

# LE DROIT DU BAIL ET INTERNET<sup>1</sup>

---

par **Thomas Probst**,  
professeur à l'Université de Neuchâtel

## Sommaire

	<b>Page</b>
<b>I. Introduction</b>	<b>3</b>
<b>II. Les points de contact essentiels entre le droit du bail et Internet</b>	<b>4</b>
A. La conclusion du contrat de bail et Internet	5
1. Fondements généraux	5
a) Electronic Data Interchange (EDI) et Internet	5
b) Plan national et plan international	6
c) Aperçu des dispositions pertinentes en la matière	6
2. La conclusion du contrat de bail par Internet	8
a) Généralités	8
b) L'offre par voie électronique	9
(1) Offre ou appel d'offre?	9
(2) Durée de la validité d'une offre sans fixation de délai	11
c) L'acceptation par voie électronique	12
(1) Forme de la déclaration d'acceptation	12
(2) Réception de la déclaration d'acceptation	12
d) Conditions de forme	13
(1) Généralités	13
(2) La signature numérique	14
e) Aspects particuliers	16
B. La communication électronique entre le bailleur et le locataire après la conclusion du contrat	17
1. Déclarations sujettes à la formule officielle du canton	17
2. Déclarations sujettes à la forme écrite	18
3. Déclarations sujettes à aucune forme particulière	18

---

<sup>1</sup> Cet exposé a pour mission d'attirer l'attention des praticiens sur certains problèmes juridiques qui peuvent surgir en cas d'utilisation d'Internet dans le domaine du droit du bail à loyer. Le texte vaut mutatis mutandis pour le bail à ferme.

C. L'exécution du contrat de bail et Internet	19
1. Aperçu	19
2. Exécution des prestations du contrat de bail	19
<b>III. Bibliographie</b>	<b>20</b>

\*

### Abréviations

art.	article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil
CE	Communauté européenne
Cf.	Confer (compare)
CLug.	Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CO	Code des obligations
CP	Code pénal
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
JO	Journal officiel des Communautés européennes
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LTC	Loi sur les télécommunications du 30 avril 1997
N	note marginale
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no	numéro
OSCert	Ordonnance sur les services de certification du 12 avril 2000
PJA	Pratique juridique actuelle
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RS	Recueil systématique
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
TGI	Tribunal de Grande Instance

## I. Introduction

1. Internet est un phénomène ubiquitaire qui, en pénétrant chaque jours davantage notre vie, est en train de mettre son empreinte irréversible sur notre civilisation. Il va de soi que le droit en tant que phénomène social ne saurait échapper à cette évolution fondamentale de notre société de l'information.
2. Au stade actuel de l'évolution, il est encore très difficile, voire impossible, de mesurer l'impact que cette nouvelle technologie aura finalement sur notre ordre juridique. Aussi l'intérêt primordial des juristes se concentre-t-il pour l'instant à l'identification et, dans la mesure du possible, à la résolution des problèmes qu'Internet engendre dans leurs domaines d'activité respectifs. En effet, peu nombreux sont les domaines juridiques qui, à une époque que beaucoup considèrent comme la période de transition de la civilisation moderne à la civilisation "post-moderne", ne se voient pas confrontés, d'une manière ou d'une autre, à de nouveaux défis juridiques. Parmi les domaines juridiques les plus touchés, on citera à titre d'exemples le droit des télécommunications<sup>2</sup>, le droit de la propriété intellectuelle<sup>3</sup>, le droit des contrats<sup>4</sup>, le droit pénal<sup>5</sup>, le droit de la protection des données<sup>6</sup>, le droit de la protection de la personnalité<sup>7</sup>, le droit de la concurrence<sup>8</sup> et le droit international privé<sup>9</sup>.

---

<sup>2</sup> P. ex. la nécessité d'une concession pour les services de télécommunication, y compris Internet; l'obligation des fournisseurs de services de télécommunication ayant une position dominante sur le marché de garantir l'interconnexion à l'égard d'autres fournisseurs. Cf. la loi sur les télécommunications (LTC) du 30 avril 1997, art. 4, 11; WIDMER/BÄHLER 55 ss.

<sup>3</sup> Se pose, par exemple, le problème de savoir dans quelle mesure il est permis d'intégrer à sa page Internet des éléments trouvés sur la page d'autrui, ou dans quelle mesure les noms de domaines sont protégés? Voir p. ex. ATF 126 II 239 ss; HEER 111-136; SPAHR 69 ss, 103 ss; TISSOT, Semaine judiciaire 1998, 741-770; WEBER 406 s.; BÜCKING, NJW 1997, 1887.

<sup>4</sup> P. ex. la conclusion d'un contrat par Internet (p. ex. la vente aux enchères par Internet) ou la signature électronique. Voir p. ex. SPAHR 41 ss; WIDMER/BÄHLER 135 ss; JACCARD, conclusion *passim*; SCHÖBI 95-108; WEBER/JÖHRI 39-57; ZEHNAEUSERN 1-29; arrêt TGI Paris du 3 mai 2000, La Semaine Juridique 2000, 948 s.; arrêt du LG Münster du 21 janvier 2000, JZ 2000, 730-733; RÜFNER, JZ 2000, 715-720; DESBOEUF *passim*; DECKLIN *passim*.

<sup>5</sup> P. ex. des publications racistes ou pornographiques sur un site Internet (CP 261bis, CP 197; cf. ATF 121 IV 109), la soustraction de données (CP 143), l'accès indu à un système informatique (CP 143bis), la détérioration de données (CP 144bis), l'utilisation frauduleuse d'un ordinateur (CP 147); SPAHR 137 ss; WIDMER/BÄHLER 281 ss.; cf. également ATF 126 I 50 (surveillance du courrier électronique).

<sup>6</sup> SPAHR 121 ss; WIDMER/BÄHLER 239 ss; WALTHER, Anwaltsgeheimnis, RSJ 2000, 357-366.

<sup>7</sup> SPAHR 91 ss.; notamment la protection des informations confidentielles (p. ex. le numéro de la carte de crédit) envoyées par Internet.

<sup>8</sup> SPAHR 115 ss; WIDMER/BÄHLER 189 ss.; JACCARD, concurrence, Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, 1999, 17-24.

<sup>9</sup> P. ex. le problème de déterminer le lieu de commission d'un acte illicite commis par le truchement d'Internet; voir p. ex. MANKOWSKI, *Recht* 1999, 203 ss; ARTER/JÖRG/GNOS, PJA 2000, 277-297.

3. En matière de droit du bail, Internet confrontera les praticiens tôt ou tard à certaines *nouvelles questions* qui méritent d'être étudiés. En guise d'introduction, on citera deux exemples hypothétiques:

**Exemple 1:**

La gérance Immo SA offre sur son site Internet un appartement de 4 pièces, sis à Neuchâtel et libre dès le 1<sup>er</sup> novembre 2000, pour un loyer mensuel de frs. 700.-. M. Rapid répond à la gérance par e-mail qu'il accepte volontiers cette offre. Le lendemain, M. Rapid reçoit de la gérance un message par courrier électronique lui disant que "tout est en ordre" sauf que le loyer mensuel est de 900.- parce que la secrétaire s'était trompée lorsqu'elle a indiqué le loyer de frs 700.- sur l'annonce électronique. M. Rapid répond qu'il n'accepte pas cette modification ultérieure du loyer et qu'il revendique l'appartement pour le loyer mensuel de sfr. 700.- indiqué dans l'annonce sur Internet. Avec succès?

