

LA FORMATION DU CONTRAT DEPUIS LE CODE CIVIL DE 1804 : UN RÉGIME EN MOUVEMENT SOUS UNE LETTRE FIGÉE

par

Étienne MONTERO

Professeur aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur

et

Marie DEMOULIN

*Assistante aux Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur
Chercheuse au Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)*

*Lorsque Pothier parut, il fallait résumer le droit ;
aujourd'hui, il faut l'étendre*
TROPLONG, 1847¹.

*L'office des juristes, depuis 1804, a été d'étendre le droit des contrats ;
il doit être maintenant de le résumer*
CADIET, 1987².

INTRODUCTION

1. – A l'aube du 19^e siècle, la société qui assiste à la naissance du Code civil est essentiellement rurale, artisanale et bourgeoise. Les grands propriétaires terriens, redoutant la concurrence étrangère, prônent le maintien des barrières douanières. L'industrie houillère et métallurgique en est alors à ses balbutiements. La réalité économique de 1804 et de la première moitié du siècle est celle « du petit commerce et du petit patronat en face de la petite main-d'œuvre »³. Il y avait alors une égalité – au moins approximative – de situation économique entre les hommes.

Mais le 19^e siècle se révèle vite comme celui de la révolution industrielle, de la vapeur triomphante, des grandes industries extractives, des chemins de fer et des grandes usines. Les capitaux circulent, les sociétés à actions pullulent, et les grandes transactions internationales ne portent plus seulement sur le blé ou le bétail, mais aussi sur les produits de l'industrie. Avec le développement colossal des entreprises, l'apparition des monopoles, l'avènement de la production et de la distribution de masse, l'écart se creuse inexorablement entre le patron et l'ouvrier, entre le vendeur et le consommateur. Alors que les négociations se complexifient entre dirigeants des plus hautes sphères industrielles pour l'élaboration de montages financiers sophistiqués, on assiste, inversement, à une standardisation des contrats destinés au public, où les conditions proposées sont à prendre ou à laisser.

Face à cette inégalité économique, les réactions ne tardent pas, sous l'influence de nouveaux courants de pensées. Les « faibles » s'associent, créant une force par leur union : d'abord, les

¹ TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XIX, Du nantissement, du gage et de l'antichrèse, Paris, Ch. Hingray, 1847, préface p. XLI.

² L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 28, n° 31.

³ G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1927, p. 57.

travailleurs, plus tard, les consommateurs. Peu à peu, les pouvoirs publics se mobilisent et, au fil des gouvernements, multiplient les interventions en vue de rétablir l'équilibre. Pendant ce temps, les inventions succèdent aux inventions : de la vapeur à l'électronique, du train aux « autoroutes de l'information », du télégraphe à l'e-mail, le progrès scientifique et technique triomphe et ne cesse de modifier le visage économique, social et juridique de la société.

2. – Témoin de la diversité des relations qui se nouent entre les hommes, le contrat n'a pas échappé à cette évolution, malgré une remarquable stabilité des textes⁴. Pendant près d'un siècle, la formation du contrat a été envisagée selon un régime cohérent, et fidèle à la lettre du Code Napoléon. Nous tâcherons d'en dessiner les contours, en retournant aux sources. Ainsi, nous partirons des travaux préparatoires du Code et des écrits de Domat⁵ et de Pothier⁶, considérés par beaucoup comme les pères du Code civil⁷. Pothier surtout, brillant vulgarisateur des travaux de ses prédécesseurs⁸, représente bel et bien le dernier état de la doctrine juridique avant le Code⁹, et les rédacteurs du titre des Obligations semblent avoir puisé abondamment dans ses oeuvres¹⁰. Nous suivrons également les pas des premiers commentateurs – tels que Merlin, Toullier, Duvergier et Duranton –, sans oublier les théories originales de Demolombe ou la rigueur des principes d'Aubry et de Rau, pour aboutir enfin aux volumineux travaux de Laurent (section 1). Ce dernier constitue en quelque sorte l'auteur charnière, à une époque où le régime traditionnel de la formation du contrat commence à révéler ses propres limites, sous l'influence de la révolution industrielle. Nous examinerons alors comment ce régime a dû s'ajuster à la diversification des modes de formation du contrat, en dégagant les tendances de l'important mouvement jurisprudentiel et législatif qui s'est développé au-delà du Code, voire en marge de celui-ci (section 2).

3. – Dans les limites de la présente étude, il n'était naturellement pas possible de procéder à l'examen détaillé de toutes les approches traditionnelles de la formation du contrat, étendu sur deux siècles d'évolution. Il est certain que l'étude de la formation du contrat de 1804 à nos jours aurait pu être structurée de bien d'autres façons. Un fil conducteur possible eut été d'évaluer le sort des principes essentiels de l'autonomie de la volonté et du consensualisme au

⁴ Ainsi, en ce qui concerne la formation des contrats en général (art. 1108 à 1133), on relève que seuls ont été modifiés les articles 1124 et 1125, relatifs à la capacité des parties, afin de supprimer les femmes de la liste des incapables de contracter (cf. art. 7, §§ 5 et 6, de la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux, *M.B.*, 10 mai 1958).

⁵ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, publié pour la première fois en 1689.

⁶ R.-J. POTHIER, *Traité sur différentes matières de droit civil*, 2^e éd., Paris, Debure, 1781.

⁷ Selon Laurent, ils sont les véritables auteurs du titre des Obligations (F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1875, t. XV, p. 473, n° 420). Pour de plus amples développements concernant les origines historiques du Code civil de 1804, voy., not., J. IMBERT, *Histoire du droit privé*, Paris, P.U.F., 1950 ; A. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1994, pp. 89-99, n°s 118-138.

⁸ J. IMBERT caractérise les œuvres de Pothier par ces deux traits significatifs : leur manque d'originalité et leur clarté : « Pothier a pillé les œuvres de ces prédécesseurs (...) Mais ces emprunts aux juristes antérieurs devaient justement contribuer au succès de son œuvre : représentant d'une tradition plusieurs fois séculaire, il était un guide excellent à la fois pour la théorie et pour la pratique, d'autant plus que chacun de ses petits traités est un modèle de clarté et de précision juridiques » (*Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 69).

⁹ A travers ses traités, d'une clarté et d'une précision juridique remarquables, c'est en réalité un siècle et demi d'efforts doctrinaux qui apparaît en filigrane. A ce sujet, voy. A. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français, op. cit.*, spéc. p. 218-220 ; J. IMBERT, *Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 69.

¹⁰ Voy. l'exposé des motifs de Bigot-Préameneu, ainsi que le rapport du tribun Favart, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, t. XIII, p. 217 et p. 313. Aussi ne s'étonnera-t-on pas de retrouver, dans le titre relatif aux contrats et aux obligations conventionnelles en général, toute la trame du *Traité des obligations* de Pothier.

gré des développements de l'ordre public de protection. Une approche encore différente eut été de décrire l'irrésistible mouvement de spécialisation qui n'a cessé de s'accroître jusqu'à nos jours. Cependant, ces évolutions ont été souvent décrites, dans des études aussi fouillées que savantes. Conformément aux vœux de nos commanditaires, nous avons privilégié, pour notre part, un plan permettant des développements moins abstraits, en replaçant la formation du contrat dans un contexte socio-économique en perpétuel mouvement. Dans un souci d'unité du propos, nous avons focalisé l'attention sur la pierre angulaire du contrat, qui n'est autre que le consentement, dans ses différentes acceptions.

SECTION 1

DE POTHIER À LAURENT : UN MODÈLE UNIQUE ET COHÉRENT

4. – Dans le Code civil de 1804, la formation des conventions est dominée par un modèle contractuel unique et cohérent correspondant à la situation économique et sociale de son temps et qui, à grands traits, pourrait se résumer comme suit : liberté, égalité et instantanéité. A l'époque en effet, dans la majorité des contrats issus du petit commerce et de l'industrie naissante, les parties négocient librement, sur pied d'égalité, en présence l'une de l'autre et sans d'autres palabres qu'un marchandage rituel.

Le postulat de liberté et d'égalité des parties contractantes domine toute la formation du contrat, à travers les fameux principes de la liberté contractuelle et du consensualisme, rassemblés sous le dogme de l'autonomie de la volonté (sous-section 1). Le Code ne s'intéresse nullement à un quelconque *processus* de formation du contrat, ce dernier étant envisagé comme un édifice statique, bâti instantanément sur la réunion de quelques éléments essentiels, au sommet desquels trône le consentement (sous-section 2).

Sous-section 1. Liberté et égalité des parties contractantes

5. – On sait l'influence exercée sur le Code par la philosophie individualiste et la doctrine économique libérale de l'époque. En effet, selon les philosophes du 18^e siècle, les hommes, libres et égaux par nature, ne peuvent se lier que volontairement, c'est-à-dire contractuellement¹¹. Sur le plan économique, cette idée se traduit dans le libre jeu des initiatives individuelles. Cette liberté qu'ont les hommes de régler leurs activités est ainsi considérée comme le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et socialement les plus utiles. Les plus justes, car le contrat librement consenti par une partie sauvegarde nécessairement ses intérêts. En effet, nul homme raisonnable ne consentirait à un engagement qui lui serait préjudiciable. Les plus utiles socialement, car la loi de l'offre et de la demande répond à l'intérêt général, en assurant spontanément la prospérité et l'équilibre économique.

¹¹ C'est sur ce fondement volontaire, ou contractuel, que doivent s'organiser toutes les relations sociales entre les individus. On trouve déjà cette idée chez Hobbes, Locke ou Rousseau. Sur le plan des idées politiques, le principe s'est résumé dans l'affirmation des droits individuels contre l'Etat, affirmation coulée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

C'est sur base de ces idées que serait né le concept d'autonomie de la volonté : l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties, considérée à la fois comme la source et la mesure des droits et des obligations de ceux qui l'ont exprimée¹².

On relève que l'expression d'autonomie de la volonté est absente des travaux préparatoires du Code et de tous les traités du 19^e siècle. Paradoxalement, alors que l'idée d'autonomie de la volonté est au cœur de toute la doctrine civiliste depuis l'élaboration du Code, la formule même ne serait apparue qu'au 20^e siècle dans les ouvrages de droit civil... sous la plume d'auteurs hostiles à la conception qu'elle traduit. Depuis, le dogme de l'autonomie de la volonté est régulièrement remis en question en tant que fondement de la théorie du contrat¹³. Malgré tout, s'il est aujourd'hui criblé d'exceptions (*infra*, section 2), il demeure la règle pour une majorité de la doctrine contemporaine, qui le considère encore comme un pilier du Code¹⁴.

Toujours est-il que l'on déduit traditionnellement de cette notion centrale les quatre principes élémentaires du droit des contrats : la liberté contractuelle, le consensualisme, la convention-loi et l'effet relatif des conventions. Dans le cadre de notre étude, seuls les deux premiers retiennent l'attention.

