à l'auteur de l'offre, indiquer qu'il acquiesce en accomplissant un acte, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli.*

d'informations disponibles à : [<http://radio-canada.ca/actualite/laufacture/173/rept.html>].

⁵⁷ Il s'agissait d'une personne qui avait publié sur le site eBay l'annonce suivante : « vend boîte de "Play Station" ». Malheureusement pour le surenchérisseur, seule la boîte lui a été livrée, sans son contenu.

⁵⁸ *Supra*, I, A, 2.

Cet article utilise la formule très large de « l'indication d'acquiescement » qui devrait assurément inclure une signature. Celle-ci pose toutefois beaucoup moins de problèmes que l'écrit et est généralement peu polémique. Aussi, il ressort de la plupart des textes nationaux et internationaux que deux fonctions fondamentales y sont attachées : l'identification du signataire et sa manifestation de volonté. Cet état de clarté est sans doute relié au fait qu'une signature n'est pas assujettie au papier et existait, sous des formes distinctes (sceau, etc.), avant même la généralisation des communications par le papier.

Ce qui complique cependant la situation, c'est qu'un certain nombre de textes ont tenté d'éclairer les juges en apportant des critères plus techniques à la définition de la signature. Ainsi, dans certaines législations⁵⁹ ou textes internationaux⁶⁰, aux deux critères fonctionnels précités, il faut en ajouter d'autres à caractère technologique qui viennent qualifier sa fiabilité, et ce, même s'il est toujours mentionné que la signature s'évalue au regard des circonstances et de l'intérêt en jeu.

Sans que nous souhaitions développer une problématique qui mériterait davantage de profondeur, la question de l'automatisation des transactions est une autre situation qui, évidemment, ne trouve aucune indication dans les Principes d'UNIDROIT. En fait, il est sans doute possible de dire que les Principes sont même inapplicables à une hypothèse de contrat automatisé dans la mesure où l'article 3.1 prévoit que « [c]es Principes ne traitent pas de l'invalidité découlant : a) de l'incapacité des parties [...] ». Or, c'est en partie de cela qu'il s'agit. En effet, l'hypothèse loin d'être folklorique où des machines font preuve d'initiative afin de passer des commandes voire leurs acceptations est une réalité depuis plusieurs années et qui tend à un certain degré de généralisation⁶¹. Sans aller trop de l'avant vers

⁵⁹ Par exemple : art. 11 de la loi ontarienne, précitée, note 5.

⁶⁰ *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)*, [<http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-elecsign.pdf>]; Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, [http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/media/sign/Dir99-93-ecFR.pdf].

⁶¹ Ian KERR, *Les dispositifs électroniques autonomes dans la Loi sur le commerce électronique*, (1999) [<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fkerr.pdf>]; Christopher C. NICOLL, « Can Computers Make Contracts? », (janvier 1998) *J. Bus. L.* 35; Marshall S. WILLICK, « L'intelligence artificielle : les approches juridiques et leurs implications », dans *Ordre juridique et ordre technologique*,

la présentation du débat juridique sur la question, il est possible de prétendre que la tendance nationale⁶² et internationale⁶³ est de rendre responsable la personne qui utilise et qui gère l'automate à des fins de transaction. Quelques exceptions sont néanmoins possibles et notamment celle qui consiste à rendre le destinataire partiellement responsable lorsqu'il reçoit une offre ou une acceptation manifestement déraisonnable qui, eu égard aux circonstances, aurait dû susciter chez lui une réaction⁶⁴.

