Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance

Montero, Etienne

Published in:
Liber Amicorum Michel Coipel

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Montero, E 2004, Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance. Dans *Liber Amicorum Michel Coipel.* Kluwer, Bruxelles, p. 347-370.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 20. Apr. 2024

Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance

Étienne MONTERO
Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix

INTRODUCTION

1. Propos liminaires. – « Voilà une belle et classique question (...) », écrit Michel Coipel à propos de la formation des contrats entre absents[1]. Et de noter, à juste titre, qu'elle devrait connaître de nouveaux développements avec l'essor du commerce électronique[2]. Il n'échappe à personne que les techniques modernes de communication sont de plus en plus utilisées non seulement pour passer des contrats, mais aussi, plus largement, pour échanger des messages, transmettre des documents, réaliser des notifications... Cette facilité de communication – rapide, commode, efficace – porte à faire un usage généreux des technologies disponibles pour s'adresser à des commerçants, des prestataires de services ou d'autres correspondants établis au loin. En même temps, on ne peut exclure une multiplication des hypothèses dans lesquelles un e-mail, un appel téléphonique ou un fax, voire un SMS, vient court-circuiter l'expédition d'une lettre missive... L'éventualité d'un usage croisé des techniques plaide, selon nous, en faveur d'une appréhension globale, toutes techniques confondues, des situations où les parties contractantes sont géographiquement éloignées (*infra*, n° 2, *in fine*).

La question de la formation des contrats entre absents est du goût de Michel Coipel ; elle présente un regain d'intérêt à mesure que se généralise l'utilisation des nouvelles techniques de communication à distance pour adresser des notifications et conclure des contrats. Deux bonnes raisons pour reprendre le sujet en hommage au destinataire du présent *Liber*.

2. Remarque terminologique. – Michel Coipel note qu'en matière de commerce électronique, « on a tendance à parler de contrats à distance plutôt que de contrats entre absents ; ce qui est probablement plus approprié »[3]. Cette

1. *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la rencontre du droit, Diegem, Kluwer, 1999, p. 49, n° 61.
2. *Ibid.*
3. *Ibid.* En réalité, l'expression « contrats à distance » a été consacrée par le législateur bien au-delà du commerce électronique. En effet, la section 9 du chapitre VI de la loi sur les pratiques du commerce est intitulée « Des contrats à distance » et concerne la conclusion entre un vendeur et →

observation laconique a éveillé notre curiosité. Il n'en dit pas davantage. Tentons une explication. Un double motif conduit effectivement à privilégier l'expression « contrats à distance ». Le premier est relativement accessoire. Il n'est pas ici question de « l'absence » *proprio sensu*, telle qu'envisagée et réglée dans le Code civil[4]. Or, il n'est pas indiqué de désigner à l'aide d'un même terme deux notions étrangères. Peut-être est-ce la raison pour laquelle certains auteurs préfèrent parler de « contrats par correspondance »[5], ou de « contrats entre personnes non présentes »[6] ? Ces expressions ne sont pas des plus heureuses, ni tout à fait satisfaisantes.

Le second motif est plus intéressant. De façon générale, la théorie des contrats entre absents concerne les hypothèses où l'éloignement des parties rend problématique la détermination précise du moment et du lieu de formation du contrat. Or, l'on sait que si l'intervalle de temps écoulé entre la déclaration d'offre et celle d'acceptation est sinon nul, en tout cas négligeable, seul le lieu de conclusion du contrat demeure délicat à identifier. Ainsi affirme-t-on généralement, avec raison, que les contrats conclus par téléphone sont à assimiler aux contrats entre présents, mais, du point de vue du lieu, ce sont des contrats entre absents[7]. Tout se passe comme si certains contrats entre absents (du point de vue du lieu de conclusion) devaient être regardés comme contrats entre présents (du point de vue du moment de conclusion). Cette présentation des choses est gênante. En toute hypothèse, la théorie envisagée prend en charge la distance séparant les parties, alors que, sous l'angle du facteur temps, il n'est pas toujours permis de parler de contrat entre absents. On préférera donc l'expression de « contrats à distance ». Il nous paraît, en effet, plus satisfaisant d'envisager dans

→ un consommateur de tout contrat moyennant l'utilisation d'une technique de communication à distance, quelle qu'elle soit : sont ainsi visés non seulement les contrats conclus par voie électronique (directement sur le Web ou par échange de courriers électroniques...), mais aussi ceux conclus par des moyens tels que le téléphone, la télécopie ou le courrier postal... *Cf.*, en particulier, l'article 77 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (LPCC).

4. Livre premier, titre IV, articles 112 et s. A ce propos, voy. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : obligations. Théorie générale, 9e éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 138, n° 140.
5. *Cf.*, par ex., J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 346 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, 2e éd., Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 272. Cette expression n'a pas notre faveur. Elle semble réductrice en ce qu'elle suggère, à tort ou à raison, que seuls seraient visés les contrats formés par échange de lettres missives. Si elle paraît pouvoir concerner les contrats conclus par échange de courriers électroniques ou par fax, elle s'applique plus difficilement, sauf à forcer le sens des mots, aux contrats conclus sur le Web ou par téléphone.
6. Parmi d'autres, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 490, n° 40 ; IDEM, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 138, n° 55.
7. En ce sens, voy. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, Paris, 1897, p. 55, n° 40.

le cadre d'une théorie globale des « contrats à distance » tous les cas de contrats conclus entre parties géographiquement éloignées[8].

3. Élargissement de la problématique. – L'approche classique de la matière procède à une double réduction.

Lorsqu'est étudiée en doctrine la théorie dite des contrats entre absents, l'attention est d'ordinaire focalisée sur la détermination précise du moment et du lieu de formation du contrat conclu à distance[9]. Comme si ces questions faisaient difficulté seulement à propos des contrats ! En réalité, le cas de figure le plus couramment envisagé n'est qu'un aspect particulier d'un problème plus large. Toute déclaration de volonté adressée à un absent – ou mieux : transmise à distance – pose la question de la détermination du moment, voire du lieu, où elle sortit ses effets juridiques. Ce point de vue plus général est adopté en droit allemand, qui connaît un régime de la « déclaration de volonté adressée à un absent » (BGB, § 130)[10]. À propos de la notification d'un congé ou de la décision de renoncer au contrat, on peut aussi se demander à quel moment précis ses effets se produisent. Est-ce à l'instant où l'expression de volonté est émise ou quand elle est expédiée ou reçue, ou est-ce encore au moment de sa prise de connaissance effective par le destinataire ?

Au lieu d'examiner le problème par le petit bout de la lorgnette, en s'attachant seulement au cas particulier de l'acceptation de l'offre, il semble plus correct de l'envisager au niveau général auquel il se pose. Si ce n'est le confort des habitudes prises, rien n'empêche, au demeurant, d'adopter ce point de vue plus englobant[11]. Il s'en suit un rapatriement dans une théorie d'ensemble d'une série de questions étudiées d'ordinaire séparément, parmi lesquelles celles relatives au retrait de l'offre ou de l'acceptation, à leur caducité, etc[12].

8. Ce qui n'empêche pas d'opérer des distinctions en fonction de la qualité des parties contractantes et de règles spécifiques (incidence d'un délai de rétractation...).
9. Voy., parmi d'autres, A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2003, pp. 51-52, n° 68 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations – 1. L'acte juridique*, 10e éd., Paris, Armand Colin, 2002, pp. 107 et s., n° 157 et s. ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Obligations – 2. Contrats et quasi-contrats*, 11e éd., Paris, Cujas, 2001-2002, pp. 80 et s., nos 92 et s.
10. Pour un commentaire de cette disposition, voy. l'ouvrage collectif *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* – Beck'sche Kurz-Kommentare, n° 7, München, Verlag C. H. Beck, 2004, pp. 111 et s. ; C. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, Paris, Litec, 1992, pp. 93 et s., nos 86 et s.
11. En ce sens, M. FONTAINE, « Fertilisation croisée du droit des contrats », in *Études offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 347-361, spéc. p. 360, n° 18.
12. Certains auteurs échappent à la règle. Ainsi, dans une publication consacrée à la formation des contrats sous un angle dynamique, C. Delforge se garde bien de recourir à l'expression « théorie des contrats entre absents » (ou autre formulation analogue). Elle envisage successivement, entre autres, l'offre de contracter, l'acceptation et « le moment de la formation du contrat ». Ainsi, intègre-t-elle dans une approche d'ensemble toutes les questions relatives à la prise d'effet de ces différentes manifestations de volonté. Ses réflexions s'inscrivent de surcroît dans une →

Par ailleurs, en se bornant à examiner les questions du moment et du lieu de conclusion du contrat, la théorie des contrats entre absents néglige d'autres préoccupations entourant l'utilisation d'une technique de communication à distance pour accorder les volontés.

