

**Patrick Wille**

avocat, licencié en droit,  
LL.M., MBA, Wille Law, Zurich  
p.wille@wille-law.ch,  
www.wille-law.ch

# Conclusion de contrats sur Internet

Ils se posent souvent des questions juridiques complexes relatives aux conclusions de contrats sur Internet, en raison des différences et de l'évolution rapide des systèmes juridiques.

Au niveau mondial, des centaines de milliers de contrats sont conclus quotidiennement par Internet. En raison des particularités techniques et du caractère international d'Internet, quelques nouvelles questions juridiques se posent en relation avec la conclusion «classique» de contrats. L'article ci-dessous aborde de manière sommaire quelques problèmes liés à la conclusion directe de contrats sur, respectivement par Internet – en incluant plus particulièrement la situation juridique propre à la Suisse et à l'Allemagne.

## 1. Bases juridiques

L'UE connaît différentes normes juridiques qui règlent ou du moins influencent la conclusion de contrats sur Internet. On nommera tout particulièrement la directive 1997/7/CE se rapportant à la protection des consommateurs en cas de conclusion de contrats de vente à distance (directive sur la vente à distance), la directive 1999/44/CE concernant certains aspects de la vente de biens de consommation et les garanties liées aux biens de consommation, la directive 1999/93/CE sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques ainsi que la directive 2000/31/CE relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique). L'Allemagne a déjà intégré ces directives à son droit national. Ces directives comprennent des dispositions impératives relatives à la protection des consommateurs et doivent dès lors être

également respectées dans le cadre des relations juridiques découlant de contrats internationaux conclus entre les Etats de l'UE et la Suisse.

Jusqu'à présent, la Suisse ne dispose d'aucune législation spéciale relative à la conclusion de contrats par Internet; la législation suisse ne connaît d'ailleurs pas non plus de dispositions pour la protection des consommateurs qui viseraient spécialement le commerce électronique. Un projet de loi lancé en procédure de consultation en 2001 par le département fédéral de justice et police (DFJP) et concernant une «loi fédérale sur le commerce électronique», prévoyant, entre autres, un alignement des normes de protection aux directives de l'UE (concernant par exemple le droit de révocation ou des dispositions de garantie plus strictes), a fait l'objet de critiques, dont certaines très virulentes. De ce fait, le Conseil fédéral suisse a décidé en novembre 2005 de renoncer à cette loi fédérale sur le commerce électronique et à la révision partielle du droit des obligations qui y était liée.

Sont cependant entrés en vigueur en date du 1<sup>er</sup> janvier 2005 la loi fédérale et l'ordonnance d'application relatives aux signatures électroniques (cf. ci-dessous le chiffre 8).

Pour les contrats internationaux, il convient par ailleurs de tenir compte de divers traités de droit international public qui priment le droit national.

## 2. Droit applicable

Les contrats conclus sur Internet le sont souvent entre personnes dont les sièges ou domiciles se situent dans des juridictions différentes. De ce fait, la question du droit applicable à un tel contrat se pose logiquement.

Si les parties au contrat parviennent à se mettre d'accord sur un droit national, ce dernier s'applique. Un tel choix du droit applicable est en principe admissible dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux, en Allemagne et en Suisse également. Le choix du droit applicable est restreint, voire exclu pour les contrats internationaux conclus avec des consommateurs (cf. art. 120 de la loi fédérale sur le droit international privé, LDIP). Si aucun droit applicable n'a été choisi, le droit applicable doit être déterminé conformément aux dispositions du droit international privé. En règle générale, il convient d'appliquer le droit de l'Etat avec lequel le contrat entretient le lien le plus étroit. On présume dans ce cas que le lien le plus étroit existe avec celui des deux Etats dans lequel est domiciliée la partie tenue de fournir la prestation typique du contrat. Pour les contrats conclus avec des consommateurs, c'est en règle générale le droit de l'Etat où le consommateur séjourne habituellement qui s'applique. Par ailleurs, la convention des Nations Unies sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (Convention de Vienne) s'applique aux ventes internationales de marchandises qui ne sont pas destinées à un usage personnel ou domestique entre l'Allemagne et la Suisse, à moins que les parties au contrat ne l'aient exclu par écrit.