B. Le moment et le lieu de formation du contrat électronique

La question du lieu et du moment de formation du contrat électronique peut prendre appui sur des bases anciennes dans la mesure où de telles interrogations sont apparues avec l'intensification des procédés de communication à distance, comme la transmission par courrier, télégramme, etc., voire les signaux de fumée entre deux partenaires situés des deux côtés d'un lac, pour reprendre l'expression de Lord Denning⁶⁵. Paradoxalement, ce questionnement prend, selon nous, une importance qu'il n'a peut-être pas. D'abord, il est aisé pour des parties de prévoir une clause déterminant le lieu et le moment de formation du contrat ou une stipulation choisissant un droit applicable. Ensuite, ce débat ne doit pas soulever de passions excessives, Jacques Ghestin estimant justement qu'il importe plus de dégager une règle que de s'interroger sur celle qui est la plus pertinente⁶⁶. Autre élément en ce qui concerne la localisation géographique du contrat, qui peut notamment avoir une importance sur certaines questions procédurales : le lieu

Cahiers S.T.S., n° 12, Paris, Éditions du CNRS, 1986, p. 54; T. ALLEN et R. WIDDISON, « Can Computers Make Contracts? », *Harvard J.L. & Tech.* 25 (1996); L.B. SOLUM, « Legal personhood for Artificial Intelligences », 70 *N.C. L. Rev.* 1231 (1992); L.E. WEIN, « The Responsibility of Intelligent Artifacts: Toward an Automation Jurisprudence », 6 *Harvard J. L. & Tech.* 102 (1992).

⁶² Voir par exemple la *Loi [québécoise] concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, précitée, note 5, art. 35; UCITA, précitée, note 5, art. 202; UETA, précitée, note 5, art. 9; Conférence de l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur le commerce électronique*, (1999) [<http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/fueca.htm>], art. 21.

⁶³ Voir par exemple : *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, précitée, note 5, art. 13.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Entores Ltd. v. Miles Far East Corporation*, [1955] 2 Q.B. 327, 333, [1955] 2 All. E.R. 493 (ci-après cité « Entores »).

⁶⁶ Jacques GHESTIN, *op. cit.*, note 46, p. 280.

de conclusion du contrat est de moins en moins le critère de rattachement utilisé, au profit soit du lieu d'exécution, soit des liens de connexité les plus étroits avec le contrat⁶⁷, d'autant que de nombreuses règles substantielles ont tendance à avoir une portée « anationale »⁶⁸. Enfin, n'oublions pas que, dans le cas d'un contrat de consommation, d'autres règles risquent de s'appliquer, sans tenir compte des principes généraux que nous évoquons⁶⁹.

Ces atténuations faites, l'intérêt pour ces questions demeure⁷⁰; il est pourtant dommage que ces interrogations somme toute assez simples ne puissent bénéficier d'une réponse qui leur ressemble. L'état du droit demeure en effet assez flou, aussi bien dans les pays de droit civil que dans ceux de common law⁷¹.

Dans le cas classique d'un contrat, la relation met habituellement en cause deux protagonistes liés entre eux par un désir réciproque de contracter, communément appelé l'accord des volontés. Or, la spécificité des contrats entre non-présents tient au fait que cet accord s'effectue entre des parties géographiquement éloignées. Cet élément d'extranéité est un facteur de doute que le droit se doit de lever. Quand et où le contrat se forme-t-il? Au moment et dans le lieu où l'acceptation est exprimée ou à l'instant où cette dernière

⁶⁷ Convention de Rome de 1980, art. 4; art. 3112 C.c.Q. Précisons néanmoins que le lieu de conclusion du contrat est un élément, mais non le seul, pour déterminer le lien de connexité le plus étroit avec contrat. Il faut pourtant constater que ce critère est de moins en moins utilisé pour déterminer le droit applicable.

⁶⁸ V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLIF, *loc. cit.*, note 1, 547-585.

⁶⁹ Même si le domaine de la consommation est extérieur à l'application des Principes d'UNIDROIT.