**Exemple 2:**

Le locataire X. vient de signer un contrat de bail avec le bailleur Y. portant sur un local commercial pour un loyer mensuel de frs 1'000.-. Une semaine après la signature du contrat, M. X. reçoit une lettre de son bailleur l'invitant à verser - moyennant le bulletin de versement joint - la somme de frs 5'000.- comme sûretés; ceci conformément à l'art. 10 des conditions générales faisant partie intégrante du contrat de bail. En consultant le contrat, M. X. constate effectivement que, directement au dessous de sa signature, une phrase en lettres grasses renvoie aux conditions générales disponibles sur le site Internet du bailleur. X. doit-il fournir les sûretés?<sup>10</sup>

## II. Les points de contact essentiels entre le droit du bail et Internet

4. En matière de bail, il existe plusieurs domaines où la pratique va recourir de plus en plus aux services offerts par Internet en tant que toile ouverte de communication. En premier lieu, Internet se prête à être utilisé dans le contexte de la *conclusion* du contrat de bail (voir A, ci-après) et de la *communication* entre bailleur et locataire après que le contrat de bail a été conclu (voir B, ci-après). En outre, Internet peut également rendre service dans la phase de *l'exécution* du contrat de bail conclu (voir C, ci-après). Moins central mais également intéressant est la question de savoir si Internet peut être utilisé dans le contexte de la résiliation d'un bail à loyer, s'il offre des facilités au niveau de la procédure et s'il pose des problèmes du point de vue du droit international privé.

---

<sup>10</sup> On rappellera que l'obligation de fournir des sûretés, qui est de nature contractuelle, doit se fonder sur un consentement entre les parties contractantes. Par conséquent, si le bailleur demande au locataire la fourniture de sûretés sans base contractuelle, il demande une modification unilatérale du contrat qui tombe sous le coup de l'art. 269d al. 3 CO. Cf. TERCIER N 1733.

## A. La conclusion du contrat de bail et Internet

5. L'application la plus évidente d'Internet en droit du bail se situe dans le cadre de la conclusion du bail. Afin de bien saisir les particularités qu'Internet présente dans ce contexte et pour éviter des confusions avec d'autres moyens de communication, il sied de rappeler d'abord quelques *fondements généraux* relatifs à la conclusion d'un contrat par Internet.

### 1. Fondements généraux

6. En premier lieu, il appert important de rappeler que les problèmes juridiques ne sont pas les mêmes suivant que la conclusion du contrat s'opère sur le plan *national* ou *international* respectivement suivant que la communication se fait par simple *échange de données informatisées* dans un cadre préétabli entre plusieurs entreprises (EDI) ou à travers la *toile ouverte* (Internet). Par conséquent, on peut distinguer *quatre degrés* de complexité juridique (1 à 4) de la conclusion du contrat par voie électronique (voir tableau, ci-dessous):

Conclusion du contrat	sur le plan national	sur le plan international
par EDI	1	2
par Internet	3	4

#### a) Electronic Data Interchange (EDI) et Internet

7. La conclusion d'un contrat par simple échange de données informatisées *EDI (Electronic Data Interchange)*<sup>11</sup> diffère en partie de la conclusion d'un contrat par *Internet*. Par souci de simplification, la différence peut se résumer comme suit:
- En cas d'EDI, l'échange de données informatisées s'opère entre deux ou plusieurs entreprises dans le cadre d'une **relation commerciale déjà établie** et **contractuellement structurée** par un *Electronic Data Interchange Agreement*<sup>12</sup> qui, de manière plus ou moins détaillée, règle les formalités de l'échange des données informatisées<sup>13</sup>. Dans ce cadre bien défini, les entreprises concernées concluent des contrats<sup>14</sup> auxquels ils sont liés en conformité des règles convenues dans l'*Electronic Data*

<sup>11</sup> Sur le problème de la traduction du terme anglais *Electronic Data Interchange*, voir JACCARD, conclusion 60 ss.

<sup>12</sup> Pour un exemple tiré de la pratique, voir JACCARD, conclusion 501 ss. concernant Eurosinet/Swisspro.

<sup>13</sup> JACCARD, conclusion 105; ZEHNHÄUSERN 4; WIDMER/BÄHLER 135 ss; WEBER/ JÖHRI 40.

<sup>14</sup> JACCARD, conclusion 121; WIDMER/BÄHLER 136.

*Interchange Agreement*. Il s'agit donc d'un **réseau fermé** servant à échanger des données informatisées comme par exemple dans le secteur bancaire (SWIFT) ou à la bourse électronique (SOFFEX)<sup>15</sup>.

- Internet, par contre, va plus loin en permettant à des personnes qui n'ont **pas de relation d'affaires** déjà établie de nouer des rapports contractuels. Ainsi, à la différence d'EDI, qui se limite à l'échange de données informatisées entre des entreprises commerciales, Internet est ouvert à tout le monde, notamment aussi aux consommateurs<sup>16</sup>. Internet représente dès lors un **réseau ouvert** qui ne présuppose pas de structure bien définie et déjà établie entre les parties voulant communiquer par ce moyen.
8. Au vu de cette différence principale entre la communication par EDI et la communication par Internet, il appert que la conclusion d'un contrat par voie électronique dans un réseau *ouvert* pose des problèmes juridiques plus complexes que la conclusion d'un contrat par voie électronique dans un réseau *fermé*, soit dans un cadre normatif établi conventionnellement entre les personnes avant de procéder à des échanges réguliers et structurés de données informatisées.

#### b) Plan national et plan international

9. En tant que moyens de communication rapides et bons marchés EDI et Internet facilitent substantiellement le processus des négociations et de la conclusion d'un contrat. Cela vaut particulièrement sur le plan *international* où la voie électronique apporte un progrès important sous forme de la simplification de l'échange de textes à longue distance sans perte de temps. Du point de vue juridique, il importe de noter que la conclusion d'un contrat *international* par *voie électronique* conjugue les problèmes spécifiques d'un contrat international (compétence internationale, droit applicable) avec les problèmes particuliers liés au moyen de communication utilisé (voie électronique). En d'autres termes, il résulte un cumul de la complexité juridique lorsque un contrat international est conclu par Internet<sup>17</sup>.

#### c) Aperçu des dispositions pertinentes en la matière

10. Il n'est guère surprenant que le législateur accuse d'habitude un certain retard sur l'évolution rapide de la technologie. Internet n'en est pas une exception. En effet, sous réserve de l'Ordonnance sur les services de certification<sup>18</sup> - qui au demeurant s'entend comme une "*réglementation à caractère expérimental*"<sup>19</sup> - le législateur suisse n'a pas

<sup>15</sup> Voir p. ex. JACCARD, conclusion 101.

<sup>16</sup> Voir p. ex. ZEHNHÄUSERN 5; WEBER/JÖHRI 40.

<sup>17</sup> Voir tableau, ci-dessus, no 6.

<sup>18</sup> Ordonnance sur les services de certification électronique (OSCert) du 12 avril 2000, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2000 (RS 784.103).

<sup>19</sup> Voir l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 OSCert: "La présente ordonnance définit, sous la forme d'une réglementation à caractère expérimental, les conditions auxquelles les fournisseurs de services de certification peuvent être

encore adopté des règles particulières concernant la conclusion des contrats par Internet. Aussi faut-il résoudre les questions qui surgissent en la matière, du moins pour le moment, en vertu du *droit positif actuel*, à savoir par une *interprétation adéquate* des dispositions pertinentes notamment des dispositions générales du CO et de la LDIP<sup>20</sup>. On retiendra toutefois qu'un avant-projet de loi sur la *reconnaissance juridique de la signature électronique* est en préparation et devrait être mis en circulation publique d'ici à la fin de l'année 2000<sup>21</sup>. Le législateur fédéral semble donc être disposé à aller de l'avant pour faciliter la conclusion des contrats par Internet<sup>22</sup>.

