



<http://www.droit-technologie.org>

présente :

**COMMENT REDIGER EN PRATIQUE UN**  
**CONTRAT DE**  
**COMMERCE ELECTRONIQUE ?**

**Etienne Wéry**  
Avocat au barreau de Bruxelles  
Co-Fondateur du site juridique <http://www.droit-technologie.org>

**16/10/2000**

<b>Le contrat-type de commerce électronique est une utopie.....</b>	<b>3</b>
<b>Les lois-cadres en matière de commerce électronique .....</b>	<b>5</b>
<b>Description d'une activité fictive de commerce électronique.....</b>	<b>7</b>
<b>Le contrat de réalisation, de mise en ligne et d'hébergement d'un site web .....</b>	<b>9</b>
Objet du contrat .....	9
Obligations du client.....	9
Obligations du prestataire .....	10
Calendrier – Réceptions intermédiaire, provisoire et définitive .....	12
Résolution – Dommages et intérêts .....	13
Propriété intellectuelle .....	13
Devoir de conseil .....	15
Contenu illicite ou préjudiciable.....	15
<b>Le contrat de maintenance .....</b>	<b>17</b>
Objet du contrat de maintenance .....	17
La maintenance-correction .....	17
La maintenance-adaptation.....	18
La maintenance-évolution .....	20
Description du logiciel maintenu.....	21
Durée .....	21
Propriété intellectuelle.....	21
Devoir de conseil .....	22
Prix .....	23
Responsabilité – Qualification des interventions .....	24
Délai d'intervention .....	24
<b>Le contrat d'EDI.....</b>	<b>26</b>
Introduction .....	26
Objet .....	27
Emission et réception de messages EDI .....	27
Effets juridiques des messages EDI.....	29
Intégrité et conservation des données .....	30
Annexes techniques .....	31
<b>Le contrat de paiement électronique .....</b>	<b>32</b>
Introduction .....	32
Objet du contrat .....	34
Obligation du client .....	34
Obligations de l'organisme de paiement.....	35
Garanties relatives au service – Responsabilité.....	35
<b>Le contrat avec le consommateur.....</b>	<b>39</b>

## **LE CONTRAT-TYPE DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE EST UNE UTOPIE**

(NOTE<sup>1</sup>)

**Définition** – Au risque de décevoir les adeptes du copier-coller, il faut d'emblée avouer que la mise au point d'un contrat-type de commerce électronique relève de l'utopie. Cette impossibilité découle de la définition même du commerce électronique<sup>2</sup> :

*Si la définition exacte de la notion de commerce électronique varie selon les intervenants et selon les pays de manière assez sensible, un consensus se dégage sur le fait de l'appliquer à tout échange de données par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunication fait à des fins commerciales.*

*Aussi le commerce électronique recouvre trois réalités :*

- *l'achat et la vente de biens et services utilisant les réseaux comme mode de distribution ;*
- *la consommation en ligne de biens télématiques ;*
- *l'utilisation des réseaux dans le cadre du processus de conception et de production de biens et services.*

*Il peut s'agir soit d'un service directement consommable par le client au moment de sa demande, tels que la fourniture d'informations, l'accès à une messagerie, l'utilisation de banques de données, etc., soit d'une proposition de produits et/ou services que le client peut faire livrer à son domicile à une date ultérieure à sa demande.*

Cette définition nous agréée dans l'ensemble, quoiqu'elle se révèle à l'analyse très (trop) généreuse : la simple présentation sur un site web de produits qui sont vendus exclusivement dans un point de vente "en dur" constitue *stricto sensu* un "échange de données par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunication fait à des fins commerciales". Bien que les données échangées ne soient pas directement compréhensibles pour l'internaute, il y a bel et bien un échange de données informatiques, générées automatiquement du fait de l'utilisation du standard de communication TCP/IP en vigueur sur l'Internet, et par l'envoi de requêtes HTTP par le navigateur<sup>3</sup>. Or il nous semble déraisonnable d'inclure dans la notion de commerce électronique l'ouverture d'un tel site web ; à suivre cette interprétation, on en viendrait par identité de motifs à qualifier de télé-achat toute publicité télévisée. Nous adopterons donc cette définition sous la seule réserve que l'échange doit dépasser le cadre de la simple présentation publicitaire d'un produit et/ou service.

---

<sup>1</sup> [etienne.wery@wery.org](mailto:etienne.wery@wery.org)

L'auteur remercie messieurs Benoît Ricker et Aubin de Perthuis pour leur temps et leurs conseils précieux. La présente étude constitue les actes de l'intervention de l'auteur lors du colloque organisé les 22 et 23 septembre 1999 par EFE sur le commerce électronique.

<sup>2</sup> Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Guide 1999, n° 4289.

<sup>3</sup> L'échange de données est tellement réel qu'il pose parfois problème lorsqu'il met en danger la protection de la vie privée de l'internaute. Cette problématique dépasse toutefois le cadre de notre exposé et nous renvoyons à l'article de référence de J.M. Dinant, Les traitements invisibles sur l'Internet, accessible à

<http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.html>

**Diversité** – La notion de commerce électronique recouvre donc un nombre infini de réalités ... et dès lors un nombre infini de contrats, parmi lesquels on peut citer à titre exemplatif :

- Formalités d'ouverture d'un service audiovisuel dans certains pays;
- Contrat d'abonnement auprès du fournisseur d'accès;
- Contrat entre un fournisseur d'accès et un opérateur de télécommunication;
- Contrat d'enregistrement de nom de domaine;
- Contrat de création de site;
- Contrat d'hébergement;
- Contrat de maintenance;
- Contrat de création de logiciel;
- Contrat EDI;
- Contrat de site boutique (shopping mall);
- Contrat avec un fournisseur de paiement;
- Contrat avec une institution bancaire (web banking);
- Contrat de publicité (bannering ou site portail);
- Contrat de régie publicitaire;
- Contrat d'échange de lien (linking);
- Contrat avec un organisme certificateur.

## **LES LOIS-CADRES EN MATIÈRE DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE**

**Efforts d'uniformisation** – La diversité du commerce électronique n'empêche pas nombre d'associations et organismes de réfléchir utilement, qui à une loi-cadre, qui à un contrat-cadre, dans lequel insérer par la suite des réalités parfois très différentes. L'objectif est d'uniformiser dans le respect de la diversité.

**Loi-type CNUDCI** – Il faut citer à ce titre les travaux de la CNUDCI<sup>4</sup> qui ont abouti à l'adoption de la résolution 51/162 de l'Assemblée Générale du 16 décembre 1996 relative à la loi-type en matière de commerce électronique, complétée par un guide de transposition en droit interne<sup>5</sup>. L'objectif est de recommander aux Etats un modèle de loi lorsqu'ils légifèrent en cette matière. Les Etats étant les destinataires du texte, son étude sort du cadre de cette étude ; nous passerons néanmoins en revue quelques points forts puisque les textes nationaux et européens dans lesquels les contrats s'insèrent, s'en inspirent ou s'en inspireront.

**Champ d'application** – La loi-type définit son champ d'application comme toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales<sup>6</sup>. La CNUDCI manifeste ainsi sa volonté d'élargir au maximum le champ d'application, et répète ce leitmotiv par le biais de la définition du message de données, compris comme *"l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie"*<sup>7</sup>.

**Valeur du message électronique** – La loi tente de plusieurs façons de mettre fin à la discrimination dont est victime le message électronique dans certaines législations nationales.

Elle recommande que l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne soient pas déniés au seul motif que cette information est sous forme de message de données. Concrétisation de ce principe, l'article 6 postule que *"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"*. Le même article autorise toutefois les dérogations nationales énumérées limitativement ; la protection du consommateur pourrait ainsi justifier une confirmation sur papier.

---

<sup>4</sup> Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International.

<sup>5</sup> La loi-type et le guide de transposition sont disponibles sur le site web de la CNUDCI à <http://www.uncitral.org/fr-index.htm>

<sup>6</sup> La notion d'activités commerciales doit être entendue dans un sens large. Les travaux citent de manière non exhaustive les relations contractuelles ou non contractuelles suivantes : fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route.

<sup>7</sup> Article 2.

La loi aborde spécifiquement le droit de la preuve et proscrit toute règle de procédure empêchant l'admissibilité d'un message de données comme preuve, au motif qu'il s'agit d'un message de données ou, s'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale<sup>8</sup>.

Lorsqu'une loi impose un original, la recevabilité d'un message de données ne peut pas être remise en cause si un procédé technique permet de s'assurer raisonnablement de l'intégrité du message, et que celui à qui on l'oppose puisse le consulter.

La signature digitale est encouragée, pour autant qu'elle permette d'attribuer de manière fiable à une personne telle information contenue dans un message de données.

Le chapitre III de la loi-type aborde les conséquences pratiques des principes qui précèdent, et stipule très logiquement que la rencontre d'une offre et de son acceptation peuvent être exprimées par un message de données.

Diverses dispositions touchent à l'envoi et la réception des messages. Les règles contractuelles sont encouragées sous forme d'annexe technique définissant les conditions dans lesquelles un émetteur ou un destinataire est lié par un message envoyé ou reçu. Par exemple, les parties peuvent convenir que tel accusé de réception généré automatiquement par le système est liant.

---

<sup>8</sup> Que penser, à la lecture de ce texte, de l'interprétation extrêmement restrictive de l'écrit, adoptée par la jurisprudence belge ... ?

### **DESCRIPTION D'UNE ACTIVITE FICTIVE DE COMMERCE ELECTRONIQUE**

**Description d'un cas fictif** – Dans l'impossibilité de passer en revue tous les contrats qui peuvent intéresser le commerce électronique, nous allons analyser le cas de l'entrepreneur fictif qui souhaite vendre sur le web des CD et des livres, et installer un module de paiement électronique des achats<sup>9</sup>. Le tableau suivant met en vis-à-vis les aspects économique et technique d'une part, et contractuel d'autre part :

<b>ASPECTS ECONOMIQUE ET TECHNIQUE</b>	<b>ASPECT CONTRACTUEL</b>
<p>La première opération consiste à réaliser un site web qui intègre une base de données contenant la liste des œuvres en stock. Ce site doit permettre une mise à jour rapide du catalogue.</p> <p>Le site est ensuite mis en ligne.</p>	<p>Un contrat doit être établi avec un prestataire de services informatiques qui assure la réalisation du site, puis sa mise en ligne et son hébergement.</p> <p>L'hébergement peut faire l'objet d'un contrat distinct mais comme il est souvent confié à celui qui a réalisé le site, nous les traiterons ensemble.</p>
<p>La seconde phase consiste à organiser un paiement électronique qui assure au client une sécurité maximale, et permette à l'entrepreneur de vérifier la solvabilité de l'acheteur.</p>	<p>Un contrat distinct est établi entre le vendeur et l'organisme de paiement électronique.</p>
<p>Pour assurer la continuité du service, un contrat de maintenance est conclu.</p>	<p>Le vendeur fictif signe un contrat de maintenance avec une SSII<sup>10</sup> indépendante qui assure la maintenance du site.</p>
<p>Par hypothèse, nous supposons que le vendeur n'a ni les moyens ni l'envie de gérer des stocks. Il transmet donc en temps réel les commandes reçues à une centrale d'achats, qui adresse elle-même les produits commandés à un transporteur spécialisé qui livre le client.</p>	<p>Une convention tripartite dite "EDI" est conclue entre le vendeur, la centrale d'achats et l'expéditeur.</p>

---

<sup>9</sup> Pour des cas concrets, voy. <http://amazon.com> aux USA, ou <http://www.proxis.be> en Belgique.

<sup>10</sup> Société de Service et d'Ingénierie Informatique.