⁷⁰ Barthélemy MERCADAL, *Droit des affaires – Contrats et droit de l'entreprise*, « Memento Pratique Francis Lefebvre », Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 1996, p. 283. Parlant de cette question de la localisation, dans le temps et l'espace, de la formation du contrat, l'auteur affirme : « De nombreux intérêts se rattachent à la solution de cette difficulté. En effet, à partir du moment où le contrat est formé, les parties ne peuvent plus rétracter leurs offres; par ailleurs, s'il s'agit d'un contrat translatif de propriété et, corrélativement, d'un transfert des risques, c'est aussi à la date de la formation du contrat que doivent être appréciées les conditions de validité requises et qu'est déterminée la loi applicable, si le contrat intervient en période de modification législative ».

⁷¹ Voir : Vincent GAUTRAIS, « La formation des contrats par télécopieur », (1995) 25 *R.J.T.* 377.

parvient à la connaissance de l'offrant? La solution à cette question oppose deux théories : celles selon laquelle le consentement ne comprend qu'une coexistence de volontés concordantes et celle, plus exigeante, qui réclame que les intentions d'une partie soient portées à la connaissance de l'autre partie. La première théorie n'exige qu'une manifestation de l'acceptation, alors que la seconde implique sa connaissance par l'offrant.

La théorie liée à la coexistence des volontés se divise elle-même en deux groupes : en premier lieu la *théorie de la déclaration*, qui ne nécessite, pour que le consentement se réalise, que la seule expression de l'acceptation⁷²; en second lieu, la *théorie de l'émission*, où le contrat n'est conclu qu'au moment où l'acceptant se dessaisit du document supportant sa volonté⁷³. Cette dernière théorie possède des appellations diverses en droit anglo-saxon, telles que « *expedition rule* », « *postal rule* », « *dispatch rule* » ou « *mailbox rule* ».

Quant à la théorie liée à la connaissance réciproque des volontés, elle tend à retarder la conclusion d'un contrat jusqu'au moment de la connaissance de l'acceptation par l'offrant. Deux variantes doivent encore être présentées. En effet, cette connaissance du consentement de l'acceptant pourra être déclarée effective à des moments divers selon la définition que nous en donnons. Ce peut être, conformément à la *théorie de l'information*, lorsque l'offrant a personnellement connaissance du contenu de l'acceptation, ou seulement à l'instant où l'offrant sera présumé avoir été en mesure de connaître la volonté de l'acceptant⁷⁴. Il s'agit alors de la *théorie de la réception stricto sensu*.

⁷² Ce peut être par exemple lors de la signature de l'offre par l'acceptant.

⁷³ Il peut s'agir de l'action de poster l'acceptation, de la remettre à un messenger ou, dans le cas qui nous intéresse, d'appuyer sur l'icône « envoyer » de tout logiciel de courrier électronique. Dans ce dernier cas, il existe une difficulté à définir avec précision le fait déclencheur matérialisant que l'expédition est bien réalisée.

⁷⁴ On peut raisonnablement estimer que ce moment est celui où le document électronique arrive dans la boîte du destinataire.

Notons en tout dernier lieu qu'une proposition de directive européenne voulait retarder encore plus le moment et le lieu de formation du contrat électronique, en assujettissant la formation du contrat à la réception d'un accusé de réception⁷⁵. Cette solution, notons-le, n'a pas été retenue dans la version finale du 8 juin 2000⁷⁶, sans doute à cause de la complexité qui en découlerait⁷⁷. Cette option était basée sur le postulat suivant : s'il y a contrat, il vaut mieux que les parties aient conscience de leur engagement réciproque. Aussi, vu les spécificités du mode d'obligations à distance, la meilleure chose pour s'assurer de cette prise de conscience, c'est d'en retarder le moment. Quant à la question du lieu de formation du contrat, même si certains droits n'ont pas hésité à faire parfois une dissociation entre les solutions applicables dès que l'on traite du lieu ou du moment⁷⁸, un autre critère subjectif qui peut être relié à celui du retard, c'est de ne pas introduire de solutions difficiles à intégrer dans la pratique des gens d'affaires. L'assimilation du traitement quant au lieu et au moment de formation du contrat répond sans aucun doute à une plus grande simplicité, en accord avec plusieurs droits nationaux⁷⁹ et textes internationaux⁸⁰.