### 3. Compétence

En cas de litiges portant sur des contrats conclus par Internet, on se demandera quels sont les tribunaux compétents en la matière. Pour les contrats internationaux, la compétence doit être déterminée sur la base du droit de procédure civile internationale de l'Etat concerné ou d'éventuels traités internationaux. La Convention dite de Lugano est déterminante pour les contrats conclus entre l'Allemagne et la Suisse, (art. 5 CL). Ainsi, la CL prévoit que les consommateurs doivent en principe être recherchés à leur lieu de domicile et que les consommateurs ne peuvent à l'avance renoncer à ce droit (par exemple dans le cadre de conditions générales).

### 4. Comment conclut-on un contrat sur Internet?

#### a) Déclaration de volonté électronique

Un contrat est réputé conclu lorsque sont échangées deux déclarations de volonté (transmises par voie électronique) concordantes mutuelles (offre et acceptation) portant sur tous les éléments essentiels. Contrairement à l'échange de lettres, de fax ou de courriels, la déclaration de volonté peut constituer en un simple clic de la souris, voire en une déclaration de volonté automatisée générée par un ordinateur. Que ce soit en Allemagne ou en Suisse, les déclarations de volonté n'ont d'effets que lorsqu'elles ont été transmises au destinataire. C'est ainsi le cas lorsque la déclaration de volonté parvient dans la sphère d'influence du destinataire (par exemple lorsqu'elle arrive dans la boîte aux lettres électronique du destinataire et y est accessible) et s'il est d'usage que l'on prenne connaissance de la déclaration de volonté à ce moment-là. On soulignera que dans le monde des affaires, on part de toute manière de l'hypothèse que les courriels sont consultés au moins une fois par jour.

#### b) Offre et acceptation

En matière de déclaration de volonté, il convient de distinguer entre l'offre, c'est-à-dire la première déclaration de volonté de l'une des deux parties au contrat, et l'acceptation par laquelle l'autre partie accepte l'offre. Un contrat est réputé conclu lorsqu'une offre est acceptée sans modification. Si la teneur de l'acceptation ne correspond pas à l'offre (défaut du consentement), le contrat n'est pas conclu mais «l'acceptation» à teneur différente peut constituer à son tour une nouvelle offre. Tout comme dans le cas de la conclusion d'un contrat «classique», une offre de contrat concrète entre absents lie l'auteur. En règle générale,

la présentation générale de marchandises et de prestations de services sur un site Internet ne constitue ni en droit allemand, ni en droit suisse, une offre juridiquement contraignante valable. Il s'agit plutôt d'une invitation aux lecteurs de soumettre eux-mêmes une offre (invitation à soumettre une offre).

Si la présentation de marchandises sur un site Internet ne constitue qu'une invitation à soumettre une offre, la commande d'un client par courriel ou par la transmission d'un formulaire de commande dûment complété constitue l'offre en tant que telle. Pour qu'un contrat soit conclu, il faut que le vendeur sur Internet accepte sans modification l'offre de son client. Cette acceptation peut se faire de manière explicite (par exemple au moyen d'une confirmation par courriel) ou par consentement tacite (par exemple l'envoi de la marchandise commandée).

Cet effet obligatoire, en particulier la durée de l'effet, dépend du droit applicable en l'espèce. Le droit suisse prévoit que le destinataire d'une offre doit décider de l'acceptation de l'offre dans un délai qui convient aux circonstances (qui est relativement court pour les affaires conclues sur Internet); par conséquent, l'auteur de l'offre est lié jusqu'à ce moment-là. En Allemagne, le vendeur par Internet est tenu de confirmer immédiatement la réception d'une commande.

#### c) Droit de révocation

En cas de conclusion de contrat entre absents, le droit suisse prévoit qu'une déclaration de volonté peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant ou simultanément avec la déclaration à révoquer. Compte tenu des caractéristiques techniques d'Internet, ce principe ne peut s'appliquer dans le commerce électronique que dans des cas exceptionnels. Le droit de révocation prévu en cas de démarchage à domicile (art. 40a–g CO) ne s'applique pas aux contrats conclus sur Internet. Le droit suisse ne connaît aucun autre droit de révocation visant la protection des consommateurs.

Il en va tout autrement des dispositions légales en UE où la directive sur la vente à distance prévoit un droit de révocation en faveur des consommateurs d'au moins sept jours ouvrables. Le droit allemand prévoit pour les consommateurs un droit de révocation et de renvoi spécial pour les contrats de vente à distance (§ 312d BGB). Le délai de révocation est de deux semaines mais ne court qu'à partir du moment où les nombreuses prescriptions d'information du § 312c BGB, en particulier l'indication relative à l'existence du droit de révocation et de renvoi, ont été respectées (cf. ci-dessous le chiffre 7).