§ 1. La liberté contractuelle

6. – Le principe de la liberté contractuelle postule que l'homme est libre de s'engager ou non, de choisir son cocontractant, de discuter avec lui, d'égal à égal, les conditions du contrat, et de lui donner l'objet et le contenu qu'il estime convenables, sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs¹⁵. On retrouve déjà cette idée dans les œuvres de Domat, où la liberté revient comme un leitmotiv en matière de conventions : « il est libre à toutes personnes capables des engagements, de se lier par toutes sortes de conventions, comme bon leur semble, et de les diversifier selon les différentes affaires de toute nature (...), pourvu seulement que la convention n'ait rien de contraire [aux lois et aux bonnes mœurs] »¹⁶. A l'origine, il existait peu de lois impératives susceptibles de brider la liberté des parties contractantes. Par la suite, le législateur a multiplié les interventions législatives visant à protéger l'ordre public, de sorte que le principe même de liberté contractuelle a été sérieusement battu en brèche (*infra*, n° 46).

¹² J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, Paris, Masson & Armand Colin, 1996, t. I, 7^e éd. par J.-L. AUBERT, p. 60, n° 94.

¹³ Pour plus de développements sur l'origine du principe, ses évolutions et les critiques dont il a fait l'objet, voy., notamment, E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 2^e éd. par P. EISMEIN, Paris, L.G.D.J., 1952, pp. 19 et s., n^{os} 14 et s. ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, pp. 436 et s., n^{os} 462 et s. ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980 ; J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Arch. phil. dr.*, t. 26, 1981, pp. 35-57 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *Traité de droit civil* sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, p. 20 et s., spéc. p. 24 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil – Obligations*, t. II, vol. 1, 9^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 101 et s. ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, t. I, 7^e éd., pp. 60-78, n^{os} 94-128.

¹⁴ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *op. cit.*, p. 39.

¹⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, t. VI, 2^e éd., pp. 19-20, n° 14.

¹⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, spéc. le *Traité des lois*, V, 9. Voy. aussi *Les lois civiles*, Partie 1, Liv. I, I, II, 1.

Dans la théorie classique, la liberté contractuelle culmine au stade de la formation du contrat. A l'inverse, au stade de l'exécution, la liberté reflue au profit de la sécurité contractuelle : le contrat devient alors intangible et irrévocable. C'est ainsi que le Code préserve l'équilibre entre les impératifs de liberté et de sécurité : la liberté existe pour entrer dans le contrat, non pour en sortir¹⁷ (comp. *infra*, n° 47).

7. – Mais la liberté contractuelle serait incomplète sans un autre postulat : celui de l'égalité absolue des parties dans l'élaboration du contrat. Cette égalité est envisagée de manière purement abstraite, indépendamment de l'inégalité qui peut exister en fait. Pareille inégalité de fait a d'ailleurs toujours existé dans la société : d'une façon générale, celui qui contracte afin de satisfaire un besoin vital est toujours en situation d'infériorité ; de même, le vendeur est nécessairement avantagé par rapport à l'acheteur, parce qu'il connaît mieux l'objet vendu¹⁸. Dans le système du Code, l'inégalité économique des parties importe peu : l'égalité *juridique* suffit¹⁹. Malgré tout, cette conception de l'égalité, pour abstraite qu'elle soit, correspond dans une large mesure à la société pré-industrielle de 1804²⁰.

§ 2. *Le consensualisme*

8. – Dans un système consensualiste, le contrat se forme par le seul échange des consentements (*solo consensu*). Ce principe ne doit pas se comprendre comme l'absence de forme, mais plutôt comme la liberté de la forme²¹. Pour certains auteurs, le consensualisme découlerait de la règle, plus large, de liberté contractuelle²². Néanmoins, selon J. Flour, « il est plus exact de les considérer, toutes deux, comme des applications particulières, mais distinctes, de l'autonomie de la volonté. Le consensualisme concerne la forme des contrats. La liberté contractuelle est une règle de fond. Théoriquement, on conçoit qu'un système juridique consacre l'une de ces règles sans l'autre »²³.

D'un point de vue moral, le consensualisme serait supérieur au formalisme, en ce sens que le premier assure le respect de la parole donnée, alors que le second permet de nier son obligation à la faveur d'une irrégularité purement matérielle. D'un point de vue économique, il rend les opérations juridiques plus simples, plus rapides et moins coûteuses, ce qui s'avère particulièrement utile dans les opérations commerciales courantes. Cette absence de formalité

¹⁷ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, pp. 375-376, n° 24.

¹⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 439, n° 462.B. et p. 446, n° 263ter.

²⁰ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 15, n° 15.

²¹ Pour entrer dans le domaine du droit, la volonté, mouvement de pensée purement intérieur, requiert un minimum d'extériorisation, sous une forme ou l'autre. Le consensualisme demeure tant que le choix de ce mode d'expression reste libre. A ce sujet, voy. F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Paris, Sirey, 1921, pp. 103-104, n° 204 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 96, n° 4 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 500, n° 10.

²² J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, 2^e éd., p. 28, n° 40.

²³ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 95, n° 3, note 4. En ce sens également, voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, t. II, 3^e éd., p. 451, n° 464.

facilite en outre la conclusion des contrats entre absents et permet d'accorder une valeur à la volonté tacite²⁴. Ainsi, tant que l'on demeure dans un régime de liberté contractuelle et d'égalité des parties contractantes, le consensualisme est pourvu d'avantages pour le moins appréciables. Cependant, les abus de la pratique vont peu à peu aggraver l'inégalité de fait entre les parties contractantes et révéler les effets pervers d'un système consensuel, ce qui conduira par la suite à un phénomène de renaissance du formalisme (*infra*, n° 50).

9. – Le principe du consensualisme est antérieur au Code civil. On le retrouve déjà chez Loysel, dans sa célèbre formule « On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du droit romain »²⁵. On le rencontre à plusieurs reprises dans les œuvres de Domat, pour qui « Les conventions s'accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement. Ainsi la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé »²⁶. Quant à Pothier, il divise les contrats entre « ceux qui se forment par le seul consentement des parties, et qui, pour cela, sont appelés consensuels (...) et ceux où il est nécessaire qu'il intervienne quelque chose, outre le consentement »²⁷, qui sont les contrats réels et quelques contrats solennels²⁸.

Le principe du consensualisme était, semble-t-il, tellement bien acquis dans l'Ancien droit que le Code civil n'a pas jugé utile de le consacrer expressément. Il n'est d'ailleurs proclamé nulle part dans les travaux préparatoires. On le déduit, *a contrario*, de l'article 1101 qui définit le contrat sans référence à la forme, et de l'article 1108 qui, pour la validité des conventions, ne requiert aucune condition de forme. Il serait également sous-entendu dans la reconnaissance des contrats innommés (art. 1107) et, plus directement, de l'effet suffisant et immédiat du seul consentement des parties contractantes pour la formation des contrats en général (art. 1138) et de la vente en particulier (art. 1583)²⁹.

10. – Si le Code est consensualiste, il n'en est pas pour autant anti-formaliste. On trouve, çà et là dans le Code civil, des solennités entourant la conclusion de certains contrats nommés, en particulier, la donation, le contrat de mariage et la constitution d'hypothèque³⁰. Davantage que

²⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, t. VI, 2^e éd., p. 100, n° 95 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations, op. cit.*, t. I, 7^e éd., pp. 215-216, n^{os} 310-311 ; P. BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats. Approches de droit comparé », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 605-606, n° 1.

²⁵ LOYSEL, *Institutes coutumières*, 1607, liv. III, I, 2.

²⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, I, 8.

²⁷ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 10.

²⁸ Le contrat de mariage, de donation, de lettre de change et de constitution de rente (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 15).

²⁹ B. NUYTEN et L. LESAGE, « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Rép. Defrénois*, 1998, p. 502, n° 16. Voy. aussi M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, t. VI, 2^e éd., p. 100, n° 95, note 2 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations, op. cit.*, t. I, 7^e éd., p. 215, n° 309.

³⁰ Il convient d'envisager séparément les contrats réels (le gage, le prêt à usage ou commodat, le prêt de consommation et le dépôt), catégorie en marge du consensualisme, construite sur le formalisme de la tradition. En réalité, selon X. Lagarde, « moins qu'une règle de forme, l'exigence d'une tradition révélerait l'existence d'une règle de fond dont l'objet est d'empêcher une partie de contraindre l'autre à lui délivrer un bien qu'*in fine* elle devra lui restituer, alors surtout que le remettant ne peut pas prétendre à plus que la restitution » (« Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, G, 1999, doct. I 170, p. 1771).

des exceptions au principe du consensualisme, ces formalités sont plutôt regardées comme des solutions marginales³¹.

Sur le plan technique, les formes du Code civil se caractérisent par leur *simplicité* (obligation de s'adresser à un notaire ou de rédiger un écrit) et leur *globalité* (un même *instrumentum* répercute d'ordinaire l'acte dans tous ses aspects : protection du consentement, preuve, publicité...). Il s'agit essentiellement d'un formalisme « instituant », qui se situe à la frontière entre le droit des biens et le droit des personnes : réservé aux actes graves – qui engagent la personne autant que son patrimoine –, il s'explique plus précisément en raison de l'altération du statut personnel que ceux-ci supposent (le mariage implique une modification de l'état des personnes et leur impose un nouveau statut ; un certain effet d'affiliation s'attache aux donations ; quant à l'hypothèque, elle revient précisément à hypothéquer le statut social du propriétaire immobilier)³². Etant donné l'importance de ces différents actes juridiques, l'on conçoit sans peine qu'ils fassent l'objet d'exigences formelles. Nous verrons par la suite à quel point ce formalisme « classique » diffère des formes modernes, dans ses caractéristiques et dans ses objectifs (*infra*, n° 50).

Selon la conception traditionnelle du formalisme, on considère qu'il ne peut y avoir d'équipollent à une forme solennelle³³. Lorsque la loi prescrit l'accomplissement d'une formalité, il n'est pas possible d'échapper à son application en prétendant que le résultat attendu a été atteint par un autre moyen³⁴. Ainsi, « formalisme ne signifie pas forme compliquée, mais forme impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible »³⁵. Cette approche rigide a récemment subi une profonde mutation (*infra*, n° 55 et s.).

Sous-section 2. Une conception statique et instantanéiste de la formation du contrat

11. – Pour la majorité des auteurs, le consentement est au cœur de la formation du contrat. Selon Domat, « le consentement fait la convention »³⁶. De même, pour Pothier, l'essence de la convention consiste dans le consentement³⁷. Les deux jurisconsultes définissent d'ailleurs la convention par seule référence au consentement³⁸. Dans le Code civil, on le retrouve à l'article 1108, comme le premier élément essentiel de la convention, devant la capacité,

³¹ X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *op. cit.*, p. 1170.

³² *Ibidem*, pp. 1769-1773.

³³ A ce sujet, voy. G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Rép. Defrénois*, 2000, p. 880 ; J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, p. 101, n° 9 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975, pp. 103 et s.

³⁴ G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *op. cit.*, p. 886.

³⁵ J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *op. cit.*, p. 101, n° 9.

³⁶ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, I, I, 8 et 10.

³⁷ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 17, 21 et 49 ; *Traité du contrat de vente*, n° 31.

³⁸ « Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes qui se font entre eux une loi d'exécuter ce qu'ils promettent » (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, *initio*) ; « Une convention (...) est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier » (R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 3).

l'objet et la cause³⁹. Ce caractère primordial du consentement est encore rappelé par Laurent : « Il n'y a point de convention sans consentement, par l'excellente raison que le contrat n'est autre chose qu'un concours de consentements ; là où personne ne consent, il ne peut être question d'une obligation : il n'y a rien, c'est le néant »⁴⁰.