11. A part la législation spécifique ponctuelle, il existe un nombre croissant de dispositions qui, directement ou indirectement, intéressent la matière. On citera notamment les dispositions suivantes:

- *Netiquette* qui est un Codex d'autorégulation contenant des règles de conduite relatives à l'utilisation d'Internet sans force de loi mais dont l'observation est souvent stipulée par un engagement contractuel<sup>23</sup>;
- La *loi-type* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur le *commerce électronique* du 14 juin 1996<sup>24</sup>
- La Convention sur la loi applicable aux *ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* du 15 juin 1955<sup>25</sup>;
- La directive 1997/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de *contrats à distance*<sup>26</sup>;
- La directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les *signatures électroniques*<sup>27</sup>;
- La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du *commerce électronique*, dans

---

reconnus sur une base volontaire et règle leurs activités dans le domaine des certificats électroniques." Selon l'art. 21, l'ordonnance n'a effet que jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi en la matière, mais au plus tard jusqu'à fin 2009.

<sup>20</sup> Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291).

<sup>21</sup> Cf. Communiqué de presse de la Confédération, <http://www.admin.ch/uvek/doku>.

<sup>22</sup> Pour plus de détail, voir *infra* no 27 ss.

<sup>23</sup> Voir par exemple l'art. B.6. de la description des services d'accès Internet *the blue window* qui énonce: "Par violation grave, on entend en particulier le non-respect des règles de comportement définies dans la Netiquette, notamment en ce qui concerne les spam, mailbombs et envois de messages publicitaires non désirés." Voir également l'art. C.1.4: "Le client accepte les règles de comportement définies dans la Netiquette, notamment en ce qui concerne les spam, mailbombs et envois de messages publicitaires non désirés, et s'engage à les respecter."

<sup>24</sup> Texte disponible sous <http://www.uncitral.org>.

<sup>25</sup> Cf. RS 0.221.211.4, entrée en vigueur pour la Suisse le 27 octobre 1972.

<sup>26</sup> Voir JO no L 144 du 4 juin 1997, 19 ss.

<sup>27</sup> Voir JO no L 013 du 19 janvier 2000, 12 ss.

le marché intérieur<sup>28</sup>.

## 2. La conclusion du contrat de bail par Internet

### a) Généralités

12. Afin de mieux saisir les particularités que la conclusion d'un contrat par Internet implique, il convient de se rappeler l'évolution que le mécanisme de conclusion des contrats a vécu sous l'influence du progrès technique des moyens de communication. Ce rappel est révélateur parce qu'Internet représente la plus récente étape d'une évolution de **dématérialisation croissante** du processus de conclure des contrats. Par souci de simplification, on peut *schématiquement* distinguer les étapes suivantes de l'évolution du mécanisme de conclusion des contrats (voir schéma, ci-après):

Evolution vers la dématérialisation	Document contenant la déclaration de volonté de l'expéditeur	Mode de transmission	Document reçu par le destinataire
<b>Etape 1: Original</b>	<b>Original</b> (avec signature manuscrite)	Transmission <b>physique</b> de l' <b>original</b> (par courrier)	<b>Original</b> (avec signature manuscrite)
<b>Etape 2: Copie</b>	<b>Original</b> (avec signature manuscrite) <b>Copie</b> (avec signature copiée)	Transmission <b>physique</b> de la <b>copie</b> de l'original (par courrier)	<b>Copie</b> (avec signature copiée)
<b>Etape 3: Télécopie (fax)</b>	<b>Original</b> (imprimé par ordinateur; avec signature manuscrite)	Transmission <b>électronique</b> du contenu de l'original (par câble)	<b>Télécopie</b> (reproduction à distance du contenu de l'original avec signature télécopiée)
<b>Etape 4: Télécopie par ordinateur (computerfax)</b>	Document <b>électronique</b>	Transmission <b>électronique</b> du contenu de l'original (par câble)	<b>Télécopie</b> (reproduction à distance du contenu de l'original avec ou sans signature télécopiée)
<b>Etape 5: Internet / messagerie électronique (e-mail)</b>	Document <b>électronique</b>	Transmission <b>électronique</b> du document électronique (par câble)	Document <b>électronique</b> (à l'avenir avec signature digitale)

13. Conformément à l'art. 1<sup>er</sup> CO, la conclusion d'un contrat présuppose la manifestation des volontés concordante et réciproque des deux parties contractantes, c'est-à-dire qu'il faut un accord portant sur tous les points objectivement et subjectivement essentiels. D'après la conception classique, un tel accord résulte du fait que l'une des deux parties fait une offre et que l'autre partie l'accepte. A notre époque, marquée par la communication électronique, la question centrale est de savoir si ce processus de conclure un contrat

<sup>28</sup> Voir JO no L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16, notamment les art. 9 à 11; voir également LEHMANN, EuZW 2000, 517 ss.

moyennant une offre, suivie de son acceptation, peut valablement se dérouler sur Internet? La réponse de principe est *affirmative* car - sous réserve d'éventuelles conditions de forme particulière<sup>29</sup> - une partie contractante peut manifester sa volonté sans autre sous forme digitale<sup>30</sup>. Toutefois, il faut noter que la conclusion d'un contrat par Internet soulève quelques *problèmes juridiques* que la pratique ne saurait ignorer. Afin d'examiner ces problèmes de plus près, il convient de traiter d'abord de l'offre et puis de l'acceptation manifestées par voie électronique. Ce faisant, nous partons de l'hypothèse la plus probable que le contrat par Internet est conclu sur le plan national<sup>31</sup>.

## b) L'offre par voie électronique

14. Si un bailleur entend mettre à bail un objet (p. ex. un appartement ou une voiture), il peut le faire en utilisant Internet de *deux manières*: soit il envoie son offre par courrier électronique à un nombre plus ou moins grand de personnes dont il connaît l'adresse e-mail, soit il place son offre sur un site Internet accessible à tout le monde. Ces deux manières de procéder sont-elles juridiquement équivalentes? La réponse est *négative* car il faut distinguer entre une *offre* proprement dite et une simple *invitation à faire une offre* (appel d'offre)<sup>32</sup>.

### (1) Offre ou appel d'offre?

15. Dans la *première* hypothèse, lorsque le bailleur envoie son offre à des adresses e-mail, son message électronique s'adresse à un nombre défini de *destinataires déterminés* et constitue ainsi une offre valable permettant à chaque destinataire de parfaire le contrat par la simple acceptation de l'offre pourvu que celle-ci contienne tous les éléments objectivement essentiels du bail (objet à louer, loyer). Pour le bailleur d'un corps certain (surtout dans le domaine immobilier), ce procédé comporte toutefois le risque de conclure des baux avec *plusieurs* personnes bien qu'il ne puisse céder l'usage de l'objet qu'à une seule<sup>33</sup>. Ainsi, à l'exception du bail conclu avec le locataire auquel il transfère effectivement la possession de la chose louée, il se verra incapable d'accomplir les contrats de bail conclus avec les autres locataires. Afin d'éviter ce problème, le bailleur sera donc bien inspiré d'assortir son message électronique d'une *réserve* - par exemple en y ajoutant la mention "sans engagement"<sup>34</sup> - afin d'indiquer clairement aux destinataires que le message qui leur parvient par voie électronique ne constitue juridiquement pas une offre mais un appel d'offre (*invitatio ad offerendum*). Ainsi, toute personne intéressée à louer l'objet en cause saura que le bailleur choisira l'offre qui lui convient le mieux. Il faut toutefois noter que, suivant les circonstances concrètes (p. ex. location commerciale de voitures) l'invitation à faire une offre peut entraîner la conséquence que

---

<sup>29</sup> Voir *infra* no 25 ss.

