

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La vente à distance

Demoulin, Marie

*Published in:*  
Manuel de la vente

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

#### [Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Demoulin, M 2010, La vente à distance: des contrats entre absents au commerce électronique. dans *Manuel de la vente*. Kluwer, Bruxelles, pp. 97-109.

#### 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.

## Chapitre 3

# La vente à distance: des contrats entre absents au commerce électronique

par M. DEMOULIN<sup>565</sup>

### Bibliographie

- AUBERT, J.-L., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970.
- DELFORGE, C. (sous la direction de M. FONTAINE), «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*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 139-478.
- DEMOULIN, M. et MONTERO, E. (sous la direction de M. FONTAINE), «La conclusion des contrats par voie électronique», in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 693-788.
- HEENEN, J., «L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance», note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 301.
- MONTERO, E., «Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance», in *Liber amicorum Michel COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 347-370.

### Introduction

**162.** La question de la formation des contrats à distance n'est pas une nouveauté. Dès l'Antiquité, la conclusion des contrats par échanges épistolaires a requis du droit romain des solutions visant à déterminer le moment de conclusion du contrat. Plus tard, le développement des contrats internationaux a soulevé à son tour le problème de la détermination du lieu de conclusion du contrat. C'est ainsi qu'au fil des siècles, les juristes se sont efforcés d'élaborer une théorie des contrats entre absents. Et à l'heure du commerce électronique, la question est loin d'être désuète.

Dans un premier temps, nous livrerons un aperçu des différentes théories en présence, pour les confronter à la conclusion des contrats par voie électronique. Nous réserverons à la seconde partie du présent ouvrage l'examen des développements législatifs plus récents, spécifiques aux ventes à distance et aux contrats conclus par voie électronique.

---

565. Chercheuse et assistante au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) des FUNDP.

## SECTION 1. LES THÉORIES DES CONTRATS ENTRE ABSENTS

**163.** Les auteurs anciens utilisaient volontiers l'expression de «contrats entre absents» pour désigner les contrats conclus entre parties n'étant pas en présence physique l'une de l'autre. Ces dernières années, la doctrine<sup>566</sup> et le législateur<sup>567</sup> semblent se rallier à la dénomination de «contrats à distance», jugée plus appropriée. En effet, c'est véritablement l'éloignement qui rend problématique la conclusion du contrat, en raison du décalage de temps existant entre l'expression des volontés ou, à tout le moins, en raison de la localisation différente des parties.

### § 1. *Le moment de formation du contrat entre absents*

**164.** Aucune disposition du Code civil n'est consacrée à l'échange des consentements, à la concordance des volontés en présence, c'est-à-dire en définitive au *processus* même de formation du contrat. Face au silence du législateur, les auteurs anciens se sont efforcés de résoudre la question de la formation du contrat sur la base de l'autonomie de la volonté. Pour qu'il y ait engagement, il faut et il suffit que deux volontés concordantes aient été exprimées et se soient rencontrées. Le contrat est ainsi conclu à l'*instant* où les volontés concourent. Par la force des choses, l'une des manifestations de volonté précède l'autre: une partie prend l'initiative, en formulant une offre (ou pollicitation), et l'autre marque son accord par une acceptation, soit d'emblée, soit après une discussion comportant une série de contre-offres. On sait que la possibilité de révoquer une offre a suscité de nombreux débats. C'est la raison pour laquelle les auteurs se sont tant intéressés aux contrats conclus entre absents, hypothèse où la question se pose de manière particulièrement aiguë.

### I. Origines et intérêt pratique de la question

**165.** A l'origine, les contrats entre absents se concluaient uniquement par échange de lettres missives. Vu la lenteur des communications postales, un laps de temps important pouvait s'écouler entre l'expédition et la réception d'une offre ou d'une acceptation. Durant cette période, l'objet du contrat pouvait subir un sinistre, ou l'offrant (voire l'acceptant) tomber en déconfiture, changer d'avis, décéder ou devenir incapable. D'où la nécessité de dégager un critère pertinent pour la détermination du moment précis de formation du contrat.

**166.** De Page exprime ainsi les considérations qui forment le berceau de la théorie des contrats entre absents: «Le concours de volonté existe lorsque les consentements sont non seulement *exprimés*, mais aussi *connus* de part et d'autre. Il n'y a *aucun intérêt pratique* à distinguer ce double stade dans les contrats entre présents, parce que volonté exprimée par l'acceptant et volonté connue par l'offrant *ne sont pas sé-*

566. Voy. not. M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. À la recherche du droit, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, p. 49, n° 61; E. MONTERO, «Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance», in *Liber amicorum Michel COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 347.