Dans un système aussi centré sur le consentement, les autres éléments constitutifs du contrat sont rattachés à la volonté des parties, ou perdent toute véritable portée⁴¹. Ainsi, « la capacité découle tout naturellement de l'exigence d'un consentement : l'essence de la convention consistant dans le consentement, il s'ensuit qu'il faut être capable de consentir »⁴². « L'objet est déterminé par l'interprétation du contrat, qui se réduit à la recherche de l'intention véritable des parties »⁴³. Quant à la cause, on sait que les développements de Domat⁴⁴ et de Pothier⁴⁵ sont à l'origine d'une conception objective de la notion, envisagée comme un mobile abstrait, toujours le même selon le type de contrat⁴⁶. Cette définition abstraite de la cause, suivie par la majorité de la doctrine du 19^e siècle, sera par la suite vivement critiquée par le mouvement anti-causaliste, qui lui niera toute utilité réelle⁴⁷. Laurent fut ainsi parmi les premiers à remettre en question la théorie de la cause, en affirmant que « la loi a tort de distinguer la cause de l'objet et d'en faire une quatrième condition essentielle pour la validité des contrats »⁴⁸.

³⁹ Commentant le texte de cette disposition devant le corps législatif, Mouricault insiste sur ce point : « Le consentement des parties contractantes est mis à la tête et avec raison, puisque toute convention suppose la réunion des volontés de ceux qui y interviennent » (P. A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 416).

⁴⁰ *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant, 1875, t. XV, p. 531, n° 463.

⁴¹ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 30, n° 43.

⁴² R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 49.

⁴³ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 30, n° 43.

⁴⁴ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, I, I, 5 et 6 ; Partie 1, Liv. 1, I, II, 5 et 6.

⁴⁵ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n°s 42-46.

⁴⁶ Ainsi, dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chacune des parties est l'obligation de l'autre ; dans les contrats réels, il s'agit de la prestation effectuée à titre de dépôt, de gage ou de prêt ; dans les donations, la cause n'est autre que l'intention libérale.

⁴⁷ Voy. not., la célèbre critique de la théorie de la cause par M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1905, p. 348 et s., n°s 1037 et s. Concernant la théorie de la cause en France et en Belgique, voy., notamment, J. DABIN, *La théorie de la cause : étude d'histoire et de jurisprudence*, Bruxelles, Van Fleteren, 1919 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1927 ; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Paris, Dalloz, 1928 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., pp. 462-487, n°s 471-494 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », note sous Cass., 13 nov. 1969, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 326-367 ; P.-A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1984, pp. 99-161 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 87-95, n°s 31-36 ; P.-A. FORIERS, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous Cass., 28 nov. 1980, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 74-113 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, 2^e éd., pp. 741-858, n°s 629-722 ; P.-A. FORIERS, « La caducité revisitée. A propos de l'arrêt de cassation du 21 janvier 2000 », *J.T.*, 2000, pp. 676-679 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, t. I, 7^e éd., pp. 178-194, n°s 260-282.

⁴⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. XVI, pp. 150-151, n° 111. En réalité, PLANIOL relève que la première critique sérieuse de la théorie de la cause remonte à 1826, en Belgique, avec un article de ERNST, « La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des conventions ? », *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*, 1826, p. 250. A l'époque, cette étude aurait été vivement critiquée en Belgique, puis serait tombée dans l'oubli, avant d'être reprise par LAURENT. En France, où l'opinion de Ernst était passée complètement inaperçue, l'apparition de l'ouvrage de Laurent a été le signal des attaques (M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1905, p. 348, note 4).

Traditionnellement, on prête au terme « consentement » une double signification. Etymologiquement, le consentement (*cum sentire*) est le concours des volontés des parties sur le contrat projeté. Dans un sens plus restreint, il désigne l'adhésion individuelle de chacune des parties au contrat projeté, avec la volonté de faire naître des effets de droit⁴⁹. C'est uniquement cet aspect individualiste de la notion qui est envisagé par l'article 1108 du Code, lorsqu'il exige – curieusement – « le consentement de la partie qui s'oblige »⁵⁰. Nulle part la formation du contrat n'est abordée comme le produit de deux volontés convergentes⁵¹. Le Code n'examine que « la partie statique du problème, les matériaux grâce auxquels va se construire l'édifice », sans rechercher « comment la construction s'opère, comment le contrat se forme » dans sa « phase dynamique »⁵².

§ 1. La protection du consentement

12. – Dans la mesure où le consentement est le fait générateur de l'obligation, il doit présenter un certain degré de qualité et être le produit d'une détermination libre autant que réfléchie⁵³. Domat soulignait déjà que « Les conventions étant des engagements volontaires, qui se forment par le consentement, elles doivent être faites avec connaissance et avec liberté, et si elles manquent de l'un ou de l'autre de ces caractères, comme si elles sont faites par erreur ou par force, elles sont nulles »⁵⁴. D'un autre côté, le souci de sécurité juridique conduit à assurer la solidité des conventions et vient limiter les effets déduits du rôle de la volonté. Par ailleurs, la question n'est pas exempte de préoccupations morales, liées à un souci de justice distributive : il faut, d'une part, protéger les contractants qui, sans avoir commis de négligence, ont été victimes de leur faiblesse ou de leur ignorance ; d'autre part, sanctionner les contractants de mauvaise foi qui ont fait preuve de déloyauté⁵⁵.

Ces trois ordres de préoccupation se retrouvent, à des degrés divers, dans la manière dont le Code sanctionne les vices du consentement (art. 1109-1118) et dans l'interprétation qui en a été faite. Nous en brossons ici un tableau sommaire, afin de dégager les grandes évolutions de la théorie des vices du consentement au 19^e siècle.

13. – Selon Pothier, « l'erreur annule la convention, non seulement lorsqu'elle porte sur la chose même, mais aussi lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eu principalement en vue, et qui fait la substance de cette chose »⁵⁶. Domat allait plus loin,

⁴⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit.*, t. VI, 2^e éd., p. 99, n° 94.

⁵⁰ Cette formulation a d'ailleurs suscité la critique, certains auteurs estimant qu'il aurait été plus juste d'exiger le consentement *des parties*, car même dans les contrats unilatéraux, le consentement de toutes les parties est nécessaire à la formation du contrat. A ce sujet, voy. notamment V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, Cotillon, 1859, t. IV, 5^e éd., p. 340, n° 394 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. XV, p. 538, n° 466 ; R. NERSON, « La volonté de contracter », in *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, Corbez, 1964, pp. 209-210.

⁵¹ On relève que, dans le 3^e projet de Code civil présenté par Cambacérès en 1798, un article 709 prévoyait que « Sans consentement *et sans concours de volontés*, point de convention » (souligné par nous), in P. A. FENET, *op. cit.*, t. I, p. 278.

⁵² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., p. 487, n° 495.

⁵³ Voy. le discours du tribun Mouricault devant le Corps législatif, P. A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 416

⁵⁴ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, I, II, 2.

⁵⁵ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, *op. cit.*, 2^e éd., p. 398, n° 362.

⁵⁶ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 18. L'auteur illustre toutefois son propos à l'aide d'un exemple centré sur les qualités *matérielles* de la chose : l'achat de chandeliers que l'on croit en argent alors qu'ils sont en cuivre.

estimant que pour entraîner la nullité, l'erreur devait avoir *déterminé* les parties à contracter⁵⁷. Les travaux préparatoires du Code semblent s'inspirer de cette idée : « il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur »⁵⁸. Pourtant, à première vue, la formulation de l'article 1110 du Code paraît plus étroite et inspirée par le souci d'assurer la solidité des conventions : « L'erreur *n'est* une cause de nullité de la convention *que* lorsqu'elle tombe sur la *substance* même de la chose qui en est l'objet »⁵⁹.

Cette notion de substance a d'abord été interprétée strictement par les premiers commentateurs, qui semblent la limiter à l'erreur sur la *matière*⁶⁰. Cependant, les auteurs du 19^e siècle, s'appuyant sur la bonne foi et l'équité, vont rapidement assimiler l'erreur sur la substance à l'erreur sur les *qualités substantielles*⁶¹. « Par *substance de la chose*, on doit entendre, non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique, et la distingue, d'après les notions communes, des choses de toute autre espèce »⁶². Laurent conteste cette conception, qu'il juge encore trop matérialiste. Revenant aux sources du Code, il préfère s'attacher à l'intention des parties contractantes pour voir si l'erreur a été *déterminante* de leur consentement⁶³.

Par ailleurs, des auteurs estimèrent, de prime abord, que l'erreur devait être commune aux deux parties, c'est-à-dire que les deux parties devaient s'être trompées, excluant ainsi la nullité pour erreur unilatérale⁶⁴. Par la suite, cette interprétation fut réfutée : la réciprocité de l'erreur n'étant pas une condition exprimée dans le Code, on admit la nullité pour erreur unilatérale, ce qui n'empêchait pas de tenir compte d'une éventuelle faute de l'*errans* pour lui réclamer des dommages et intérêts en cas d'annulation du contrat⁶⁵.

On aboutit ainsi vers la fin du 19^e siècle à une interprétation extensive de la notion d'erreur (comp. *infra*, n° 42).

14. – Pothier définit la violence comme le fait d'inspirer une crainte atteignant le consentement dans son élément de liberté. Aussi n'est-ce pas la violence qui vicie le consentement, mais la crainte née de cette violence⁶⁶. L'article 1112 marque nettement une dualité de conception dans l'appréciation de la violence. Dans un premier alinéa, il semble exiger que la violence soit de nature à faire impression sur une *personne raisonnable*, critère

⁵⁷ « Si l'erreur de fait est telle, qu'il soit évident que celui qui a erré n'a consenti à la convention que pour avoir ignoré la vérité d'un fait et de sorte que la convention se trouve n'avoir pas d'autre fondement qu'un fait contraire à cette vérité qui était inconnue, cette erreur suffira pour annuler la convention » (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public, et legum delectus*, Partie 1, Liv. 1, XVIII, I, 7).

⁵⁸ Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, P. A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 223.

⁵⁹ Souligné par nous.

⁶⁰ Voy. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., t. VI, Paris, Wahlen, 1830, pp. 60-61, n^{os} 55-56 ; J.-B. DURANTON, *Cours de droit civil français*, 3^e éd., t. VI, Bruxelles, Tarlier, 1833, pp. 33-34, n^{os} 114-116.

⁶¹ La formule semble être de C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XII, Bruxelles, Stienon, 1868, pp. 32-33, n^{os} 87-88. T. HUC estime, pour sa part, que cette formule est contraire au texte, qui parle de *substance* et non de *qualité* (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, Paris, Cotillon, 1894, pp. 35 et s., n^{os} 22 et s.).

⁶² C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. VI, 6^e éd., Paris, Ed. Techniques, p. 433, § 343bis.

⁶³ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. XV, pp. 562-564, n° 489.

⁶⁴ LAROMBIERE, cité par C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, *op. cit.*, t. XII, pp. 36-37, n° 100.

⁶⁵ C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, pp. 37 et s., n^{os} 101 et s., spéc. n° 103. Comp. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. XV, pp. 575 et s., n^{os} 502 et s.