<sup>30</sup> Voir p. ex. ZEHNHÄUSERN 7.

<sup>31</sup> Voir *supra* no 6.

<sup>32</sup> Il va de soi que toute personne prudente qui utilise Internet comme moyen de communication précisera dans son message s'il entend faire une offre ou seulement un appel d'offre.

<sup>33</sup> Cf. SCHWENZER N 28.10.

<sup>34</sup> Voir p. ex. ENGEL 195; SCHMIDLIN art. 7 N 5; BUCHER art. 7 N 2; SCHWENZER N 28.10.

le silence à une offre faite par un destinataire du message électronique vaut acceptation de celle-ci (art. 6 CO)<sup>35</sup>.

16. Dans la *deuxième* hypothèse où le bailleur place son offre sur son site Internet, celle-ci s'adresse à un *nombre indéfini de personnes indéterminées*. Il sied donc se demander si une telle annonce sur Internet constitue une offre au sens juridique étant donné que l'art. 7 al. 1 CO précise que la personne faisant une offre n'y est pas liée "si son intention de ne pas s'obliger résulte soit des circonstances, soit de la nature spéciale de l'affaire". Ainsi une annonce dans un journal ou sur une affiche publique ne constitue communément pas une offre<sup>36</sup> à moins que la quantité de l'objet ne soit pratiquement illimitée et l'identité de la personne cocontractante sans importance pour l'offrant<sup>37</sup>. Par contre, l'art. 7 al. 3 CO énonce bel et bien que le "fait d'exposer des marchandises, avec indication du prix, est tenu dans la règle pour une offre." Faut-il en conclure que le site Internet représente juridiquement un "*étalage virtuel*" avec la conséquence que celui qui y place son offre y est liée?
17. A notre sens, la réponse doit être *nuancée*. La raison pour laquelle il se justifie de considérer l'exposition d'une marchandise avec indication du prix comme une offre est le fait que la présentation *physique* de la marchandise exclut pour l'offrant diligent le risque de passer des contrats plus nombreux qu'il ne dispose de marchandises à livrer. En effet, aussi longtemps qu'un exemplaire de la marchandise se trouve exposé à l'étalage, l'offrant pourra, le cas échéant, toujours livrer ce dernier exemplaire. L'exposition physique d'une marchandise permet donc de concilier l'intérêt de l'offrant de ne pas s'engager contractuellement sans disposer des moyens pour tenir ses engagements avec l'intérêt du destinataire d'une offre d'avoir une certaine garantie que le contrat soit exécuté s'il accepte l'offre. Par contre, dès que la marchandise est présentée *indirectement* par des photos, des catalogues etc., avec indication des prix, la loi a été bien inspirée de n'y voir plus une offre mais une simple invitation à faire une offre<sup>38</sup> afin de protéger l'expéditeur qui recourt à de tels moyens publicitaires contre le risque que ses démarches aboutissent à la conclusion de contrats plus nombreux qu'il ne peut finalement honorer.
18. Si l'on transpose cette *ratio legis* à la situation du site Internet interprété comme un "*étalage virtuel*", l'on peut en conclure deux choses. Dans la mesure où l'exécution d'un contrat implique la livraison *physique* d'un objet offert sur Internet, l'analogie de "*l'étalage virtuel*" n'est *pas* concluante parce qu'elle entraîne le risque pour celui qui place des offres sur Internet d'aboutir à la conclusion de contrats plus nombreux qu'il ne possède des marchandises à livrer. Dans le cas des objets nécessitant une livraison physique, on ne saurait donc qualifier d'offre le fait qu'une marchandise est présentée sur Internet avec indication du prix. Par contre, lorsqu'une marchandise est susceptible d'une *livraison par voie électronique* tels que des logiciels, des informations, des images, le

---

<sup>35</sup> Voir p.ex. SCHMIDLIN art. 7 N 6; BUCHER art. 7 N 7.

<sup>36</sup> Voir p.ex. BUCHER art. 7 N 5.

<sup>37</sup> Cf. BUCHER art. 7 N 6; SCHWENZER N 28.08.

<sup>38</sup> Cf. l'art. 7 al. 2 CO.

traitement du site Internet comme un *étalage virtuel* se justifie et l'application analogique de l'art. 7 al. 3 CO est adéquate<sup>39</sup>.

19. Que faut-il en conclure pour des objets offerts en location sur un site Internet? Etant donné que le contrat de bail vise la cession de l'usage d'une chose *corporelle* (mobilier ou immobilière), l'exécution du contrat implique le transfert de la possession de la chose et ainsi son transfert *physique*. Par conséquent, on ne saurait appliquer l'art. 7 al. 3 CO par analogie à des objets qui sont offerts en location sur un site Internet. Du point de vue juridique, de telles offres sont de simple appels d'offres.

## (2) Durée de la validité d'une offre sans fixation de délai

20. Indépendamment du fait qu'une offre de conclure un contrat de bail est placée sur un site Internet ou envoyée par courrier électronique (e-mail) à une personne déterminée, la question se pose de savoir *jusqu'à quand* l'offrant est lié à une offre ne fixant pas de délai pour son acceptation. On rappellera que le CO opère à ce sujet une distinction selon que l'offre est faite entre personnes *présentes* ou personnes *absentes*. Dans la première hypothèse, la validité de l'offre est en principe limitée à la *durée* de la *conversation directe et personnelle* (y compris la communication par téléphone ou par radio)<sup>40</sup> entre les parties contractantes, c'est-à-dire que le destinataire d'une offre faite entre personnes présentes doit l'accepter *immédiatement* pour parfaire le contrat<sup>41</sup>. Dans la deuxième hypothèse, soit en cas de communication entre personnes absentes (notamment par lettre, télégramme<sup>42</sup>, télex ou télécopie), l'acceptation doit intervenir dans un *délai convenable* qui se calcule en fonction des laps de temps nécessaires à la transmission de l'offre, à la réflexion du destinataire et à la transmission de l'acceptation<sup>43</sup>.
21. Traduit à la situation d'Internet, on peut en déduire que l'offre faite par *courrier électronique* (e-mail) constitue, en principe<sup>44</sup>, une offre entre personnes *absentes* car - malgré la rapidité de la communication par courrier électronique - aucune communication directe et personnelle a lieu entre les parties contractantes à défaut d'un *dialogue interactif*<sup>45</sup>. La durée de la validité de l'offre faite par courrier électronique se détermine donc conformément à l'art. 5 al. 1 CO. Puisque la transmission d'une offre par

<sup>39</sup> Cf. ZEHNHÄUSERN 8 s.; HAHN 151; WEBER/ JÖHRI 43. - Voir également l'art. 11 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique; WEBER/ JÖHRI 44.

<sup>40</sup> Art. 4 al. 2 CO; SCHMIDLIN art. 4 N 3.

<sup>41</sup> Art. 4 al. 1 CO; SCHWENZER N 28.19.

<sup>42</sup> En Suisse, le télégramme est devenu obsolète; cf. SCHÖBI 98.

<sup>43</sup> Art. 5 CO; SCHWENZER N 28.20; SCHMIDLIN art. 5 N 8.