567. Voy. la section 2 «Contrats à distance» du chapitre III de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

*parées par un intervalle de temps APPRECIABLE. Il n'en est plus de même lorsque les parties sont éloignées l'une de l'autre par la distance, et doivent recourir, pour (...) « se mettre en rapport », à un moyen artificiel quelconque (...) qui augmentera souvent considérablement l'intervalle de temps qui sépare le moment où la volonté de l'acceptant est exprimée, et celui où elle sera connue de l'offrant, et ainsi peut se poser la question de savoir où et quand le contrat se formera. (...) On voit ainsi que théoriquement, la question du moment, tout au moins, de la formation du contrat se pose aussi bien pour les contrats entre présents que pour ceux entre absents, mais qu'elle n'acquiert d'intérêt pratique que pour ces derniers »<sup>568</sup>.*

## II. Théories applicables

**167.** La question du moment de formation du contrat a donné lieu à de vives controverses entre, d'une part, les auteurs qui s'attachent à la manifestation de l'acceptation (théorie de la déclaration et théorie de l'émission), d'autre part, ceux qui accordent la primauté à la notification de l'acceptation (théorie de la réception et théorie de l'information)<sup>569</sup>. Pour les premiers, la conclusion du contrat s'opère par la simple coexistence<sup>570</sup> d'une offre et d'une acceptation. Pour les seconds, ce n'est pas la seule coexistence des volontés qui entraîne la formation du contrat, mais leur connaissance réciproque par les parties<sup>571</sup>. Sans entrer dans la controverse, examinons les principaux arguments en faveur de ces théories. Notons que ces dernières ne sont vouées à s'appliquer que de manière supplétive, si les parties n'ont pas déterminé elles-mêmes le moment de conclusion du contrat.

### 1. Co-existence des volontés

#### 1. LA THÉORIE DE LA DÉCLARATION

**168.** Selon la théorie de la déclaration, il y a contrat aussitôt que l'offre est agréée, sans qu'il soit nécessaire que cette acceptation ait été connue de celui dont émane l'offre. Néanmoins, le concours purement métaphysique des volontés ne suffit pas : il faut qu'il y ait *trace* de l'acceptation. On mesure aisément toutes les difficultés probatoires liées à l'adoption d'une telle théorie. Par ailleurs, on ne saurait admettre que les parties sont liées tant que l'acceptant conserve en sa possession l'acceptation sans l'avoir envoyée, ayant ainsi tout le loisir de la détruire. Ceci explique le peu de succès rencontré par cette théorie.

#### 2. LA THÉORIE DE L'EXPÉDITION

**169.** La théorie de l'expédition va plus loin, en rattachant la conclusion du contrat au moment où l'acceptant s'est dessaisi de l'acceptation<sup>572</sup>. Il n'est même pas nécessaire que le destinataire de l'acceptation en soit informé : « *Si la lettre par laquelle on accepte est remise à la poste, dépôt public où il n'est plus possible de la*

568. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3<sup>e</sup> éd., t. II, Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 532.

569. Pour un exposé détaillé de ces théories, voy. 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. 346-392.

570. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XII, Bruxelles, Stienon, 1868, p. 27, n° 75, 2°.

571. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, Bruxelles, Bruylant, 1875, p. 551, n° 479.

572. C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XII, pp. 26-27, nos 72 et 75.

*retirer, où elle cesse sur-le-champ d'être la propriété du souscripteur, pour devenir la propriété du destinataire, dès lors le consentement est irrévocable, il est acquis à celui à qui il s'adresse; car c'est en quelque sorte à lui-même qu'il est remis. Qu'importe que l'acceptation ne lui soit pas connue à l'instant même, puisqu'elle le sera nécessairement plus tard*»<sup>573</sup>.

Après avoir longtemps considéré que la fixation du moment de conclusion du contrat par correspondance était une question de fait, la Cour de cassation française semble avoir adopté la théorie de l'expédition, en estimant que l'acte est destiné « à devenir parfait non pas par la réception par le pollicitant de l'acceptation du bénéficiaire de l'offre mais par l'émission par celui-ci de son acceptation »<sup>574</sup>. Il reste que cette position est vivement critiquée par une partie de la doctrine française, et que la Cour elle-même a parfois semblé se fonder sur la théorie de la réception<sup>575</sup>.

## 2. Concours conscient des volontés

### 1. LA THÉORIE DE LA RÉCEPTION

**170.** Un autre courant théorique estime au contraire qu'il doit y avoir concours conscient des volontés : l'acceptation ne contient pas de lien de droit tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant<sup>576</sup>. Cette théorie de la réception est consacrée en Belgique par la Cour de cassation, selon laquelle 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 peu avoir connaissance de l'acceptation explicite ou tacite de son offre »<sup>577</sup>.