⁶⁶ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n^{os} 21 et 25.

absolu et objectif, considéré par les auteurs comme une réminiscence du droit romain qui exigeait que la violence soit « atroce » et de nature à faire impression sur une personne « très courageuse »⁶⁷. Laurent critique – à la manière de son temps – cette conception stoïcienne de la violence : « La loi a tort de dire en termes absolus que la menace ne sera pas violence, si elle n'est pas de nature à faire impression sur une personne raisonnable ; la fin de l'article dit le contraire. Est-ce qu'un vieillard affaibli par l'âge est encore une personne raisonnable ? Est-ce qu'une femme enceinte jouit de la plénitude de sa volonté et a-t-elle la force de caractère qu'elle possède d'ordinaire ? »⁶⁸. Aussi, l'alinéa 2 tempère-t-il l'amorce de l'article 1112, en précisant qu'« on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ». Autrement dit, le Code adopte en fin de compte un point de vue subjectif de la violence, directement déduit du rôle de la volonté dans la formation du contrat, en considérant l'influence effectivement exercée sur le consentement⁶⁹.

L'article 1113, qui prévoit que « la violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants »⁷⁰, a été largement interprété par Demolombe. Selon l'auteur, cette énumération n'est pas limitative, car « la conscience se soulève à la pensée que le législateur ait décrété un article duquel il résulterait que, en présence d'un parent, d'un allié, d'un ami, ou même d'un étranger, menacé de périr sous le fer d'un assassin, si je ne m'oblige pas, je suis néanmoins libre de ne pas m'obliger ! Non, certes, je ne suis pas libre ; il est incontestable qu'un tel consentement m'est extorqué par la violence »⁷¹. Simplement, dit-il, la violence exercée contre les personnes désignées par l'article 1113 est présumée de plein droit avoir été exercée contre la partie contractante elle-même, sans qu'aucune preuve soit à faire de leurs relations d'amitié ou autres ; alors qu'en cas de violence exercée contre d'autres personnes, le contractant doit faire la preuve de l'existence, entre eux, de rapports tels qu'il a pu ressentir cette violence comme si elle avait été exercée directement contre lui. Cette opinion particulièrement tranchée fut vivement critiquée par la majorité des auteurs de l'époque⁷², avant de trouver un écho favorable dans la doctrine du 20^e siècle⁷³.

⁶⁷ Voy. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, op. cit., 5^e éd., t. VI, p.83, n° 79, note 1 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., t. XII, p. 45, n° 134 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., t. XV, pp. 589-590, n° 513.

⁶⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., t. XV, p. 589, n° 513.

⁶⁹ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, op. cit., 2^e éd., p. 399, n° 363.

⁷⁰ Bien que l'article 1113 semble inspiré de Pothier, notons que ce dernier était moins restrictif dans son énumération des victimes de la violence : « il faut que la partie ait été intimidée par la crainte d'un grand mal, soit en sa propre personne, soit en celle de ses enfants ou de quelque autre de ses proches » (*Traité des obligations*, n° 25, souligné par nous).

⁷¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., t. XII, pp. 53-54, n° 162.

⁷² Selon F. LAURENT, « On conçoit que l'on arrache le consentement du débiteur, en le menaçant lui et les siens d'un mal considérable et présent ; mais qui donc peut songer à extorquer le consentement en violentant un parent quelconque, un ami ou un étranger ? » (*Principes de droit civil*, op. cit., t. XV, pp. 596-598, n° 520). T. HUC estime pour sa part que la position défendue par Demolombe équivaudrait à admettre que « la violence exercée d'ailleurs contre n'importe qui sera une cause de nullité si la partie qui s'est obligée établit qu'elle a été émotionnée par le danger couru par n'importe qui ! » (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., t. VII, p. 49, n° 31). Voy. aussi C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, op. cit., t. VI, 6^e éd., p. 440, note 14.

⁷³ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, Paris, Rousseau, 1923, pp. 520-521, n° 323 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., t. VI, 1952, p. 233, n° 193 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 76-77, n° 61.

L'article 1111 prévoit que la violence est une cause de nullité, qu'elle soit exercée par le cocontractant ou par un tiers. Par contre, la nullité pour violence émanant des *circonstances* (naufrage, incendie, attaque de bandits...) est rejetée par les auteurs du 19^e siècle⁷⁴. Selon eux, la violence admise par le Code doit s'entendre d'une « voie de fait pratiquée avec intention, par une personne sur une autre, dans le but d'extorquer son consentement »⁷⁵. Pothier était de cet avis, tout en estimant que « si j'avais promis une somme excessive [pour que l'on vint à mon secours], je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m'a été rendu »⁷⁶. La majorité des auteurs subséquents ont fermement combattu cette opinion, au motif que la lésion pour violence n'est pas admise par le Code et que le juge n'a pas le pouvoir de modifier la convention des parties⁷⁷. Il faudra attendre la fin du 19^e siècle pour que la jurisprudence, puis le législateur, admettent que la violence puisse résulter des circonstances (voy. *infra*, n° 42).

15. – L'article 1116 du Code, relatif au dol, vise à sanctionner la déloyauté du cocontractant. Par ailleurs, cette disposition fait une place au rôle de la volonté, sans négliger pour autant l'impératif de sécurité juridique. En effet, on tient compte de l'influence exercée par le dol sur le consentement, tout en exigeant que cette influence ait été décisive pour autoriser l'annulation.

Dans l'esprit des auteurs du Code, le dol semble envisagé sous une forme active et positive, comme l'emploi d'artifices dans le but de tromper⁷⁸. Cela n'empêche pas les premiers commentateurs du Code de distinguer d'emblée le « dol *positif*, qui consiste à faire soi-même, ou à faire faire par autrui des choses qui donnent lieu de croire ce qui n'est pas » et le « dol *négatif*, qui consiste à faire ou à dissimuler certaines choses pour faire naître ou pour entretenir l'erreur de l'autre partie »⁷⁹. Ainsi, Toullier admet expressément qu'on peut commettre un dol par une simple dissimulation ou par une réticence⁸⁰. Demolombe reconnaît lui-même qu'il importe peu que le dol consiste dans des affirmations mensongères ou dans des dissimulations ou des réticences fallacieuses, à condition qu'il y ait intention déloyale et que le dol ait déterminé l'autre partie à contracter⁸¹. Néanmoins, la portée du dol négatif reste fortement discutée en doctrine tout au long du 19^e siècle.

On relève en effet une indulgence particulière de la doctrine à l'égard de certains comportements indéliçables, voire même de mauvaise foi. Ainsi, selon Pothier, si la dissimulation est réprouvée par la morale, elle ne constitue cependant pas un « vrai dol ». « Dans le for intérieur, on doit regarder comme contraire à [la] bonne foi tout ce qui s'écarte un tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse : la seule dissimulation sur

⁷⁴ Voy. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, op. cit., 5^e éd., t. VI, pp. 87-88, n° 85 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., t. XII, pp. 50-52, n°s 150-151 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., t. XV, p. 596, n° 519 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., t. VII, pp. 44-47, n° 30.

⁷⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., t. XII, p. 51, n° 150 (souligné par nous). Dans le même sens, T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, op. cit., t. VII, pp. 44-45, n° 30

⁷⁶ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 24.

⁷⁷ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, op. cit., 5^e éd., t. VI, p. 88, n° 85 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., t. XII, p. 51, n° 151 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, op. cit., t. XV, p. 596, n° 519 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VII, Paris, Cotillon, 1894, pp. 45 et 47, n° 30.

⁷⁸ Exposé des motifs de Bigot-Préameneu, P. A. FENET, op. cit., t. XIII, p. 224.

⁷⁹ C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, op. cit., 5^e éd., t. VI, p. 90, n° 88.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, op. cit., t. XII, p. 57, n° 172.

ce qui concerne la chose qui fait l'objet du marché, et que la partie, avec qui je contracte, aurait intérêt de savoir, est contraire à cette bonne foi (...). Dans le for extérieur, une partie ne serait pas écoutée à se plaindre de ces légères atteintes, que celui, avec qui [elle] a contracté, aurait données à la bonne foi ; autrement, il y aurait un trop grand nombre de conventions qui seraient dans le cas de la rescision, ce qui donnerait lieu à trop de procès, et causerait un dérangement dans le commerce »⁸².

Une majorité de la doctrine du 19^e siècle se range à cette idée, estimant qu'il y a des dols qui, sans être licites, sont *tolérés* et ne donnent lieu à aucune action, ni en nullité, ni en dommage et intérêts, à moins de présenter un caractère exceptionnel de fourberie⁸³. Ce dol toléré, qui évoque le *dolus bonus* du droit romain, découle de la liberté du commerce et du postulat d'égalité des parties contractantes, dont il résulte nécessairement que chacune des parties s'emploie à faire la meilleure affaire possible : « de là ces procédés par lesquels le plus souvent le vendeur exalte la qualité de sa chose, dissimule ou atténue ses défauts ; tandis que l'acheteur ne se fait pas de faute de la déprécier, afin d'obtenir, chacun de son côté, un marché plus avantageux »⁸⁴. On estime en effet que ces procédés habituels ne trompent personne, n'empêchent aucune vérification et ne conduisent pas nécessairement à l'erreur⁸⁵. Il appartient à l'acheteur consciencieux de se tenir sur ses gardes et de se renseigner sur l'opportunité de conclure le contrat⁸⁶. Le vendeur ne saurait être obligé de fournir des informations de nature à dissuader l'acheteur (sur l'évolution de cette opinion, voy. *infra*, n° 43).

Laurent se révolte cependant contre cette doctrine, qui admet si ouvertement que la tromperie est une nécessité du commerce, ce qui reviendrait à dire que « la place d'un honnête homme n'est pas dans une boutique »⁸⁷. Estimant qu'il faut admettre que toute tromperie causant un préjudice donne droit à une réparation, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code, il exhorte les juges à « user du pouvoir discrétionnaire qui leur appartient pour donner des leçons de moralité aux parties contractantes, en attendant que l'éducation morale développe la délicatesse de conscience qui devrait régner dans tous les rapports des hommes »⁸⁸. Nous verrons par la suite que son appel a été entendu, d'abord par la jurisprudence (*infra*, n° 42-43), puis par le législateur lui-même (*infra*, n° 49).

16. – C'est avant tout dans le but d'assurer la sécurité des conventions que le Code civil écarte la lésion comme cause générale de nullité des contrats : « Toute lésion pratiquée sciemment est un acte d'injustice aux yeux de la morale, mais ne saurait être un moyen de restitution aux yeux de la loi. La vertu est l'objet de la morale, la loi a plus pour objet la paix que la vertu. Si la moindre lésion suffisait pour résoudre la vente, il y aurait parmi les hommes presque autant de procès qu'il se fait d'acquisitions »⁸⁹. Ainsi, la lésion n'est admise qu'à titre exceptionnel, pour certaines personnes, c'est-à-dire les mineurs (art. 1305), ou dans certains cas particuliers, c'est-à-dire en matière de successions (art. 783 et 887) et pour les ventes amiables

⁸² R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n° 29.

⁸³ C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, t. VI, 6^e éd., pp. 442-443 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, *op. cit.*, t. XII, p. 59, n° 180.

⁸⁴ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, *op. cit.*, t. XII, p. 58, n° 178.

⁸⁵ T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, *op. cit.*, t. VII, p. 54, n° 36.