Ainsi, la conclusion de contrats à distance soulève une diversité de questions inhérentes, notamment, à l'absence de rapport direct entre parties et de contact tangible avec le produit convoité. Soucieux de prendre en charge les risques liés à la distance séparant les contractants, le législateur a jugé utile de voler au secours du consommateur, en prévoyant, notamment, une obligation renforcée d'information lors de l'offre en vente à distance (LPCC, art. 78) et une obligation de confirmer un certain nombre d'informations préalables « par écrit ou sur un autre support durable » (LPCC, art. 79), en instituant à son profit un délai de sept jours pour renoncer au contrat (LPCC, art. 80, § 1er) et en interdisant au « vendeur » d'exiger un acompte ou paiement quelconque avant la fin du délai de renonciation (LPCC, art. 80, § 3).

Ainsi encore, il y a lieu de pointer les risques spécifiques liés à la conclusion de contrats à distance par le biais des réseaux numériques, particulièrement dans les environnements ouverts[13]. Afin de rencontrer ce nouvel ordre de préoccupations, diverses règles particulières ont été conçues par le législateur européen[14] et transcrites en droit interne dans les lois du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information[15].

→ perspective comparative. À ce double titre, son étude nous a donc été particulièrement précieuse. *Cf.* C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, (sous la dir. de M. FONTAINE), Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 139-478.

13. Pour un aperçu de ces risques, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 701-704, nos 13 à 17.

14. Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Pour un commentaire complet de la directive, voy. E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, pp. 133-145 ; E. TERRYN, « De omzetting van de richtlijn elektronische handel in Belgisch recht : geen sinecure ? », *D.C./C.R.*, n° 51, 2001, pp. 115-165 ; E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique. Le projet 'Méditerranée' », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749-833.

15. *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960 et p. 12963. Pour un commentaire général de ces lois, voy. P. VAN EECKE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, Die Keure, 2003 ; E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 →

Idéalement, toutes ces questions devraient être prises en considération dans une théorie générale des contrats – ou déclarations de volonté transmises – à distance.

4. Articulation et limite de l'exposé. – Dans les limites du genre et de l'espace imparti, la présente étude se borne à poser quelques jalons pour une théorie globale de la déclaration de volonté transmise à distance. Nonobstant les considérations émises au point précédent, le propos se limite au problème du moment et, le cas échéant, du lieu de la prise d'effet de l'expression de volonté. Afin de mieux mettre en évidence l'intérêt de l'approche suggérée, l'exposé suit un schéma relativement classique. Après avoir examiné le cas des déclarations unilatérales de volonté, en général, on se penchera sur ces déclarations de volonté particulières que sont l'offre de contracter et l'acceptation de l'offre, pour déboucher, au final, sur la question du moment et du lieu de la conclusion du contrat à distance.

§ 1er. Les notifications

5. Généralités. – Les déclarations unilatérales de volonté s'analysent en des actes juridiques unilatéraux dans la mesure où leur auteur a l'intention de produire des effets de droit, par sa seule manifestation de volonté, sans le concours d'autrui.

Les actes juridiques unilatéraux sont légion. On songe à la manifestation de la décision de renoncer à un contrat, à une prescription acquisitive ou à une succession ou de la décision d'exercer la faculté de résiliation unilatérale, prévue dans tous les contrats à durée indéterminée et dans certains contrats à durée déterminée (art. 1794, 1944, 2004, 2007, C. Civ.), ou encore à certains actes déclaratifs telle la reconnaissance de dette. On mentionne également l'engagement par déclaration unilatérale de volonté, le testament, l'acceptation d'une succession, la promesse de récompense, le congé en matière de bail ou de contrat de travail, ou encore certaines « incombances »[16] ; parmi ces dernières, outre la

→ sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81-95. Sur les dispositions relatives aux contrats, voy. E. MONTERO, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », in *Le droit des affaires en évolution – Le contrat sans papier*, Institut des Juristes d'Entreprise, n° 14, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, pp. 1-53 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Formation permanente CUP, vol. 64, 2003, pp. 7-135.

16. Sur cette notion, voy. M. FONTAINE, « Obliegenheit, incombance ? », in *Liber amicorum Hubert Claassens. Verzekering,: theorie en praktijk – Assurance : théorie et pratique*, Louvain-la-Neuve/Anvers, Academia Bruylant/Maklu, 1998, pp. 151 et s. Mise en évidence par la doctrine récente, la notion d'incombance désigne des « obligations » d'une nature particulière : elles ne confèrent →

mise en demeure, on cite, à titre d'exemple, le devoir pesant sur l'assuré de déclarer le sinistre à l'assureur dans un délai déterminé[17].

Certains actes juridiques unilatéraux, qui font figures d'exceptions, sortissent leurs effets dès l'instant où leur auteur a manifesté sa volonté. Ces actes ne doivent pas être portés à la connaissance d'une personne particulière pour exister, même s'il conviendra d'avertir les tiers pour des raisons *pratiques* évidentes. Ainsi en est-il dans les hypothèses où l'effet juridique qu'ils visent à produire est relatif à la propre sphère juridique du déclarant[18]. Tel est le cas, par exemple, de l'établissement d'un testament ou de l'acceptation d'une succession.

La plupart des actes juridiques unilatéraux exigent, au contraire, d'être portés à la connaissance de leur destinataire pour être juridiquement efficaces. Ils doivent lui être *notifiés*. En ce sens, ces actes sont dits *réceptices* : ils ne produisent leurs effets qu'à partir du moment où ils sont reçus par leur destinataire. En réalité, toute déclaration de volonté vise à faire connaître à l'entourage une décision, mais seule est sujette à réception celle qui s'adresse à une personne déterminée touchée par ses effets[19]. Autrement dit, il y a acte réceptice toutes les fois que la déclaration de volonté a pour but direct d'informer une certaine personne, de lui donner un ordre juridique ou de porter atteinte à ses droits[20].

6. Intérêt et illustration du problème. – Parmi les actes qui exigent une notification pour être juridiquement efficaces, on peut citer, outre l'offre de contracter (*infra*, § 2), la révocation du mandataire, le congé en matière de contrat de travail, la mise en demeure préalable à l'exercice de la faculté de remplacement unilatéral ou de résolution extrajudiciaire, etc. Dans ces différentes hypothèses, la détermination du moment précis où l'acte sortit ses effets ne représente d'ordinaire pas un enjeu crucial. Mais, il est des hypothèses où la question peut se révéler plus décisive.

Ainsi, en matière de crédit à la consommation, le consommateur a le droit de faire savoir qu'il renonce au contrat pendant un délai de sept jours ouvrables à dater de la signature du contrat[21]. En pareille hypothèse, il sera parfois important de déterminer à quel moment précis l'acte de renonciation prend effet. Ainsi encore, en matière de ventes au consommateur conclues en dehors de

→ à leur « créancier » aucune action en exécution forcée, leur violation exposant néanmoins le « débiteur » à de fâcheuses conséquences.

17. *Cf.* les art. 19 et 21 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.
18. *Cf.* A. Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 56 ; C. Delforge, *op. cit.*, p. 198, n° 92.
19. A. Rieg, *Ibidem*.
20. Rappr. J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral – Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Paris, Sirey, 1951, p. 182, cité par P. Wéry, *Droit des obligations*, t. I, Louvain-la-Neuve, 2002-2003, p. 235.
21. Article 18 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation.

l'entreprise, ce dernier bénéficie d'un délai de réflexion de sept jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la signature du contrat. Pendant ce délai, il a le droit de faire savoir par envoi recommandé au vendeur qu'il renonce à l'achat[22]. Ici aussi, il n'est pas indifférent de savoir quand exactement le délai prend effet.

Dans une série d'hypothèses, la loi précise elle-même le moment où la déclaration unilatérale de volonté devient juridiquement efficace. Ainsi, la loi sur le contrat de *time-sharing* accorde au consommateur le droit de renoncer au contrat dans un délai de quinze jours, en précisant que le délai est réputé respecté si la notification par lettre recommandée a été *expédiée* avant l'expiration de celui-ci[23]. En matière de contrat d'agence commerciale, la notification pour résiliation peut être faite par lettre recommandée à La Poste, sortissant ses effets le troisième jour ouvrable suivant la date de son *expédition*[24]. Un dernier exemple : l'article 29 de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation prescrit, dans une hypothèse particulière, « le dépôt à la poste d'une lettre recommandée contenant mise en demeure »[25].

À défaut d'un texte légal ou réglementaire qui fixe expressément le moment où la notification d'une déclaration unilatérale de volonté prend effet, il y a lieu de pouvoir se référer à une règle supplétive pour déterminer ce moment.