<sup>44</sup> Des *exceptions* sont envisageables. C'est notamment le cas pour les "*chat groups*" où plusieurs personnes communiquent ensemble par voie électronique "en temps réel" de manière qu'une *communication interactive et instantanée* s'établit. Cette communication qui dure aussi longtemps que les "interlocuteurs" sont assis devant leurs écrans et échangent leurs messages de manière interactive, est assez similaire à un entretien téléphonique sauf que la communication ne se déroule pas de vive voix mais s'effectue en tapant les déclarations sur le clavier de l'ordinateur. Voir également WEBER/ JÖHRI 46.

<sup>45</sup> Cf. SCHWENZER N 28.20; ZEHNHÄUSERN 10; WIDMER/BÄHLER 154.

courrier électronique est pratiquement instantanée et que l'utilisateur d'Internet est censé contrôler sa boîte électronique quotidiennement, une offre reçue par courrier électronique doit en principe être acceptée le lendemain ou surlendemain pour que le contrat aboutisse à moins que l'affaire n'exige une réflexion particulière en raison de son importance ou de sa complexité<sup>46</sup>.

22. La situation est différente lorsque l'offre n'est pas transmise par courrier électronique à une ou plusieurs personnes déterminées mais placée sur un site *Internet*. Dans ce cas, pour celui qui visite le site, il est pratiquement impossible de savoir quand l'offre y a été mise. Toutefois, ce moment n'est pas déterminant. A condition qu'il s'agisse réellement d'une offre, et non seulement d'une invitation à faire une offre<sup>47</sup>, on peut partir du principe que l'offrant est lié à son offre aussi longtemps que celle-ci figure sur le site Internet, comme c'est également le cas pour des objets exposés à l'étalage d'un magasin. Ici, l'image de "*l'étalage virtuel*" est donc concluante<sup>48</sup>. Par conséquent, dès que l'offre est retirée du site Internet, elle ne peut plus être acceptée<sup>49</sup>.

### c) L'acceptation par voie électronique

#### (1) Forme de la déclaration d'acceptation

23. En principe, l'acceptation d'une offre placée sur un site Internet ou faite par courrier électronique peut être déclarée par *tout* moyen de communication, aussi bien par les moyens traditionnels (lettre, télégramme, télex, télécopie, téléphone) que par les nouveaux moyens électroniques. Sont toutefois à noter deux types de restrictions. Premièrement, il se peut que la *loi* prévoie des conditions de forme particulières. Par conséquent, tant l'offre que l'acceptation doivent satisfaire à de telles exigences légales sous peine de nullité<sup>50</sup>. Deuxièmement, l'offrant peut lui-même exiger dans son offre que l'acceptation respecte une certaine forme, p. ex. qu'elle lui soit transmise par courrier électronique, notamment par renvoi d'un *formulaire électronique* dûment rempli<sup>51</sup>.

#### (2) Réception de la déclaration d'acceptation

24. Lorsqu'une offre est acceptée par courrier électronique, notamment par envoi d'un formulaire électronique dûment rempli, la question se pose de savoir *quand* le contrat est

---

<sup>46</sup> Dans le même sens, WIDMER/BÄHLER 152.

<sup>47</sup> Quant au problème de distinguer l'offre d'une simple invitation à faire une offre, voir *supra* no 16 ss.

<sup>48</sup> WIDMER/BÄHLER 152.

<sup>49</sup> Plus précisément, il faut réserver le cas où quelqu'un envoie son acceptation par courrier ordinaire et qu'ensuite l'offre est retirée du site avant que la lettre parvienne au destinataire. Dans ce cas, l'offrant est lié à son offre jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'éventuelles acceptations (art. 5 al. 1 CO). Dès lors, s'il n'a pas exigé dans son offre que toute acceptation se fasse par *courrier électronique* ou en remplissant un *formulaire électronique*, l'acceptation par courrier ordinaire parvenant à l'offrant un ou deux jours après que l'offre a été retirée du site Internet ne sera pas tardive.

<sup>50</sup> Les conditions de forme légales sont traitées, *infra*, no 25 ss.

<sup>51</sup> Voir p. ex. WIDMER/BÄHLER 150 s.

*parfait*, c'est-à-dire à quel moment le message électronique est considéré comme parvenu dans la sphère d'influence du destinataire. Si l'offrant a un *accès direct* à Internet parce qu'il possède lui-même un serveur, on ne doutera guère que le message est réputé avoir été reçu par le destinataire au moment où le message est enregistré sur le serveur. Par contre, lorsque le destinataire du message électronique n'a qu'un *accès indirect* à Internet par l'intermédiaire d'un *fournisseur d'accès (access provider)*, on peut se demander si le moment déterminant est l'enregistrement du message sur le serveur du fournisseur d'accès ou sur le disque dur du destinataire. Etant donné que le destinataire a accès au message dès le moment où celui-ci est enregistré sur le serveur de son fournisseur d'accès, il faut considérer que, du point de vue juridique, le message est reçu à ce moment et est déjà dans la sphère d'influence du destinataire<sup>52</sup>. Par conséquent, chaque partie contractante assume le risque d'éventuels *problèmes de transmission* des messages entre le serveur du fournisseur d'accès et le PC du destinataire. Cette manière de voir est notamment conforme à la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique dont l'art. 11 ch. 1 énonce que "la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant *reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès*."<sup>53</sup>

#### d) Conditions de forme

##### (1) Généralités

25. Le droit suisse consacre le principe de la liberté contractuelle et ainsi également la liberté de la forme des actes juridiques<sup>54</sup>. Dans l'intérêt de la partie faible et de la sécurité juridique, ce principe souffre toutefois des exceptions dans la mesure où la loi exige pour certains actes juridiques une *forme qualifiée*, à savoir la forme écrite simple<sup>55</sup>, la forme authentique<sup>56</sup> ou l'inscription dans un registre<sup>57</sup>. Pour la conclusion d'un contrat de bail en tant que telle la loi n'exige aucune forme particulière de sorte que la voie électronique est ouverte aux parties contractantes. Pourtant, l'exigence de la *forme écrite simple* revêt de l'importance en l'occurrence parce que le droit du bail exige la forme écrite pour de nombreuses déclarations<sup>58</sup>.
26. Conformément à l'art. 13 al. 1 CO, l'observation de la forme écrite requiert la *signature* de toutes les personnes qui s'engagent. Par "signature" le droit suisse entend la signature

<sup>52</sup> Dans ce sens également WIDMER/BÄHLER 155; WEBER/ JÖHRI 45.

<sup>53</sup> Voir également l'art. 15 de La *loi type* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur le commerce électronique du 14 juin 1996.

<sup>54</sup> Art. 11 al. 1 CO.

<sup>55</sup> P. ex. pour le contrat d'apprentissage (art. 344a al. 1 CO) ou, parfois, le cautionnement (art. 493 al. 1 CO).

<sup>56</sup> P. ex. pour la vente immobilière (art. 216 al. 1 CO). Selon l'art. 55 tit. fin. CC, la forme authentique est largement régie par le droit cantonal.

<sup>57</sup> P. ex. pour la fondation d'une société anonyme (art. 643 CO).

<sup>58</sup> Art. *infra* no 37.