⁸⁶ « L'acheteur sait qu'il se doit tenir en garde contre les prospectus, les annonces et les exagérations du vendeur, et qu'il doit chercher ailleurs et dans un examen personnel de l'objet vendu les motifs déterminants de son achat » (Paris, 29 janvier 1861, *D.* 1862, I.429 ; *S.* 1862, I.849).

⁸⁷ F. LAURENT (citant Cicéron), *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. XV, p. 604, n° 528.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Exposé des motifs de Portalis, P. A. FENET, *op. cit.*, t. XIV, p. 136.

d'immeubles, dans l'intérêt du vendeur seulement (art. 1674). Dans ces hypothèses, le rôle de la volonté n'est pas mis complètement à l'écart, car alors la lésion procède d'un vice du consentement, à savoir une sorte de pression morale résultant des circonstances impérieuses, ou l'entraînement de quelque passion aveugle, impatiente de se satisfaire⁹⁰.

Malgré la rigueur du principe, on note, dès 1850, un frémissement de la jurisprudence face à certaines situations inéquitables. Ainsi, Demolombe relate que des conseils de prud'hommes ont déclaré nulles des conventions entre le maître et l'ouvrier sur le taux des salaires, au motif que ces conventions étaient lésionnaires et devaient être considérées en conséquence comme frauduleuses et contraires à l'ordre public. Demolombe s'insurge avec véhémence contre une telle décision : « Est-ce que ce n'est pas à la libre volonté des deux parties contractantes qu'il appartient souverainement de décider entre elles [ce que vaut le salaire] ? Evidemment oui ! Qui n'aperçoit, en effet, tous les dangers d'une telle doctrine, et qu'en violant les textes mêmes de notre code en matière de rescision pour cause de lésion (art. 1118), elle viole également deux principes essentiels et d'ordre public aussi, à savoir : l'inviolabilité des conventions et la liberté du commerce et de l'industrie »⁹¹. Aussi ces jugements ont-ils été cassés par la cour suprême.

Il est vrai qu'au regard de la pure doctrine libérale, la lésion est simplement inconcevable : « Il n'y a pas d'autre juste prix que celui dont les parties ont convenu »⁹². En effet, les parties étant libres et égales, du moment où le débiteur s'est lié, c'est que le contrat qu'il a conclu sauvegardait ses intérêts. C'est la célèbre formule de Fouillée : « Qui dit contractuel, dit juste »⁹³. L'expérience ne devait pas tarder à infliger de cruels démentis à ce bel optimisme et plaider pour l'adoption de mesures protectrices (*infra*, n° 42).

17. – Malgré cet élargissement progressif des vices du consentement traditionnels, ceux-ci sont apparus insuffisants pour assurer de façon adéquate la protection de la volonté et, à travers celle-ci, la justice contractuelle⁹⁴. D'où le développement ultérieur d'autres modes de protection du consentement (*infra*, n° 43 et s.).

§ 2. L'échange des consentements

18. – Aucune disposition du Code 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. *A fortiori*, les notions d'offre et d'acceptation y sont passées sous silence⁹⁵. Pourtant, dans un projet de Code civil précédent, Cambacérès avait envisagé de

⁹⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. XII, p. 67, n° 202 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, t. VII, p. 60, n° 40.

⁹¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. XII, p. 66, n° 200.

⁹² La formule serait de Jourdan, économiste de la fin du 19^e siècle, cité par E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 74.

⁹³ Cité par E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, p. 73.

⁹⁴ J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, 2^e éd., pp. 400-401, n° 365.

⁹⁵ On relève cependant dans le Code, à propos de la formation de certains contrats spéciaux, l'utilisation du terme « acceptation » : pour les donations (art. 894, art. 932 et s.) et pour le contrat de mandat (art. 1984, al. 2, art. 1985, al. 2, et art. 1990 (dans sa rédaction initiale)). On serait tenté d'y ajouter le dépôt (art. 1925), mais l'acceptation du dépôt dont parle le texte devrait plutôt s'entendre de la chose déposée que du contrat lui-même, et le dépositaire est envisagé comme l'*accipiens* et non comme l'acceptant (cf. art. 1928, 1^o). Le terme « offre »,

faire expressément allusion à ces notions. Le projet comportait ainsi un article disposant que « La promesse d'un seul *non acceptée* n'est point une convention »⁹⁶.

Dans le silence du Code, les auteurs anciens se sont efforcés de résoudre la question de la formation du contrat sur 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* précis 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 partie marque son accord par une acceptation, soit d'emblée, soit après une discussion comportant une série de contre-offres. Pothier ne disait pas autre chose, lorsqu'il définissait la convention comme « le concours des volontés de deux personnes, dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite »⁹⁷.

Le schéma classique de la formation du contrat repose ainsi sur deux postulats⁹⁸ : les parties ont pu, d'une part, *individualiser* leur accord, en déterminant le détail de leurs obligations, d'autre part, *débattre* de leur accord, par un jeu de propositions et de contre-propositions si l'offre n'a pas été acceptée d'emblée. Nous verrons par la suite que ces postulats ne correspondent pas toujours à la réalité (*infra*, n^{os} 39 et s.).

19. – Selon la doctrine classique, puisque le fait générateur d'obligation est l'accord de deux volontés, il s'ensuit que la volonté d'un seul ne saurait suffire à l'engager : l'offre non acceptée est donc librement révocable. Ainsi, pour Pothier, « la pollicitation ne produit aucune obligation proprement dite ; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire tant qu'elle n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite »⁹⁹. Par contre, une fois l'offre acceptée, le contrat est définitivement scellé et aucune des parties ne peut revenir sur son engagement (comp. *infra*, n^o 51). Durant tout le 19^e siècle, cette opinion a été largement suivie par la doctrine¹⁰⁰.

Cependant, chez certains auteurs isolés, l'idée que l'offre pourrait être en soi un acte juridique générateur d'obligation s'est peu à peu développée. Ainsi, dans sa théorie de l'avant-contrat, Demolombe considère que si l'offre est assortie d'un délai – implicite ou explicite –, il existe déjà une convention générant, dans le chef du pollicitant, l'obligation de ne pas retirer son offre avant l'expiration du délai et, dans le chef du destinataire de l'offre, le droit de former, dans ce délai et par son acceptation, le contrat (principal) proposé¹⁰¹. Dès 1891, Worms,

quant à lui, n'intervient qu'à propos du paiement (« offres réelles », art. 1257 et s.). G. Rouhette estime, à juste titre, que cette terminologie ambiguë et incolore constitue tout au plus les rudiments d'une typologie des contrats en considération de leur structure, et ne saurait fournir une explication unique de la naissance du lien obligatoire dans les diverses catégories de contrat (G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, p. 260, n^o 15).

⁹⁶ Souligné par nous. Art. 710 du 3^e projet de Code civil présenté par Cambacérès en 1798, P. A. FENET, *op. cit.*, t. I, p. 278.

⁹⁷ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n^o 4.

⁹⁸ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, t. I, 7^e éd., p. 113, n^o 181.

⁹⁹ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, n^o 4.

¹⁰⁰ Voy. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, *op. cit.*, 5^e éd., t. VI, pp. 25-27, n^{os} 24-25 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, t. IV, 6^e éd., p. 126 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. XV, pp. 539-543, n^{os} 468-471. Pour une étude fouillée de l'évolution des théories de l'offre, 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. 79-121.

¹⁰¹ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, *op. cit.*, t. XII, pp. 22-23, n^{os} 64-66.

s'appuyant sur le droit romain et plusieurs cas de jurisprudence, va s'attacher à démontrer que la tradition juridique n'interdit pas de poser en principe qu'une simple déclaration unilatérale de volonté puisse donner naissance à une obligation pesant sur son auteur¹⁰².

20. – La question de la révocation de l'offre étant plus aiguë dans l'hypothèse de contrats conclus entre absents, c'est sur ce terrain que s'est concentré le débat. 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, et entre l'expédition et la réception de l'acceptation. Durant cette période, l'offrant (voire l'acceptant) pouvait changer d'avis, décéder ou devenir incapable. La nécessité de dégager un critère pertinent pour la détermination du moment précis de formation du contrat est ainsi apparue 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 (comp. *infra*, n° 62).

Ainsi, Pothier décide que « pour que le consentement intervienne en ce cas, il faut que la volonté de la partie, qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché, ait persévéré jusqu'au temps auquel sa lettre sera parvenue à l'autre partie, et auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptait le marché »¹⁰³. Si, avant que la proposition ne parvienne au destinataire, son auteur se rétractait, mourait, ou perdait la raison, il n'y aurait pas de contrat, même si le destinataire, ignorant ce changement de circonstances, avait déjà accepté le marché. On notera que, malgré la distance séparant les parties et le temps nécessaire à l'acheminement du courrier, Pothier ne s'intéresse guère à la localisation du contrat dans l'espace ou dans le temps, mais plutôt au maintien de la proposition jusqu'à son acceptation.

21. – On sait que, par la suite, 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)¹⁰⁴. Pour les premiers, la conclusion du contrat s'opère par la *coexistence*¹⁰⁵ d'une offre et d'une acceptation. Pour les seconds, le concours des volontés n'est pas la seule coexistence de celles-ci, mais leur *connaissance réciproque*¹⁰⁶. Sans entrer dans la controverse, examinons les principaux arguments des auteurs du 19^e siècle à ce sujet.

Baudry-Lacantinerie estime qu'il y a contrat aussitôt que l'offre est agréée, sans qu'il soit nécessaire que cette acceptation ait été connue de celui qui a fait l'offre. Néanmoins, le concours purement métaphysique des volontés ne suffit pas : il faut qu'il y ait *trace* de l'acceptation. C'est la théorie de la déclaration. Demolombe, pour sa part, estime qu'il doit y avoir en outre une manifestation irrévocable de l'acceptation¹⁰⁷. Duvergier partage cette opinion : « Si la lettre par laquelle on accepte est remise à la poste, dépôt public où il n'est

¹⁰² R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, Paris, 1891, cité et examiné par G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, Paris, 1897, pp. 24-28, n° 28 ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil, op. cit.*, t. VII, pp. 22-23, n° 12 ; J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, op. cit.*, pp. 105 et s.

¹⁰³ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, t. I, Paris, Debure, 1781, n° 32.

¹⁰⁴ 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, op. cit.*, pp. 346-392.

¹⁰⁵ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. XII, p. 27, n° 75, 2°.

¹⁰⁶ F. LAURENT, *Principes de droit civil, op. cit.*, t. XV, p. 551, n° 479.

¹⁰⁷ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil, op. cit.*, t. XII, pp. 26-27, nos 72 et 75.

plus possible de la 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 »¹⁰⁸. C'est la théorie de l'expédition.

Troplong estime au contraire qu'il doit y avoir réciprocité entre les volontés : l'acceptation ne contient pas de lien de droit tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant¹⁰⁹ (théorie de la réception). Merlin défend avec ardeur cette idée, estimant que si la promesse peut être rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire, il va de soi que l'acceptation aussi. A l'appui de cette thèse, il recourt à des exemples aussi savoureux qu'étonnants, tels que l'hypothèse d'un sourd qui n'entendrait pas l'acceptation d'une offre qu'il a faite, ou encore celle de la conclusion d'un contrat par le biais d'une voûte acoustique¹¹⁰. 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 (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'offrant¹¹¹.