La théorie de la réception semble à l'honneur, puisqu'elle est appliquée dans divers pays<sup>578</sup> et consacrée dans plusieurs textes de portée internationale, comme les

573. J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français*, t. I, Paris, Renouard, 1835, p. 57, n° 61. En ce sens ég. : A. DURANTON, *Le droit civil français*, t. IX, Bruxelles, Tarlier, 1833, pp. 19-21, n° 45; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> éd., t. IV, Paris, Ed. Techniques, § 343, p. 486.

574. Cass. fr. com., 7 janvier 1981, *Rev. trim. dr. civ.*, 1981, p. 849, obs. F. CHABAS. Voy. aussi J. GHESTIN, *Le contrat: formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, 2<sup>e</sup> éd., t. II, Paris, L.G.D.J., 1988, n° 256-1.

575. Voy. C. DELFORGE (sous la direction de M. FONTAINE), « 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*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 196-197, n°s 88-90.

576. TROPLONG, *De la vente*, Bruxelles, Wahlen, 1844, n°s 25-26; MERLIN, v° *Vente*, Répertoire, t. 36, Bruxelles, Tarlier, 1828, § 1<sup>er</sup>, art. III, n° XIbis, pp. 52-53.

577. Cass., 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, p. 750 et *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance ». Voy. aussi Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087 et *R.W.*, 1990-1991, p. 149, concl. av. gén. G. D'HOORE, ainsi que R. KRUITHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak: 1981-1992 – Verbin-tissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 315, n°s 100 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de juris-prudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 138, n° 55.

578. Notamment la Belgique, l'Allemagne, la Suisse ou encore le Royaume-Uni.

Principes d'Unidroit<sup>579</sup> ou la Convention de Vienne<sup>580</sup> (voy. toutefois *infra*, section 2, § 2, les divergences qui subsistent en droit comparé).

## 2. LA THÉORIE DE L'INFORMATION

**171.** Dans la rigueur même du principe, il ne peut y avoir un réel concours de volontés tant que l'offrant n'a pas effectivement pris connaissance de l'acceptation, selon la théorie de l'information. Néanmoins, la plupart des auteurs s'accordent à écarter cette conception, qui ferait dépendre la conclusion du contrat du bon vouloir de l'offrant<sup>581</sup>. «*En réalité, il est tout simplement impossible de vérifier la simultanéité de deux 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 ?*»<sup>582</sup>.

### § 2. Le lieu de formation du contrat entre absents

#### I. Intérêt pratique de la question

**172.** Traditionnellement, la détermination du lieu de conclusion du contrat permet d'apporter la réponse aux questions de juridiction compétente, de loi applicable ou d'usage applicable au contrat (art. 1159 C. civ.).

En définitive, on peut se demander si l'intérêt pratique de déterminer le lieu de conclusion du contrat ne se réduit pas aujourd'hui à une peau de chagrin, dans la mesure où l'on a de moins en moins égard à ce critère pour déterminer la loi applicable ou la juridiction compétente. En droit français, J. GHESTIN affirme, sans hésiter, que la localisation du contrat dans l'espace n'intéresse plus le droit interne<sup>583</sup>. Si l'on se réfère aux conventions de droit international privé<sup>584</sup>, aucun des critères de rattachement qu'elles retiennent ne s'attache au lieu de formation du contrat<sup>585</sup> pour déterminer la juridiction compétente ou la loi applicable, si ce n'est à titre ex-

579. Art. 2.1.6., 2), des Principes d'Unidroit 2004.

580. Art. 18, Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

581. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, Paris, 1897, p. 46, n° 37.

582. E. MONTERO, «*Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance*», *op. cit.*, pp. 364-365.

583. J. GHESTIN, *Le contrat: formation*, *op. cit.*, n° 254.

584. Voy. Convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome et approuvée par la loi du 14 juillet 1987 (*M.B.*, 9 octobre 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 janvier 2001, p. 1.

585. Les critères de rattachement généralement retenus sont le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande, ou encore, en matière de droits réels immobiliers, le lieu où est situé l'immeuble.

ceptionnel<sup>586</sup>. En droit belge, toutefois, la compétence territoriale peut encore être déterminée par « *le lieu dans lequel les obligations en litige (...) sont nées* »<sup>587</sup>.

## II. Différents points d'ancrage

**173.** La question du lieu de formation du contrat est traditionnellement résolue de la même façon que celle du moment de formation. J.-L. AUBERT parle à ce propos de théories monistes<sup>588</sup>. Ainsi, la Cour de cassation belge suit ce raisonnement dans son application de la théorie de la réception, en fixant la formation du contrat « *au moment et à l'endroit où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation* »<sup>589</sup>, par application de la théorie de la réception.