⁷⁵ Proposition du Parlement européen du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur : [http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/ecommerce/com586fr.pdf], art. 11 (site visité le 13 décembre 2001).

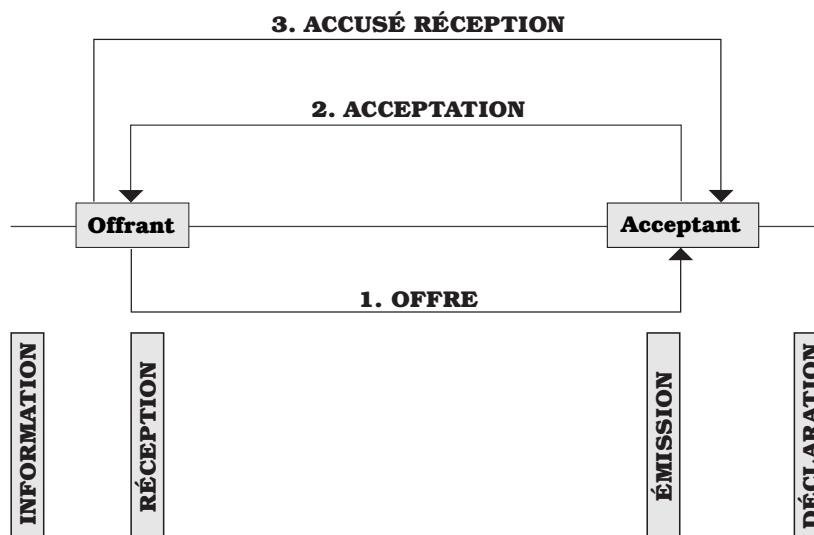
⁷⁶ Directive européenne du 8 juin 2001 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur : [http://europa.eu.int/eurlex/fr/lif/dat/2000/fr_300L0031.html], art. 11.

⁷⁷ Rosa JULIA-BARCELO, Étienne MONTERO et Anne SALAUN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », dans CAHIERS DU CRID, *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1, 23-32.

⁷⁸ Cela a parfois été le cas en droit américain et en droit français; voir : V. GAUTRAIS, *op. cit.*, note 8, p. 128-133.

⁷⁹ Par exemple, l'article 1387 C.c.Q.

⁸⁰ Par exemple la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, précitée, note 5, art. 15.



Nous examinerons maintenant les Principes d'UNIDROIT. Il nous sera possible de signaler, d'une part, que la théorie de la réception, bien que déclarée, doit être très légèrement atténuée au regard des Principes d'UNIDROIT (1) et, d'autre part, qu'il faudra y ajouter quelques nuances au moment de l'appliquer (2). Enfin, nous voudrions également évoquer la tendance qui se dessine dans plusieurs législations nationales spécifiques au commerce électronique (3).

1. La confrontation de la théorie de la réception aux Principes d'UNIDROIT

Les Principes d'UNIDROIT, de manière totalement identique à la Convention de Vienne⁸¹, consacrent sans équivoque la théorie de la réception. En effet, l'article 2.6(2) prévoit que « [l']acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre ».

A priori, sur la base de cet article, l'on doit clairement consacrer la théorie de la réception, une acceptation d'offre n'étant susceptible de produire des conséquences légales qu'à partir du moment où elle

⁸¹ Art. 18(2) de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, [<http://lois.justice.gc.ca/fr/1-20.4/21734.html>].

est notifiée à l'offrant. Avant cela, une relation entre deux parties ne peut être source d'obligations. Néanmoins, cette affirmation doit être évaluée avec une légère circonspection. En effet, l'article 2.4(1) des mêmes Principes prévoit que « [j]usqu'à ce que le contrat ait été conclu, l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié son acceptation »⁸².