Quelle que soit la théorie soutenue, il est piquant de constater que Pothier, qui ne s'intéressait guère à l'acceptation, fut cité comme argument d'autorité, aussi bien à l'appui des premières théories¹¹² que des secondes¹¹³.

Le développement des transactions internationales, en particulier entre entreprises, a soulevé la question du lieu de formation du contrat. Traditionnellement, cette question est résolue de

¹⁰⁸ J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français*, t. I, Paris, Renouard, 1835, p. 57, n° 61. En ce sens également, 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*, op. cit., t. IV, 5^e éd., § 343, p. 486.

¹⁰⁹ TROPLONG, *De la vente*, Bruxelles, Wahlen, 1844, n°s 25-26.

¹¹⁰ Nous ne résistons pas à la tentation de reproduire intégralement ce dernier exemple, pour le moins alambiqué : « un homme a dans son cabinet une voûte acoustique, organisée de manière que, d'après les sinuosités diverses et extrêmement multipliées des tuyaux qui la composent, les paroles transmises par l'une des extrémités, n'arrivent à l'autre que dans un espace de cinq minutes. Je me trouve en présence de cet homme, et dans son cabinet même. Là, après m'avoir dit : *Voulez-vous m'acheter telle chose, moyennant telle somme*, il ajoute : *Répondez-moi par ma voûte acoustique*. Là-dessus, nous nous plaçons, moi à l'une des extrémités de sa voûte, lui à l'autre, et je lui dis, par ce porte-voix : *Je le veux bien*. Mais, une minute après, je change de résolution, je cours à lui, et, avant qu'il ait pu entendre ma réponse, je lui dis : *Je ne le veux pas*. Pourra-t-il, après avoir entendu la réponse que je lui ai d'abord faite par sa voûte acoustique, prétendre que cette réponse lui ayant été transmise par des tuyaux dont il est propriétaire, et étant par conséquent devenue sa propriété à l'instant même où elle est sortie de ma bouche, je n'ai pas pu la rétracter avant qu'elle eût frappé son oreille ? Non, évidemment non, cent fois non. Donc, par la même raison, l'obligation que je contracte par une lettre envers un absent ne me lie pas, tant que l'absent à qui j'ai adressé cette lettre ne l'a pas reçue » (MERLIN, *Répertoire*, Bruxelles, Tarlier, 1828, t. 36, V^o Vente, § 1^{er}, art. III, n° XIbis, pp. 52-53).

¹¹¹ Certains auteurs estiment en outre, que la théorie de l'information, prise à la lettre, conduirait à un cercle vicieux : l'acceptant devrait à son tour être informé du fait que l'offrant a bien reçu son acceptation, et ainsi de suite (G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, Paris, 1897, p. 46, n° 37).

¹¹² A. DURANTON, *Le droit civil français*, op. cit., t. IX, n° 45 ; J.-B. DUVERGIER, *De la vente*, op. cit., t. I, n° 61

¹¹³ MERLIN, qui défend la théorie de la réception, estime au contraire que si, selon Pothier, la promesse peut être rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire, il va de soi que l'acceptation aussi (*Répertoire*, Bruxelles, Tarlier, 1828, t. 36, V^o Vente, § 1^{er}, art. III, n°s XI et XIbis). TROPLONG, pour sa part, estime que Pothier n'a sans doute pas donné à sa pensée tout le développement nécessaire, et qu'il ne faut pas en déduire nécessairement qu'il pense que la vente est parfaite même si l'offrant n'a pas connaissance de l'acceptation (*De la vente*, op. cit., n° 25).

la même façon que celle du moment de formation. Ce n'est que par la suite, notamment avec l'invention du téléphone, que certains auteurs envisageront la localisation du contrat dans l'espace et dans le temps de manière distincte¹¹⁴.

SECTION 2

DE LA SOCIÉTÉ INDUSTRIELLE À LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION : VERS UN ÉMIETTEMENT DES RÈGLES

22. – L'avènement de la révolution industrielle a fait voler en éclats le modèle – issu du Code civil de 1804 – qui, durant près d'un siècle, a dominé sans partage la formation du contrat.

L'industrialisation a profondément bouleversé le paysage socio-économique. Sur le plan contractuel, deux tendances de signe contraire caractérisent cette évolution. D'une part, l'on assiste à la multiplication d'opérations industrielles ou financières de plus en plus sophistiquées, qui nécessitent la mise au point de contrats « sur mesure », négociés, pied à pied, entre partenaires commerciaux. D'autre part, le machinisme, joint aux progrès du transport, rend possible une production et une distribution de masse ; la répétition à l'infini d'opérations similaires se traduit par une standardisation des contrats, à accepter tels quels sans possibilité de négociation.

Vers la fin du 20^e siècle, le prodigieux développement des technologies de l'information et de la communication a permis une multiplication des contrats conclus à distance, par le biais des réseaux électroniques. Ce mode nouveau de formation du contrat soulève, lui aussi, de multiples interrogations, naturellement inédites au temps de Napoléon.

En définitive, dans chacune des situations évoquées, il a fallu prendre la mesure de besoins nouveaux et faire face à de nouveaux risques et défis. Ainsi, à la faveur de multiples mouvements jurisprudentiels et interventions législatives, le régime juridique de formation des contrats s'est progressivement adapté aux procédures de négociation des contrats complexes (sous-section 1), à la standardisation des contrats de consommation (sous-section 2) et aux particularités des contrats conclus par voie électronique (sous-section 3).

Sous-section 1. La négociation de contrats complexes

23. – Dans la théorie classique, tout se passe comme si le contrat était formé en un instant de raison, celui auquel les parties se sont déterminées et ont échangé leur consentement (*supra*, n° 18). Les contrats simples (achat de la main à la main, contrats relatifs à des enjeux de faible valeur ou portant sur des fournitures standardisées¹¹⁵, etc.) s'accommodent de cette conception instantanéiste de l'échange des consentements. En revanche, la pratique des affaires révèle combien des contrats importants peuvent être âprement négociés. Une longue période peut ainsi s'écouler entre l'entrée en pourparlers et la conclusion proprement dite du

¹¹⁴ A ce sujet, G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations, op. cit.*, t. I, pp. 54-55. J.-L. Aubert désigne les deux approches sous les noms de « théories monistes » et « théories dualistes » (*Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, pp. 348-378, n°s 379-409).

¹¹⁵ Sur ce dernier point, voy. *infra*, sous-section 2.

contrat. Une série de réunions, divers contacts et une correspondance nourrie contribuent, le plus souvent, à dessiner progressivement les termes de l'accord scellé entre les parties. Cette période précontractuelle est parsemée de nombreux documents (lettres d'intention, procès-verbaux de réunion, accords de principe, protocoles d'accord...) sur la portée desquels les présentations classiques ne soufflent mot. Ils témoignent de ce que les négociateurs ont besoin à la fois d'une grande *souplesse* – pour réserver jusqu'au dernier moment leur faculté de conclure ou, au contraire, de rompre les pourparlers – et de *sécurité juridique* – il s'agit d'organiser la négociation, d'imposer certaines règles à respecter au cours des pourparlers ou de pouvoir entériner certains acquis de la négociation.

Qu'il s'agisse de grands contrats internationaux¹¹⁶, d'opérations d'ingénierie ou d'*outsourcing*¹¹⁷, de montages financiers ou de l'informatisation d'une entreprise¹¹⁸, la période précontractuelle est une réalité, qui apparaît de plus en plus décisive et qui, fort heureusement, fait l'objet d'une attention grandissante¹¹⁹. On souligne combien la prise en considération et l'analyse des pratiques contractuelles contribuent à l'enrichissement de la théorie générale du contrat. Il s'en dégage « une nouvelle appréhension de l'inscription du contrat dans le temps »¹²⁰.

24. – Envisagé, au départ, sous un angle essentiellement statique, le régime de la formation du contrat est pensé désormais dans une perspective nettement plus dynamique. Celle-ci se marque sur plusieurs plans. D'abord, on a pris conscience que, dans bien des cas, le consentement se forme *progressivement*, au cours des échanges et des discussions qui précèdent la conclusion du contrat. Durant cette période, plus ou moins longue, de « pourparlers », des devoirs pèsent déjà sur les négociateurs (§ 1^{er}). Ensuite, on observe que les principes régissant cette phase précontractuelle sont fréquemment aménagés, complétés, voire contredits, par l'un ou l'autre des nombreux documents qui émaillent les négociations (§ 2). Enfin, ce double ordre d'observations et d'analyses invitent à reconsidérer la présentation des séquences qui, dans l'analyse classique, rythment le processus contractuel (§ 3).

Avant de commenter ces trois points, rappelons combien le Code Napoléon est indigent en dispositions relatives à la formation des contrats, spécialement si l'on se place dans une perspective dynamique. On n'y trouve pas la moindre disposition relative à la rupture des négociations, ni à la portée des documents précontractuels... Au contraire, le 'juriste-légiste' contemporain a manifestement intégré le facteur de durée dans la régulation du contrat. En témoignent divers instruments de portée internationale, qui ne sont pas avarés de dispositions concernant le *processus* de formation du contrat. L'on songe, en particulier, à la Convention

¹¹⁶ M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Coll. De la Feduci, Bruxelles-Paris, Bruylant-FEC, 2003.

¹¹⁷ M. FONTAINE, D. PHILIPPE et C. DELFORGE (sous la dir. de), *Les aspects juridiques de l'« outsourcing »*, Bruxelles, Bruylant, 2002. Voy., en particulier, la contribution de C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing – Aspects liés à la durée et au caractère intégratif », pp. 53-153, spéc. pp. 69-71, n^{os} 38-46.

¹¹⁸ CRID, *Le droit des 'contrats informatiques' – Principes et applications*, Bruxelles, Larcier, 1983, spéc. pp. 144-203 (titre III intitulé « La période préparatoire »).

¹¹⁹ J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Ed. Francis Lefebvre, 2001, et l'importante bibliographie recensée aux pages 15 à 20.

¹²⁰ M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Études offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 347-361, spéc. n^o 13. Voy. aussi J.M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Éditions de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 509-524.

de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises¹²¹, aux Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international¹²² et aux Principes de droit européen des contrats¹²³. On ne manquera pas d'y faire des allusions au cours des développements qui vont suivre.

§ 1^{er}. La police de l'avant-contrat

25. – Sous l'action de la jurisprudence, épaulée par la doctrine, le droit positif contemporain dessine les contours d'une véritable « déontologie de la négociation » ou « police de l'avant-contrat »¹²⁴. Divers principes régissent cette phase pendant laquelle les négociateurs ne sont pas encore liés par un contrat – et ne le seront peut être jamais –, tout en n'étant plus vraiment des tiers l'un par rapport à l'autre. Dans le silence du Code civil, ces principes ont été élaborés autour de deux dispositions générales : les articles 1134 et 1382¹²⁵.

26. – On relève, tout d'abord, le principe fondamental de liberté de négociation. Les parties en pourparlers ont la liberté de conclure ou de ne pas conclure. Jusqu'au dernier moment, elles ont la liberté de rompre les pourparlers entrepris avec certains pour entamer ou poursuivre une négociation, et éventuellement conclure, avec un autre.