#### d) Moment de la conclusion du contrat

Selon le droit suisse, un contrat est réputé conclu lorsque l'auteur de l'offre reçoit la déclaration d'acceptation de l'autre partie. Néanmoins, la date de l'envoi de la déclaration d'acceptation est considérée comme date du contrat.

La directive sur le commerce électronique par contre part de l'hypothèse qu'un contrat est réputé conclu avec un consommateur et commence à déployer ses effets lorsque le client reçoit du vendeur, par voie électronique, une confirmation de réception de sa commande.

### 5. Déclaration de volonté électronique entachée d'un vice

Si l'expéditeur d'une déclaration de volonté électronique commet une erreur (manifeste), le droit suisse prévoit qu'il peut faire valoir une erreur dans sa déclaration de volonté, ce qui risque toutefois d'être difficile à prouver concrètement.

Selon la directive sur le commerce électronique et selon le droit allemand, les erreurs de saisie et la communication par erreur de déclarations de volonté doivent être évitées en exigeant de la part des vendeurs de marchandises ou de prestations de services qu'ils mettent à disposition du client des moyens techniques appropriés grâce auxquels le client peut reconnaître et corriger ses erreurs de saisie avant l'envoi de sa commande (§ 312e BGB).

Si la déclaration de volonté qui débouche sur la conclusion du contrat est automatiquement établie et transmise par un ordinateur, l'auteur de la déclaration de volonté doit en principe répondre de la déclaration erronée générée par ordinateur. Si le destinataire d'une déclaration de volonté erronée générée par ordinateur peut constater que cette déclaration de volonté ne peut pas correspondre à la volonté générale de l'expéditeur, cette déclaration de volonté n'engage à rien. En cas de doute éventuel, il est recommandé, conformément au principe de la loyauté et de confiance réciproques, d'éliminer toute imprécision par une demande auprès de l'expéditeur.

### 6. Conditions générales

Dans le cas des conclusions de contrats sur Internet, il est également possible de faire des conditions générales une partie intégrante du contrat. Pour cela, il faut non seulement indiquer clairement que les conditions générales constituent la base du contrat mais aussi que ces dernières puissent être lues, imprimées et téléchargées sans problème et dans leur inté-

gralité avant la conclusion du contrat. Le client doit pouvoir prendre connaissance normalement de la teneur des conditions générales. C'est pourquoi les conditions générales doivent être présentées de manière bien lisible (police, couleurs etc.) et aussi concise que possible afin qu'il soit également possible d'en prendre connaissance sur un écran. Afin de confirmer son accord avec le fait que les conditions générales font partie intégrante du contrat, le client doit déclarer en cliquant sur un champ spécifique (indépendamment de toute commande) qu'il a pris connaissance de ces conditions générales. En cas de litige, le vendeur sur Internet est tenu de prouver que le client a accepté les conditions générales, respectivement quelles sont les conditions qui ont été acceptées. Une prise en compte ultérieure de conditions générales ou la modification ultérieure de conditions générales déjà acceptées sans accord du client ne sont pas possibles.

En Allemagne, les conditions générales sont soumises à un contrôle illimité quant à leur teneur (§§ 307–309 BGB). Le reste de l'UE connaît également des dispositions d'assez grande portée, quoique ponctuelles, pour la protection des consommateurs en ce qui concerne la reprise de conditions générales.

Le droit suisse ne prévoit aucun contrôle matériel de la teneur de conditions générales (à l'exception de l'art. 8 LCD, pratiquement sans effet dans la pratique). En cas de litige, le juge analyse la validité et l'applicabilité des conditions générales concrètes au moyen de quelques principes établis par le Tribunal fédéral (règle de l'imprécision, règle du caractère inhabituel et principe de l'interprétation restrictive). Quoiqu'il en soit, des conditions générales violant du droit impératif (par exemple les principes du droit des consommateurs) sont toujours nulles.

## 7. Devoirs d'information du vendeur en ligne

En Allemagne et dans le reste des pays de l'UE, la directive relative au commerce électronique prévoit des devoirs d'information qui valent pour toutes les conclusions de contrats électroniques. Outre les informations de nature générale telle que l'identité (nom/raison sociale du vendeur, adresse postale exacte, adresse e-mail, numéro d'enregistrement etc.) ou la responsabilité, les vendeurs en ligne doivent également informer le client des diverses étapes de saisie menant à la conclusion du contrat, des moyens disponibles pour corriger les erreurs de saisie et de la possibilité d'enregistrer et de disposer du texte du contrat. Par ailleurs, les vendeurs en ligne doivent confir-

mer immédiatement la réception d'une commande.