Il faut enfin espérer que le site donne lieu à une vente	Un contrat est évidemment conclu entre le vendeur et le client.
--	---

Nous allons analyser l'une après l'autre ces sphères contractuelles, en soulignant pour chacune les clauses importantes, problématiques ou particulières.



## **LE CONTRAT DE REALISATION, DE MISE EN LIGNE ET D'HEBERGEMENT D'UN SITE WEB**

### OBJET DU CONTRAT

**Objet** – La clause ne pose pas de problème particulier. Parmi les nombreux modèles de contrats, nous avons retenu :

*Le prestataire est chargé par le client de concevoir, de créer et de réaliser un site Internet, destiné à être accessible aux utilisateurs sur le World Wide Web, aux conditions et suivant le calendrier prévus par la présente convention et par ses annexes. Les annexes, dont l'offre de prix formulée par le prestataire, font partie intégrante du contrat, et peuvent contenir des dérogations et limitations aux clauses prévues dans la présente convention<sup>11</sup>.*

Ou :

*Le client a confié au concepteur, en exclusivité et dans les termes et conditions de la présente convention, la mission de concevoir et de réaliser un site Internet accessible sur le World Wide Web.*

Lorsque la mise en ligne et l'hébergement sont également confiés au prestataire, la clause pourra être complétée comme suit : *"Le site ainsi réalisé est mis en ligne et hébergé par le prestataire, dans les conditions prévues au chapitre ci-dessous"*.

### OBLIGATIONS DU CLIENT

**Paiement et livraison de l'information** – Les obligations du client sont principalement au nombre de deux : payer le prix et fournir le contenu informationnel du site. Sur ce dernier point, la clause suivante peut servir de canevas aux négociations :

*Le client doit fournir le contenu informationnel du site, c'est-à-dire l'intégralité de l'information qu'il souhaite faire figurer sur le site, qu'elle soit invisible ou visible lors de la consultation du site par un internaute.*

**Importance de la description** – La remise du contenu informationnel aura lieu, très souvent, sous la forme d'une base de données. Dans notre exemple, l'entrepreneur remettra un fichier dans lequel chaque livre ou CD fait l'objet d'un enregistrement comportant plusieurs champs (code, titre, prix, description, disponibilité, etc.). Quoique ce point soit trop souvent négligé, il est capital que la structure de la base de données fasse l'objet d'une description technique la plus détaillée possible, sous peine de voir les parties se diriger droit vers un litige. Il peut en effet être très coûteux de modifier ultérieurement la structure et la nature des champs : champ alphanumérique au lieu d'un champ de position (texte au lieu d'une position 1 ou 0 par exemple), ajout d'un fichier indépendant annexé à un enregistrement (photo scannée de la couverture du livre par exemple), introduction d'un nouveau champ (texte libre pour une critique), modification du langage de gestion de la base,

---

<sup>11</sup> Jean-Paul Triaille, Le contrat de création d'un site web, in Auteurs & Média, 1998/4, Larcier, Bruxelles, p. 348.

etc. Souvent le prestataire reproduira dans la description technique la structure envisagée en précisant que le prix sera revu en cas de modification.

La description technique doit également contenir les détails de la "livraison" de l'information : volume prévu (généralement calculé en octets<sup>12</sup>), moment de la remise, sort des ajouts, retraits et modifications avant la mise en ligne, etc.

#### OBLIGATIONS DU PRESTATAIRE

**Obligation principale** – Les obligations du prestataire consistent essentiellement en un contrat d'entreprise dont l'objectif est la réalisation d'un site conforme aux souhaits de son client. La rédaction suivante est proposée aux parties<sup>13</sup> :

*Le prestataire se chargera de la création et de la réalisation du site. Ses missions comprennent notamment :*

- *La conception de la structure du site,*
- *La conception graphique du site, de la home page et des écrans,*
- *La numérisation, l'adaptation et les modifications nécessaires des images, textes, sons et données utilisés,*
- *La programmation nécessaire pour la consultation et le fonctionnement du site,*

*Le tout conformément au présent contrat et ses annexes.*

*Les missions du prestataire ne comprennent pas : (adapter suivant le cas) la promotion du site et son référencement, l'enregistrement du nom de domaine, la maintenance, la sécurisation, la connectivité, l'étude de faisabilité et de rentabilité, etc.*

Lorsque l'hébergement est également compris dans la mission, la formule suivante est proposée :

*Le prestataire se chargera de l'hébergement sur ses serveurs du site du client et fournira l'infrastructure hardware et software qu'il estimera nécessaire à cette fin.*

**Autres obligations** – L'obligation de réalisation du site ne comporte pas beaucoup d'accessoires, ce qui n'est pas le cas de l'hébergement, dans lequel le prestataire s'engage couramment à fournir des prestations annexes, telles que<sup>14</sup> :

*Le prestataire s'engage à:*

- *Fournir un environnement serveur pour soutenir les sites Internet du client.*

---

<sup>12</sup> On déconseille le calcul en nombre de pages, qui ne correspond à rien en matière informatique : un site permettant d'écouter des fichiers musicaux avant d'acheter un CD peut ne compter que quelques pages, mais il sera infiniment plus lourd qu'un site reprenant l'intégralité de la Bible.

<sup>13</sup> Jean-Paul Triaille, Le contrat de création d'un site web, in Auteurs & Média, 1998/4, Larcier, Bruxelles, p. 348.

<sup>14</sup> Liste tirée du modèle de contrat accessible à <http://www.mrw.wallonie.be/dgtre/multimedia/52.htm>

- *Prendre les mesures qui s'imposent pour permettre aux utilisateurs Internet d'accéder au(x) site(s) du client 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.*
- *Fournir au client des statistiques mensuelles indiquant la quantité d'informations stockées, la taille des fichiers importés et le nombre de hits relatifs aux informations du client.*
- *Garantir la sécurité et la confidentialité des fichiers du client vis-à-vis de tierces parties. En aucun cas, le prestataire ne divulguera des informations relatives – ou appartenant – au client qui ne sont pas expressément destinées à un usage public.*
- *Fournir une assistance technique au niveau de l'installation et de la maintenance des informations on-line du client dans le cadre du présent contrat. Toute assistance technique autre que ces services de base sera facturée à un tarif horaire de ... FB<sup>15</sup>.*
- *Effectuer une sauvegarde journalière de l'ensemble des fichiers nécessaires au bon fonctionnement du site du client.*

**Description technique** – Les annexes devront prévoir les performances attendues du système : temps de réponse en cas de consultation en circuit fermé (sur disque dur), temps de réponse en cas de consultation sur réseau en fonction d'un débit de transmission donné, variation du temps de réponse par tranches d'utilisateurs simultanés, taux d'inaccessibilité toléré, bande passante garantie, méthode et taux de rafraîchissement du contenu informationnel<sup>16</sup>, ...

**Nature des obligations** – Consistant essentiellement en un contrat d'entreprise, les obligations du prestataire sont habituellement qualifiées d'obligations de moyen. Certains clients défendent toutefois l'idée que s'agissant d'objectifs techniques à atteindre, le prestataire supporte une obligation de résultat. L'idée est certes séduisante lorsque les objectifs sont à ce point précis que certaines prestations s'analyseront comme un engagement de résultat ; c'est souvent ainsi que l'on qualifie l'engagement d'effectuer une copie de sauvegarde quotidienne.

Le prestataire peut rappeler dans le contrat la nature de son obligation, tandis que le client bien avisé veillera à signaler expressément les prestations pour lesquelles il attend un engagement de résultat. La formule suivante peut être adaptée en fonction des circonstances :

*Le prestataire met en œuvre les moyens indiqués par les règles de l'art pour assumer ses obligations, étant entendu qu'il ne peut garantir le résultat et ne supporte en conséquence qu'une obligation de moyen. Notamment, l'accès au site et son inviolabilité contre des intrusions dépendent de circonstances et d'infrastructures que le prestataire ne contrôle pas.*

*Le prestataire supporte néanmoins une obligation de résultat sur les points énumérés limitativement ci-après :*

---

<sup>15</sup> Cette disposition n'a pas beaucoup d'intérêt dans la mesure où un contrat de maintenance est conclu séparément.

<sup>16</sup> Élément particulièrement important dans notre cas fictif puisque le catalogue doit pouvoir être actualisé selon une méthode simple, rapide et peu coûteuse. Par exemple, si l'envoi de fichiers FTP est prévu, il faut prévoir la manière de les envoyer, le lieu d'envoi, la taille maximale éventuelle par fichier, etc.

- *L'obligation d'assurer une sauvegarde journalière de l'ensemble des fichiers nécessaires au bon fonctionnement du site du client.*
- *Autres (à préciser) ...*

#### CALENDRIER – RECEPTIONS INTERMEDIAIRE, PROVISoire ET DEFINITIVE

**Principe** – Afin d'éviter des surprises désagréables, nous suggérons de prévoir des rapports intermédiaires qui permettront au prestataire de montrer les options graphiques choisies et de s'assurer qu'elles correspondent aux desiderata du client<sup>17</sup>. Il n'est pas opportun d'y inclure les choix techniques, car la pertinence de ceux-ci ne se révèle souvent qu'après utilisation. Pendant ce temps, le client peut mettre au point le contenu informationnel. Lorsque la maquette est terminée et que le contenu a pu être inséré, le prestataire est en mesure de livrer la version test (version bêta) du site. Les remarques formulées à ce moment et la résolution des inévitables bogues entraînent ensuite la livraison d'une nouvelle version et ainsi de suite jusqu'à la version définitive et sa réception.

**Proposition de clause** – La formulation suivante est indicative de ce qui peut être pratiqué :

*Dans un délai de ... (1 mois par exemple), le prestataire remet au client une maquette-papier de la structure du site, abordant tant les niveaux technique, que graphique ou architectural. Dans le même délai, le client remet une première version du contenu informationnel qu'il projette de mettre en ligne. Les parties disposent de ... jours pour se communiquer mutuellement leurs remarques. L'absence de réaction dans ce délai vaut acceptation.*

*Sur base de la maquette-papier et des remarques éventuelles, le prestataire aborde la réalisation concrète du site selon le calendrier suivant : chaque ... (lundi matin par exemple), il présente au client le fruit du travail de la semaine précédente. Le client dispose d'un délai de ... (jusqu'au lundi suivant par exemple) pour remettre en cause les choix graphiques et de design qui ont été opérés.*

*A la date prévue aux conditions particulières, le client remet au prestataire la version bêta du contenu informationnel conforme à la description technique qui en a été faite. A la date prévue aux conditions particulières, le prestataire met en ligne la version bêta du site dans lequel il a injecté le contenu informationnel qui lui a été fourni.*

*Le client dispose de ... jours à dater de la mise en ligne de la version bêta pour faire part au prestataire de ses observations. Il doit remettre dans le même délai les amendements qu'il souhaite effectuer au contenu informationnel définitif qui sera mis en ligne pour la première fois.*

*Le prestataire dispose de ... jours pour procéder aux éventuels amendements nécessités par les observations notifiées en temps utile par le client. Le client dispose de ... jours pour formuler de nouvelles observations. Passé ce délai, la version amendée est*

---

<sup>17</sup> Sur la problématique des demandes de correction, voir J.-F. Willame, Aspects contractuels de la mise en service d'un système d'information, actes du colloque organisé par EFE les 2 et 3 décembre 1997 sur les contrats informatiques, Bruxelles.