*manuscrite*<sup>59</sup>, sous réserve de quelques exceptions peu importantes<sup>60</sup>. Cette exigence de la signature *écrite à la main* pose des problèmes dans le cadre du commerce électronique puisqu'elle représente un obstacle juridique à l'usage d'Internet. En effet, si les moyens traditionnels de communication tels que la lettre et le télégramme signés satisfont à l'exigence de la forme écrite<sup>61</sup>, le droit peine à reconnaître les nouvelles technologies de communication. Ainsi, selon la *jurisprudence* du Tribunal fédéral, ni le *télex*<sup>62</sup> ni la *télécopie*<sup>63</sup> satisfont à la forme écrite à défaut d'une signature manuscrite. Par contre, la *doctrine* tend à assimiler la télécopie portant la signature reproduite à distance à une lettre avec signature manuscrite<sup>64</sup>. Cette tendance va de paire avec une législation *ponctuelle* qui assimile la télécopie à une lettre écrite (p. ex. pour l'élection de for en droit international privé<sup>65</sup> ou selon la nouvelle loi sur les fors<sup>66</sup>). Néanmoins, pour ce qui est du *courrier électronique* (e-mail), il est constant que, selon le droit positif en vigueur, l'échange de messages par voie électronique ne satisfait pas à l'exigence de la forme écrite au sens de l'art. 13 al. 1 CO<sup>67</sup>. Ce déficit a amené le législateur fédéral à entreprendre des démarches tendant à la reconnaissance de la *signature numérique*.

## (2) La signature numérique

27. Un des grands avantages - et en même temps des grandes faiblesses - d'un *document électronique* est la facilité avec laquelle des modifications ultérieures peuvent y être apportées sans que des tiers s'en aperçoive facilement. Tout texte électronique est ainsi sujet à un *risque accru de manipulations*. La signature numérique a pour mission de

<sup>59</sup> Art. 14 al. 1 CO.

<sup>60</sup> Art. 14 al. 2 et 3 CO.

<sup>61</sup> Art. 13 al. 2 CO.

<sup>62</sup> Cf. ATF 112 II 326, 328 (conclusion d'un contrat par échange de télex); SCHWENZER N 31.14; SCHMIDLIN art. 13 N 31. - Cf. toutefois l'art. 13 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (RS 0.221.211.1) qui énonce: "Aux fins de la présente Convention, le terme "écrit" doit s'entendre également des communications adressées par télégramme ou par télex."

<sup>63</sup> Cf. ATF 121 II 252 (recours déposé par télécopieur)

<sup>64</sup> Voir p. ex. SCHWENZER N 31.14; SCHMIDLIN art. 13 N 32.

<sup>65</sup> Art. 5 al. 1 LDIP: "En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, *télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte*." Dans le même sens, l'art. 178 al. 1 LDIP. Voir également l'art. 17 al. 1 CLug.

<sup>66</sup> Voir l'art. 9 al. 2 lit a. de la loi fédérale sur les fors en matière civile.

<sup>67</sup> On notera toutefois l'ordonnance sur le registre foncier (ORF) du 22 février 1910 (RS 211.432.1) qui admet, en cas *d'urgence*, la communication informatique pour la réquisition de certaines annotations au registre foncier. L'art. 13 ORF dit: "1 Toute réquisition d'inscription doit être faite par écrit. 2 La formalité de l'écriture peut être accomplie par la signature du requérant, apposée au bureau du registre compétent sur un formulaire imprimé. 3 Les réquisitions transmises par téléphone ou par communication informatique ne satisfont pas à l'exigence de la forme écrite. 4 En cas d'urgence, les autorités et les tribunaux peuvent requérir l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner ou d'une inscription provisoire (art. 960, 1er al., ch. 1 et 2, 961, 1er al., ch. 1, CC), ainsi que la mention d'un blocage du registre foncier (art. 80, 6e al.) ou des mesures mentionnées à l'article 80, 9 e alinéa, par téléphone ou par communication informatique. La réquisition écrite doit suivre immédiatement. La réquisition est portée au journal avec la date et l'heure de la communication téléphonique ou informatique."

limiter ce risque et d'assurer qu'un document électronique comporte la même garantie quant à *l'identité* de l'expéditeur et quant à *l'authenticité* et *l'intégrité* du texte électronique qu'une signature manuscrite. Pour y arriver le législateur a décidé de procéder en *deux étapes*: dans un premier temps, il établit l'infrastructure nécessaire (*public key infrastructure*) pour assurer la *sécurité* de la communication électronique pour ensuite, dans une deuxième étape, conférer à la signature numérique la même valeur juridique qu'à la signature manuscrite.

(a) *Première étape*

28. Un premier pas important vers l'introduction - à titre expérimental<sup>68</sup> - de la signature numérique en droit suisse a été réalisé par l'adoption de l'Ordonnance sur les services de certification<sup>69</sup>. Cette ordonnance vise à "promouvoir la fourniture de services de certification électroniques sûrs à un large public, à encourager l'utilisation et la reconnaissance juridique des signatures numériques et à permettre la reconnaissance internationale des fournisseurs de services de certifications et de leurs prestations."<sup>70</sup>
29. La signature numérique poursuit surtout deux buts. D'un côté, elle vise à assurer *l'authenticité* d'un document électronique pour que celui qui le reçoit puisse être sûr de *l'auteur* du texte. De l'autre côté, elle sert à garantir *l'intégrité* d'un document électronique pour assurer que pendant l'acheminement de l'expéditeur au destinataire, le contenu du texte n'a pas été manipulé. En même temps, la signature garantit également la *confidentialité* de la communication électronique.
30. Techniquement, la signature numérique permet de coder un document électronique au moyen d'un algorithme de cryptage. Ainsi, l'ordonnance sur les services de certification définit la signature numérique comme "un code électronique joint ou lié logiquement à des données électroniques et chiffré au moyen d'une clé privée, qui permet de vérifier, après déchiffrement au moyen de la clé publique correspondante, que les données émanent bien du titulaire de la clé privée et qu'elles n'ont pas été modifiées depuis qu'elles ont été signées"<sup>71</sup>. Il en ressort que la signature numérique est composée de deux clés, à savoir une *clé privée* et *secrète* au moyen de laquelle l'expéditeur chiffre son document électronique avant de l'envoyer, et une *clé publique* correspond à la clé privée et servant au destinataire à déchiffrer le document reçu par voie électronique. Cette combinaison de deux clés, l'une privée et l'autre publique, permet de vérifier l'authenticité et l'intégrité d'un document électronique, condition fondamentale pour que la sécurité de la communication électronique soit assurée.

(b) *Seconde étape*

31. La seconde étape, sur le plan législatif, consistera dans la modification des dispositions légales (notamment des art. 13 et 14 CO) afin de conférer à la *signature numérique* la *même valeur juridique* qu'à la *signature manuscrite*. Cette deuxième étape a dès lors pour but de reconnaître la signature électronique comme un moyen technique permettant

---

<sup>68</sup> Cf. l'art. 1 al. 1 OSCert.

<sup>69</sup> Cf. GRABER 9 ss; LEGLER, Kurzkommentar zur Verordnung über Dienste im Zusammenhang mit der elektronischen Zertifizierung.

<sup>70</sup> Art. 1 al. 2 OSCert.

<sup>71</sup> Art. 1 lit. f OSCert.

d'observer la *forme écrite simple* que la loi exige dans certains cas. A cet effet, un *avant-projet* devrait être mis en consultation publique jusqu'à la fin de l'année 2000<sup>72</sup>.

32. Par rapport à *d'autres pays*, la Suisse accuse actuellement un certain *retard* dans les travaux législatifs visant à reconnaître la signature numérique. Ainsi, au niveau européen, *l'Union européenne* a adopté une directive sur les signatures électroniques qui oblige les Etats membres à conférer à la signature électronique largement les mêmes effets juridiques qu'à la signature manuscrite<sup>73</sup>. Le délai pour la mise en œuvre de cette directive arrive à échéance en juillet 2001<sup>74</sup>. Certains pays ont déjà modifié leur législation dans ce sens<sup>75</sup>. La même tendance se manifeste aussi à d'autres échelons. A titre d'exemple, on mentionnera la loi-type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le *commerce électronique* du 14 juin 1996<sup>76</sup>, les *Principles of International Commercial Contracts* de l'UNIDROIT<sup>77</sup> et les *Principles of European Contract Law*<sup>78</sup>. Il est donc souhaitable que la législation suisse arrive à conférer à la signature numérique la même valeur juridique qu'à la signature manuscrite sans trop tarder.