Cependant, certains auteurs adoptent une approche « dualiste », en estimant que le lieu et le moment de conclusion du contrat ne sont pas indissolublement liés et peuvent donc être déterminés par des procédés distincts<sup>590</sup>. L'offre et l'acceptation sont par nature immatérielles et ne « voyagent » pas, à proprement parler, et il semble donc inconcevable de les localiser dans l'espace. Aussi les méthodes de localisation du contrat sont-elles nécessairement artificielles. Cependant, la détermination du lieu de conclusion du contrat peut s'avérer utile, pour des raisons pratiques. Cela ne justifie toutefois pas que la question soit nécessairement résolue de la même manière que celle du moment de conclusion, les deux problèmes étant distincts. Pour preuve, tous les contrats à distance ne soulèvent pas ce double problème. Ainsi, il est désormais admis que les contrats qui se nouent par téléphone doivent être considérés comme conclus entre parties présentes quant au moment de leur formation, puisqu'il y a échange instantané des consentements, mais ils soulèvent encore la question de la localisation du contrat dans l'espace<sup>591</sup>.

Aussi les auteurs plaident-ils pour une approche pragmatique qui tienne compte des intérêts de la pratique<sup>592</sup>. E. MONTERO estime pour sa part que la solution doit être guidée par le principe de prévisibilité contractuelle: le contrat serait formé à l'endroit où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre qu'il le soit, compte tenu des circonstances<sup>593</sup>.

586. Voy. l'art. 9, § 1<sup>er</sup>, 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.

587. Voy. art. 624, 2°, C. jud. et art. 96, 1°, Code belge de droit international privé.

588. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, pp. 348-367, n<sup>os</sup> 379-398.

589. Cass., 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, p. 750 et *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. HEENEN. Voy. aussi Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087 et *R.W.*, 1990-1991, p. 149; Comm. Huy, 10 janvier et 8 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1047; Civ. Liège, 19 mai 1995, *Pas.*, 1995, III, p. 1; Comm. Liège, 7 décembre 1979, *Jur. Liège*, 1980, p. 95.

590. A ce sujet, J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, p. 387 et s., n<sup>o</sup> 417; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, *op. cit.*, t. I, pp. 54-55; E. MONTERO, « Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance », *op. cit.*, p. 367, n<sup>o</sup> 18.

591. Voy. H. DE PAGE, *Traité*, *op. cit.*, t. II, n<sup>o</sup> 533.

592. *Ibidem*, p. 368, n<sup>o</sup> 19; J. GHESTIN, *Le contrat: formation*, *op. cit.*, p. 279, n<sup>o</sup> 255.

593. Voy. E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1997, n<sup>o</sup> 10, p. 51; E. MONTERO, « Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance », *op. cit.*, p. 368, n<sup>o</sup> 19.

## SECTION 2. LE MOMENT ET LE LIEU DE FORMATION DES CONTRATS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

### § 1. Du « temps des facteurs » aux communications instantanées

**174.** A l'heure des contrats conclus par voie électronique, il est tentant de mettre la séculaire théorie des contrats entre absents à l'épreuve des nouvelles technologies de la communication.

**175.** D'entrée de jeu, il convient d'opérer certaines distinctions selon le *modus operandi*. A notre avis, on peut sans conteste assimiler au téléphone des moyens de communication électroniques tels que le *chat*, la vidéo-conférence ou la téléphonie vocale sur l'internet, par lesquels un véritable dialogue en direct s'instaure entre les parties, permettant un échange instantané des consentements, comme si les parties étaient en présence l'une de l'autre<sup>594</sup>. De leur côté, les contrats passés sur le site web d'un prestataire ou encore par échange de courriers électroniques présentent davantage d'affinités avec ceux conclus par télex ou télécopie, considérés comme des contrats entre absents<sup>595</sup>.

**176.** Par ailleurs, on est en droit de se demander si l'analogie entre le courrier postal et les messages transmis électroniquement est tout à fait pertinente. Si l'on peut incontestablement relever certaines similitudes entre ces deux modes de communication, la rapidité avec laquelle les informations s'échangent ne souffre aucune comparaison<sup>596</sup>. Sur les réseaux numériques, les communications s'opèrent de manière quasi instantanée, « en temps réel », quelle que soit la distance qui sépare les interlocuteurs. Dans un tel contexte, quelle est l'utilité de cette théorie d'un autre âge, fondée sur l'intervalle de temps qui sépare l'expédition d'un message de sa réception par son destinataire, alors qu'il ne s'écoule guère plus de quelques minutes, voire quelques secondes, entre ces deux événements ? Il est improbable qu'une faillite, une modification législative ou un sinistre interviennent dans ce délai. Certes, une variation de prix en quelques minutes est envisageable, notamment en ce qui concerne les actions cotées en bourse<sup>597</sup>, mais cette question est souvent réglée par les parties elles-mêmes, vu la spécificité de l'objet du contrat. Pourtant, il ne faudrait pas se leurrer sur l'instantanéité des communications électroniques. La réalité technologique est telle qu'il arrive que les messages se perdent ou tardent à parvenir à leur destinataire (*infra*, § 4). Dans ce contexte pour le moins aléatoire, la théorie des