*considérée comme constitutive d'une version finale et le site doit être considéré comme étant réceptionné définitivement.*

*La réception définitive couvre tous les vices apparents, c'est-à-dire ceux qui ont été décelés ou qui auraient dû l'être par un client diligent. L'insatisfaction du client quant au graphisme ou au design du site est toujours considérée comme un vice apparent.*

#### RESOLUTION – DOMMAGES ET INTERETS

**Résolution** – La clause de résolution fautive peut être insérée selon la formule suivante :

*Toute partie qui estime que son cocontractant est en défaut, lui adresse une mise en demeure motivée par voie recommandée, l'enjoignant de remédier à sa carence au plus tard pour le dernier jour ouvrable de la semaine qui suit l'envoi de la lettre recommandée (samedi est/n'est pas<sup>18</sup> ouvrable). En cas de carence persistante après ce délai, le créancier de l'obligation peut à son choix solliciter l'exécution forcée de la convention ou prononcer la résolution du contrat aux torts de son cocontractant.*

**Dommages et intérêts** – La question de l'ampleur des dommages et intérêts en cas de résolution fautive est laissée à l'appréciation des parties. Dans le secteur informatique, on limite habituellement la responsabilité du prestataire au montant du contrat. Cette pratique est à l'avantage exclusif du prestataire, et nous ne pouvons que conseiller au client de l'éviter autant que possible<sup>19</sup>. Le prestataire aura pour sa part intérêt à la maintenir dans les termes suivants :

*Le prestataire n'est responsable que de son dol ou de sa faute lourde. Il n'est pas responsable du dol ou de la faute lourde de son préposé, commettant et en règle générale de ses agents d'exécution<sup>20</sup>.*

*Sa responsabilité est en toute hypothèse limitée au montant du contrat, soit le montant qui aurait été payé par le client si le prestataire avait réalisé le site à la satisfaction du client.*

En cas d'hébergement, le prestataire pourra souhaiter préciser expressément que sa responsabilité est en toute hypothèse limitée au montant du contrat "*hors hébergement*", soit le montant qui aurait été payé par le client si le prestataire avait réalisé le site à la satisfaction du client.

#### PROPRIETE INTELLECTUELLE

---

<sup>18</sup> Biffer selon le souhait.

<sup>19</sup> Cette limitation paraît souvent ridicule à côté du coût de perte/reconstruction des données, des pertes de production, du dommage indirect, etc.

<sup>20</sup> La possibilité de s'exonérer du dol et de la faute lourde des personnes dont on répond est controversée mais une majorité semble se dessiner en sa faveur. Cfr. P. Van Ommeslaghe, Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, in Les obligations en droit français et en droit belge : convergences et divergences, Bruylant & Dalloz, Bruxelles, 1994, p. 197.

**Importance et principes** – Il s'agit évidemment d'une clause sensible dans un contrat de réalisation de site web, où l'aspect créatif est très présent. La clause est d'autant plus importante pour les sites marchands qui sont pour la plupart interactifs et dynamiques, dans lesquels le logiciel est omniprésent et constitue parfois – avec la clientèle – la valeur principale du fonds de commerce<sup>21</sup>. La propriété des logiciels assurant l'interactivité, le paiement, la surveillance des sessions, ou le rafraîchissement du contenu, doit donc faire l'objet d'une discussion approfondie.

Le prestataire ne peut pas transférer plus de droits qu'il n'en a : en conséquence, il ne peut pas céder de droits sur les logiciels standards appartenant à un tiers (système d'exploitation par exemple). Par contre, les logiciels spécifiques peuvent être cédés si telle est la volonté des parties, ... et si le prix payé le permet. Ce schéma implique de raisonner en deux étapes : définir les notions (logiciels standard, spécifique ou adapté), puis définir les régimes juridiques.

**Définitions** – Le texte suivant est généralement suffisant, la notion anglo-saxonne de *"off the shelf"* étant abondamment utilisée et commentée :

*Un logiciel standard est un logiciel "off the shelf" qui n'est pas développé spécifiquement pour répondre à un besoin particulier du client, à l'opposé du logiciel spécifique qui est développé spécifiquement pour répondre à un besoin particulier du client. Un logiciel en vente libre sur le marché des revendeurs est réputé être un logiciel standard.*

**Droits** – La première hypothèse propose l'attribution au client des logiciels spécifiques, en ce compris le code source, mais avec une restriction pour les logiciels standards :

*Le client ne peut prétendre à aucun droit de propriété ni à aucun droit intellectuel sur un logiciel standard, ces droits étant tantôt la propriété du prestataire, tantôt celle du concepteur ou d'un tiers, étant entendu que le prestataire assure le client qu'il est habilité à utiliser le logiciel standard.*

*Le prix fixé à la présente convention comporte la cession de tous les droits cessibles sur un logiciel spécifique, en ce compris le code source. Le prestataire remet au client sur un support digital un exemplaire desdits logiciels, et fournit sur un support adéquat une copie du code source.*

**Droits (suite)** – Les prestataires répugnent pour la plupart à céder leurs droits sur les logiciels spécifiques, et *a fortiori* sur le code source, car ils sont empêchés de réutiliser le savoir-faire acquis. La clause suivante organise un droit d'utilisation illimité, mais sans cession :

*Le client ne peut prétendre à aucun droit de propriété ni à aucun droit intellectuel sur un logiciel standard, ces droits étant tantôt la propriété du prestataire, tantôt celle du concepteur ou d'un tiers, étant entendu que le prestataire assure le client qu'il est habilité à utiliser le logiciel standard.*

*Le prix fixé à la présente convention comporte le droit non exclusif et non transmissible<sup>22</sup> d'utiliser le logiciel spécifique, sans limitation territoriale ni temporelle, confor-*

---

<sup>21</sup> Pour autant bien entendu que la notion de fonds de commerce électronique puisse être validée en droit belge.

<sup>22</sup> Adapter suivant le cas.

*mément à sa destination. La propriété du code source reste en tout temps celle du prestataire ; le code ne peut être ni vendu, ni cédé à titre gratuit ou onéreux, ni communiqué ni dévoilé, sauf pour les besoins de maintenance et d'adaptation du site.*

**Droits (fin)** – Ce n'est pas toujours clair dans l'esprit du client, mais la restriction sur les logiciels standards implique une fidélisation : en cas de changement de fournisseur d'hébergement, il n'y a aucune garantie que le second hébergeur utilise les mêmes outils, ou que les deux outils sont compatibles. Que faire d'un site conçu sous Linux si aucun autre fournisseur ne propose de faire tourner sa machine sous ce système d'exploitation ou avec des logiciels qui supportent cette technique ? Afin d'éviter la mise en cause de son obligation de conseil, nous recommandons au prestataire d'inclure une clause *ad hoc* :

*En cas de changement de fournisseur d'hébergement ou de manière générale en cas de recours à un autre prestataire de service, le client est seul responsable de s'assurer que ce nouvel intervenant dispose des logiciels standards nécessaires au bon fonctionnement du site.*

#### DEVOIR DE CONSEIL

**Formalités de création** – Il n'est pas nécessaire de répéter dans un contrat ce qui est déjà prévu par le code civil et bien accepté par tous. Certains aspects de l'obligation de conseil méritent toutefois une mention particulière dans le contrat de création de site web, surtout en France où l'ouverture d'un service télématique est soumise à déclaration préalable. Le prestataire devra accompagner son client dans le cheminement légal de la création du site ; à l'inverse – nous y reviendrons – il voudra souvent se décharger de toute responsabilité issue de l'information proprement dite :

*Le prestataire indique à son client les formalités légales et administratives à accomplir en vue de l'ouverture du site web et de sa protection, notamment au regard du droit de la propriété intellectuelle. Cet accompagnement se limite au site web en tant que tel, sans aucune référence à son contenu informationnel, qui reste de la seule responsabilité du client. Interrogé, le client déclare que l'information qu'il envisage de mettre en ligne satisfait aux prescriptions légales et ne viole le droit d'aucun tiers.*

#### CONTENU ILLICITE OU PREJUDICIALE

**Répartition conventionnelle de la responsabilité** – Les clauses proposées jusqu'à présent scindent le contenant – responsabilité du prestataire – du contenu – responsabilité du client. Trois mesures au moins peuvent être prises pour confirmer cette répartition au niveau de la responsabilité :

1. Rappeler la sphère de compétence et de responsabilité de chacun;
2. Accorder spécifiquement au prestataire le droit de suspendre la mise en ligne s'il a raisonnablement la conviction qu'une information nuit au droit d'un tiers;
3. Baliser le contenu en prévoyant ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas.

La formulation suivante peut inspirer les parties :

*Le client est seul et entier responsable du contenu informationnel qu'il met en ligne ou demande de mettre en ligne. Il s'engage à se conformer à toutes les règles ou règlements qui pourraient empêcher, limiter ou réglementer la diffusion d'une information, soit notamment à titre exemplatif : les codes de conduites et la netiquette<sup>23</sup>, la protection de la vie privée, le respect des droits de propriété intellectuelle, etc.*

*Soit de sa propre initiative, soit à l'initiative d'un tiers, le prestataire peut décider de suspendre temporairement ou définitivement la mise en ligne ou l'accès de tout ou partie du site, s'il a raisonnablement la conviction qu'une disposition légale ou réglementaire, ou une règle contractuelle<sup>24</sup>, a été violée. Le client renonce à réclamer quelque indemnité que ce soit en cas d'erreur d'appréciation du prestataire, sauf le dol ou la faute lourde.*

*La suspension du service conformément à la présente disposition ne suspend pas les obligations de paiement du client.*

**Effet relatif des conventions** – Les tiers ne sont pas tenus par la répartition conventionnelle effectuée ci-dessus. Il est même fréquent qu'ils ciblent leur action sur le fournisseur d'hébergement, plus facilement localisable et identifiable que le client. Cette habitude procède souvent d'une dérive condamnable<sup>25</sup> ; elle est en outre contraire aux projets de directives européennes sur le commerce électronique, qui adoptent jusqu'à présent dans toutes les versions intermédiaires une position éminemment plus raisonnable<sup>26</sup>. Les prestataires doivent néanmoins savoir que leur sécurité juridique n'est actuellement pas garantie en cas d'action d'un tiers.

**Droit de sortie** – Parfois le client souhaitera un droit de sortie s'il est en désaccord avec la suspension du service. Ce droit peut prendre la forme suivante :

*Le client peut mettre un terme immédiatement à l'hébergement, sans indemnité de part et d'autre, s'il est en désaccord persistant avec le prestataire qui aurait exercé son droit contractuel de suspendre la mise en ligne ou l'accès de tout ou partie du site, à condition qu'il fasse immédiatement héberger la même information auprès d'un autre fournisseur de service qui accepte.*

---

<sup>23</sup> La jurisprudence canadienne a admis qu'un contrat qui fait référence à la netiquette peut justifier la suspension de la mise en ligne en cas de spamming répété (envoi de courrier publicitaire non sollicité), l'interdiction du spamming étant reconnue comme une règle de la netiquette unanimement acceptée, qui a valeur juridiquement contraignante. Voir à ce sujet [http://www.droit-technologie.org/2\\_1.asp?actu\\_id=934558682&month=8&year=1999](http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?actu_id=934558682&month=8&year=1999)

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Etienne Wéry, Internet hors-la-loi ? Description et introduction à la responsabilité des acteurs sur le réseau, in JT, 7 juin 1997, n° 5846, Larcier, Bruxelles, p. 417.

<sup>26</sup> <http://europa.eu.int/comm/dg15/fr/media/eleccomm/eleccomm.htm>



## LE CONTRAT DE MAINTENANCE

### OBJET DU CONTRAT DE MAINTENANCE

**Classification** – Il n'existe pas un contrat de maintenance, mais des contrats dont le contenu varie en fonction du but poursuivi. Parmi les classifications existantes, nous avons retenu la distinction entre la maintenance-correction, la maintenance-adaptation, et la maintenance-évolution<sup>27</sup>. Cette trilogie ne doit pas abuser : la réalité du terrain montre que l'inventivité des prestataires n'a pas de limite et qu'ils créent régulièrement de nouveaux contrats<sup>28</sup>.