#### e) Aspects particuliers

33. On précisera encore deux points particuliers relatifs à la conclusion des contrats par Internet. Premièrement, le fait que la loi exige une forme particulière, notamment la *forme écrite* pour conclure un contrat ne présente aucun obstacle à ce que les parties utilisent Internet pendant la *phase des pourparlers*. Il est donc sans autre possible que les parties négocient les termes du contrat d'abord par courrier électronique pour après adopter le texte final sous la forme exigée par la loi.
34. Comme l'exemple introductif 2 le montre, les *conditions générales* peuvent poser des problèmes lorsqu'un contrat est conclu par Internet. Il va de soi que les conditions générales d'affaires ne font partie intégrante du contrat que si les deux parties y ont donné leur accord. Dans le cas où l'offre est directement faite sur un site Internet, l'offrant doit s'assurer que la personne acceptant l'offre accepte en même temps les conditions générales ce qui présuppose que ces conditions générales soient *disponibles*

<sup>72</sup> Voir communiqué de presse de la Confédération, disponible sur <http://www.admin.ch/uvek/doku>.

<sup>73</sup> Voir notamment l'art. 5 de la directive.

<sup>74</sup> Voir l'art. 13 de la directive.

<sup>75</sup> P. ex. l'art. 1316-1 CC français qui énonce: "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité." Pour l'Italie, voir RICCIO/RUSSO 1542.

<sup>76</sup> Voir l'art. 6 ("writing") et l'art. 7 ("signature").

<sup>77</sup> L'art. 1.10 définit "writing" comme "any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form"

<sup>78</sup> L'art. 1:301 (6) prévoit que "'written' statements include communications made by telegram, telex, telefax and electronic mail and other means of communication capable of proving a readable record of the statement on both sides".

sur le même site<sup>79</sup>. Cela vaut également lorsque la présentation sur le site Internet ne constitue juridiquement qu'une invitation à faire une offre. Dans ce cas, l'offre du client visitant un site Internet doit donner son accord aux conditions générales de l'autre partie déjà au moment où il envoie son offre. Du point de vue de la pratique, on sera bien inspirée de prévoir sur le site une case à cocher par toute personne qui envoie ou accepte une offre par voie électronique<sup>80</sup>.

## **B. La communication électronique entre le bailleur et le locataire après la conclusion du contrat**

35. Après la conclusion d'un contrat de bail, la communication entre le bailleur et le locataire n'est pas définitivement terminée. Du moins sporadiquement, les parties continueront à se communiquer des messages de sorte qu'il est utile de savoir s'il existe des restrictions à l'utilisation du courrier électronique dans ce contexte. A la lumière de la discussion sur les conditions de forme légales et de l'état actuel de la législation relative à la reconnaissance de la signature numérique, on peut distinguer *trois types* de déclarations: les déclarations qui doivent se faire au moyen d'une *formule officielle*; les déclarations qui doivent revêtir la *forme écrite* et les déclarations qui ne sont sujettes à *aucune forme particulière*. Si l'on passe en revue les dispositions du droit du bail sous cet angle, il en résulte l'aperçu suivant:

### **1. Déclarations sujettes à la formule officielle du canton**

36. Dans tous les cas où la loi impose l'emploi d'une *formule officielle*, l'utilisation d'Internet n'est pas possible; ceci non seulement *de lege lata* mais également après la reconnaissance de la signature électronique par la législation. Il s'agit notamment des cas suivants:

- congé donné par le bailleur d'un bail immobilier (art. 266l al. 2 CO),
- notification de hausse de loyer (art. 269d al. 1 CO),
- notification d'autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur (art. 269d al. 3 CO),
- notification du loyer initial sur formule officielle en cas de pénurie de logements et si elle est rendue obligatoire par les cantons (art. 270 al. 2 CO).

---

<sup>79</sup> Dans ce sens également l'art. 10 ch. 3 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique qui énonce: "Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire."

<sup>80</sup> Voir ZEHNHÄUSERN 16, WEBER/ JÖHRI 49 s.; WIDMER/BÄHLER 164. Pour plus de détails, voir NESTLE 249 ss.

## **2. Déclarations sujettes à la forme écrite**

37. Lorsque la loi exige la *forme écrite* pour une déclaration, l'utilisation d'Internet n'est pas possible *de lege lata* mais elle le sera dès que la loi reconnaîtra la signature électronique comme équivalente à la signature manuscrite. Il s'agit notamment des cas suivants:
- mise en demeure et fixation du délai comminatoire (art. 257d CO),
  - protestation du bailleur en cas de violation par son locataire du devoir de diligence et d'égards envers les voisins (protestation préalable nécessaire avant toute résiliation fondée sur l'art. 257f CO),
  - fixation par le locataire (d'un immeuble) d'un délai raisonnable au bailleur pour la réparation d'un défaut (art. 259g al. 1 CO),
  - avis du locataire de son intention de consigner le loyer (art. 259g al. 1 CO),
  - consentement écrit du bailleur pour autoriser les travaux de rénovation ou de modification de la chose louée par le locataire (art. 260a al. 1 CO),
  - contentement écrit du bailleur relatif au transfert d'un bail commercial (art. 263 al. 1 CO),
  - demande écrite du bailleur en vue de l'obtention de sûretés en cas de faillite du locataire (demande à adresser au locataire et à l'administration de la faillite, avec fixation d'un délai convenable; art. 266h al. 1 CO),
  - congé donné par le locataire d'un bail immobilier (art. 266l al. 1 CO),
  - demande de baisse de loyer (art. 270a al. 2 CO).

## **3. Déclarations sujettes à aucune forme particulière**

38. Pour toutes les déclarations et communications entre bailleur et locataire qui ne sont sujettes à aucune forme particulière, Internet et le courrier électronique peuvent être utilisés librement. Cela concerne notamment les cas suivants:
- l'accord des parties à la restitution des sûretés (sous réserve de dispositions complémentaires cantonales, art. 257e al. 4 CO),
  - avis des défauts par le locataire (art. 257g CO),
  - annonce par le bailleur des travaux de réparation et des inspections de la chose louée (art. 257h al. 3 CO),
  - fixation par le locataire d'un délai convenable au bailleur pour qu'il s'exécute de manière parfaite, en cas de retard dans la livraison de la chose louée ou de délivrance défectueuse de celle-ci à tel point que son usage est exclu ou considérablement entravé (art. 258 al. 1 CO),
  - avertissement du locataire en vue de la prise en charge du procès par le bailleur, dans le cas où un tiers fait valoir sur la chose un droit incompatible avec celui du locataire (art. 259f CO),
  - consentement du bailleur à la sous-location (art. 262 al. 1 CO),
  - communication par le locataire des conditions de la sous-location (art. 262 al. 2 litt. a CO),

- congé relatif aux baux de choses mobilières (art. 266l al. 1 CO a contrario).
- consentement du conjoint à la résiliation du bail portant sur le logement familial (art. 266m al. 1 CO),
- avis immédiat des défauts par le bailleur lors de la restitution de la chose louée (art. 267a al. 1 CO),
- motivation du congé (art. 271 al. 2 CO).