7. Principes de solution. – On n'aperçoit pas ce qui pourrait empêcher l'auteur d'une déclaration unilatérale de volonté de se rétracter aussi longtemps que celle-ci n'est pas parvenue à son destinataire. Ce dernier n'est pas susceptible de souffrir le moindre préjudice puisque, par hypothèse, il n'a pas pu connaître la manifestation de volonté qui lui a été adressée, avant d'être retirée par un moyen plus rapide. De toute façon, dès lors qu'elle doit être notifiée à son destinataire pour sortir ses effets de droit, la déclaration de volonté ne pourra pas être juridiquement efficace avant sa réception par ce dernier. Cette prise d'effet doit-elle être retardée jusqu'au moment où le destinataire prend effectivement connaissance de la déclaration de volonté ? Non, car elle dépendrait alors du bon vouloir du destinataire à qui il suffirait de ne pas relever sa boîte postale ou son fax, ou de ne pas télécharger ses e-mails pour échapper aux effets de droit produits par la notification.

La règle supplétive recherchée s'impose de façon nette et évidente : un acte

22. LPCC, article 89.
23. Article 9, § 2, de la loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé.
24. Article 18, § 2, de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale.
25. Étant donné les termes de cette disposition, la Cour de cassation a estimé qu'il n'est pas requis que le recommandé ait effectivement été présenté au destinataire. *Cf.* Cass., 17 nov. 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1192, obs. ; *R.D.C.*, 1997, p. 175, note. Pour une critique de cette solution, voy. M. E. Storme, « Het verrichten van rechtshandelingen door middel van nieuwe telecommunicatiemiddelen – De nieuwe wetsbepalingen ingekaderd in de algemene leer van de kennisgeving », n° 24, http ://www.storme.be/2281.pdf.

unilatéral réceptice, c'est-à-dire dont l'efficacité juridique est subordonnée à une notification, prend effet dès l'instant où le destinataire de l'acte a pu en prendre connaissance, c'est-à-dire, pratiquement, aussitôt qu'il lui parvient[26]. Sauf convention ou disposition légale contraire, il est censé prendre connaissance de l'acte au moment de sa réception.

Cette solution est bien ancrée dans la jurisprudence civile, tant en matière d'acte juridique unilatéral[27] que de contrats entre absents (*infra*, n° 15)[28]. Au demeurant, le législateur a expressément disposé, il y a peu, que toutes les notifications à effectuer, en matière extrajudiciaire, par télégramme, télex, télécopie, courrier électronique ou autre moyen de communication étaient accomplies dès leur *réception* (art. 2281, al. 2, C. civ.)[29]. Enfin, la solution a été consacrée récemment par un important arrêt de la Cour d'arbitrage, en matière de procédure civile, à propos des notifications par pli judiciaire[30].

Cette approche du problème doit être approuvée. Il revient à l'auteur de prendre ses dispositions, en tenant compte du délai nécessaire pour que son courrier parvienne à destination.

L'enjeu du débat est lié au fait que la plupart des notifications se faisant actuellement par La Poste, un délai de un ou plusieurs jours – soit un intervalle de temps « appréciable »[31] – sépare le moment de l'envoi et celui de la réception. Or, avec l'utilisation de la télécopie (fax) et du courrier électronique, la communication devient quasi instantanée. Dans ces circonstances, on peut raisonnablement estimer que la date d'envoi coïncidera pratiquement avec celle de réception.

Est-ce une raison pour préconiser un régime à double vitesse ? On pourrait, en

26. En ce sens, voy. l'article 1.9 des Principes d'Unidroit. Comp. article 1 : 303 des Principes du droit européen du contrat. Ces instruments de *soft law* sont intéressants car ils représentent un effort appréciable de dialogue entre une diversité de traditions et systèmes juridiques pour l'élaboration d'un droit uniforme des contrats. Pour ce motif, nous y ferons encore référence par la suite.
27. Cass., 22 sept. 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 124, note J. Caeymaex (manifestation par un vendeur de son intention de se prévaloir d'une clause de réserve de propriété).
28. Cass., 16 juin 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 1190 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 301 et la note de J. Heenen, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance » ; Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 ; Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724.
29. Pour un commentaire de cette disposition, voy. L. Guinotte et D. Mougenot, « Quelles procédures pour le commerce électronique ? », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2001, pp. 305 et s. ; M. E. Storme, étude précitée.
30. C.A., 17 déc. 2003, *J.T.*, 2004, p. 45, note J.-F. van Drooghenbroeck. On est en droit d'estimer que la solution s'applique *a fortiori* aux notifications prévues sous forme d'un envoi recommandé ou d'un pli ordinaire. En ce sens, voy. l'auteur de la note précitée, p. 47. L'arrêt de la Cour d'arbitrage est d'autant plus remarquable que la Cour de cassation privilégie la théorie de l'expédition, en dépit des critiques unanimes de la doctrine (*cf.* les nombreuses références citées par l'annotateur, p. 46, n°s 3 et 4).
31. H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Livre III, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 524, n° 532.

effet, réserver le critère de la réception pour les notifications « à effet différé » (celles transmises par la voie postale) et préférer le critère de l'expédition pour les notifications à « effet (quasi) immédiat » (celles transmises par télécopie ou courrier électronique). Cette préférence pourrait se justifier par le fait que l'auteur de la notification aurait une plus grande facilité à administrer la preuve de la réalité et de la date de son envoi. Mais, la solution perd de vue qu'un courrier électronique peut également tarder plusieurs jours avant d'arriver à destination[32], voire s'égarer en cours de route[33]. Au total, sauf à « cautionner de nouvelles distorsions de traitement »[34], il paraît sage de retenir en toute hypothèse le critère de la réception, quitte à ce que l'expéditeur du courrier – traditionnel ou électronique – anticipe les risques évoqués.

Lorsque la notification a lieu par envoi recommandé, traditionnel ou électronique[35], avec accusé de réception, ou encore par courrier électronique horodaté[36], la date de réception est aisée à établir. Pour les envois recommandés ordinaires et les simples lettres, on présumera que le pli est parvenu à son destinataire au cours du premier jour ouvrable qui suit le jour où il fut confié aux services de La Poste[37-38]. Encore la preuve contraire peut-elle être administrée. Ainsi, un expéditeur diligent est admis à établir que le courrier postal, voire électronique, est arrivé au destinataire dans un délai exceptionnellement anormal eu égard à son attente légitime.

32. L'hypothèse relève certes de l'exception, mais le risque n'est pas nul. Des circonstances diverses (connexions interrompues, lignes saturées...) peuvent avoir pour effet de ralentir l'acheminement d'un message sur les réseaux.
33. Le plus souvent, un courrier électronique qui n'a pu être délivré à son destinataire revient à l'expéditeur. Mais il arrive parfois qu'un message soit tout simplement perdu, sans que personne n'en sache rien.
34. Rappr. J.-F. Van Drooghenbroeck, « La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition », note sous Cass., 20 février 1998, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 193 et s., spéc. p. 217, n° 42.
35. À ce sujet, voy. notre étude « Du recommandé traditionnel au recommandé électronique : vers une sécurité et une force probante renforcées », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 69-99.
36. Sur l'horodatage de documents électroniques, voy. M. Demoulin, « Aspects juridiques de l'horodatage des documents électroniques », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 45-68.
37. Bien entendu, cette solution concerne seulement les envois nationaux (avec un timbre Prior...). Pour les courriers ordinaires expédiés à l'étranger, la présomption doit être adaptée en fonction de l'éloignement du pays de destination, la preuve contraire demeurant réservée. Encore est-il plus indiqué en pareille hypothèse de recourir à l'envoi recommandé.
38. L'expéditeur d'un courrier électronique ordinaire sera plus démuni sur le plan probatoire étant donné la facilité avec laquelle on peut créer une adresse de courrier électronique et « fabriquer » un message. À défaut de passage par un tiers neutre, comme dans le cas du recommandé, le juge estimera sans doute que le message produit ne prouve ni la réalité, ni la date de l'envoi.

8. Effets juridiques de l'offre. – *A priori*, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer les solutions exposées précédemment à cette déclaration unilatérale particulière qu'est l'offre de contrat. Mais, tâchons, ici encore, de nous laisser guider par le bon sens et la prise en compte des intérêts respectifs des parties, avant d'explorer les solutions de droit positif en vigueur.

Deux hypothèses doivent être distinguées dès lors que le droit belge analyse la proposition de contracter faite au public comme une offre au sens juridique de la notion[39].