#### La maintenance-correction

**Définition du contrat** – Un logiciel 100% *bugfree* est une vue de l'esprit. Ceci explique le succès de la maintenance-correction, dont l'objectif est d'assurer la correction de ces défauts dans une mesure qui dépend du prestataire, du prix, et de la définition plus ou moins restrictive du bogue. On comprend donc que l'objet de ce contrat soit intimement lié à la définition du bogue pris en charge.

**Définition du bogue** – On ne peut admettre la formulation – pourtant courante – selon laquelle :

*Les obligations du fournisseur au sens du présent contrat s'entendent de la remise en état des défauts affectant le bien maintenu*<sup>29</sup>.

Tant d'imprécision mène droit au conflit, surtout lorsque le contrat est proposé par le concepteur du logiciel : sans définition du défaut, le client est soumis à la décision arbitraire du prestataire.

Une autre clause fréquemment rencontrée propose d'assurer :

*La correction des bogues décelés dans le logiciel qui assure le fonctionnement et l'interactivité du site web défini à l'annexe A, c'est-à-dire les anomalies par rapport aux spécifications exigées par le client dans le contrat de fourniture du bien maintenu.*

Le bogue est ici défini par rapport à un contrat de référence – voire dans le meilleur des cas un cahier des charges ou des annexes techniques joints à ce contrat. Ce processus est doublement défavorable pour le client : d'une part les contrats de conception et de mise en ligne de site web sont en pratique souvent lacunaires, si pas verbaux, de sorte que la référence est incertaine. D'autre part, à défaut de spécification explicite dans le premier contrat, la prise en charge du bogue sera refusée par la société de maintenance, ce qui ouvre un cercle vicieux. Un exemple souvent cité concerne

---

<sup>27</sup> La paternité de cette grille de lecture semble appartenir à E. Davio & E. Montero, Guides juridiques de l'entreprise : aspects contractuels de l'informatisation de l'entreprise, 2<sup>ème</sup> éd., Kluwer, Diegem, p. 54. Cette classification a également été retenue par T. Van Overstraeten, Le problème de l'an 2000 : les recours contractuels, Actes du colloque organisé par Info Topics à Diegem le 21 octobre 1998, p. 19.

<sup>28</sup> Pour de plus amples développements, voir Etienne Wéry, le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques, in RDC, juillet 1999, p. 444, Kluwer, Bruxelles.

<sup>29</sup> Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Formulaire, 1999, n° III/62.

l'an 2000 : si les parties débattent de la prise en charge du bogue par le contrat de maintenance, c'est précisément parce que le client n'a pas spécifié la compatibilité avec le millénaire dans le contrat initial<sup>30</sup>.

Une clause plus généreuse définit les prestations comme :

*La maintenance du software en bon état de fonctionnement.*<sup>31</sup>

Dans ce cas, il s'agit de procéder à toutes les corrections utiles<sup>32</sup>. Le problème de cette clause réside dans l'identification du "bon état de fonctionnement". Instinctivement les parties se tourneront vers le contrat de fourniture du bien maintenu, ce qui aboutira souvent à la même impasse que précédemment.

Une solution couramment pratiquée consiste à adopter une définition fonctionnelle ou téléologique du bogue, compris comme :

*Tout défaut empêchant l'usage du bien conformément à sa finalité.*

Les SSII répugnent souvent à suivre cette définition en raison du flou qu'elle laisse planer sur la finalité. Celle-ci évolue souvent avec le temps, et rien n'est plus difficile que de cerner *a posteriori* les finalités subjectivement imaginées par un client. Une solution consiste alors à spécifier que la finalité s'interprète comme celle que le client avait en tête lors de l'acquisition ou de la création du bien maintenu. La SSII se protège ainsi contre un risque d'arbitraire préjudiciable.

La clause "optimale", si tant est que ce concept existe en droit, devient alors :

*La SSII assure la correction des bogues décelés dans le logiciel qui assure le fonctionnement et l'interactivité du site web défini à l'annexe A, c'est-à-dire les anomalies par rapport aux spécifications exigées par le client dans le contrat de fourniture du logiciel, ou, à défaut de telles spécifications, tout défaut empêchant l'usage du bien conformément à la finalité que les parties poursuivaient lors de l'acquisition/création du logiciel.*

Signalons enfin que face à l'instabilité de nombreux systèmes, de plus en plus de contrats ajoutent que les défauts doivent être "*répétitifs et bloquants*"<sup>33</sup>.

### La maintenance-adaptation

---

<sup>30</sup> E. Wéry, Le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques en droit belge, RDC, juillet 1999, p. 444, Kluwer, Bruxelles.

<sup>31</sup> G. Dewulf, M. Schauss et R. Lesuisse, La maintenance de logiciel, Cahiers du CRID, 1989/3, Story-Scientia, Bruxelles, p. 56.

<sup>32</sup> Idem.

<sup>33</sup> Cfr. par exemple le contrat de la Syntec en France (Chambre Syndicale des Sociétés d'Etudes et de Conseils), in Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Guide 1999, n° 3834.

**Définition du contrat** – L'informatique évolue considérablement et rapidement : tant les applications que le *hardware* doivent en permanence être adaptés. De même, les changements de l'environnement réglementaire peuvent nécessiter des adaptations des applications<sup>34</sup>. Pour se prémunir de ces aléas externes, les prestataires proposent des contrats de maintenance-adaptation.

**Définition de l'environnement réglementaire** – S'agissant de l'environnement réglementaire, R. Lesuisse suggère la clause suivante<sup>35</sup> :

*La maintenance-adaptation comprend toutes les modifications et ajustements nécessaires pour que le logiciel satisfasse à tout moment de la vie du contrat aux exigences de la réglementation applicable aux activités de l'utilisateur.*

Des variantes existent. Dans un sens restrictif, les parties préciseront que les activités visées sont celles que l'utilisateur exerce de manière habituelle au moment de la conclusion du contrat de maintenance. A l'opposé, elles prévoient que ces activités regroupent celles que le logiciel maintenu permet actuellement ou potentiellement à l'utilisateur d'exercer.

**Définition de l'environnement technique** – S'agissant de l'environnement technique, la question est plus délicate. L'objectif est d'assurer l'adéquation du logiciel à son environnement technique, et non de prendre en compte les souhaits du client de moderniser à bon compte son installation devenue obsolète.

Il nous semble que seules les adaptations nécessaires sont prises en charge, encore que la notion soit particulièrement floue. Imaginons par exemple notre commerçant électronique fictif qui souhaite utiliser un système de duplication en temps réel du disque dur, plutôt qu'un backup vers un streamer nécessitant chaque nuit l'arrêt du service pendant 30 minutes, ou qui décide d'utiliser le système d'exploitation Linux au lieu de sa plate-forme ancienne Windows. Deux questions se posent : ces transformations sont-elles nécessaires ? Si oui quelle est l'ampleur de la prise en charge ?

Le caractère nécessaire sera généralement apprécié selon des critères divers parmi lesquels : obsolescence du logiciel, finalité du logiciel, rapport entre la valeur du logiciel et l'importance des travaux nécessaires pour l'adaptation, décalage entre la technique en vigueur – par hypothèse insuffisante – et la technique visée. Le rapport entre tous ces éléments dépend évidemment dans une grande mesure du prix payé.

Les parties pourront parfois prévoir explicitement un seuil au-delà duquel une modification n'est plus une adaptation mais une réécriture du logiciel.

L'achat du hardware est le plus souvent explicitement exclu de la maintenance.

La clause suivante peut servir de base à la négociation :

---

<sup>34</sup> Que faire d'un logiciel de comptabilité qui applique une TVA de 6% si celle-ci passe soudain à 21% ?

<sup>35</sup> G. Dewulf, M. Schauss et R. Lesuisse, La maintenance de logiciel, Cahiers du CRID, 1989/3, Story-Scientia, Bruxelles, p. 64.

*La maintenance-adaptation comprend toutes les modifications et ajustements techniques nécessaires pour que le logiciel s'adapte à tout moment de la vie du contrat à l'environnement informatique dans lequel il s'insère ou avec lequel il interagit. L'intervention est accordée lorsque la nécessité de l'adaptation est établie au regard de la durée de vie prévue ou prévisible du logiciel, de sa finalité<sup>36</sup>, et de la plus-value créée par l'adaptation.*

*L'adaptation ne peut pas conduire à une modification ou une réécriture de plus de ...% du code-source, ou à la modification dans les mêmes proportions de l'architecture du logiciel.*

*L'achat de matériel hardware est toujours à charge du client.*

**Interventions toujours couvertes** – Nous recommandons au client de prévoir expressément certaines adaptations couvertes d'office par le contrat :

- Les modifications causées par l'installation de la dernière version disponible du système d'exploitation et des logiciels nécessaires qui équipent le site au moment de la conclusion du contrat, ainsi que celles causées par l'installation de patches mis au point par le concepteur de ces logiciels;
- Les modifications causées par l'installation de systèmes plus perfectionnés de sécurité contre l'intrusion et le piratage;
- Les modifications causées par l'installation d'outils plus performants de sauvegarde des données.

**Définition extensive** – Une formulation plus large est possible dans les contrats plus onéreux. On définira alors la maintenance comme "*toute adaptation du logiciel à de nouvelles normes techniques externes*", ou comme la prise en charge de "*toutes les modifications et ajustements techniques utiles*<sup>37</sup>".

### La maintenance-évolution

**Définition du contrat** – La nécessité d'adapter le parc informatique peut enfin résulter d'une décision de l'utilisateur lui-même. Ici, ce n'est plus une contrainte externe qui entraîne une adaptation, mais un choix délibéré. On cite classiquement comme exemple l'entreprise qui commence à exporter et qui souhaite soudain facturer en devises étrangères. Le contrat de maintenance-évolution a pour objectif de répondre à ces demandes.

---

<sup>36</sup> On pourra préciser, selon le désir des parties, que la finalité s'apprécie "*au moment de l'acquisition/création du logiciel*", ou "*au moment de la demande d'intervention*", ou "*au moment de la conclusion du contrat de maintenance-adaptation*", etc.

<sup>37</sup> Remplacement du terme "nécessaire" par le vocable "utile".

**Prestations prises en charge** – Le plus souvent le prestataire intervient quelque soit la demande du client, mais limite son intervention de deux manières : le hardware n'est jamais pris en charge, et les modifications ne peuvent conduire à modifier le logiciel dans une proportion supérieure à un seuil fixé. La formulation suivante peut être proposée :

*La maintenance-adaptation comprend tous les ajustements techniques et modifications nécessaires pour que le logiciel soit à tout moment de la vie du contrat adapté à la finalité voulue par le client.*

*L'adaptation ne peut pas conduire à une modification de plus de ...% du code-source ou à la modification dans les mêmes proportions de l'architecture du logiciel.*

*L'achat de matériel hardware est toujours à charge du client.*

#### DESCRIPTION DU LOGICIEL MAINTENU

La clause est essentielle dans tous les contrats de maintenance ; elle peut prendre la forme d'une annexe technique, ou s'agissant de site web, la forme suivante :

*Le(s) bien(s) maintenu(s) est (sont) le(s) suivant(s) :*

- *Le progiciel développé par la société XXX pour le compte du client, dans le but d'assurer le fonctionnement du site web marchand actuellement en ligne à l'adresse suivante : <http://www.xxx.com>*

Il est parfois utile de préciser qu'une copie de tous les fichiers constituant le site (logiciel + données) est contradictoirement effectuée sur un support magnétique ou optique qui est conservé par un séquestre. La prise d'une copie actualisée doit être effectuée à nouveau chaque fois qu'une modification importante est apportée.