Pourtant, et comme le fait remarquer Kritzer concernant la Convention de Vienne⁸³, il existe une exception qui est transposable aux Principes d'UNIDROIT. En effet, si l'offrant est incapable de révoquer son offre dès l'expédition de l'acceptation par l'acceptant, il faut constater qu'en ce qui le concerne, la portée de la théorie de la réception sera très limitée. Alors que certains auteurs admettent sans limitation que la théorie de la réception est proclamée par la Convention de Vienne⁸⁴ et donc par les Principes d'UNIDROIT, d'autres se sont penchés sur la compatibilité de ces deux règles. Farnsworth, par exemple, estime à ce propos que l'article 18(2) de la Convention de Vienne « *poses a minor problem when coupled with the dispatch rule applicable to the revocability of an offer* »⁸⁵. Selon lui, si, par exemple, une acceptation est envoyée par la poste, l'offrant est lié dès que la lettre est postée. Par contre, l'acceptant peut remettre en cause le contrat en annulant sa précédente acceptation s'il utilise un moyen de communication plus rapide⁸⁶. Ainsi, pour résumer, on peut prétendre que la théorie de la réception, qui est bel et bien établie par la Convention de Vienne et par les Principes d'UNIDROIT, et qui n'est pas atténuée quant au lieu de formation du contrat, est moins évidente en ce qui concerne le moment de sa formation. Dans ce dernier cas, la théorie de la réception est incontestablement applicable pour l'acceptant qui a la possibilité de se rétracter jusqu'à la réception de son acceptation par l'offrant; par contre, l'offrant est lié dès l'expédition de l'acceptation, rendant

⁸² L'article 16(1) de la Convention de Vienne prévoit une clause quasiment identique.

⁸³ A.H. KRITZER, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, p. 173 (1989).

⁸⁴ Voir, par exemple : Claude SAMSON, « La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : étude comparative des dispositions de la convention et des règles de droit québécois en la matière », (1982) 23 *C. de D.* 919, 937.

⁸⁵ E. Allan FARNSWORTH, *Parker School Text*, p. 3-13/14, cité dans A.H. KRITZER, *op. cit.*, note 83, p. 174.

⁸⁶ Art. 22 : « L'acceptation peut être rétractée si la rétractation parvient à l'auteur de l'offre avant le moment où l'acceptation aurait pris effet ou à ce moment ».

l'application de la théorie de la réception très « virtuelle » à son égard. Les développements de Winship confirment d'ailleurs ce point de vue⁸⁷.

Malgré ce doute occasionné par l'incompatibilité relative entre ces deux articles du chapitre 2 des Principes d'UNIDROIT, la théorie de la réception est la plus communément utilisée dans le commerce international⁸⁸, dégageant selon certains un véritable principe susceptible de créer un élément de la *lex mercatoria*⁸⁹. Un regard rapide des traités ou conventions touchant aux communications instantanées semble d'ailleurs le confirmer nettement⁹⁰.

2. La théorie de la réception nuancée

S'il importait de préciser cette atténuation dans les Principes d'UNIDROIT quant à l'application de la théorie de la réception aux situations de contrat électronique, il ne s'agit pas pour autant de la remettre en cause. Ainsi, la bataille entre les deux théories majeures, celle de l'émission et celle de la réception, a très nettement oscillé du côté de la seconde, dans le cyberspace plus qu'ailleurs.

Mais il est indispensable de garder un lien avec la réalité concrète qui fait du droit une science appliquée, vouée au règlement

⁸⁷ Peter WINSHIP, « Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention », (1983) 17 *Int'l Lawyer* 14. Cet auteur prétend que « [a]lthough an acceptance will be effective until it reaches the offeror (thus rejecting the common law "mailbox rule") the CISG does provide for the most important effect of the common law rule: an offeror may not revoke an offer once an acceptance is dispatched ».