L'offre au public, adressée à personne indéterminée, nous paraît lier son auteur aussitôt que la volonté exprimée est suffisamment extériorisée, c'est-à-dire est entrée dans le champ social. Dès cet instant, le public a, en effet, la possibilité d'en prendre connaissance. Dans cette hypothèse, le moment d'émission coïncide pour ainsi dire avec le moment de réception. Dès que l'offre est rendue publique, les personnes qui en prennent connaissance peuvent légitimement compter sur le respect du délai prévu ou, au minimum, d'un délai raisonnable de réflexion avant de se décider. L'offrant ne peut dès lors se dédire unilatérament sans porter atteinte à cette confiance légitime. Ainsi une offre mise sur le web ou postée dans un forum doit être maintenue pendant le délai fixé ou, à défaut, pendant un délai suffisant pour permettre aux personnes intéressées de prendre attitude et éventuellement d'accepter.

Lorsque l'offre est adressée à une personne déterminée, elle ne saurait prendre effet avant d'être reçue par son destinataire. En effet, d'une part, ce type d'acte paraît être de ceux qui nécessitent une notification pour être juridiquement efficaces, d'autre part, on ne voit pas pourquoi l'offrant ne pourrait retirer son offre avant qu'elle parvienne au destinataire, en avertissant ce dernier par un moyen plus rapide. Faut-il retarder la prise d'effet de l'offre jusqu'à ce que le destinataire en prenne effectivement connaissance ? Pareille solution placerait l'offrant dans une situation très inconfortable vu qu'il ne serait pas en mesure d'évaluer la période de temps pendant laquelle il demeurerait lié par son offre. Si on ne voit pas l'intérêt particulier qu'aurait le destinataire de tarder à lire le courrier contenant l'offre, on ne peut exclure qu'en raison d'une absence prolongée ou par négligence, il retarde *de facto* la prise de connaissance effective. Au total, nous sommes d'avis que la meilleure solution est de décider que l'offre sortit ses effets et lie juridiquement son auteur au moment précis où son destinataire a la possibilité d'en prendre connaissance, c'est-à-dire, pratiquement, aussitôt qu'elle lui parvient[40].

Encore est-il possible de raisonner différemment, en estimant que l'offre de

39. J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. 3, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 16 et s., n° 11 et les exemples cités.

40. En ce sens, voy. l'article 15 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (approuvée par la loi du 4 septembre 1996, *M.B.*, 1er juillet →

contracter n'a aucune force obligatoire *per se*, auquel cas elle peut être retirée tant qu'elle n'est pas acceptée. Cette solution a été soutenue par d'anciens auteurs[41] et demeure la règle en droit français[42]. Toutefois, elle est d'ordinaire tempérée lorsque l'offre est assortie d'un délai. Dans ce cas, soutient-on, l'offrant est lié par le délai qu'il a lui-même prévu de sorte qu'il ne peut décider unilatéralement de se rétracter en faisant fi du temps de réflexion imparti au destinataire. Ce faisant, il ne serait pas exempt de faute pour avoir trompé la confiance légitime du destinataire. Encore se trouve-t-il des auteurs pour considérer de surcroît que, même en l'absence de délai fixé, l'offre doit être maintenue pendant un « délai raisonnable ».

Cette présentation des choses nous apparaît boiteuse. S'il est exclu qu'on puisse s'obliger par sa seule volonté, on ne voit pas pourquoi l'offrant serait lié par un délai qu'il a pareillement fixé lui-même. Si l'offre n'oblige pas par elle-même et si son auteur peut dès lors s'en dédire sans autre raison qu'un changement de volonté, pourquoi cette même volonté serait-elle soudainement enchaînée par le délai accordé au destinataire ?

À tout prendre, nous estimons plus rigoureuse la solution belge consistant à admettre que l'offre oblige son auteur, par elle-même et indépendamment de toute acceptation. Étant admis que l'offre acquiert force obligatoire une fois qu'elle parvient à son destinataire, dès ce moment, son auteur ne peut s'en dédire unilatéralement. Reste à déterminer le fondement de cette force obligatoire de l'offre.

Comme l'on sait, la Cour de cassation de Belgique fonde la force obligatoire de l'offre dans un engagement par déclaration unilatérale de volonté[43]. Cette théorie n'a cessé de provoquer un malaise chez les commentateurs, parmi lesquels, au premier chef, le destinataire de ce livre d'hommage[44]. L'objection est simple et massive : dès l'instant où il est admis qu'une volonté isolée a le

→ 1997), l'article 2.3., 1) des Principes d'Unidroit et l'article 1 : 303 (2) et (6) des Principes européens.

41. Pothier, *Traité des obligations*, Tome I, Paris, Thomine et Fortic, 1770, p. 8 ; F. Laurent, *Principes de droit civil*, Tome XV, Bruxelles, Bruylant, 1875, pp. 545-546, nos 475-476.

42. Le droit français reste attaché au principe suivant lequel l'offre est dépourvue de force obligatoire et, dès lors, est librement révocable tant qu'elle n'a pas été acceptée. Cependant, la doctrine et la jurisprudence nuancent la portée de ce principe, en admettant que le retrait de l'offre peut, suivant les circonstances, engager la responsabilité de son auteur. Lire, parmi d'autres, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 2e éd., Paris, L.G.D.J, 1952, p. 150, n° 131.

43. Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127 ; Cass., 3 sept. 1981, *Entr. Dr.*, 1982, p. 131, note L. Cornelis ; Cass., 16 mars 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 737. Cette théorie avait été avancée naguère par H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 513, n° 519.

44. Pour une synthèse récente des arguments du débat, voy. M. Coipel, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés », in *Mélanges Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 21 et s., et les références citées.

pouvoir de se lier, pourquoi refuser à cette même volonté le pouvoir de se délier ? Si, par ailleurs, on reconnaissait – dans un souci de cohérence – que la volonté unilatérale peut non seulement se lier, mais aussi se délier selon le bon vouloir de son auteur, « quelle serait alors la spécificité de la reconnaissance d'une telle source d'obligation[45] ? » Plus fondamentalement, comme le note C. Delforge, « l'on reste toujours réticent à admettre quelqu'effet à l'unilatéralisme, particulièrement en droit des contrats où le modèle reste l'accord de deux volontés »[46]. On perçoit confusément que l'engagement unilatéral puise sa force contraignante à une autre « source » que la seule volonté exprimée par son auteur[47]. En ce sens, la suggestion, formulée par X. Dieux, de rattacher le fondement de la force obligatoire de l'engagement unilatéral au respect des anticipations légitimes d'autrui nous paraît séduisante[48]. La déclaration unilatérale de volonté engage son auteur au motif qu'elle suscite dans le chef de son destinataire la confiance légitime qu'elle sera respectée. La méconnaissance de la déclaration unilatérale reviendrait à porter atteinte à la confiance accordée à l'engagement. Autrement dit, la force contraignante de l'engagement unilatéral ne découle pas tant de la seule volonté de son auteur que du devoir général de prudence qui enjoint de ne pas décevoir les anticipations légitimes d'autrui.

9. Retrait de l'offre. – Deux cas de figure peuvent se présenter. L'auteur de l'offre peut souhaiter retirer celle-ci soit avant qu'elle parvienne au destinataire, soit entre le moment de la réception et celui de l'acceptation. À ces deux temps correspondent, en droit, deux notions distinctes. La « rétractation » vise l'acte juridique par lequel l'offrant retire sa proposition *avant* que celle-ci prenne effet. La « révocation » vise l'acte juridique par lequel l'offrant retire sa proposition *après* que celle-ci prenne effet (mais, bien entendu, avant qu'elle soit acceptée)[49]. Il résulte des développements antérieurs, d'une part, que l'offre peut toujours être rétractée, d'autre part, qu'elle ne peut être révoquée. La première solution est incontestable et admise d'ailleurs dans tous les droits, sans compter qu'elle est expressément consacrée dans divers droits nationaux[50] et instruments juridiques internationaux[51]. La seconde solution s'impose, elle, dans les seuls ordres juridiques qui admettent la force obligatoire *per se* de l'offre, comme c'est le cas en Belgique[52]. Mais, on a vu qu'en toute hypothèse, le retrait de l'offre – sa révocation – pendant le délai, contractuel ou « raisonnable », entraîne une responsabilité de son auteur.

45. C. Delforge, *op. cit.*, p. 161, n° 25.
46. *Ibidem*. L'auteur estime, toutefois, que pareille méfiance « n'a plus sa place dans le droit belge actuel, à tout le moins lorsqu'il s'agit de fonder la force obligatoire de l'offre ».
47. Ou mieux : la solution prétorienne suivant laquelle l'engagement par volonté unilatérale est une source d'obligation nécessite, pour se justifier, un principe distinct : « le respect de la parole donnée » (art. 1134, al. 1er, C. civ.) ou la « loi de l'honneur [qui] impose de tenir ses promesses », selon M. Coipel, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale... », *op. cit.*, p. 37, n° 18.
48. X. Dieux, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui – Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1995, p. 102, n° 43.
49. *Cf.* M. Fallon et D. Philippe, « La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998, p. 23, n° 36.
50. *Cf.*, p. ex., le § 130, al. 1er, du BGB.