#### DURÉE

Les parties peuvent convenir d'une durée déterminée ou indéterminée.

Nous déconseillons habituellement aux clients de souscrire un contrat prévoyant une durée déterminée courte, renouvelée de période en période ; inversement, les prestataires ont la plupart du temps intérêt à suivre cette formule qui leur permet, s'ils constatent que la maintenance est trop lourde, d'y mettre un terme. La durée déterminée idéale nous semble être celle de la durée de vie prévue du logiciel maintenu.

#### PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

**Logiciels standard et spécifique (renvoi)** – La problématique est similaire à celle des contrats de réalisation de site web, et nous renvoyons aux développements ci-dessus.

**Logiciel standard adapté** – La maintenance présente une particularité : elle aboutit souvent à l'adaptation d'un logiciel standard et, partant, à la création d'une œuvre dérivée.

L'œuvre dérivée doit naturellement respecter les droits de l'auteur de l'œuvre principale. Puisque le contrat aura habituellement privé le client de tout droit sur le logiciel standard, il est recommandé de le priver également de tout droit sur l'adaptation ; le texte suivant le confirme :

*Le client ne peut prétendre à aucun droit de propriété ni à aucun droit intellectuel sur les adaptations d'un logiciel standard qui donneraient lieu à la création d'une œuvre dérivée.*

Le client exigera souvent d'obtenir un droit d'utilisation illimité sur l'adaptation qu'il a payée par le biais de la maintenance, la soumettant à un régime hybride : son socle est un logiciel principal qui ne génère aucun droit au profit du client alors que l'adaptation elle-même suit le régime des logiciels spécifiques. Source d'insécurité, cette position instable est en théorie déconseillée, mais en pratique souvent inévitable. Une clause-type pourrait prendre la forme suivante :

*Sans que cette disposition n'entraîne la moindre dérogation aux règles régissant les droits relatifs au logiciel principal, les adaptations du logiciel principal qui constituent une œuvre dérivée suivent le régime applicable à un logiciel spécifique. Le client s'engage à exercer les droits qu'il détient sur l'adaptation, dans le respect des droits du prestataire ou d'un tiers sur le logiciel standard.*

#### DEVOIR DE CONSEIL

Dans la clause de conseil et de "fair collaboration", le prestataire aura intérêt à faire préciser qu'à l'exception des particularités expressément précisées par le client, ni le client ni le logiciel ne présentent de caractéristique à laquelle il ne puisse raisonnablement s'attendre<sup>38</sup>. De son côté, le client peut y rappeler que le prestataire a eu le loisir d'examiner le logiciel maintenu et qu'il déclare être apte à en assurer la maintenance.

La clause suivante peut inspirer les parties :

*Les parties agissent l'une envers l'autre avec loyauté ; ceci implique notamment l'obligation réciproque de signaler au cocontractant tout élément dont une partie sait ou doit savoir qu'il peut avoir une influence sur la manière dont il met en œuvre ou exécute ses droits et obligations.*

*Le client confirme, qu'à sa connaissance, ni lui, ni ses activités, ni le bien maintenu ne présentent de particularités auxquelles le prestataire ne s'attend vraisemblablement pas, sous réserve de ce qui suit : ...<sup>39</sup>*

---

<sup>38</sup> Sur l'importance de la collaboration des parties au stade précontractuel, voir Etienne Wéry, Le bogue de l'an 2000 sous la loupe des contrats informatiques en droit belge, in RDC, juillet 1999, p. 444.

<sup>39</sup> Un vendeur belge qui aurait pour objectif principal de prospecter une clientèle résidant de l'autre côté de la planète devrait idéalement le signaler, dans la mesure où cela signifie que les heures d'affluence du site seront vraisemblablement situées pendant la nuit en Belgique, ce qui nécessite un monitoring spécifique.

*Le prestataire confirme qu'il a eu tout le loisir d'analyser le bien maintenu avant la conclusion du contrat et assure en avoir saisi le fonctionnement et l'architecture et être à même d'en assurer la maintenance.*

Lorsqu'il est en position de force dans la négociation, le client pourra étendre encore la clause comme suit :

*Le prestataire a pris tous les renseignements nécessaires, notamment pour toutes les données fournies par le client qui lui sembleraient incomplètes ou contradictoires. La rédaction par le client du cahier des charges et même l'appel à un conseil ne suppriment pas totalement la responsabilité du prestataire<sup>40</sup>.*

## PRIX

**Révision** – Le contrat de maintenance présente la caractéristique de s'étaler fréquemment sur de longues périodes, d'où l'importance de la révision du prix.

**Limitation de la liberté contractuelle** – M. Van Den Abeele rappelle que l'article 57 de la loi de redressement économique du 30 mars 1976 stipule que les clauses de révision de prix ne sont valables que dans la mesure où elles ne s'appliquent qu'à concurrence d'un montant maximum de 80% du prix final et se réfèrent à des paramètres précis représentant les coûts réels, chaque paramètre étant uniquement applicable à la partie du prix correspondant au coût qu'il représente<sup>41</sup>. La sanction n'est pas que théorique : s'agissant d'un contrat de maintenance de centrale téléphonique, le tribunal de commerce de Bruxelles a annulé la clause de révision, après avoir constaté que la part représentée par les salaires avait été notablement surévaluée<sup>42</sup>.

**Proposition de clause** – La formule la plus simple consiste à lier le prix à un indice officiel ou à un indice calculé par une fédération professionnelle spécialisée<sup>43</sup> :

*Le prix sera révisé chaque année à la date anniversaire du contrat, selon la formule suivante :  $P = (P_i * S) / S_i$*

*P = prix révisé*

*P<sub>i</sub> = prix initial*

*S = indice au moment de la révision*

*S<sub>i</sub> = indice initial*

---

<sup>40</sup> Inspiré de P. et Y. Pouillet, Les contrats informatiques : réflexion sur 10 ans de jurisprudence belge et française, JT, 1992, p. 6, n° 17.

<sup>41</sup> Michel Van Den Abeele, Les contrats informatiques : détermination du prix et financement, Actes du colloque organisé par EFE les 2 et 3 décembre 1997.

<sup>42</sup> Comm. Bruxelles, 23 mai 1989, in JT, 1989, p. 602, cité par M. Van Den Abeele, op. cit., p. 4.

<sup>43</sup> En France, la Syntec (Chambre Syndicale des Sociétés d'Etudes et de Conseils) calcule un indice de révision pour les contrats informatiques.

#### RESPONSABILITÉ – QUALIFICATION DES INTERVENTIONS

**Obligation de moyen** – Le contrat de maintenance est considéré comme un contrat d'entreprise. Le prestataire assume une obligation de moyen et non de résultat<sup>44</sup>.

En cas de maintenance-correction, *"le fournisseur s'engage à mettre en œuvre ses meilleurs efforts pour remédier aux bogues dont la correction lui incombe"*, tandis que dans les maintenance-adaptation et maintenance-évolution, *"le fournisseur s'engage à mettre en œuvre ses meilleurs efforts pour assurer les modifications et ajustements requis par le contrat de maintenance"*.

**Obligation de résultat** – Nous renvoyons à l'analyse du contrat de réalisation d'hébergement sur le problème de la qualification de certaines prestations techniques précises, au sujet desquelles le client peut parfois défendre avec succès l'idée que le prestataire supporte une obligation de résultat. Ce pourrait être le cas, par exemple, en matière de délai d'intervention. La clause proposée ci-dessus peut être reprise.

#### DELAI D'INTERVENTION

**Délai d'intervention** – La clause ne présente pas de difficulté, même si elle est essentielle. Le délai se calcule le plus souvent en heures à dater de la notification du problème. Les parties sont entièrement libres de fixer la manière dont la notification a lieu (e-mail, fax, call center, etc.), ainsi que le nombre d'heures endéans lequel l'intervention est assurée.

Un moyen d'éviter l'interprétation du délai d'intervention en tant qu'obligation de résultat, consiste à sanctionner son non-respect par une somme forfaitaire plutôt que par une possibilité de résiliation fautive.

La formule suivante peut être adoptée.

*Toute demande d'intervention doit être adressée au prestataire dans les formes prévues à l'annexe technique. Le délai d'intervention varie en fonction de la sévérité du problème ; l'intervention elle-même se décompose en trois phases :*

*T1 = temps de réponse entre la notification du problème et l'accusé de réception  
T2 = temps de diagnostic entre l'accusé de réception et la détermination de la cause  
T3 = temps de solution entre la détermination de la cause et la résolution du problème*

*P1 = problème crucial, c'est-à-dire bloquant plus de 80% du système  
P2 = problème partiel, c'est-à-dire bloquant moins de 80% du système  
P3 = intervention souhaitée en dehors de tout problème révélé*

*L'intervention est assurée selon le tableau de concordance suivant, dans lequel le premier chiffre exprime le délai d'intervention calculé en heures, et le second exprime la sanction financière par heure de retard.*

---

<sup>44</sup> Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Guide 1999, n° 3920.



	<b><i>T1</i></b>	<b><i>T2</i></b>	<b><i>T3</i></b>
<b><i>P1</i></b>	1 / x FB	3 / x FB	10 / x FB
<b><i>P2</i></b>	1 / x FB	5 / x FB	24 / x FB
<b><i>P3</i></b>	10 / x FB	48 / x FB	48 / x FB

## **LE CONTRAT D'EDI**

### INTRODUCTION

**Electronic Data Interchange** – L'EDI suppose la transmission de données, dans l'intention de produire des effets juridiques, entre le système informatique d'une partie et celui d'un cocontractant. Cette transmission peut se faire de point à point (directement entre deux ordinateurs), ou plus généralement, par l'intermédiaire d'un réseau dit à valeur ajoutée (RVA) qui reçoit, trie et transmet les messages à leurs destinataires. La conclusion d'un contrat par voie électronique implique donc l'échange d'un document électronique entre deux ordinateurs qui sont en mesure de poser automatiquement, sans intervention humaine, les actions appropriées en se fondant sur une grammaire informatique préalablement définie et convenue entre les parties<sup>45</sup>. L'objectif est évidemment de diminuer le temps de traitement de l'information, et de réduire les coûts<sup>46</sup>.

Par hypothèse, nous avons supposé que notre vendeur fictif n'a ni les moyens ni l'envie de gérer des stocks. Il transmet donc en temps réel les commandes reçues à une centrale d'achats, qui adresse elle-même les produits commandés à un transporteur spécialisé qui livre le client. Cette organisation sied tout particulièrement à un contrat EDI<sup>47</sup> puisque moyennant l'adoption d'une syntaxe commune, les systèmes informatiques des trois partenaires pourront prendre en main toutes les tâches automatisables.

**Contrats EDI les plus connus** – Près d'une vingtaine de contrats EDI majeurs sont connus actuellement. Certains se rapportent à une branche d'activité et concernent des transactions spécifiques. Il faut signaler les contrats EDI dans les secteurs les plus divers tels que le monde financier (SWIFT), les assurances (RINET), les industries automobile (ODETTE), chimique (CEFIC-EDI), électronique (EDIFICE) ou du tourisme (réservation internationale des vols et hôtels). D'autres contrats ont une vocation internationale, tels ceux proposés par l'American Bar Association aux Etats-Unis, l'EDI Association en Grande-Bretagne, ou le CIGREF<sup>48</sup> en France. L'Europe s'est lancée dans le programme TEDIS<sup>49</sup>, placé sous la responsabilité de la DG XIII, qui a fait l'objet d'une recommandation de la Commission du 19 octobre 1994<sup>50</sup>, plus particulièrement destiné aux PME. L'ONU s'intéresse à la question par le biais de la CNUDCI ; la loi-type de commerce électronique déjà analysée ci-dessus est en réalité le fruit de la commission EDI de cet organisme, qui a poussé plus loin ses travaux.