594. M. DEMOULIN et E. MONTERO (sous la direction de M. FONTAINE), « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 784, n° 104.

595. Voy. Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724.

596. En ce sens : J. DODD et J. HERNANDEZ, « Contracting in Cyberspace », in *Computer Law Review and Technology Journal*, 1998, p. 12. A cet égard, le jargon utilisé par les internautes est des plus révélateurs, puisqu'ils désignent eux-mêmes le traditionnel courrier postal par le terme « *snail-mail* ».

597. Voy. R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO, A. SALAUN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 25.

contrats entre absents conserve toute sa pertinence, même si son application peut s'avérer problématique sur les réseaux numériques.

## § 2. *La divergence des solutions admises en droit comparé*

**177.** Il est évident que l'apparition des réseaux numériques a considérablement développé les échanges internationaux, dans un espace virtuel où les relations se nouent avec la plus grande facilité, sans aucune considération de frontières. Cette situation soulève, dès l'abord, un problème fondamental de droit comparé. En effet, les théories déterminant le moment et le lieu de conclusion du contrat varient d'un Etat à l'autre, certains privilégiant la théorie de l'expédition, d'autres celle de la réception, d'autres encore alternant l'une ou l'autre en fonction des cas d'espèce. En outre, la controverse portant sur la notion fondamentale d'offre, contrebalancée par celle d'invitation à offrir, creuse davantage le fossé qui sépare les droits nationaux, compliquant dangereusement les situations qui présentent un élément d'extranéité.

Ainsi, en fonction du droit applicable, le contrat est conclu, selon la conception française<sup>598</sup>, lorsque le client envoie son bon de commande ou son e-mail d'acceptation; selon la conception belge, lorsque le prestataire reçoit la commande ou ledit e-mail; ou encore, selon les conceptions britannique et allemande<sup>599</sup>, au moment où le client reçoit l'acceptation du prestataire.

**178.** Soucieuse de remédier à cette insécurité juridique flagrante, la Commission européenne a caressé un certain temps l'espoir d'une harmonisation sur ce point, dans les premières ébauches de la directive sur le commerce électronique. La solution proposée fixait définitivement la conclusion du contrat au moment où le destinataire du service recevait du prestataire un accusé de réception de son *acceptation*. Seule était retenue l'hypothèse où le prestataire émettait une *offre*, que le destinataire pouvait accepter en cliquant sur une icône. La situation où le prestataire ne faisait qu'une invitation à offrir était passée sous silence<sup>600</sup>.

On imagine aisément les réticences qu'a pu susciter un tel système auprès des Etats partisans de l'invitation à offrir, et l'idée de déterminer le moment de conclusion du contrat fut purement et simplement écartée, les négociations n'ayant pu aboutir sur ce point<sup>601</sup>. Le soin de déterminer ce moment revient donc toujours à

598. Pour un examen de la jurisprudence française, fort divisée à ce sujet, voy. J. GHESTIN, *Le contrat: formation, op. cit.*, n° 243 et s.

599. En effet, les droits britannique et allemand conjuguent la théorie de l'*invitatio ad offerendum* avec celle de la réception. Voy. en droit allemand, le § 130, abs. 1, du BGB, commenté par C. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. I, Paris, Litec, 1992, pp. 133 et s. En droit anglais, MARSH, *Comparative contract law: england, France, Germany*, Aldershot, Gower, 1994, p. 69; ainsi que les affaires *Entores Ltd v. Miles Far East Corpn* [1955] 2 All ER 493, CA; *Brinkibon Ltd v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandel GmbH* [1982] 1 All ER 293, HL.

600. Voy. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 18 novembre 1998 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, *C.O.M.* (1998) 586 final, p. 28.

601. Voy. la recommandation pour la deuxième lecture relative à la position commune du Conseil en vue de l'adoption de la directive du parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *P.E. Doc.*, A5 – 106/2000 du 12 avril 2000, pp. 7 et 9.

chaque Etat, au regard de ses propres règles, sans aucune uniformisation sur le plan européen.