10. Caducité de l'offre. – Une autre question concerne le sort de l'offre en cas de décès, incapacité ou faillite de son auteur. Ces circonstances rendent-elles l'offre caduque[53] ? La force obligatoire de l'offre étant fondée sur un engagement unilatéral de volonté, on peut être tenté de considérer qu'elle devient effectivement caduque dès le moment où cette volonté disparaît. Cette solution semble logique, en particulier dans les deux premières hypothèses (quand l'offrant est une personne physique). Néanmoins, avec d'autres auteurs, nous pensons que l'offre reste valide et doit être maintenue en dépit des circonstances évoquées, au moins aussi longtemps que l'acceptation aurait pu normalement être reçue[54]. Étant admis qu'un contrat peut être transmis, entre vifs ou à cause de mort, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même s'agissant d'un engagement unilatéral[55]. De même, l'offre émise par une personne capable demeure obligatoire nonobstant la survenance ultérieure d'une cause d'incapacité. En tout état de cause, on admettra néanmoins que l'offre devient caduque lorsque le contrat projeté est *intuitu personae* dans le chef de l'offrant.

Bien évidemment, l'offre devient caduque, en toute hypothèse, à l'expiration du délai fixé ou, à défaut, d'un « délai raisonnable », si elle n'a pas été acceptée entre-temps – ni expressément, ni tacitement[56] – ou si l'acceptation est parvenue hors délai.

En principe, l'offre est également frappée de caducité dès le moment où le destinataire l'a rejetée ou l'a acceptée moyennant certaines réserves[57]. Ainsi, une fois qu'il a rejeté l'offre, le destinataire ne peut plus se raviser : l'auteur de l'offre

51. Article 15, 2, de la Convention de Vienne, article 2.3, 2) des Principes d'Unidroit et article 2 : 202 des Principes européens.
52. Voy., toutefois, la solution de compromis de l'article 16 de la Convention de Vienne (« ... l'offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation »), et sa critique par C. Delforge, *op. cit.*, p. 318, n° 300. Comp. J. Ghestin, *op. cit.*, p. 278, n° 253. Voir aussi l'art. 2.4 des Principes d'Unidroit et l'art. 2 : 202 des Principes européens.
53. Si ces événements interviennent avant la prise d'effet de l'offre, la question de la caducité ne se pose pas puisqu'il n'y a pas encore d'engagement obligatoire. S'ils interviennent après acceptation par le destinataire, le contrat est déjà formé et, sauf caractère *intuitu personae*, il déploiera tous ses effets.
54. J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 16, n° 10.
55. En ce sens, C. Delforge, *op. cit.*, p. 167, n° 35. Rappr. M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, p. 161, n ° 140.
56. En l'absence de circonstances permettant de conclure que le silence vaut acceptation.
57. L'acceptation sous réserves (sur des éléments essentiels) s'analyse en une contre-offre.

n'est plus lié par celle-ci[58]. Ce principe s'accorde mal avec l'idée suivant laquelle l'offre oblige son auteur, par elle-même, *indépendamment du comportement de son destinataire*. En revanche, si l'on considère que le caractère contraignant de l'offre se rattache au respect des anticipations légitimes d'autrui, la solution se comprend mieux. Dès le moment où le destinataire a manifesté son rejet de l'offre, son volte-face n'est plus nécessairement légitime. D'autant qu'il doit, lui aussi, tenir compte de l'expectative légitime suscitée chez l'offrant par sa propre déclaration de rejet. Des considérations pratiques évidentes plaident aussi pour la libération de l'offrant dès rejet de sa proposition par le destinataire[59].

§ 3. – L'acceptation de l'offre

11. Effets juridiques de l'acceptation. – Cette manifestation de volonté qu'est l'acceptation d'une offre n'est soumise à aucune condition de forme. Elle peut être tacite et résulter de l'exécution d'une offre-commande ou d'autres circonstances dans lesquelles le silence peut être interprété comme une manifestation de la volonté d'accepter[60].

L'acceptation peut être expresse, donnée par écrit et transmise à distance. Dans ce cas, il y a plusieurs motifs pour considérer qu'elle prend effet au moment où elle est reçue par l'auteur de l'offre[61].

D'abord, la solution est conforme à celle dégagée à propos de tous les actes juridiques unilatéraux adressés à une personne déterminée. Toutefois, ici aussi, les nécessités de la pratique s'opposent à ce que l'on retarde la prise d'effet de l'acceptation jusqu'à ce que son destinataire, l'offrant en l'occurrence, ait lu le message d'acceptation (lettre, courrier électronique...) ; cela reviendrait, en effet, à abandonner cette prise d'effet à l'arbitraire.

Ensuite et surtout, l'acceptation a ceci de particulier qu'elle consiste en un acte juridique unilatéral adressé en réponse à une offre et que son effet propre est de provoquer la formation du contrat. Autrement dit, l'auteur de l'offre attend une réponse : tant qu'elle ne lui est pas parvenue, il est dans l'incertitude ; plus fondamentalement, il n'est pas de son intérêt de se trouver lié par un contrat à un moment où il se trouve encore dans l'ignorance de cette circonstance. On objectera que l'acceptant reste aussi dans l'incertitude puisqu'il ne sait pas si son courrier est arrivé à destination. Mais, rétorque-t-on, à

58. En ce sens, voy. l'article 17 de la Convention de Vienne.
59. Sur la question, comp. C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 166, n° 34.
60. Cette valeur d'acceptation accordée au silence découle tantôt d'un texte de loi, tantôt de l'accord des parties, tantôt encore de la jurisprudence (p. ex. rapports d'affaires continus, offre faite dans l'intérêt exclusif du destinataire...). Voy., not., H. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1er vol., Obligations. Théorie générale, 9e éd. par F. Chabas, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 132 et s., n° 137.
61. Sur la prise d'effet et les modalités de l'acceptation, voy. les articles 18 et suivants de la Convention de Vienne, les articles 2.6 et suivants des Principes d'Unidroit et les articles 2 : 204 et suivants des Principes européens.

juste titre, les lettres – et l'on ajoutera les courriers électroniques (e-mails, SMS) – parviennent *d'ordinaire* à destination, tandis qu'on ne peut affirmer que les offres sont généralement acceptées[62]. Il se peut qu'exceptionnellement, le courrier d'acceptation se perde en chemin ou arrive hors délai. Néanmoins, outre qu'il n'est pas judicieux de façonner une règle générale au départ d'une hypothèse marginale, il appartient à celui qui utilise une technique de communication à distance de prendre ses dispositions... et de supporter les éventuels risques de perte ou de retard. Il paraît juste que chacune des parties supporte une part des risques. Pour sa part, l'auteur de l'offre, en attente d'une réponse, doit prendre ses dispositions pour avoir connaissance de celle-ci dès qu'elle lui parvient. Sans doute peut-il arriver que l'offrant se soit trouvé, *de facto*, par suite d'un événement de force majeure, dans l'impossibilité de prendre connaissance de l'acceptation. Cette circonstance ne saurait toutefois influer sur la formation du contrat, mais bien sur la responsabilité de l'offrant. L'inexécution du contrat qui pourrait éventuellement lui être reprochée ne sera pas fautive aussi longtemps qu'il est empêché par force majeure de connaître l'acceptation.

12. Rétractation, révocation et caducité de l'acceptation. – Y a-t-il lieu, par quelque effet de symétrie, d'appliquer à l'acceptation les mêmes principes que ceux relatifs à l'offre ? Oui et non. Comme pour l'offrant, on ne voit pas ce qui pourrait empêcher l'acceptant d'avertir le destinataire, par un moyen plus rapide, qu'il a changé d'avis et refuse finalement son offre. Dès lors que l'offrant n'a pas encore reçu l'acceptation, il ne peut invoquer un préjudice puisqu'il ignore, par hypothèse, que l'accord était sur le point d'être scellé[63]. La question de la révocation, quant à elle, ne se pose pas ici dans les mêmes termes que pour l'offre. En réalité, il ne saurait être question de révoquer une acceptation, pour le simple motif que dès l'instant où elle parvient à l'offrant, elle disparaît en tant que telle pour se fondre dans le contrat dont elle provoque la formation. Autrement dit, la révocation de l'acceptation ne saurait être envisagée puisqu'au moment de sa réception par l'offrant, elle n'existe plus comme telle ; dès lors que le contrat est formé, seule sa résiliation, de commun accord ou unilatérale dans les cas prévus par la loi, est concevable. Par identité de motifs, il n'y a pas lieu d'envisager la caducité de l'acceptation par suite du décès, de l'incapacité ou de la faillite de son auteur.