**EDI et commerce électronique** – Les deux notions sont bien entendu liées, mais elles recouvrent deux choses différentes et il importe de ne pas les confondre.

---

<sup>45</sup> Pierre Trudel et autres, Droit du cyberspace, Centre de Recherche en droit public de l'Université de Montréal, Ed. Thémis, Montréal, 1997, p. 19-1.

<sup>46</sup> Certaines études chiffrent en moyenne à 7% de la valeur des produits exportés le coût du traitement de l'information papier nécessaire à la fabrication du produit (Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Guide 1999, n° 4276).

<sup>47</sup> EDI est l'abréviation de Electronic Data Interchange en Anglais, ou Echange de Données Informatisé en Français.

<sup>48</sup> Club Informatique des Grandes Entreprises Françaises.

<sup>49</sup> Trade Electronic Data Interchange System.

<sup>50</sup> Recommandation CE du 19 octobre 1994, JOCE 28 décembre 1994, L 338, p. 98.

Alors que le commerce électronique a par définition une vocation commerciale, l'EDI est un mode de communication qui peut très bien être appliqué dans des secteurs non commerciaux (banque de dons d'organes à l'échelon international par exemple).

L'EDI est indissociable du caractère structuré des messages puisque c'est la machine qui doit les interpréter et leur donner suite, alors que le commerce électronique peut se faire via des messages non structurés comme un courrier électronique.

L'EDI traduit la communication établie entre deux systèmes informatiques, tandis que le commerce électronique peut parfaitement viser une relation entre un homme et une machine.

**Structure d'un contrat EDI** – Les contrats EDI ont au minimum deux composantes. La première est la convention *stricto sensu*, qui trace le cadre juridique des relations (définitions, effets juridiques des messages EDI, transmission et conservation des données, etc.). La seconde est l'annexe technique qui décrit la syntaxe informatique et les protocoles de communication retenus, et reprend en détail les spécificités techniques de chaque élément du système. L'annexe technique est donc un élément essentiel, et il n'est pas rare de voir une convention de quelques pages suivie d'une annexe technique de plusieurs tomes. Bien entendu, nous n'aborderons ici que les éléments les plus significatifs de la convention juridique.

#### OBJET

La définition de l'objet du contrat doit reprendre les éléments caractéristiques de l'EDI : messages structurés, recours aussi systématique que possible au traitement automatisé des messages, effet juridiquement contraignant des messages électroniques. La formule suivante est proposée aux parties<sup>51</sup> :

*Le présent contrat a pour objet de définir les conditions techniques et juridiques d'échange informatisé de données structurées entre les parties et plus particulièrement entre leurs systèmes informatiques, afin de remplacer les documents papier dans le cadre de leurs relations commerciales, par des messages et des documents EDI. Le recours aux documents papier a un caractère exceptionnel entre les parties.*

*Par EDI les parties entendent tout transfert de message structuré ou normalisé de système informatique à système informatique. Par message EDI, les parties entendent un ensemble de segments, structurés selon une norme agréée, se présentant sous forme permettant une lecture par ordinateur et pouvant être traités automatiquement et de manière univoque.*

#### EMISSION ET RÉCEPTION DE MESSAGES EDI

---

<sup>51</sup> Formulation inspirée d'une part par le contrat de Me Alain Bensoussan, in Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Formulaire, n° III-141, et d'autre part par l'article 2.3 de la recommandation CE du 19 octobre 1994, JOCE 28 décembre 1994, L 338, p. 98.

**Accusés d'envoi et de réception** – Ce type de contrat requiert une grande confiance en l'ordinateur, ce qui explique que la pratique majoritaire adopte en règle l'absence d'accusé de réception, sauf si l'émetteur signale dans le message qu'il en souhaite un. En d'autres termes, sauf demande explicite dans le message, ce qui est envoyé est censé avoir été reçu. Les parties peuvent toutefois prévoir un accusé de réception, soit que le message ait une importance particulière, soit qu'elles accordent une confiance moins grande aux processus automatisés. Il existe deux types d'accusés : un accusé technique qui confirme l'envoi<sup>52</sup>, et un accusé fonctionnel qui confirme la réception.

La clause suivante est conforme à la pratique :

*L'accusé de réception d'un message EDI est la procédure par laquelle, lors de la réception du message, la syntaxe et la sémantique sont vérifiées et un accusé de réception correspondant est envoyé par le destinataire.*

*Un accusé de réception n'est pas requis, sauf s'il est demandé.*

*Un accusé de réception peut être demandé en vertu d'une disposition spécifique incluse dans l'annexe technique par demande expresse de l'expéditeur dans un message EDI. Lorsqu'un accusé de réception est requis, le destinataire du message EDI doit s'assurer que l'accusé de réception est envoyé dans un délai de ... à compter du moment de la réception du message dont il y a lieu d'accuser réception, à moins qu'un autre délai ne soit spécifié dans l'annexe technique.*

*Un message EDI assorti d'une demande d'accusé de réception ne peut pas être exécuté par le destinataire du message avant que l'accusé de réception ne soit envoyé.*

**Sanction** – Il est capital que le contrat prévoit les conséquences d'un message assorti d'une demande d'accusé de réception pour lequel ledit accusé ne reviendrait pas à l'émetteur. Trois options sont possibles : (i) nullité de plein droit à l'expiration d'un délai convenu, (ii) nullité de plein droit après l'envoi d'un rappel, (iii) nullité à condition d'en aviser le destinataire.

La nullité de plein droit dès l'expiration peut être formulée comme suit :

*En cas de non confirmation dans le délai prévu à l'annexe "Délai", l'émetteur considérera que le message d'origine n'est pas parvenu au destinataire et devra réitérer l'opération.*

Si les parties souhaitent introduire l'exigence d'un rappel, elles adopteront plutôt la formulation suivante :

*En cas de non confirmation dans le délai prévu à l'annexe "Délai", l'émetteur adressera un rappel au destinataire demandant l'envoi de l'accusé de réception initial dans le délai fixé à l'annexe "Délai". A l'issue de ce nouveau délai, il pourra considérer de plein droit que le message d'origine n'est pas parvenu au destinataire et est de nul effet.*

---

<sup>52</sup> Similaire au ticket généré par un télécopieur lors de l'envoi.

Enfin, l'accord-type européen a opté pour la troisième voie, soit la nécessité d'aviser le destinataire de la nullité. Cette option a également été retenue par le contrat-type de la CIGREF :

*Si l'expéditeur ne reçoit pas l'accusé de réception dans le délai prévu, il est en droit, sous réserve d'en aviser le destinataire, de considérer le message comme nul et non venu à compter de l'expiration dudit délai, ou de lancer une procédure de récupération prévue à l'annexe technique pour assurer la réception effective de l'accusé de réception.*

*Si la procédure de récupération échoue dans le délai imparti, le message EDI est définitivement considéré comme nul et non venu à compter de l'expiration dudit délai, sous réserve que le destinataire en soit avisé.*

#### EFFETS JURIDIQUES DES MESSAGES EDI

**Principe de validité des contrats conclus par EDI** – Il s'agit d'une clause essentielle. L'EDI a pour but de permettre la création d'obligations par simple échange automatisé de données structurées ; il faut que le contrat le souligne.

Le modèle suivant peut être inséré dans le contrat<sup>53</sup> :

*A la suite de la réception du message dans les conditions prévues au présent contrat, le destinataire est réputé avoir reçu personnellement le message. Il devient alors responsable des suites juridiques à lui donner.*

*Les parties conviennent que les documents commerciaux échangés dans le cadre des messages EDI constituent le cadre normal de leurs relations commerciales et en conséquence, les messages envoyés ont une portée juridique similaire. Lorsque les textes législatifs et réglementaires permettent de renoncer à la forme de document papier écrit, celui-ci sera, dans le cadre du présent contrat, remplacé par des messages EDI.*

**Preuve des contrats conclus par EDI** – Avec le principe de validité, c'est l'autre clause pivot du contrat d'EDI. Les modèles suivants sont proposés aux parties :

Premier modèle inspiré de l'accord-type européen :

*Les parties, entendant être juridiquement liées par le présent accord, renoncent expressément au droit de contester la validité d'un contrat conclu par EDI conformément aux termes et conditions du présent accord du seul fait qu'il a été conclu par EDI.*

*Dans la mesure où les lois nationales applicables le permettent, les parties s'engagent par les présentes à accepter qu'en cas de litige, les enregistrements des messages EDI qui ont été conservés conformément aux dispositions du présent accord soient admissibles devant les tribunaux et fassent preuve des faits qu'ils contiennent, à moins qu'une preuve contraire ne soit présentée.*

---

<sup>53</sup> Modèle inspiré des articles 6 et 8 du contrat de Me Alain Bensoussan, in Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Formulaire, n° III-141.

Second modèle extrait du contrat français de la CIGREF :

*Un message restitué par une partie conformément aux termes et conditions du présent contrat et de son annexe technique a la même valeur probante, à l'égard de l'autre partie, qu'un écrit.*

*Sauf à en démontrer, d'une manière ou d'une autre, la non authenticité ou la non intégrité, chaque partie renonce irrévocablement à contester, en tant que moyen de preuve écrit, tout message restitué par l'autre partie conformément au précédent alinéa.*

Outre les différences de formulation, les deux propositions divergent essentiellement au niveau de la preuve contraire : la proposition française la limite aux hypothèses de non authenticité et de non intégrité, alors que le texte européen est plus large.

#### INTÉGRITÉ ET CONSERVATION DES DONNÉES

**Intégrité des messages** – L'intégrité des données représente l'une des préoccupations principales quant à la sécurité de l'information. Les données d'un message peuvent être modifiées, supprimées, ou insérées, lors de la transmission, de façon accidentelle ou du fait de la malveillance de personnes non habilitées. Les conséquences découlant de l'altération des données qui composent un message peuvent être importantes, particulièrement lorsque le message comporte une autorisation ou est accompagné d'une signature<sup>54</sup>.

Il est prudent d'insérer dans le contrat une clause spécifique, par laquelle les parties renoncent à remettre en cause les choix techniques qu'elles ont opérés dans l'annexe technique<sup>55</sup> :

*Les parties ont opéré en connaissance de cause des choix techniques repris aux annexes, en vue d'assurer l'identification, l'intégrité et de manière générale la sécurité des messages qu'elles échangent dans le cadre de la présente convention. Les parties s'accordent à reconnaître que ces choix assurent une sécurité suffisante. Elles renoncent à remettre en cause l'opportunité de ces choix, ou à contester sur cette base une obligation contractée à la suite d'un échange de messages EDI.*

**Conservation des messages** – La formation des engagements et leur preuve ne sont imaginables que si chaque partie est à même, en cas de conflit, de produire le message EDI qu'elle prétend avoir reçu ou envoyé. La conservation des messages est donc un élément très important du contrat. On retrouve dans quasiment tous les contrats les principes suivants : (i) tous les messages doivent être conservés pendant un délai à convenir ; (ii) les messages doivent être conservés dans leur format de transmission/réception ; (iii) les messages les plus importants, parmi lesquels ceux constitutifs

---

<sup>54</sup> Pierre Trudel et autres, Droit du cyberspace, Centre de Recherche en droit public de l'Université de Montréal, Ed. Thémis, Montréal, 1997, p. 19-13.

<sup>55</sup> Très souvent l'annexe technique est modifiée dans le temps par un comité technique créé par les parties, chargé d'assurer l'adéquation entre les objectifs de sécurité, les choix techniques passés, et les nouvelles techniques disponibles.

d'engagements, doivent être conservés plus longtemps que les autres ; (iv) les archives doivent être facilement lisibles et compréhensibles pour l'œil humain.