27. – Cela étant, la liberté de négociation – qui inclut celle de rompre les pourparlers – n'est pas absolue : elle est tempérée par un devoir de bonne foi. Un second principe est ainsi mis en évidence : le devoir de bonne foi dans la conduite des négociations. Autrement dit, la bonne foi préside non seulement à la phase d'exécution du contrat, mais aussi à sa formation¹²⁶. Du principe de bonne foi déposé dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, se déduisent des

¹²¹ Approuvée en Belgique par la loi du 4 septembre 1996 (*M.B.*, 1^{er} juillet 1997). Pour un commentaire, M. FALLON et D. PHILIPPE, « La convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises », *J.T.*, 1998, pp. 17-35.

¹²² On peut trouver la version intégrale des Principes assortis de leurs commentaires à l'adresse www.unidroit.org.

¹²³ O. LANDO et H. BEALE (éds), *Principles of European Contract Law*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 2000.

¹²⁴ Cette dernière expression est de J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, dans leur ouvrage précité (voy., p. ex., l'intitulé de la première partie).

¹²⁵ Voy., not., B. DE CONINCK, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 17-137 ; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *Rev. trim. dr. com.*, 1998, pp. 243-271 ; M. FORGES, « Principes applicables à la rupture et à l'aménagement conventionnel des pourparlers en droit belge », *Ann. dr. Louvain*, 1995, pp. 439-462 ; W. DE BONDT, « Precontractuele aansprakelijkheid », *R.G.D.C.*, 1993, pp. 99 et s. ; L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus contractuel », *R.G.D.C.*, 1990, pp. 391 et s. ; F. 'T KINT, « Négociation et conclusion du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1984, pp. 9-51 ; M. VANWIJK-ALEXANDRE, « La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats », *Ann. dr. Liège*, 1980, pp. 17-83 ; J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, pp. 46-73.

¹²⁶ Voy., not., J. HERBOTS, « De goede trouw in de pre-contractuele rechtsverhoudingen », in *Le contrat en formation*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1993, pp. 31 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers. A.- Dans la formation du contrat (rapport général) », in *La bonne foi*, Travaux de l'association Henri Capitant, Tome XLIII, Paris, Litec, 1992 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions: un principe en expansion », note sous Cass., 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 289 et s.

normes objectives de comportement¹²⁷. Ainsi, les parties sont-elles tenues à une obligation générale de rectitude, de loyauté et de collaboration dans la conduite de leur négociation¹²⁸. Soit dit en passant, contrairement à ce que pourrait laisser croire le libellé de l'article 1134, les rédacteurs du Code civil n'entendaient pas limiter le rôle de la bonne foi à la phase d'exécution ; c'est du moins l'impression qui se dégage des travaux préparatoires du Code¹²⁹.

Toujours est-il que, dès l'ouverture des pourparlers, les parties ont l'obligation de se comporter selon les normes de la bonne foi, à défaut de quoi la rupture éventuelle sera fautive. Encore faut-il que pareille faute soit démontrée, dès lors que le seul fait de rompre des pourparlers n'est pas fautif en soi. Ainsi, la responsabilité de l'auteur de la rupture est écartée si celle-ci est justifiée par un motif économique valable, notamment la décision de conclure avec un tiers qui offre des conditions plus avantageuses. Une rupture de pourparlers peut être constitutive de faute seulement si les circonstances qui l'entourent révèlent un manque de loyauté ou de prudence de son auteur. Ainsi, la jurisprudence considère que commet une faute celui qui entame et poursuit des négociations sans intention sérieuse de conclure, ou en sachant qu'il ne pourra rencontrer les besoins de l'autre partie, dans le seul but de tirer profit de ces négociations ou d'éliminer des concurrents¹³⁰. Est également fautive, la rupture unilatérale, brutale et sans motif légitime de pourparlers avancés¹³¹, ou celle qui cause un préjudice grave au cocontractant, sans proportion avec l'avantage retiré par l'auteur de la rupture¹³². En résumé, la faute apparaît surtout, indépendamment de toute intention de nuire, « comme le fait de créer, sciemment ou par négligence, une fausse apparence de nature à tromper la légitime confiance de l'autre partie »¹³³. Pareille confiance sera d'autant plus légitime que les tractations sont avancées, qu'elles ont permis d'enregistrer certains acquis,

¹²⁷ Voy., not., S. DAVID-CONSTANT, « La bonne foi : une mer sans rivages », in *La bonne foi*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 1990, p. 11. Le fondement de la solution est controversé. Pour les uns, le principe s'étend à la phase précontractuelle. Pour d'autres, l'on ne saurait trouver dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil le fondement des obligations tirées de la bonne foi dans la phase précontractuelle ; en revanche, on pourrait affirmer l'existence d'un principe général de droit d'exécution de bonne foi en considérant que la disposition concernée ne constitue que le reflet, sur le terrain de l'exécution du contrat, d'un principe qui le dépasse. Sur la question, voy. et comp. P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101 et s. ; A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1967, pp. 497 et s. ; et du même auteur, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Comm. Bruxelles, 20 février 1970, *R.C.J.B.*, 1977, p. 29, n° 24. Pour une synthèse récente (et brève), B. DE CONINCK, *op. cit.*, spéc. n° 17 et s., et les réf. *Adde* : J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

¹²⁸ D'autres devoirs se greffent sur le principe de bonne foi qui gouverne la formation du contrat, notamment une obligation d'information, envisagée sous différentes facettes (devoir de renseignement, de conseil, de mise en garde...). A ce sujet, *infra*, n° 43.

¹²⁹ Voy., par exemple, la présentation au Corps législatif et exposé des motifs, par M. Bigot-Préameneu, in P. A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 229 (commentaire de l'article 1134) : « (...) Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. (...) Elles doivent être contractées et exécutées de bonne foi. Elles obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (...) ». Souligné par nous. Sur la question, voy. J.-F. ROMAIN, *Théorie critique...*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

¹³⁰ D. PHILIPPE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers. A.- Dans la formation du contrat (rapport belge) », in *La bonne foi*, *op. cit.*, p. 66. Voy. également, parmi d'autres, M. VANWIJK-ALEXANDRE, *op. cit.*, spéc. pp. 19-23 et S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus des droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 98-109.

¹³¹ J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *op. cit.*, p. 53.

¹³² Pour une synthèse des critères généralement retenus par les cours et tribunaux pour caractériser la faute commise dans la rupture des pourparlers, voy., not., W. DE BONDT, *op. cit.*, spéc. pp. 102 et s.

¹³³ M. VANWIJK-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 23, et les réf.

voire qu'elles ont donné lieu à la rédaction de documents préparatoires (cf. *infra*, § 2), qui augurent de la bonne fin des négociations.

28. – Dès lors, si la liberté de rompre est reconnue, elle n'empêche pas que la rupture peut s'avérer fautive dans certaines circonstances. Conformément à un troisième principe – et en dépit de l'importance accordée au devoir de bonne foi –, toute faute commise au cours des pourparlers (rupture abusive, transgression du devoir de renseignement...) est sanctionnée par la responsabilité délictuelle (art. 1382 ou 1383 C. civ.)¹³⁴, même s'ils ont débouché sur la conclusion d'un contrat¹³⁵. Si les conditions de la responsabilité sont réunies, la victime de la rupture a droit à la réparation intégrale du dommage subi. En principe, la faute de l'auteur de la rupture ne peut être sanctionnée que par des dommages et intérêts, à l'exclusion d'une « réparation en nature » qui consisterait à forcer la conclusion du contrat.

Quant au dommage réparable, il est déterminé, lui aussi, suivant les règles du droit commun de la responsabilité aquilienne. Au fil des cas d'espèce, les cours et tribunaux ont eu l'occasion d'élaborer des solutions nuancées. L'on retient ici que les pertes subies (*damnum emergens*) font en principe partie du dommage réparable. Ainsi, tous les frais exposés (devis, études préalables, déplacements, temps perdus dans les négociations ...) pourront être remboursés pourvu, d'une part, qu'ils aient été causés par la faute de l'auteur de la rupture, d'autre part, qu'ils n'aient pas été engagés à la légère par la victime. Par contre, le manque à gagner (*lucrum cessans*) n'est que partiellement pris en compte. Suivant une terminologie issue du droit allemand, il est permis de distinguer le dommage négatif et le dommage positif. Il est admis que fait partie du dommage réparable le bénéfice perdu d'un contrat qui aurait certainement été conclu avec un tiers si la victime des pourparlers rompus ne s'était pas sentie engagée par ceux-ci (dommage négatif). Il s'agit, en effet, de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si elle ne s'était pas engagée dans une négociation avec l'auteur de la rupture fautive. Par contre, on considère généralement que ne peut constituer un dommage réparable la perte des avantages escomptés du contrat qui aurait été conclu si les négociations avaient abouti (dommage positif). En effet, argumente-t-on, les pourparlers n'ont pas pour effet de faire naître un droit au contrat¹³⁶. Cette dernière solution est néanmoins discutable et discutée¹³⁷.

29. – A la différence du Code civil, divers instruments contemporains, de portée internationale, s'intéressent à la période des pourparlers précédant la formation du contrat. Dans les Principes d'Unidroit, deux dispositions sont consacrées à la responsabilité précontractuelle. Il s'agit de l'article 2.15, qui traite de la mauvaise foi dans les négociations¹³⁸, et de l'article 2.16, qui traite du devoir de confidentialité. Les Principes du droit européen des contrats contiennent des dispositions très similaires (cf. surtout l'art. 2:301,

¹³⁴ Ce principe est acquis de longue date en jurisprudence et en doctrine. A ce sujet, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 708, n° 48, et les réf. citées. Certains auteurs ont vu dans la rupture abusive des pourparlers une application spécifique de la théorie de l'abus de droit, mais cette opinion ne semble pas avoir percé en jurisprudence. Sur la question, voy., not., B. DE CONINCK, *op. cit.*, spéc. p. 27, n° 11 et la note 33. Pour une comparaison des critères respectifs de la faute aquilienne et de l'abus des droits contractuels, voy. T. KINSHOTS, « De precontractuele aansprakelijkheid van de verzekeraar bij het aangaan van een dading », *R.G.D.C.*, 1997, pp. 181 et s.; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ?... », *op. cit.*, pp. 98 et s.

¹³⁵ Auquel cas, la victime pourra parfois obtenir la nullité du contrat (pour vice de consentement), sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts.

¹³⁶ M. VANWIJK-ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁷ B. DE CONINCK, *op. cit.*, pp. 35 et s., spéc. n° 27, et les réf. citées.

¹³⁸ Cette disposition est à mettre en rapport avec le principe de bonne foi déposé dans l'article 1.7.

qui traite des agissements contraires aux « exigences de la bonne foi » dans les négociations)¹³⁹. Tant les commentaires d'Unidroit que ceux des Principes de droit européen apportent, en outre, des précisions concernant la détermination du dommage réparable. Par contre, aucune disposition de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ne vise expressément la conduite (et la rupture) des négociations, ce qui n'exclut pas qu'elle puisse trouver à s'appliquer dans cette hypothèse¹⁴⁰.