§ 4. – Le moment de la formation du contrat

13. Intérêt de la question. – Pour rappel, divers intérêts s'attachent à la détermi-

62. *Cf.* R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I. Sources des obligations, t. II, Paris, Rousseau, 1923, p. 221, n° 577.
63. En ce sens, voy. l'article 22 de la Convention de Vienne, l'article 2.10 des Principes d'Unidroit et l'article 1 : 303 (5) et (6) des Principes européens.

nation précise du moment de conclusion des contrats à distance. La solution à ce problème permet de répondre à de nombreuses questions, parmi lesquelles : l'appréciation de la capacité des parties, le moment où s'opère le transfert de la propriété et des risques dans les contrats translatifs de propriété, le droit applicable au contrat en cas de changement de législation, le point de départ de certains délais légaux (prescription, possibilité d'exercer une action en nullité...) ou contractuels (délai de livraison...), le fait de savoir, en cas de faillite d'une des parties, si le contrat a été conclu pendant la période suspecte et s'il s'est formé avant ou après l'ouverture de la faillite, la possibilité de retirer l'offre ou de revenir sur l'acceptation, l'effet de la survenance du décès ou de l'incapacité de l'offrant... Tels sont, aux yeux de maints auteurs, les problèmes censés trouver une solution par référence à la détermination du moment de conclusion du contrat. En réalité, au vu des considérations qui précèdent, il semble permis d'estimer que plusieurs des problèmes évoqués peuvent être adéquatement résolus à travers l'analyse technique, teintée de pragmatisme, des déclarations de volonté unilatérales en jeu.

14. Question autonome ? – La réflexion menée plus haut sur les actes unilatéraux réceptices, en général, et sur les notions d'offre et d'acceptation, en particulier, porte à considérer que la question de la détermination du moment de conclusion des contrats à distance ne mérite pas un développement propre. Elle apparaît bel et bien comme un aspect particulier d'un problème plus général. Le contrat est conclu, a-t-on vu, à l'instant précis où l'acceptation de l'offre parvient à l'auteur de celle-ci[64]. Est-il besoin d'ajouter quoi que ce soit ou peut-on faire l'économie d'un surcroît d'analyses et considérer le problème résolu ?

Ayant pris le problème, non avèc la hauteur de vue qui s'imposait logiquement, mais sous l'angle étroit que l'on sait, force est de constater que, de longue date, la doctrine s'est engouffrée dans une voie dogmatique pour le résoudre, fondée sur une analyse purement volontariste du contrat. Très tôt, la controverse a fait rage autour de l'alternative suivante : le contrat requiert-il, pour sa formation, la *simple coexistence* des volontés[65] ou leur *véritable concours* à un moment déterminé[66-67]. En d'autres termes, le contrat est-il formé dès que les

64. En ce sens, voy. l'article 23 de la Convention de Vienne, l'article 2.6. des Principes d'Unidroit et l'article 2 :205 des Principes européens des contrats.

65. *Cf.*, p. ex., C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XII, Bruxelles, Stienon, 1868, p. 27, n° 75, 2° ; A. DURANTON, *Le droit civil français*, 3e éd., t. IX, Bruxelles, Tarlier, 1833, pp. 19-21, n° 45 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 5e éd., Paris, Editions techniques, § 343, p. 429.

66. *Cf.*, p. ex., TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. VI, 5e éd., Paris, Wahlen, 1830, p. 32, n° 29 ; TROPLONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code – De la vente*, Bruxelles, Wahlen, 1844, p. 25, n° 22 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, Bruxelles, Bruylant, 1875, p. 551, n° 479.

67. Cela étant, il n'a pas manqué d'auteurs pour envisager les choses en fonction de considérations plus pratiques. *Cf.*, p. ex., MERLIN, *Répertoire*, Bruxelles, Tarlier, 1828, t. 36, v° vente, § 1er, →

volontés en présence se sont déterminées (et ont suffisamment extériorisé leur décision), même si elles ignorent leur consensus, ou faut-il de surcroît que les parties aient conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat ? La fixation du moment de conclusion du contrat varie selon que l'on privilégie l'une ou l'autre branche de l'alternative.

Ce débat a conduit à l'élaboration de plusieurs théories bien connues, qu'il suffit de rappeler brièvement. Précisons, au préalable, qu'on ne s'attardera guère sur les arguments de texte invoqués par certains auteurs. Les rédacteurs du Code civil n'ayant pas envisagé la question du contrat à distance, il est téméraire de prendre appui sur certains textes particuliers pour en tirer des indications de portée générale[68].

15. Bref aperçu des théories en présence. – Suivant la position théorique adoptée, ces théories peuvent se regrouper en deux grands systèmes : d'une part, le système de l'émission, d'autre part, le système de la connaissance[69].

Pour les partisans du premier système, la *coexistence des volontés* suffit pour que le contrat se forme, peu importe que l'offrant ait effectivement connaissance de l'acceptation. Ainsi, selon la *théorie de la déclaration*, le contrat est formé dès le moment où le destinataire de l'offre a exprimé sa volonté d'accepter. Pratiquement, il suffit qu'il ait signé la lettre ou rédigé le télégramme (ou l'e-mail...) d'acceptation. Pareil critère se heurte à une objection majeure : il est absurde de considérer que les parties sont liées tant que l'acceptant conserve entre ses mains la lettre et qu'il a tout le loisir de la détruire. Une volonté qui peut être aussi aisément reprise n'est pas vraiment extériorisée. D'où l'existence d'une variante

→ article III, n° XI*bis*, pp. 52-53 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français*, t. I, Paris, Renouard, 1835, p. 57, n° 61 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, op. cit.*, 1923, spéc. p. 220, n° 577.

68. Ainsi, l'article 1985, alinéa 2, du Code civil prévoit que le mandat est parfait dès l'acceptation, même tacite, donnée par le mandataire. Cette disposition traduirait la faveur accordée par les rédacteurs du Code civil à la théorie de l'émission. Mais on peut faire valoir qu'en apportant cette précision, le législateur s'est estimé en devoir de déroger à la règle générale contraire. On peut objecter surtout que cette disposition a une raison d'être particulière au mandat : le mandant a un intérêt majeur à ce que le mandataire exécute le plus tôt possible le mandat ; on peut dès lors présumer qu'il a entendu subordonner la formation du contrat à la seule acceptation du mandataire, fût-elle tacite, avant même que celle-ci soit portée à sa connaissance. Ainsi encore, l'article 932 du Code civil est parfois invoqué en faveur du système de la connaissance (théories de la réception ou de l'information). Mais l'argument est pareillement réversible étant donné la nature si particulière de la donation, contrat formaliste par excellence. Comme l'on voit, ces textes sont de peu de secours tant il est aisé de soutenir qu'il s'agit de règles spéciales dont on ne saurait tirer aucun enseignement général.

69. Il est à noter que la terminologie fluctue d'un auteur à l'autre, mais là n'est pas l'essentiel. Pour un exposé plus circonstancié des différentes théories, voy. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, pp. 346 et s. ; J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, pp. 303 et s., ainsi que les références citées à la note 9.

qui identifie la conclusion du contrat au moment où l'acceptant s'est dessaisi de sa déclaration de volonté ; pratiquement, à l'instant où il a *expédié* la lettre ou le télégramme (remise à La Poste), ou encore le courrier électronique. C'est la *théorie de l'expédition*.

Pour les partisans du second système, le *concours conscient des volontés* est nécessaire pour que le contrat se forme. Selon la théorie de l'*information*, le contrat est formé seulement si l'offrant a pris *effectivement* connaissance de l'acceptation. Cette solution est logique en soi, mais difficilement admissible (car la naissance du contrat est abandonnée à l'entière discrétion de l'auteur de l'offre) et impraticable en raison de l'insoluble problème de preuve qu'elle soulève. Selon une autre opinion, le contrat se forme aussitôt que l'acceptation est reçue par l'offrant ; en effet, il est censé prendre connaissance de cette acceptation dès le moment de sa réception. C'est la *théorie de la réception*.

L'on sait qu'en Belgique, la Cour de cassation a consacré la *théorie de la réception*, en affirmant qu'un contrat requiert, pour sa formation, « non pas seulement la simple coexistence de volontés qui ignorent leur *consensus*, mais bien leur véritable concours à un moment donné, c'est-à-dire la conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat » et que « cette condition n'est remplie, dans le cas envisagé, que lorsque le pollicitant a eu ou, en tout cas, a pu avoir connaissance de l'acceptation explicite ou tacite de son offre »[70].