⁸⁸ Le même principe ressort de la plus ancienne *Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers* (L.U.F.V.I. ou Convention de La Haye de 1964), art. 10.

⁸⁹ Filali OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, t. 224, Paris, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1992, p. 120 : « C'est pourquoi la Convention de Vienne, dans la mesure où elle joue un rôle crucial dans la codification des usages consacrés par la *lex mercatoria*, et en raison de l'impulsion qu'elle ne manquera pas de donner au droit de la vente internationale dans un proche futur, est susceptible de constituer les prémices de l'énoncé d'un principe général régissant la formation du contrat entre absents. Un tel principe consacrerait, ainsi que nous l'avons souligné, le système de la réception. Le constat doit s'arrêter là ».

⁹⁰ Par exemple, l'article 15 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, précitée, note 5.

de différends « pratico-pratiques ». Aussi, commençons par présenter une situation factuelle volontairement complexe : deux entrepreneurs décident de contracter ensemble mais ne disposent pas du temps nécessaire pour se rencontrer physiquement. Le premier est aux États-Unis, l'autre au Québec. L'Américain fait une offre par courriel au Québécois, que ce dernier accepte le lendemain en utilisant la fonction « Répondre » de son système de courrier électronique préféré. Or, au moment où l'acceptation est reçue par l'offrant américain, celui-ci se trouve dans un avion qui l'amène en Russie pour affaires. Au moment de la réception, l'Américain dort car il fait nuit et, avec le décalage horaire, il est déjà dans une autre journée que le Québécois.

Cette hypothèse volontairement « tordue » montre seulement que la théorie de la réception nécessite des mesures et adaptations que le seul principe ne permet pas d'apporter. Selon nous, les circonstances factuelles sont susceptibles de susciter une adaptation de la théorie de la réception. Ces faits nous ont été inspirés par une décision anglaise, *Brinkibon Case*⁹¹, rendue par la Chambre des Lords en 1982. S'agissant d'une vente par télex, le juge Wilberforce soutient qu'il est important de déroger à la dérogation qu'avait déjà faite Lord Denning en 1955 dans l'arrêt *Entores*⁹². Alors que la règle générale en droit anglais semble être la théorie de l'information, que l'on doit comprendre en fait par théorie de la réception⁹³, certaines exceptions ont été créées par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les contrats conclus par l'envoi de l'acceptation par la poste⁹⁴. Pourtant, du *distinguishing* fut fait en ce qui concerne les contrats par télex, eu égard au caractère simultané de la communication. C'est ce qui est affirmé dans l'arrêt *Entores* qui retient la théorie de la réception, revenant au principe établi par la règle générale.

⁹¹ *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH*, [1982] 1 All E.R. 293, [1982] 2 A.C. 34 (ci-après cité « *Brinkibon* »).

⁹² *Entores*, précité, note 65, 493.

⁹³ Notons que dans les différentes discussions jurisprudentielles anglaises, la dichotomie entre théorie de la réception et théorie de l'information n'est pas vraiment mise en avant.

⁹⁴ *Adams v. Lindsell*, [1818] B. & Ald. 681; *Potter & Sanders*, (1846) 6 Hare 1; *Dunlop v. Higgins*, (1848) 1 H.L. 381; *In re Imperial Land Co. of Marseilles* (Harris' Case), (1872) 7 Ch. App. 587; *British and American Telegraph Co. v. Colson*, (1871) 6 Ex. 108; *Henthorn v. Fraser*, [1892] 2 Ch. 27, 33.