Le modèle suivant est conforme à ces principes :

*Chaque partie doit conserver tous les messages EDI échangés dans un journal chronologique et complet qu'elle conserve pendant le délai fixé à l'annexe "Délai", conformément aux normes de lisibilité, de sécurité, d'inaltérabilité et aux autres prescriptions prévues à l'annexe technique.*

*Sauf disposition légale contraire<sup>56</sup>, les messages sont conservés dans le format de transmission par l'expéditeur, et dans le format de réception par le destinataire.*

*Lorsque le message est constitutif d'engagement juridique, tel que bon de commande, accusé de réception, facture, etc., il est conservé sur un support tel que son enregistrement provoque une modification inaltérable dudit support. Lorsque l'émetteur signale au moment de l'envoi du message qu'il souhaite recourir à ce type d'enregistrement, le destinataire est tenu de s'y conformer.*

#### ANNEXES TECHNIQUES

Le renvoi systématique aux annexes techniques démontre leur importance. Il est impossible, dans le cadre d'un examen sommaire des aspects juridiques de la convention, de les analyser. Toutefois, lors de la conclusion du contrat, elles doivent recevoir la plus grande attention des parties.

Heureusement pour les parties, plusieurs organismes travaillent à l'uniformisation des normes techniques, et à la création d'un véritable glossaire technique qui permet de recouvrir à peu près toutes les situations envisageables. La norme UN/EDIFACT<sup>57</sup> comprend un vocabulaire normalisé, une grammaire de directives pour la conception de messages standardisés. Le répertoire des éléments de données commerciales comprend 600 concepts-types des transactions commerciales, accompagnés de règles de formatage et d'affichage à l'écran<sup>58</sup>. Autre norme courante, le standard ANSI X 12 est né sous la férule de l'American National Standards Institute à la fin des années 70, à la suite des premières expériences menées sur la norme BDI<sup>59</sup>. L'ISO<sup>60</sup>, de son côté, a mis au point la norme OSI<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> Le cas peut par exemple se présenter lorsque l'utilisation de factures ou de documents fiscaux électronique est autorisée moyennant un format de transmission et de conservation déterminé par l'administration.

<sup>57</sup> Electronic Data Interchange for Administration Commerce and Transport, mise au point sous l'égide de la CNUDCI (Nations-Unies).

<sup>58</sup> Pierre Trudel et autres, Droit du cyberspace, Centre de Recherche en droit public de l'Université de Montréal, Ed. Thémis, Montréal, 1997, p. 19-2.

<sup>59</sup> Business Data Interchange Standard.

<sup>60</sup> International Organization for Standardisation.

<sup>61</sup> Open System Interconnection.

## LE CONTRAT DE PAIEMENT ÉLECTRONIQUE

### INTRODUCTION

**Paiement et commerce électroniques** – Le paiement électronique est la cerise sur le gâteau du commerce électronique. Un module de paiement électronique n'est pas absolument nécessaire : de nombreux sites proposent avec succès un bon de commande à compléter en ligne, qu'il faut ensuite imprimer et faxer ou envoyer par la poste. Lorsqu'il est présent, le module de paiement électronique fait véritablement entrer le vendeur dans le monde – encore fermé – des sites dits "*full electronic*". Outre la satisfaction que cette place peut subjectivement procurer à certains, le paiement électronique offre surtout deux avantages : d'une part la vérification en temps réel des autorisations de débit, et d'autre part l'accélération du traitement de la commande et, partant, un service de meilleure qualité.

**Classification** – Il existe principalement deux classifications des offres de paiement électronique : les systèmes *on line* ou *off line*, et identifiés ou anonymes. Toutes les initiatives recensées à ce jour peuvent trouver place dans le tableau suivant :

	<i>On line</i>	<i>Off line</i>
<i>Identifié</i>	L'intervention d'une banque ou d'un tiers est immédiate, et permet d'attribuer l'opération de paiement à une personne ou à un compte donné.	L'intervention d'une banque ou d'un tiers est différée, et permet d'attribuer l'opération de paiement à une personne ou à un compte donné.
<i>Anonyme</i>	L'intervention d'une banque ou d'un tiers est immédiate, et ne permet pas d'attribuer l'opération de paiement à une personne ou à un compte donné.	L'intervention d'une banque ou d'un tiers est différée, et ne permet pas d'attribuer l'opération de paiement à une personne ou à un compte donné.

**Initiatives connues** – Il est impossible de recenser ici tous les systèmes commercialisés à l'heure actuelle. Mentionnons notamment : CyberCash<sup>62</sup>, First Virtual<sup>63</sup>, FSTC<sup>64</sup>, NetChex<sup>65</sup>, Mondex<sup>66</sup>, et DigiCash<sup>67</sup>. En Belgique, le public est familier des systèmes Proton, SSL et SET.

---

<sup>62</sup> <http://www.cybercash.com> : le logiciel CyberCash permet le paiement par carte de crédit. Après avoir signé la facture électroniquement, le client la retourne au commerçant qui la complète avec ses informations relatives à l'autorisation et la signe également. Le tout est envoyé à CyberCash qui vérifie la conformité entre les deux volets d'informations, et transmet la demande à une banque qui traite l'opération comme n'importe quel paiement par carte.

<sup>63</sup> <http://www.fv.com> : le numéro de carte de crédit du consommateur est transmis à First Virtual qui ouvre dans ses livres un compte au consommateur, et lui attribue un code d'accès personnel. Lors de l'achat, le consommateur remet son numéro de compte et son code personnel au commerçant, qui peut ainsi se faire payer. Le consommateur n'est débité que lorsqu'un ou plusieurs achat(s) totalise(nt) un seuil minimal fixé actuellement à 10 US\$.



Payer par Proton via le web nécessite l'insertion de la carte dans un petit terminal<sup>68</sup>. Celui-ci lit la carte et transmet ses propriétés au serveur de paiement du commerçant, ainsi qu'à un terminal collecteur<sup>69</sup> connecté à la banque. L'interopérabilité entre le site du commerçant, le serveur de paiement, le terminal du client et le collecteur, est réalisée via un système intermédiaire de passerelle<sup>70</sup>. Le paiement est anonyme. Certains sites belges de commerce électronique utilisent quotidiennement ce système<sup>71</sup>.

Le module SET<sup>72</sup> a été développé par Visa EuroCard et MasterCard. Schématiquement<sup>73</sup>, le paiement crée une relation triangulaire entre le commerçant, une société intermédiaire de service<sup>74</sup> et un organisme de paiement<sup>75</sup> chargé du *clearing*. La société intermédiaire assure la transmission des informations relatives à la carte de crédit et à la transaction, entre le commerçant et l'organisme de paiement, qui vérifie les données et donne le cas échéant son accord à la société intermédiaire, laquelle en avise le client et le commerçant.

**Cadre de l'étude** – La multiplicité des acteurs intervenant dans un paiement électronique *on line* ne permet pas d'aborder chaque contrat de manière détaillée. Par ailleurs, dans la mesure où les

---

<sup>64</sup> <http://www.fstc.org> : le système est une transposition électronique du chèque. Un chéquier virtuel est remis au client, qui signe les chèques grâce à un logiciel de signature digitale. Le chèque est ensuite remis à l'émetteur qui paye le commerçant et débite son client.

<sup>65</sup> <http://www.netchex.com> : le système est similaire dans son principe à FSTC, mais il assure l'anonymisation du client lors de la transaction : ses données personnelles sont remplacées par un client-type "fantôme".

<sup>66</sup> <http://www.mondex.com> : le système utilise une carte à puce pour stocker de la monnaie électronique. Le débit ne nécessite ni autorisation ni signature : la carte possède un système automatique de signature qui ne peut être reconnu que par une autre carte Mondex. Pratique, l'initiative n'a qu'un défaut : elle repose entièrement sur la prétendue inaltérabilité des cartes et du processus de signature automatique.

<sup>67</sup> <http://www.digicash.com> : probablement l'un des systèmes les plus ludiques puisque le client à l'impression d'entrer dans un casino : il échange un montant choisi d'argent contre des CyberBucks, qu'il stocke ensuite dans son ordinateur et qu'il utilise pour payer ses achats. Le débit est possible grâce à un code de retrait qu'il faut communiquer à la machine lors de la transaction. La transaction est en principe anonyme.

<sup>68</sup> Le seul terminal disponible actuellement est le CZAM/PC développé par Banksys.

<sup>69</sup> Le CZAM/VMT est la contrepartie du CZAM/PC.

<sup>70</sup> Belgacom et Netvision, notamment, proposent ce service d'intermédiaire au moyen de leurs produits Buy Online Proton et Easypayment.

<sup>71</sup> <http://shopping.advalvas.be/>

<sup>72</sup> Le Secure Electronic Transaction Protocol (SET) est l'outil de paiement électronique développé par les sociétés Visa et MasterCard. Il repose sur une utilisation sécurisée des cartes de crédit habituelles grâce à un logiciel de cryptage lors de l'envoi. La large diffusion des cartes Visa et MasterCard assure en grande partie le succès de SET. Un système similaire a été mis au point en France par le GIE Carte Bancaire (Carte Bleue) sous le nom de C-SET.

<sup>73</sup> Notre description est très simplifiée. Le type de service varie en fonction des souhaits du commerçant et de chaque produit proposé par la société de service.

<sup>74</sup> Sur le marché belge, Absys Consulting, Belgacom, Netvision, Element, Eunet, Europay et Bibit Internet Billing services, notamment, proposent ce service.

<sup>75</sup> Bank Card Company et Citibank proposent ce service pour les transactions réalisées à partir des cartes VISA, Eurocard et Mastercard.

contrats proposés sont des contrats d'adhésion, au sujet desquels la marge de manœuvre existe mais est limitée, leur étude approfondie risque d'être purement académique. Nous limiterons dès lors l'étude aux clauses habituelles d'un contrat relatif à l'exploitation d'une carte de crédit dans le cadre du commerce électronique.

#### OBJET DU CONTRAT

**Objet** – L'objet du contrat est double. D'un côté, le commerçant s'engage à accepter tout paiement qui serait effectué sur son site avec une carte de crédit émise par – ou affiliée à – l'organisme de paiement. D'un autre côté l'organisme de paiement s'engage à traiter la transaction, pour autant qu'elle soit effectuée selon les protocoles définis dans une annexe technique. Traiter la transaction ne signifie pas l'accepter, puisque l'autorisation peut être refusée pour des motifs de solvabilité ou de malveillance. La clause suivante est proposée :

*L'objet du contrat est de préciser les conditions dans lesquelles le commerçant peut proposer un paiement électronique sur son site web par le débit d'une des cartes de crédit reprises aux conditions particulières, ainsi que les termes et conditions dans lesquelles l'organisme de paiement s'engage à traiter la transaction.*

#### OBLIGATION DU CLIENT

**Obligations principales** – Le commerçant supporte trois obligations principales :

1. Il doit s'engager à accepter toute transaction qui serait effectuée par un client à l'aide d'une des cartes émises par – ou affiliée à – l'organisme de paiement.
2. Il doit ensuite mettre en œuvre les dispositifs de sécurité requis. Cela implique tout d'abord l'affiliation à un organisme de certification qui génère un certificat digital nécessaire aux outils d'identification et de cryptographie. Ensuite, des mesures doivent être prises pour empêcher l'intrusion d'un tiers non autorisé dans les fichiers des transactions, que ce soit pendant ou après la transmission.
3. Il doit enfin s'engager sur le plan financier, ce qui englobe les aspects suivants : payer les frais de gestion liés au paiement par carte de crédit, accepter la procédure de contestation par un client, et autoriser la compensation entre les montants refusés ou contestés et les sommes qui lui sont dues.