Cette formulation est quelque peu contradictoire : la Cour requiert, pour la formation du contrat, le concours conscient des volontés, tout en admettant qu'il suffit, dans le cas envisagé, que l'offrant ait pu avoir connaissance de l'acceptation. La Cour de cassation n'a pas échappé au piège dénoncé plus haut, consistant à privilégier une approche dogmatique de la question, sans aller au bout de la logique qui la sous-tend. « Comment les parties pourraient-elles avoir 'conscience de leur commun accord' si le pollicitant, tout en ayant la possibilité de connaître l'acceptation, l'ignorait en fait[71] ? » Force est d'admettre que le concours des volontés n'est pas une condition nécessaire à la formation du contrat. La volonté de l'offrant a pu changer avant qu'il prenne effectivement connaissance de l'acceptation. Mais si, au moment où il se ravise, celle-ci lui est déjà parvenue, il est lié. Qui ne voit que le correctif apporté à l'exigence théorique posée est inspiré par de simples considérations pratiques ?

En réalité, il est tout simplement impossible de vérifier la *simultanéité* de deux

70. Cass. (1re ch.), 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, 750 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. Heenen. *Cf.* aussi, not., Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1086 ; *J.T.*, 1990, p. 724 ; *R.W.*, 1990-1991, 149 et les conclusions de M. l'avocat général G. D'Hoore ; Cass., 20 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087. *Cf.* R. Kruithof, H. Bocken, F. De Ly et B. De Temmerman, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 315, n° 100, et les références à des décisions des juridictions de fond.

71. J. Heenen, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance », note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 306, n° 10.

volontés conformes lorsqu'elles s'expriment à distance. Dès lors, au lieu de se perdre dans des discussions purement abstraites et vouées à l'aporie, pourquoi ne pas admettre ouvertement qu'il convient de privilégier des solutions pragmatiques permettant un juste équilibre entre les intérêts en présence[72] ?

C'est eu égard à ce genre de considérations que nous approuvons la faveur accordée à la théorie de la réception : elle répond le mieux aux besoins de la pratique et – ceci explique cela – elle s'harmonise parfaitement avec les développements qui précédent et rejoint la position adoptée par la plupart des droits étrangers.

Le critère de la réception emporte notre adhésion à titre de règle supplétive. En effet, rien n'empêche les parties de convenir, expressément ou tacitement, de toute autre solution. Il y a donc lieu d'abord de procéder à une interprétation des volontés, ensuite, seulement si cette recherche se révèle vaine, de se ranger au critère de la réception.

Ainsi, l'offre peut-elle déclarer expressément que le contrat sera conclu dès l'acceptation de l'offre ; cette hypothèse se rencontre particulièrement en cas d'acceptation tacite. Cette même solution peut même prévaloir sans disposition expresse, notamment lorsque l'offre prend la forme d'une commande. En pareil cas, il est admis que le destinataire de l'offre passe immédiatement à l'exécution du contrat, ce qui suppose une acceptation tacite[73].

16. *Quid* des contrats conclus par voie électronique ? – Dans un environnement électronique où les messages voyagent rapidement (en quelques secondes, le plus souvent), un intervalle de temps *infime* sépare le moment où l'acceptant exprime sa volonté (dernier clic) et celui où cette dernière peut être connue par l'offrant (titulaire du site web) ; il n'en va pas différemment dans le cas des contrats conclus par échange de courriers électroniques.

À cet égard, on rappelle qu'à l'origine, la théorie des contrats « entre absents » fut conçue dans le contexte des contrats formés par l'échange de lettres missives, dont l'acheminement par voie postale pouvait prendre une ou plusieurs semaines. C'est en raison de la lenteur des communications postales et de l'importance de l'intervalle de temps pouvant séparer volonté exprimée et volonté connue de l'autre partie, qu'est apparue la nécessité de dégager un critère pertinent pour la détermination précise du moment de formation du contrat.

L'on est dès lors en droit de se demander si l'analogie entre le courrier postal et la communication électronique est tout à fait pertinente. Autre chose est « le temps des facteurs », autre chose la vitesse de la lumière (fibres optiques), des ondes magnétiques et flux hertziens. Aussi est-il improbable qu'une faillite, une

72. La doctrine plus récente est en ce sens : J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, spéc. p. 111 ; J. Ghestin, *op. cit.*, p. 275, n° 250, et les réf.

73. *Cf.*, p. ex., Comm. Anvers, 8 mars 1968, *R.W.*, 1969-1970, col. 1749.

modification législative ou un sinistre interviennent en un si court laps de temps[74]. Faut-il pour autant parler de contrats entre présents ? Ici aussi (comp. *supra*, n° 7), l'on se souviendra, d'une part, que les communications électroniques ne s'opèrent pas toujours « en temps réel », d'autre part, que certains messages se perdent et ne parviennent jamais à destination. Rien n'y fait : l'on n'a pas affaire à un contrat entre parties présentes et le choix d'une règle supplétive pour la détermination du moment de conclusion du contrat demeure utile[75]. À tout prendre, outre ses mérites intrinsèques, le critère de la réception présente l'avantage de favoriser l'unité de la solution[76].

Dans le cas d'une commande passée sur un site web, on suppose que le prestataire a accès au bon de commande dès l'instant où celui-ci atteint son serveur, c'est-à-dire, en principe, quelques secondes après l'envoi de la commande. En ce qui concerne les contrats conclus par échange d'e-mails, il nous apparaît que l'offrant a la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation de son offre, et que dès lors le contrat est formé, dès l'instant où le message d'acceptation parvient à son serveur de messagerie, et non au moment où il relève sa boîte et télécharge ses messages sur le disque dur de son ordinateur. On ne prendra donc pas en considération les éventuelles difficultés de connexion que rencontrerait l'offrant, ni la circonstance qu'il relève sa boîte seulement par intermittence, pour des motifs divers (absence de connexion permanente...). Si le message électronique n'arrive jamais à destination, suivant la théorie de la réception, il faut en conclure que le contrat ne s'est pas formé. Mais, évidemment, le nœud de la question est de pouvoir faire la preuve de la réception du message d'acceptation. Sur les réseaux, une telle preuve est malaisée à produire, sauf à recourir à un service de recommandé électronique avec accusé de réception.

§ 5. – Le lieu de la formation du contrat

17. Intérêt (relatif) de la question. – On enseigne traditionnellement que du lieu de formation du contrat dépend la solution de plusieurs problèmes, notamment : la détermination de la compétence *ratione loci*, de la loi applicable aux contrats internationaux ou des usages applicables au contrat (art. 1159 C. civ.).

Cependant, il faut remarquer que l'on a de moins en moins égard au critère du

74. Certes, dans certains cas, le problème peut présenter quelque acuité. Par exemple, si le prix d'une vente d'actions est déterminé en fonction du moment précis de la formation du contrat, il aura pu osciller sensiblement durant le temps qui sépare l'envoi et la réception de l'acceptation, un message pouvant nécessiter *exceptionnellement* plusieurs jours pour parvenir à destination. Mais le problème est souvent réglé par les parties elles-mêmes vu la particularité du contrat. *Cf.* M. Demoulin et E. Montero, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, p. 785, n° 106.
75. Comp. *ibidem*, p. 786, n° 107.
76. Sans distinction suivant qu'on ait affaire à un mode de communication « à effet différé » ou « à effet immédiat ». Rappr. *supra*, n° 7, *in fine*.

lieu pour déterminer la juridiction compétente ou la loi applicable. En droit français, un auteur n'hésite pas à affirmer que la localisation du contrat dans l'espace n'intéresse plus le droit interne[77]. En droit belge, toutefois, la compétence territoriale peut encore être déterminée par « le lieu dans lequel les obligations en litiges sont nées »[78]. En revanche, il est vrai que ce critère n'est plus guère utilisé en droit international privé[79], sauf à titre d'exception[80].

Il y a donc lieu de relativiser fortement l'intérêt pratique du problème.

18. Monisme ou dualisme ? – La majorité de la doctrine considère qu'il y a lieu de résoudre de façon identique et simultanément les deux questions du moment et du lieu de formation du contrat[81]. Telle semble être également la position de la jurisprudence, Cour de cassation en tête, puisqu'elle décide que le contrat se forme « au moment *et à l'endroit* où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation »[82]. Il est apparemment logique que le lieu du contrat soit arrêté en fonction du parti pris sur la question de la date : il est celui où s'opère la rencontre des volontés, soit l'événement décisif qui produit le contrat.