### § 3. *Le moment de réception de l'acceptation*

**179.** Si l'on s'attache à la théorie de la réception, le contrat est formé au moment où l'offrant a la possibilité de prendre connaissance de l'acceptation. Qu'en est-il sur les réseaux? Le libellé de l'article 11 de la directive sur le commerce électronique<sup>602</sup> n'est pas sans évoquer la théorie de la réception, lorsqu'il précise que « *la commande [en ligne] et [son] accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

**180.** Dans le cas d'une commande passée sur un site de commerce électronique, on suppose que le prestataire peut avoir accès au bon de commande au moment où celui-ci atteint son serveur, c'est-à-dire, en temps normal, à peine quelques instants après l'envoi de la commande.

**181.** En ce qui concerne les contrats conclus par échange d'e-mails, faut-il considérer que le destinataire a accès à son courrier à partir du moment où celui-ci parvient dans sa boîte aux lettres électronique, située sur son serveur de messagerie, ou lorsqu'il relève sa boîte en téléchargeant ses messages sur le disque dur de son ordinateur, pour pouvoir les consulter? Si l'on raisonne par analogie avec le courrier postal traditionnel<sup>603</sup>, la première solution semble s'imposer.

En principe, le destinataire a accès au message lorsque celui-ci parvient à son serveur de messagerie. Dès cet instant, on peut considérer que le contrat est formé. La circonstance exceptionnelle où l'offrant serait dans l'impossibilité de relever sa boîte aux lettres électronique pour prendre connaissance de l'acceptation (par exemple suite à des problèmes de connexion), ne remettrait pas en cause le moment de conclusion du contrat. Tout au plus, l'offrant pourra-t-il se prévaloir de cette situation pour justifier un retard dans l'exécution de ses obligations.

Dans le même ordre d'idées, on n'aura pas égard au fait que l'offrant relève sa boîte aux lettres par intermittence, parce qu'il ne jouit pas d'une connexion permanente, n'a pas accès quotidiennement au réseau, ou ne dispose pas à son domicile du matériel informatique *ad hoc*. Il nous apparaît, en effet, que si l'on prend l'initiative de contracter par voie électronique en émettant une offre, il convient de faire montre de diligence, en vérifiant régulièrement si l'offre a été acceptée.

### § 4. *Les aléas de la transmission sur les réseaux*

**182.** En règle générale, l'acceptation expédiée par voie électronique mettra quelques secondes, tout au plus quelques minutes, pour parvenir à l'offrant. Toutefois, il n'est

602. Art. 11, Dir. 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, transposé en droit belge par l'article 10, 3°, L. du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003).

603. Voy. H. DE PAGE, *Traité, op. cit.*, t. II, n° 535, p. 527.

pas à exclure qu'un message s'attarde, s'égare ou soit altéré, voire détruit, en chemin. Aussi, convient-il d'examiner les conséquences que peuvent avoir ces perturbations sur le plan de la formation du contrat.

Les dangers qui menacent un message électronique<sup>604</sup> sont bien réels: saturation du réseau, mauvaise configuration des serveurs, pare-feu (ou *firewall*) bloquant un message contenant un virus, etc. A telle enseigne que l'expéditeur peut s'interroger sur la bonne réception, en temps utile, de son message par le destinataire.

**183.** On objectera que cette situation n'est pas le propre des messages électroniques, et que, dans le cadre des contrats conclus par correspondance, l'acceptant endure la même incertitude. Le problème est écarté par la doctrine, qui s'appuie sur la considération que, le plus souvent, les lettres arrivent à destination: «*Il est donc sage, présumant le probable, c'est-à-dire l'arrivée de la lettre sans révocation ni retard, de dire: l'acceptant est suffisamment renseigné sur l'arrivée de sa réponse*»<sup>605</sup>. Certes, une telle présomption semble raisonnable, le principe étant que, dans des circonstances normales, un message électronique parvient à son destinataire, et ce, presque immédiatement.

**184.** Si le message électronique n'arrive jamais à destination, le sort du contrat dépendra de la théorie appliquée. Selon la théorie de la réception, le contrat ne s'est jamais formé<sup>606</sup>. Comment l'acceptant pourrait-il en être averti? Le plus souvent, un courrier électronique qui n'a pu être délivré à son destinataire revient à l'expéditeur. De même, sur le web, l'internaute est averti, par un message d'erreur, de l'impossibilité d'afficher une page déterminée<sup>607</sup>. Mais il arrive quelquefois qu'un message soit tout bonnement perdu, sans que personne n'en sache rien. En outre, les retards dans la transmission des messages électroniques sont de plus en plus fréquents, eu égard à la densité croissante des communications sur les réseaux. Enfin, il est à redouter que certains cocontractants fassent preuve de mauvaise foi, en prétendant n'avoir jamais reçu l'acceptation. Dans ces conditions, la preuve de l'expédition du message pourra s'avérer difficile.