**Modèle de clause** – La clause suivante illustre ces obligations :

*Le commerçant s'engage à traiter tout paiement qui sera effectué à l'aide de la carte de crédit. Il n'effectuera aucune discrimination entre clients du chef de l'utilisation de la carte de crédit. Il renonce notamment à modifier les prix, les conditions générales de vente, ou les termes de la garantie, pour le motif qu'une transaction est payée par le débit de la carte de crédit.*

*Le commerçant est affilié auprès d'un organisme de certification, qui gère les certificats digitaux selon des normes compatibles avec celles figurant à l'annexe technique. Il est responsable de cette affiliation, de sa pérennité, de sa compatibilité avec l'annexe technique, et de son bon fonctionnement. Il dégage l'organisme de paiement de toute responsabilité issue d'une défaillance, d'un dysfonctionnement, ou d'un usage non autorisé des certificats digitaux.*

*Le commerçant est seul responsable de la sécurité et de la protection du code d'identification et du code d'autorisation fournis par l'organisme de paiement. Il supporte seul les risques liés à la perte, au vol, à l'interception ou à l'utilisation frauduleuse de ces codes. Il doit protéger son système informatique et la transmission contre toute intrusion ou interception non autorisée, et supporte seul les conséquences de tels agissements. A l'égard de l'organisme de paiement, l'utilisation de codes valides est une présomption que la transaction a été initiée par le commerçant auquel ces codes ont été attribués, et constitue une autorisation de comptabilisation du compte interne de ce commerçant. Cette présomption ne peut être renversée qu'en cas de dol ou de faute lourde de l'organisme de paiement.*

*Le commerçant accepte la comptabilisation des frais de gestion repris aux conditions particulières, qui sont compensés avec les sommes qui lui sont dues. Il accepte la compensation entre toute somme due à l'organisme de paiement et le montant qui lui revient à la suite des transactions, notamment dans les cas suivants :*

- *Contestation de la transaction par le titulaire de la carte;*
- *Contestation par le titulaire de la carte de la bonne exécution par le commerçant de ses obligations contractuelles, en ce compris la vente elle-même, la livraison, les litiges impliquant la qualité du bien ou du service faisant l'objet de la transaction, ou lorsqu'une marchandise est rendue ou retournée;*
- *Transaction est effectuée sans autorisation préalable;*
- *Autres (à compléter).*

#### OBLIGATIONS DE L'ORGANISME DE PAIEMENT

Il est symptomatique de constater que la majorité des contrats en vigueur actuellement ne contiennent pas de chapitre intitulé "Obligations de l'organisme de paiement". On retrouve néanmoins deux obligations essentielles : fournir les outils logiciels nécessaires pour la transaction, et créditer le compte bancaire du commerçant dans le délai convenu des sommes qui lui reviennent.

Nous verrons au chapitre de la responsabilité que les engagements de l'organisme de paiement pourraient néanmoins être alourdis.

#### GARANTIES RELATIVES AU SERVICE – RESPONSABILITÉ

**Clauses exonératoires habituelles** – Tous les contrats actuellement proposés sur le marché précisent expressément que l'organisme de paiement ne supporte qu'une obligation de moyen, et qu'il ne peut garantir ni l'intégrité, ni la confidentialité ni l'authenticité des informations échangées par le

biais du service qu'il propose. Les mêmes exonérations de responsabilité sont reproduites en ce qui concerne l'accès au service. Enfin, les contrats mettent à charge du commerçant les contestations du client final. Ces clauses se retrouvent aussi bien dans les contrats avec les organismes de paiement qu'avec les intermédiaires de service. On rencontre fréquemment des clauses du type de celles-ci :

*La société ne pourra en aucun cas être tenue pour responsable des conséquences et en particulier des dommages, quels qu'ils soient, résultant du fait que la sécurité, l'authenticité, la confidentialité et/ou l'intégrité des données, des transactions ou des paiements a été compromise, suite à la violation des principes de sécurisation.*

*La société se réserve le droit d'interrompre ou de limiter provisoirement le service, à des fins de maintenance, en cas de surcharge pour effectuer des extensions de routine, ou en cas d'utilisation ou de dysfonctionnement du service créant une perturbation des serveurs ou de l'infrastructure technique de la société, ou pouvant créer un danger pour l'intégrité, la confidentialité et/ou l'authenticité des transactions.*

*Si le titulaire de la carte conteste une transaction, la société débitera le compte interne du commerçant pour le total du montant contesté. Le commerçant s'engage à payer le montant total exigé à la société en cas de contestation.*

**Limitation légale des clauses exonératoires** – On sait que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont valables en droit belge, à condition notamment qu'elles ne vident pas l'obligation de son contenu. Dans la mesure où l'objet du contrat est de fournir un service sécurisé de paiement électronique, grâce à un protocole réalisé unilatéralement par l'organisme de paiement ou l'intermédiaire, une clause rédigée dans des termes aussi étendus pourrait le cas échéant être annulée par un juge. Un bon partage de responsabilité vaut parfois mieux qu'une clause trop restrictive.

**Impact de la loi du 25 mai 1999** – La situation se complique depuis la loi du 25 mai 1999<sup>76</sup> modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur. La loi transpose notamment la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance<sup>77</sup>. L'article 79 § 5 stipule que :

*Les dispositions du présent paragraphe s'appliquent à l'utilisation, par un consommateur, d'un instrument de transfert électronique de fonds dans le cadre d'un contrat à distance.*

*L'émetteur d'un instrument de transfert électronique de fonds doit mettre à la disposition du consommateur les moyens appropriés pour que celui-ci puisse adresser une notification, en cas de perte, de vol, ou d'utilisation frauduleuse dudit instrument.*

*Le consommateur doit notifier à l'émetteur ou à l'entité désignée par celui-ci, dès qu'il en a connaissance :*

---

<sup>76</sup> Loi du 25 mai 1999, M.B., 23/6/1999, p. 23671.

<sup>77</sup> La loi transpose aussi la directive 97/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative.

- *la perte ou le vol de l'instrument de transfert électronique de fonds ou des moyens qui en permettent l'utilisation;*
- *toute utilisation frauduleuse de l'instrument.*

*Jusqu'à la notification, le consommateur est responsable des conséquences liées à la perte, au vol, ou à l'utilisation frauduleuse par un tiers, de l'instrument de transfert électronique de fonds à concurrence de 6 000 francs, sauf :*

- *si le consommateur a agi avec une négligence grave, à concurrence d'un montant fixé par le Roi;*
- *si le consommateur a agi frauduleusement; en ce cas, aucun plafond n'est applicable.*

*Après la notification, le consommateur n'est plus responsable des conséquences liées à la perte, au vol, ou à l'utilisation frauduleuse par un tiers, de son instrument de transfert électronique de fonds, sauf s'il a lui-même agi frauduleusement.*

*L'émetteur est responsable de toutes les conséquences liées à la perte, au vol ou à l'utilisation frauduleuse de l'instrument de transfert électronique de fonds pour lesquelles le consommateur est libéré en application des dispositions du précédent alinéa.*

*Par dérogation aux dispositions des alinéas 4 à 6, la responsabilité du consommateur n'est pas engagée si l'instrument de transfert électronique de fonds a été utilisé sans présentation physique ou identification électronique de l'instrument lui-même. La seule utilisation d'un code confidentiel ou de tout élément d'identification similaire n'est pas suffisante pour engager la responsabilité du titulaire.*

*Dans les cas visés au précédent alinéa et sauf s'il a lui-même agi frauduleusement, le consommateur peut demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de son instrument de transfert électronique de fonds. Dans les trente jours, l'émetteur doit lui restituer les sommes versées, déduction faite, le cas échéant, d'un montant fixé par le Roi si le consommateur a agi avec une négligence grave.*

Le système prévoit en cas de perte, vol, ou utilisation frauduleuse, une espèce de franchise à charge du consommateur, dont le montant varie selon qu'il y a ou pas négligence grave ou fraude. Un système plus favorable est mis en place lorsque le paiement a lieu sans présentation physique ou identification électronique de l'instrument de paiement lui-même<sup>78</sup> : la franchise est supprimée sauf en cas de fraude, et un droit au remboursement dans les 30 jours est créé.

Cette loi appelle quelques commentaires.

---

<sup>78</sup> En cas d'utilisation du système Proton, l'instrument est présenté physiquement (il est même inséré dans le lecteur) mais n'est pas identifié (la transaction est totalement anonyme puisqu'il n'y a aucun code à former). En cas d'utilisation d'une carte de crédit, il n'y a pas de présentation physique (les informations nécessaires notées sur un papier suffisent) mais l'instrument est identifié.

Avant tout, il convient de noter que le système est plus favorable en cas de paiement sur le web que dans le restaurant du coin de la rue ; le commerce électronique devient ainsi quasiment plus sécurisant que le commerce traditionnel.

Il appartiendra aux arrêtés d'application de définir ce que la loi entend par "émetteur". S'agit-il du titulaire de la marque, des sociétés habituellement qualifiées d'acquéreurs<sup>79</sup>, des banques sous-émettrices<sup>80</sup> ?

Il faudra ensuite définir les dérogations conventionnelles qui peuvent être apportées aux deux derniers alinéas. La loi met à charge de l'émetteur les conséquences liées à la perte, au vol ou à l'utilisation frauduleuse de l'instrument de transfert électronique de fonds, et précise qu'il doit restituer au consommateur les sommes indûment débitées. Or, nous avons vu que les contrats mettent à charge du commerçant tous les risques, notamment ceux qui découlent de la nouvelle loi. Si les travaux qui seront menés indiquent que de telles dérogations sont contraires au prescrit légal, les contrats devront être modifiés sur ce point. Dans la négative, cet appel en garantie systématique contribuera un peu plus à vider de tout contenu les obligations de l'organisme de paiement, avec le risque qu'un jour un commerçant conteste la légalité de la clause et soit entendu par un juge.

Il faudra enfin étudier les conséquences d'une faillite du commerçant sur la protection légale et le droit au remboursement. Si le commerçant est confirmé dans sa place peu enviable de dernier maillon de la chaîne contractuelle de responsabilité, l'émetteur devra-t-il au moins se substituer à lui en cas de faillite ?

Signalons enfin que certaines rumeurs prêtent au lobby bancaire la volonté d'obtenir l'abrogation ou à tout le moins l'assouplissement de cette disposition ; l'avenir nous dira ce qu'il en est.

---

<sup>79</sup> Bank Card Company par exemple est acquéreur des cartes Visa, EuroCard et MasterCard, c'est-à-dire qu'elle effectue elle-même le clearing des paiements effectués avec ces cartes et crédite le commerçant, puis se fait rembourser auprès des sociétés qui chapeautent le système.

<sup>80</sup> Les banques traditionnelles (Générale de Banque, BBL, etc.) émettent elles-mêmes des cartes Visa sous leur propre logo.

### **LE CONTRAT AVEC LE CONSOMMATEUR**

Le contrat avec le consommateur a récemment connu des développements spectaculaires, à l'occasion de la transposition en droit belge de la directive européenne sur les contrats conclus à distance<sup>81</sup>. Il a déjà fait l'objet d'études approfondies auxquelles nous renvoyons<sup>82</sup>.

Etienne WERY  
Avocat au barreau de Bruxelles

[etienne.wery@wery.org](mailto:etienne.wery@wery.org)

Bruxelles, le 2 décembre 1999

---

<sup>81</sup> Loi du 25 mai 1999, M.B., 23/6/1999, p. 23671.

<sup>82</sup> Voir notamment l'étude d'Anne Salaün réalisée dans le cadre du colloque organisé par EFE les 22 et 23 septembre 1999 sur le commerce électronique, à paraître au J.T., Larcier, Bruxelles.