Le devoir d'information va encore plus loin lorsqu'il s'agit de contrats conclus avec des consommateurs. Le vendeur en ligne doit ainsi rendre les informations suivantes accessibles au consommateur:

- caractéristiques déterminantes de la marchandise ou de la prestation de service
- prix final (TVA incluse)
- frais d'expédition ou de livraison
- conditions spéciales (par exemple la durée de validité des offres limitées dans le temps)
- durée minimale du contrat (pour des contrats à durée indéterminée)
- conditions de paiement et de livraison (y compris d'éventuelles réserves de livraison)
- frais de télécommunication en relation avec la conclusion/l'exécution du contrat pour autant qu'ils dépassent les frais usuels
- existence d'un droit de révocation ou de renvoi

Pour les contrats conclus avec des consommateurs, une violation de ces devoirs d'information a pour conséquence que le délai de révocation ne prend fin que six mois après la livraison des marchandises. Si l'information relative au droit de révocation manque, il n'y a pas de délai du tout et le consommateur peut en tout temps résilier le contrat! Par ailleurs, une violation du devoir d'information peut entraîner des avertissements de la part de l'autorité veillant sur le respect du droit de la concurrence, voire des amendes.

La Suisse ne connaît pas de telles dispositions particulières. Si des clients sont visés en Allemagne et si des marchandises sont vendues par Internet depuis la Suisse à des consommateurs en Allemagne, c'est le droit applicable au domicile, respectivement le lieu de séjour habituel du consommateur et de ce fait le droit de l'UE qui s'applique. Pour les vendeurs en ligne suisses, il est donc recommandé de respecter leurs devoirs d'information.

En théorie, la nature globale d'Internet pourrait exiger que toutes les normes visant la protection des consommateurs de tous les pays soient respectées. Bien entendu, ceci n'est pas possible et ne justifierait en aucun cas tous les coûts que cela entraînerait. Le vendeur en ligne doit donc faire face à certaines incertitudes qu'il considérera comme autant de risques professionnels. Ce risque peut néanmoins se limiter si l'on respecte d'une part les standards de protection des consommateurs les plus sévères des marchés sur lesquels on travaille et/ou d'autre part si l'on renonce à livrer dans des pays dont on ignore quels sont les standards visant la protection des consommateurs. Pour le consommateur, cette réglementation offre

l'avantage qu'il peut se fier aux standards minimaux nationaux de protection des consommateurs.

## 8. Prescriptions formelles – signatures électroniques

Si aucune forme particulière n'est exigée pour un contrat, ce dernier peut également se conclure de manière électronique (par exemple par courriel). Cela n'est pas possible si le contrat doit respecter une forme particulière. Pour divers contrats, les lois déterminantes exigent la forme écrite. Par ailleurs, un contrat ou des conditions générales peuvent prévoir une forme écrite particulière reposant sur une convention. En raison de l'absence d'une signature manuscrite, les courriels ou d'autres déclarations de volonté électroniques ne satisfont à cette exigence de la forme écrite ni dans le droit suisse, ni dans le droit allemand.

Comme en Allemagne (§ 126 al. 3 BGB), il est également possible en Suisse depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 de satisfaire à l'exigence de forme écrite grâce à la signature électronique (art. 14 al. 2<sup>bis</sup> CO). Malgré la signature électronique, la conclusion électronique de certains contrats, par exemple des cautionnements ou des crédits de consommation, reste exclue tant en Allemagne qu'en Suisse.

Comme il ressort des explications ci-dessus, des questions juridiques complexes relatives aux conclusions de contrats sur Internet se posent souvent, en raison des différences et de l'évolution rapide des systèmes juridiques. Les entreprises qui vendent régulièrement des marchandises ou des prestations de service par Internet ont donc tout avantage à se faire conseiller par des juristes spécialisés. ■

### Bibliographie complémentaire (sélection):

- Frei*, Der Abschluss von Konsumentenverträgen im Internet, thèse Zurich 2001  
*Schöbi*, Vertragsschluss auf elektronischem Weg: Schweizer Recht heute und morgen, in: *Weber/Hilty/Auf der Maur*, Geschäftsplattform Internet, Zurich 2000, pages 95–108  
*Weber/Jöhri*, Vertragsabschluss im Internet, in: *Weber/Hilty/Auf der Maur*, Geschäftsplattform Internet, Zurich 2000, pages 39–57  
*Weber*, E-Commerce und Recht, Zurich 2001

Source: CH-D Wirtschaft 4.2005