Selon la théorie de l'expédition, le contrat est considéré comme conclu même si le message n'est jamais arrivé<sup>608</sup>. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, l'expéditeur du message voulant se prévaloir du contrat devra faire la preuve de l'expédition de son acceptation. Or, sur les réseaux, une telle preuve semble malaisée à produire, du moins en l'absence d'horodatage réalisé par les soins d'un tiers de confiance.

---

604. Par «message électronique», nous entendons le courrier électronique, mais aussi les données transmises sur l'internet, telles que l'envoi d'un bon de commande depuis le site web d'un prestataire.

605. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, Paris, Rousseau, 1923, n° 577; approuvé par J. HEENEN, «L'acceptation de l'offre faite par correspondance», *op. cit.*, n° 16.

606. En ce sens: R. DEMOGUE, *op. cit.*, t. II, n° 575; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1954, t. VI, n° 157.

607. Dans cette hypothèse, il se peut toutefois que le bon de commande soit bien parvenu au prestataire, mais que la réponse du prestataire ne parvienne pas au client, suite à une mauvaise connexion. Dès lors, au lieu de l'affichage de la page web finale avertissant le client que le processus de commande est bien achevé, apparaît un message d'erreur. Le client pourrait en conclure que sa commande n'a pas été reçue.

608. A moins, bien sûr, que l'expéditeur ait commis une erreur dans l'adresse du message.

**185.** Concernant les contrats conclus sur un site web, par l'envoi en ligne d'un bon de commande, la directive sur le commerce électronique (et la loi du 11 mars 2003 qui la transpose) apportent un élément intéressant, en imposant au prestataire l'obligation d'envoyer un accusé de réception de la commande<sup>609</sup>. Cette solution paraît satisfaisante, si l'on considère le bon de commande comme une acceptation dans le chef du client. Quoiqu'on puisse encore ergoter sur la bonne réception de l'accusé de réception lui-même... Par contre, si l'on fait application de la théorie de l'*invitatio ad offerendum*, on constate que le problème reste entier: des incertitudes subsistent, dans le chef du prestataire, quant à la réception par le client de son acceptation.

**186.** Quelle que soit la théorie retenue, le recours au courrier électronique recommandé pourrait s'avérer précieux pour se ménager une preuve de la conclusion du contrat<sup>610</sup>. On relève à cet égard l'adoption récente, par le législateur, d'une loi visant précisément à encadrer juridiquement certains services de confiance, parmi lesquels le recommandé électronique<sup>611</sup>. Le service de recommandé électronique y est défini comme un service de transmission de données électroniques, fourni normalement contre rémunération et à la demande d'un destinataire du service, garantissant forfaitairement contre les risques de perte, vol ou détérioration des données et fournissant par voie électronique à l'expéditeur, le cas échéant à sa demande, une preuve de leur envoi et/ou de leur remise au destinataire des données<sup>612</sup>. Néanmoins, la loi se contente de fixer quelques critères généraux auxquels doivent répondre les prestataires de services de confiance et s'en remet au Roi pour la fixation des conditions auxquelles ces services de confiance devront répondre pour se voir reconnaître valeur légale. En vertu de l'article 16 de la loi, cet arrêté royal de pouvoirs spéciaux doit être adopté avant le 1<sup>er</sup> décembre 2007, faute de quoi la loi risque de rester lettre morte.

### § 5. *Le lieu de conclusion du contrat dans un monde sans frontières*

**187.** Si l'on s'en tient à la théorie de la réception, le lieu de conclusion du contrat serait celui où l'offrant reçoit le message d'acceptation. De prime abord, ce lieu étant fonction du moment de réception de l'acceptation, on songe à l'endroit où se situe le serveur de l'offrant. Toutefois, mieux vaudrait s'écarter d'une telle solution, le serveur étant parfois difficilement identifiable géographiquement et pouvant être situé dans un autre Etat que celui de l'offrant<sup>613</sup>. De même, l'endroit à partir duquel le pollicitant consulte sa boîte aux lettres électronique n'est pas davantage pertinent, étant donné qu'il est possible de consulter son courrier électronique à partir de n'importe quel point du globe, quel que soit le lieu où se situe le serveur de messagerie.

609. Voy. art. 11, Dir. sur le commerce électronique et art. 10, L. du 11 mars 2003.

610. A cet égard, voy. E. MONTERO, «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, Bruylant, 2003, pp. 69-99.

611. L. du 15 mai 2007 fixant un cadre juridique pour certains prestataires de services de confiance (*M.B.*, 17 juillet 2007).