Contrairement à une tradition solidement établie, certains auteurs prônent la dissociation des problèmes du lieu et de la date[83]. Nous nous rangeons, pour notre part, à cette dernière opinion. La localisation dans l'espace de la forma-

77. J. Ghestin, *Les contrats : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 278, n° 254.
78. Article 624, 2° du Code judiciaire. *Cf.* aussi l'article 635, 3° du Code judiciaire. Pour des cas d'application, voy. Comm. Huy, 10 janv. et 8 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1047 ; Civ. Liège (réf.), 19 mai 1995, 1995, *Pas.*, III, p. 13.
79. Voy. la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 et approuvée par la loi du 14 juillet 1987, *M.B.*, 9 oct. 1987, ainsi que le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.*, n° L 12, du 16 janv. 2001, p. 1. Les critères de rattachement généralement retenus sont, en matière de compétence juridictionnelle, le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, et, en matière de loi applicable, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ou encore le lieu où est situé l'immeuble.
80. Voy. l'article 9, § 1er, de la Convention de Rome qui précise qu'un contrat conclu entre personnes situées dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux *conditions de forme de la loi du pays dans lequel il a été conclu.*
81. À ce sujet, J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 343 et s., n° 379 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations – 1. L'acte juridique*, 10e éd., Paris, Armand Colin, 2002, pp. 111 et s., nos 164 et s.
82. Cass., 16 juin 1960, précité (souligné par nous) ; Cass., 25 mai 1990, précité. En ce qui concerne les décisions des juges du fond, voy. Comm. Huy, 10 janv. et 8 mai 1996, précité ; Civ. Liège (réf.), 19 mai 1995, précité ; Mons (1e ch.), 4 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 270 ; Comm. Liège, 7 déc. 1979, *Jur. Liège*, 1980, p. 95 (contrat conclu par téléphone : jugé formé au lieu où se trouve l'offrant) ; Comm. Bruxelles, 31 janv. 1970, *J.C.B.*, 1970, p. 449.
83. Voy., en particulier, J. Chevallier, *Cours de droit civil*, 2e année (1949-1950, Beyrouth), spéc. p. 54, cité et approuvé par J.-L. Aubert, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, spéc. pp. 374 et s., nos 406 et s.

tion du contrat à distance est tout simplement inconcevable. Elle est rigoureusement incompatible avec la notion de contrat consensuel. Dans la mesure où le contrat résulte d'un simple échange des consentements, sa naissance constitue un événement immatériel, qui n'occupe pas de place dans l'espace. Il est dès lors pour le moins articiel de vouloir fixer le lieu de la rencontre des consentements en un point (matériel) de l'espace[84]. Quelle que soit la pertinence des arguments invoqués, on fera toujours violence à la réalité des choses en décidant qu'il y a un lieu du contrat lorsque les parties contractantes se trouvent en des lieux différents[85].

19. Le choix d'un critère. – En résumé, la localisation du contrat dans l'espace est une question d'intérêt assez marginal ; elle présente, de surcroît, un caractère inévitablement artificiel. Enfin, le besoin de faire coïncider le moment et le lieu de formation du contrat ne répond à aucune nécessité logique. Au total, le mieux est d'opter pour la solution qui rencontre le plus adéquatement les intérêts de la pratique. En tout état de cause, « un choix net de la Cour de cassation, ou une intervention législative, est indispensable »[86]. pour assurer la sécurité juridique.

À cet égard, on peut au moins se féliciter de la constance de la solution retenue par la Cour de cassation. Pour rappel, elle décide que le contrat est formé au moment et au lieu où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation. Est-ce pour autant le critère le plus pertinent ?

À notre avis, la solution doit être guidée par le principe de prévisibilité contractuelle. Dans cette optique, le contrat serait formé à l'endroit où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre qu'il le soit, compte tenu des circonstances. La solution retenue par la Cour de cassation ne devrait pas poser problème, normalement, en ce qui concerne les contrats conclus par échange de lettres missives. Par contre, la solution est plus discutable pour les contrats conclus par téléphone[87] ou par voie électronique. En effet, dans ces hypothèses, le lieu de réception peut être tout à fait accidentel et ne pas correspondre aux prévisions de l'acceptant. Le cas échéant, on aura égard, non au lieu où l'acceptation est reçue, mais plutôt au siège de la principale activité de l'auteur de l'offre[88].

84. Il est vrai qu'une observation analogue peut être faite lorsqu'il s'agit de déterminer le *moment* précis où se réalise la rencontre des volontés, qui fait le contrat, alors que ces volontés ne s'expriment pas au même moment.
85. En ce qui concerne les contrats conclus entre parties présentes, la localisation au lieu de l'échange des consentements n'est pareillement concevable, en toute rigueur, qu'au prix d'une (légère) fiction puisqu'à proprement parler, l'échange n'occupe guère de place dans l'espace. Cependant, la fiction s'impose ici avec force, sans artifice aucun : il est, en effet, tout naturel de considérer que le lieu du contrat est l'endroit précis (tel bureau au siège de telle entreprise) où les contractants ont échangé leur consentement.
86. J. GHESTIN, *Les contrats : formation, op. cit.*, p. 279, n° 255.
87. Sans parler de l'utilisation du téléphone portable... et de l'essor promis du commerce mobile.
88. Rappr. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 388, n° 417.

Ce critère paraît plus judicieux, singulièrement en matière de contrats conclus par voie électronique. En effet, si l'on retient le critère prôné par la Cour de cassation, le lieu du contrat devrait être l'endroit à partir duquel l'offrant consulte sa boîte aux lettres électronique. Pratiquement, il peut s'agir de n'importe quel point du globe ; il n'est donc pas exclu que les prévisions de l'acceptant s'en trouvent déjouées. Or, il est fait obligation à tous les prestataires en ligne de fournir un certain nombre d'informations au sujet de leur activité professionnelle, parmi lesquelles l'adresse géographique d'établissement[89]. À cet égard, la LSSI reprend intégralement la définition du « prestataire établi »[90] de la directive sur le commerce électronique, qui s'inspire elle-même directement de la jurisprudence de la Cour de justice[91]. En clair, « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique »[92]. On se demande, en définitive, s'il n'est pas plus adéquat de localiser le contrat au *lieu d'établissement du prestataire*.

CONSIDÉRATIONS FINALES

Ces brèves réflexions – parcellaires et incomplètes – n'avaient d'autre but que d'illustrer l'intérêt, et de poser des jalons, pour une présentation renouvelée de la théorie des contrats entre absents.

Cette démarche s'appuie sur un double constat : d'une part, la détermination du moment et du lieu du contrat n'est qu'un aspect particulier d'une question plus générale, qui concerne toutes les déclarations de volonté transmises à distance ; d'autre part, l'approche classique, centrée sur l'analyse du concours des volontés, révèle à suffisance ses limites et ses contradictions.

D'où l'intérêt de conduire autrement le raisonnement, d'une part, en se fondant sur une analyse des caractéristiques techniques et effets propres des déclarations de volonté (singulièrement l'offre et l'acceptation), d'autre part, en privilégiant la prise en considération des risques et intérêts pratiques en jeu.

Chemin faisant, nous avons pu observer une tendance lourde en faveur de la théorie de la réception pour régir le moment de la prise d'effet des déclarations unilatérales de volonté que sont l'offre et l'acceptation, ainsi que le moment de conclusion du contrat. On n'est donc pas étonné qu'elle soit aujourd'hui consacrée dans divers droits nationaux – dont le droit belge – et instruments

89. Article 7 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (LSSI). *Cf.* aussi, plus généralement, l'article 78, alinéa 1er, 1°, de la LPCC, qui impose la mention de l'adresse géographique du vendeur pour toute offre en vente à distance.
90. Article 2, 4° de la loi.
91. Voy., not., C.J.C.E., 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport et alii*, C-221/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-3905.
92. Voy. le considérant n° 19 de la directive sur le commerce électronique.

juridiques de portée internationale[93]. Foin des débats théoriques, excessivement abstraits et décevants, qui ont longtemps empoisonné l'analyse de cette « classique question ». Le plus important n'est-il pas, en définitive, de pouvoir compter sur une règle supplétive, pratique et claire, qu'elle soit inscrite dans un texte légal ou fermement établie en jurisprudence ?

Esprit indépendant, auteur fécond et original, pédagogue hors pair, maître, collègue et ami très estimé, Michel Coipel prend aujourd'hui distance par rapport aux Facultés où il a professé pendant trente-trois ans. Son absence *intra muros* laissera un grand vide, mais je forme le vœu qu'il exploitera le temps retrouvé pour répondre plus que jamais présent à ses collègues et amis qui continuent de compter sur lui. Gageons qu'au pire, son éloignement occasionnel sur les terres bordelaises qu'il affectionne n'empêchera pas une fructueuse communication à distance.

93. Article 23 de la Convention de Vienne, article 2.6 des Principes d'Unidroit et article 2 : 205 des Principes européens.