Or, dans *Brinkibon*, on considère que la théorie de la réception n'est pas applicable dans toute situation où l'on utilise un mode de communication qui peut être simultané. D'une manière générale, chaque fois qu'une information ne pourra être envoyée en respectant les conditions de simultanéité, une exception à la *General Rule* sera justifiée. Dans cette décision, les juges traitent d'une situation standard où les protagonistes sont en communication simultanée. Mais on peut croire que, dans les cas où il n'y a pas concomitance de l'offre et de l'acceptation, alors la théorie de l'information n'a pas à s'appliquer. Les auteurs estiment que les juges « *expressly confined their decision to the standard case and left such variants for future decision* »⁹⁵. Le professeur Atiyah lui confère une portée similaire, croyant que la théorie de l'information ne s'applique pas « *however, to non-instantaneous telex communications, e.g. telex messages received outside working hours when the office is vacant* »⁹⁶.

Ainsi, il est sans doute nécessaire de tenir compte d'éventuels décalages de temps occasionnés par la présence de fuseaux horaires distincts ou par le fait que les bureaux du destinataire sont fermés pour différentes raisons. Ainsi, si une acceptation parvient dans une boîte de messages électroniques à 11 heures le soir, il faut considérer que le contrat n'est formé que le lendemain matin, soit dès que l'offrant est raisonnablement en mesure de recevoir cette acceptation.

3. La tendance législative sur la question

Si la théorie de la réception semble être la solution la plus unanimement utilisée, il est important de noter que plusieurs législations récentes, conformément à la notion de neutralité technologique⁹⁷ qui est grandement répandue, ont décidé de ne rien changer à cet égard. Ainsi, plutôt que de déclarer la solution applicable,

⁹⁵ Michael P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's, Law of Contract*, Londres, Butterworths, 1986, p. 50.

⁹⁶ P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 77.

⁹⁷ Par ce concept, on entend ne pas apporter de traitement juridique propre aux questions du droit du commerce électronique.

plusieurs lois plus récentes ont décidé d'adopter une solution plus neutre et de simplement préciser à quel moment un document électronique est censé avoir été expédié ou reçu.

À titre d'exemple, l'article 31 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*⁹⁸ prévoit ce qui suit :

Un document technologique est présumé transmis, envoyé ou expédié lorsque le geste qui marque le début de son parcours vers l'adresse active du destinataire est accompli par l'expéditeur ou sur son ordre et que ce parcours ne peut être contremandé ou, s'il peut l'être, n'a pas été contremandé par lui ou sur son ordre.

Le document technologique est présumé reçu ou remis lorsqu'il devient accessible à l'adresse que le destinataire indique à quelqu'un être l'emplacement où il accepte de recevoir de lui un document ou celle qu'il représente publiquement être un emplacement où il accepte de recevoir les documents qui lui sont destinés, dans la mesure où cette adresse est active au moment de l'envoi. Le document reçu est présumé intelligible, à moins d'un avis contraire envoyé à l'expéditeur dès l'ouverture du document.

Ainsi, aucun changement n'est apporté à l'article 1387 C.c.Q.⁹⁹ qui prévoit que la théorie de la réception s'applique en toutes circonstances, sans préciser néanmoins la nuance dont nous faisons état. Il en sera donc de même pour un document électronique. Cet article et, notamment son alinéa 2, apporte simplement des éclaircissements sur la façon de déterminer avec davantage de précisions le moment de réception, qui sera alors présumé, présomption qui introduit une certaine souplesse dans l'hypothèse où, par exemple, les parties en auraient décidé autrement.

Notons qu'en des termes quelque peu différents, la solution est globalement la même dans la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce*

⁹⁸ Précitée, note 5. Notons que l'article 78 de cette loi contient plusieurs articles qui ont remplacé, depuis le 1^{er} novembre 2001, les articles 2837 à 2839 C.c.Q. sur les *inscriptions informatisées* et les articles 2840 à 2842 C.c.Q. sur la *reproduction de certains documents*.

⁹⁹ « 1387. Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires. »

*électronique*¹⁰⁰ ainsi qu'en Ontario dans la *Loi de 2000 sur le commerce électronique*¹⁰¹, qui fut sans nul doute elle-même influencée par la *Loi uniforme sur le commerce électronique* de 1999¹⁰² de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada.