612. Voy. la définition du prestataire de service de recommandé électronique à l'article 2, 4°, de la loi du 15 mai 2007.

613. Pour un raisonnement similaire sur le terrain de l'EDI, voyez L. ELIAS, J. GERARD et G. KUO WANG, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahiers du CRID, n° 8, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 67.

L'une ou l'autre de ces solutions pourrait tenter certains de recourir à des astuces d'ordre technologique pour déjouer les prévisions de l'autre partie.

**188.** Si l'on adopte une approche plus « dualiste » (voy. *supra*) et que l'on retient le principe de prévisibilité contractuelle, on pourrait s'appuyer sur les informations disponibles sur le site de l'offrant ou dans son message de courrier électronique<sup>614</sup>. Or, tous les prestataires de services en ligne ont l'obligation de fournir un certain nombre de renseignements au sujet de leur activité professionnelle, parmi lesquels l'adresse géographique d'établissement<sup>615</sup>. Selon la directive sur le commerce électronique, « 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 »<sup>616</sup>.

Toutefois, si l'offrant n'est pas un « prestataire de services de la société de l'information »<sup>617</sup>, il n'a nullement l'obligation de fournir les informations susmentionnées. Dès lors, on s'attachera à d'autres éléments objectifs, telles la présentation de l'offre ou les éventuelles coordonnées figurant dans le message, pour déterminer le lieu de formation du contrat, auquel l'acceptant pouvait légitimement s'attendre.

La détermination du lieu de formation du contrat par voie électronique pourrait ainsi trouver dans le principe de prévisibilité contractuelle une réponse plus adéquate que celle fournie par la théorie des contrats entre absents.

### Conclusion

**189.** Des lettres missives aux communications électroniques, en passant par le télégramme, le téléphone ou le fax, l'évolution des techniques de communication a constamment nourri les débats relatifs à la détermination du moment et du lieu de formation du contrat. Si chaque développement technologique peut apporter un éclairage nouveau sur la réflexion, il convient cependant de se garder de théories casuistiques, apportant des solutions toujours différentes selon le *modus operandi*. En définitive, le nœud du problème ne réside pas tellement dans le procédé de communication utilisé mais bien dans le fait qu'il crée un intervalle de temps entre les manifestations de volonté ou, à tout le moins, une multitude de rattachements géographiques envisageables.

**190.** En ce qui concerne la recherche du moment de conclusion du contrat, il nous semble qu'elle devrait demeurer dans le domaine du raisonnable. Dans de nombreux cas, la simple attribution d'une date au contrat devrait suffire, sans qu'il soit utile de déterminer à la minute près ce moment. Lorsqu'une détermination plus précise s'avère nécessaire (délai précis pour accepter l'offre, fluctuation rapide des prix...),

614. M. DEMOULIN et E. MONTERO (sous la direction de M. FONTAINE), « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 782, n° 102; E. MONTERO, « Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance », *op. cit.*, p. 368, n° 19.

615. Voy. art. 5, Dir. sur le commerce électronique et art. 7, § 1<sup>er</sup>, L. du 11 mars 2003.

616. Voy. le considérant n° 19 de la directive sur le commerce électronique, ainsi que l'article 2, c, définissant la notion de prestataire établi, transposé à l'article 2, 4°, de la loi du 11 mars 2003.

617. Au sens de la directive sur le commerce électronique et de la loi du 11 mars 2003.

les parties seraient bien avisées de déterminer elles-mêmes les critères à prendre en considération et, en cas de communication électronique, de recourir à des procédés leur permettant de prouver la réalité et le moment de l'expédition et/ou de la réception des messages échangés. On songe ainsi au recommandé électronique ou au moins à l'horodatage électronique des messages échangés.

**191.** Face à la diversité des opinions, la tentation est grande de prôner une intervention législative, pour déterminer avec précision le moment de conclusion des contrats par voie électronique, y compris au-delà des frontières. On sait avec quelle vivacité les Etats ont débattu de la question lors de l'élaboration de la directive sur le commerce électronique, sans parvenir à aplanir les divergences. A vrai dire, si la théorie de la réception semble recueillir le plus de suffrages, on constate que la vraie difficulté réside dans les différentes conceptions nationales de la notion d'offre, à distinguer de l'invitation à offrir.

**192.** Quant à la détermination du lieu de conclusion du contrat, nous avons vu que la question présente désormais un intérêt limité sur le plan international, puisque ce lieu ne constitue que rarement un critère déterminant la juridiction compétente ou la loi applicable. C'est heureux pour les contrats conclus par voie électronique : le rattachement géographique des volontés semblait déjà artificiel, sans qu'on y ajoute le caractère virtuel des réseaux numériques.