## C. L'exécution du contrat de bail et Internet

### 1. Aperçu

39. Si la conclusion d'un contrat par Internet est possible à moins que la *loi* n'exige une forme particulière, la situation n'est pas tout à fait la même pour l'*exécution* d'un contrat. En effet, l'exécution d'un contrat est moins souvent soumise à des restriction de forme<sup>81</sup> que la conclusion d'un contrat. Par conséquent, ce n'est pas en premier lieu la loi qui limite le champ d'application d'Internet dans ce domaine mais la *nature* de la prestation en cause. Un simple schéma permet d'illustrer ce constat:

Contenu du contrat conclu par Internet	Conclusion électronique	Livraison électronique	Paiement électronique
<b>Exemple 1</b> (voiture)	<b>oui</b>	<b>non</b>	<b>oui / non</b> (facture)
<b>Exemple 2</b> (logiciel)	<b>oui</b>	<b>oui</b>	<b>oui / non</b> (facture)

### 2. Exécution des prestations du contrat de bail

40. Pour le bail, la conclusion du contrat par Internet ne se heurte à aucune condition de forme particulière. Par contre, la *livraison* de l'objet loué n'est *pas possible* par Internet puisque la cession de l'usage d'une chose *corporelle* implique le transfert de la possession et partant échappe à toute exécution par voie électronique. Evidemment, il en va autrement de la prestation du locataire, soit de son obligation de *payer le loyer* parce qu'Internet permet d'effectuer des paiements sans trop de difficultés<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Voir p. ex. pour la cession d'une créance, l'art. 165 CO.

<sup>82</sup> WIDMER/BÄHLER 341 ss; FAVRE-BULLE, passim.

### III. Bibliographie

- ARTER O./JÖRG F.S./GNOS U.P., Zuständigkeit und anwendbares Recht bei internationalen Rechtsgeschäften mittels Internet unter Berücksichtigung unerlaubter Handlungen, PJA 2000, 277-297
- AVIS DE DROIT de l'Office fédéral de la justice du 24 novembre 1998, JAAC 1999, No 63.46
- BERNARDEAU Ludovic & Pacifico Massimiliano, Internet et le droit des contrats: Observations d'ordre général et identification des intervenants, Revue de droit uniforme 1998, 32-51
- BIZEUL Bruno, le télé-achat et le droit des contrats, Paris 1998
- BUCHER Eugen, Commentaire bâlois, Obligationenrecht I, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 1996
- BÜCKING, Internet-Domains - Neue Wege und Grenzen des bürgerlich-rechtlichen Namensschutzes, NJW 1997, 1887
- CAPRIOLI Eric A., Sécurité et confiance dans le commerce électronique - Signature numérique et autorité de certification, JCP 1998 I 123
- COMMERCE ELECTRONIQUE et avenir des circuits de distribution: de l'expérience des États-Unis aux perspectives françaises, Aspects juridiques et fiscaux, Gazette du Palais 1998, 1323-1371
- COUNCIL OF STATE, The Internet and digital networks, A Study adopted by the General Assembly of the Council of State on July 2, 1998
- DESBOEUF SÉVERINE, La conclusion des contrats par Internet, thèse de licence, Université de Neuchâtel 1998 (non publiée)
- ECKLIN Delphine, Le contrat de vente aux enchères en droit suisse (art. 229-236CO) et son application à Internet, thèse de licence, Université de Neuchâtel 2000 (non publiée);
- ENGEL Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 1997
- FAVRE-BULLE Xavier, Les paiements transfrontières dans un espace financier européen, Bâle et Francfort 1998
- GISLER Michael, Vertragsrechtliche Aspekte elektronischer Märkte - nach schweizerischem Obligationenrecht, thèse St. Gall 1999;
- GRABER Christian, Digitale Zertifikate: Infrastruktur für ein sicheres Internet, in: Geschäftsplattform Internet - Rechtliche und praktische Aspekte (Weber, Hilty, Auf der Maur, éd.), Zurich 2000, 9-17
- HAHN, Vertragsabschluss im Internet: Ausgewählte Fragen, in: Rechtsfragen der Informationsgesellschaft, Berlin 1999
- HEER Maria, Urheberrechtsschutz und Internet, in: E-Commerce: Rechtliche Aspekte einer neuen Geschäftsform, Zürich (sans date), 111-136
- IDEM, Les paiements à distance et les consommateurs, in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts 1998, 115-149
- ITEANU Olivier, Internet et le Droit, Aspects juridiques du commerce électronique, Paris 1996
- JACCARD Michel, Droit de la concurrence et signature numérique, Quelques réflexions à la lumière de la concentration Swisskey SA, Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, 1999, 17-24
- JACCARD Michel, La conclusion de contrats par ordinateurs, Berne 1996
- JÖHRI Yvonne, Digitale Signature, Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, 1999, 73-75
- LEGLER Thomas, Electronic Commerce mit digitalen Signaturen in der Schweiz, Kurzkomentar zur Verordnung über Dienste im Zusammenhang mit der elektronischen Zertifizierung, Berne 2000
- LEHMANN Michael, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, 517 ss
- MANKOWSKI Peter, Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ 1999, 203-294
- NESTLE Barbara M., Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten, in: Geschäftsplattform Internet- Rechtliche und praktische Aspekte (Weber, Hilty, Auf der Maur, éd.), Zurich 2000, 249-273
- PESTALOZZI Anton, Versteigerungen im Internet, RSJ 1998 (94), 241-248;

- RICCIO M./RUSSO M., Italie: La nouvelle loi italienne sur les documents électroniques, les signatures numériques et les opérations réalisées par voie électronique - Un événement décisif, Gazette du Palais 2000, 1542-1543
- ROSENTHAL David, Internet - Schöne neue Welt, Der Report über die unsichtbaren Risiken, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1999;
- RÖTLICH Inge, Die zivilrechtliche Haftung des Internet-Providers, insbesondere für die Weiterverbreitung rechtswidriger Äusserungen durch dritte Personen im Internet, thèse Constance, 1999;
- RÜFNER Thomas, Verbindlicher Vertragsschluss bei Versteigerungen im Internet, JZ 2000, 715-720
- SCHMIDLIN Bruno, Commentaire bernois, art. 1-18, Berne 1986
- SCHÖBI Felix, Vertragsschluss auf elektronischem Weg: Schweizer Recht heute und morgen, in: Geschäftsplattform Internet - Rechtliche und praktische Aspekte (Weber, Hilty, Auf der Maur, éd.), Zurich 2000, 95-108
- SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Berne 1998
- SIEBER Ulrich, Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich, in Daten- und Datenbanken;
- SPAHR Christoph, Internet und Recht, Zurich 2000
- TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 1995
- TISSOT Nathalie, Quelles protections pour les dénominations utilisées sur Internet, Semaine judiciaire 1998, 741-770
- WALTHER Fridolin, Die Digitalisierung des Rechts, recht 2000, 1-14
- WALTHER Fridolin Das Anwaltsgeheimnis im E-Mail-Zeitalter - Eine Problemskizze, RSJ 2000, 357-366
- WEBER Rolf. H., Schutz von Domänenamen im Internet, RSJ 1996, 406 s.
- WEBER Rolf H./JÖHRI Yvonne, Vertragsabschluss im Internet, in: Geschäftsplattform Internet - Rechtliche und praktische Aspekte (Weber, Hilty, Auf der Maur, éd.), Zurich 2000, 39-57
- WIDMER Ursula & BÄHLER Konrad, Rechtsfragen beim Electronic Commerce, Zurich 1997
- ZEHNHÄUSERN Urs, Elektronischer Vertragsschluss und Zahlungsverkehr im Internet, in: E-Commerce: Rechtliche Aspekte einer neuen Geschäftsform, Zürich (sans date), 1-29