*

* *

Il est évidemment difficile d'être critique à l'égard des Principes d'UNIDROIT sous prétexte qu'ils ne prévoient pas un encadrement particulier pour le commerce électronique. Au contraire même, et hormis quelques dispositions particulières, un texte qui souhaite encadrer des situations commerciales a l'avantage de ne posséder

¹⁰⁰ Art. 15 :

1. *Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur.*
2. *Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le moment de la réception du message de données est défini comme suit :*
 - a) *Si le destinataire a désigné un système d'information pour recevoir des messages de données :*
 - i) *C'est le moment où le message de données entre dans le système d'information désigné;*
 - ii) *Dans le cas où le message de données est envoyé à un autre système d'information du destinataire que le système désigné, c'est le moment où le message est relevé par le destinataire;*
 - b) *Si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, c'est le moment où le message de données entre dans un système d'information du destinataire.*
3. *Les dispositions du paragraphe 2 s'appliquent même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est réputé être reçu selon le paragraphe 4.*
4. *Sauf convention contraire entre l'expéditeur et le destinataire, le message de données est réputé avoir été expédié du lieu où l'expéditeur a son établissement et avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement. Aux fins du présent paragraphe :*
 - a) *Si l'expéditeur ou le destinataire a plus d'un établissement, l'établissement retenu est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente ou, en l'absence d'opération sous-jacente, l'établissement principal;*
 - b) *Si l'expéditeur ou le destinataire n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.*

¹⁰¹ Précitée, note 5, art. 22.

¹⁰² Voir l'article 23 de la *Loi uniforme sur le commerce électronique* (1999), précitée, note 62.

que peu de dispositions qui sont directement incompatibles. C'est donc davantage les silences de ces règles qui, bien que normaux, n'en demeurent pas moins des indications sur l'absence de considération quant à cette réalité technologique.

Au-delà des textes, il est également possible de réfléchir sur la nature des relations qui existent entre UNIDROIT et la CNUDCI. Alors que cette dernière dispose depuis bientôt vingt ans d'une légitimité de fait dans le domaine du commerce électronique¹⁰³ et de deux textes majeurs¹⁰⁴, il est sans doute possible de croire qu'UNIDROIT ait également un rôle à jouer en la matière. Loin de penser que les réalisations de la CNUDCI ne sont pas considérables, la structure d'UNIDROIT, plus souple et moins reliée aux États, pourrait sans doute être source d'intérêts. À quand les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats électroniques du commerce international? Une commande que la CNUDCI prévoit mettre en branle sous peu.

¹⁰³ Dès 1982, relativement aux transferts électroniques de fonds, la CNUDCI remarqua la nécessaire adaptation que les textes en vigueur exigeaient avec la nouvelle composante qu'est la dématérialisation. En 1984, une autre étude intervint relative à la valeur juridique des enregistrements informatiques. Parmi les documents les plus importants, voir : CNUDCI, *Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds*, DOC. A/CN.9/SER B/1, New York, 1987; UNCITRAL, « Legal Issues of Electronic Data Interchange », A/CN.9/333 (1990) XXI *Yearbook of United Nations Commission on International Trade Law* 253; UNCITRAL, « Provisional Agenda of the Working Group on International Payments for its 24th Session », A/CN.9/WG.4/WP.52 (1991); UNCITRAL, « Electronic Data Interchange: Possible Issues to be Included in the Program of Future Work on the Legal Aspects of EDI », A/CN.9/WG.4/WP.53 (1992); UNCITRAL, « Report by the Secretariat, Legal Value of Computer Records », A/CN.9/269 (1985); UNCITRAL, « Report for the United Nations Commission on International Trade Law: Electronic Data Interchange », A/CN.9/350; UNCITRAL, « Report of the Working Group on International Payments on the Work of its 24th Session », A/CN.9/360 (1992).

¹⁰⁴ *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, précitée, note 5; *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, précitée, note 60.