§ 2. La portée des documents précontractuels

30. – La doctrine contemporaine s'attache également à mieux cerner le phénomène des accords préparatoires qui jalonnent les négociations d'une certaine ampleur¹⁴¹. Elle tente de définir et de classer les différents documents, non sans peine étant donné l'hétérogénéité des pratiques et l'emploi d'une terminologie particulièrement fluctuante. Elle s'efforce également de déterminer la valeur juridique de ces documents. Diverses questions se posent à cet égard. En cas de rupture des pourparlers, peuvent-ils servir, le cas échéant, à établir à qui incombe la responsabilité de l'échec ? A l'inverse, dans le cas où le contrat se forme, mais sur des bases mal définies ou ambiguës, les documents de la phase préparatoire peuvent-ils contribuer soit à contredire ou compléter le contrat écrit, soit à l'interpréter correctement ?

31. – La liberté contractuelle, servie par l'imagination sans borne des praticiens, explique la grande diversité des accords préparatoires et rend malaisée toute tentative de classification. Guidés par le souci de structurer le propos, nous suggérons de distinguer trois grandes catégories de documents préparatoires.

Une première catégorie réunit tous les types de documents ayant pour objet de *préparer la négociation*. Ils visent à exprimer des intentions¹⁴², à ouvrir la négociation ou à en organiser le déroulement¹⁴³. Concrètement, ils règlent divers aspects pratiques de la négociation (lieu des réunions, composition des délégations, calendrier des discussions, études préalables à réaliser, prise en charge des frais de la négociation...) ou mettent des obligations spécifiques à charge d'une ou des deux parties (accord de confidentialité et de non-divulgence de secret, accord d'exclusivité¹⁴⁴...) ou fixent d'autres obligations en rapport avec la poursuite des négociations (accord de principe¹⁴⁵, pacte de préférence¹⁴⁶, etc.).

¹³⁹ L'article 2:302 traite du devoir de confidentialité.

¹⁴⁰ A ce sujet, voy., not., B. DE CONINCK, *op. cit.*, pp. 113 et s., n° 178 et s.

¹⁴¹ Outre les références déjà citées (en particulier, les travaux de M. Fontaine, F. De Ly et J.M. Mousseron), voy. F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1994 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, pp. 25-46 ; Y. POULLET, « Les documents de la période préparatoire. Leur valeur juridique », in *Le droit des 'contrats informatiques' – Principes et applications*, *op. cit.*, pp. 157 et s.

Notons que certains types d'accords préparatoires ne sont pas ignorés de la théorie classique : ainsi, notamment, les promesses de contrat, ou encore les pactes de préférence, déjà connus en droit romain et évoqués par Domat et Pothier !

¹⁴² On songe aux « lettres d'intention » utilisées dans la négociation de contrats. Sur l'extrême variété des hypothèses couvertes par la notion, voy., not., M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, chap. 1^{er}, pp. 5 et s. ; J.M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.*, pp. 237 et s., n°s 399 et s. *Adde* : X. BARRE, *La lettre d'intention*, Economica, 1989.

¹⁴³ M. FONTAINE, « Fertilisations croisées... », *op. cit.*, n° 10.

¹⁴⁴ Lequel consiste à promettre de ne pas négocier en parallèle avec des concurrents.

¹⁴⁵ L'accord de principe peut être défini comme l'engagement contractuel d'entamer ou de poursuivre de bonne foi la négociation des conditions d'un contrat futur. Voy. B. DE CONINCK, *op. cit.*, spéc. p. 43, n° 36, et les réf.

Une deuxième catégorie de documents précontractuels regroupe divers types d'accords visant à *acter les étapes successives de l'élaboration du contrat en cours de négociation*¹⁴⁷. A ce stade, il ne s'agit plus tant de fixer des devoirs à respecter au cours de la négociation que d'entériner des points d'accord sur le fond, que les parties entendent ne plus remettre en cause. A ce sujet, on parle volontiers d'« accords partiels » ou « intermédiaires »¹⁴⁸. Certains désignent ce type d'accords sous le vocable « punctuation »¹⁴⁹.

Enfin, on peut ranger au sein d'une troisième catégorie les accords préliminaires ou avant-contrats destinés à *préparer (plus directement) la conclusion du contrat définitif*. On songe, en particulier, aux promesses – unilatérales¹⁵⁰ ou synallagmatiques¹⁵¹ – de contrat¹⁵².

32. – Quelle est la valeur juridique des accords préparatoires ? Cette question appelle une réponse nuancée. En toute hypothèse, seule une analyse du contenu précis des engagements permet au juge de dégager leur portée. Ainsi, tout devient cas d'espèce : tout dépend, en définitive, du libellé des clauses et de l'appréciation du juge quant aux intentions réelles des parties. Sous le bénéfice de cette observation, il est permis d'observer que le droit confère une efficacité juridique à la plupart des documents précontractuels, en les tenant pour de vrais engagements contractuels. Aussi obligent-ils les parties, sans leur ôter pour autant toute liberté. Sauf exceptions¹⁵³, elles ne sont pas tenues de conclure, mais ont le devoir d'engager des négociations et/ou de les poursuivre de bonne foi, en veillant à tout mettre en œuvre pour les faire aboutir. La méconnaissance des engagements souscrits (violation d'une clause de confidentialité, négociation avec un concurrent en dépit d'une clause d'exclusivité...) est sanctionnée par une responsabilité contractuelle. Le mode de réparation et la détermination de l'étendue du dommage réparable obéissent à des principes similaires à ceux évoqués plus haut en matière délictuelle (*supra*, n° 28).

de la note 99 ; I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.*, 1991, chron. pp. 57 et s. ; L. ROZES, « Projets et accords de principe », *Rev. trim. dr. com.*, 1998, pp. 507 et s. J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *Rev. trim. dr. com.*, 1985, pp. 265 et s. Pour des références explicites à la notion en jurisprudence, voy. Cass. fr., 24 mars 1958, *J.C.P.*, 1958, II, 10868, note J. CARBONNIER ; Cass. fr., 19 déc. 1989, *D.*, 1991, p. 62, note J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; Liège, 28 févr. 1997, *J.T.*, 1997, p. 392 ; Comm. Bruxelles (13^e ch.), 24 juin 1985, *J.T.*, 1986, p. 236.

¹⁴⁶ On entend par pacte de préférence l'engagement contractuel à adresser au créancier une offre prioritaire de contrat (dont le principe n'a pas encore été arrêté, ni le contenu déterminé) à des conditions au moins aussi avantageuses que celles proposées à des tiers. Voy. J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *op. cit.*, pp. 33 et s., et les réf. citées.

¹⁴⁷ Sur ce point, voy., not., M. FONTAINE, « Un régime harmonisé de la formation des contrats – Réexamen critique », in *Le processus de formation du contrat...*, *op. cit.*, p. 869, n° 40.

¹⁴⁸ B. DE CONINCK, *op. cit.*, spéc. p. 41, n° 33.

¹⁴⁹ Voy., not., A. RIEG, « La "punctuation" – Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Éditions de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, pp. 593-607.

¹⁵⁰ La promesse unilatérale de contrat est un contrat – et non un acte unilatéral ! – par lequel une partie présente une offre de contrat futur à l'autre, en s'engageant à la maintenir pendant un certain délai (« délai d'option »).

¹⁵¹ La promesse synallagmatique est un contrat par lequel les parties consentent à un contrat, tout en se référant à une formalité supplémentaire. Dans le cas des contrats consensuels, la promesse synallagmatique de contrat « vaut contrat ». L'on songe aux classiques « compromis de vente ». A ce sujet, voy., not., L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente – Contribution à la théorie des avant-contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1949, pp. 1 et s.

¹⁵² Sur les promesses de contrat, J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *op. cit.*, pp. 38 et s., et les réf. citées ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, t. II, 3^e éd., pp. 494 et s., n^{os} 504 et s.

¹⁵³ On songe notamment à la promesse de contrat.

Dans les cas où aucun contrat (définitif) n'a été conclu, les documents préparatoires peuvent éventuellement faciliter la démonstration d'une faute dans le chef de l'auteur de la rupture¹⁵⁴. On peut ainsi trouver dans des procès-verbaux de réunions, approuvés par les deux parties, des éléments indicatifs d'un manquement au devoir de renseignement ou de conseil, voire d'une réticence dolosive. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence que l'existence d'un « accord de principe » rendra plus aisée la démonstration d'un manquement à l'origine de l'échec des pourparlers¹⁵⁵.

33. – Les accords préparatoires conservent-ils une portée juridique après la conclusion du contrat ? Peuvent-ils être invoqués pour compléter ou contredire l'*instrumentum* qui cristallise l'accord des parties ? Quel rôle peuvent-ils jouer sur le terrain de l'interprétation ?

Très souvent, les praticiens entendent éviter que les documents précontractuels puissent contribuer à déterminer la portée des engagements des parties, une fois le contrat conclu. Aussi insèrent-ils dans le contrat une clause « d'intégralité » (ou clause « des quatre coins »), dont l'objectif est de faire table rase du passé, en empêchant que l'accord intervenu puisse s'interpréter à la lumière des documents préalables.

34. – Les instruments internationaux ne se prononcent guère sur la portée des documents précontractuels, pendant la négociation ou en cas de rupture. On comprend, il est vrai, la difficulté étant donné l'immense variété de ces documents. Les Principes d'Unidroit et les Principes de droit européen envisagent le phénomène sous le seul angle des clauses d'intégralité (Principes d'Unidroit, art. 2.17 ; Principes de droit européen, art. 2: 105).

§ 3. La séquence offre/acceptation

35. – La pratique de la négociation de contrats complexes met en évidence, on l'a vu, les carences de l'approche classique de la formation du contrat. Cette dernière semble ignorer la phase précontractuelle, singulièrement, le phénomène des accords et documents préparatoires. La doctrine juridique moderne se montre plus sensible au facteur de durée. Il s'en dégage une vision renouvelée du phénomène contractuel. Désormais, la formation du contrat est envisagée dans une perspective nettement plus dynamique, comme un *processus*, dont le point d'orgue est le moment de rencontre d'une offre et d'une acceptation. Ce dernier aspect de la question mérite d'être évoqué brièvement.

36. – Bien qu'absentes du Code civil de 1804, ces notions constituent en réalité des outils d'analyse assez anciens (*supra*, n^{os} 18 et s.). De longue date, en effet, on considère que le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Ces notions ont fait l'objet de riches développements autour d'une série de questions sensibles concernant, notamment, la définition et les éléments constitutifs de l'offre, le problème de l'offre au public, les effets juridiques de l'offre (fondement, point de départ et durée de sa force obligatoire, retrait et révocation de l'offre...), et les différentes formes et modalités de l'acceptation. A la différence du Code Napoléon, les codifications contemporaines consacrent plusieurs dispositions au régime des notions d'offre et d'acceptation (voy. non seulement le *B.G.B.*, le

¹⁵⁴ Pour un exemple, voy. Comm. Liège (6^e ch.), 3 févr. 1994, *D.I.T.*, 1994/2, p. 46, obs. A. HOUTART et O. LESUISSE, réformé par Liège, 19 nov. 1996, *D.I.T.*, 1996/4, p. 41, note D. GOBERT.

¹⁵⁵ Cf. Liège (7^e ch.), 28 févr. 1997, précité ; Bruxelles (4^e ch.), 5 févr. 1992, *J.T.*, 1993, p. 130. Comp. Comm. Bruxelles (13^e ch.), 24 juin 1985, précité.

Codice civile ou le *N.B.W.* néerlandais, mais aussi la Convention de Vienne, les Principes d'Unidroit et les Principes de droit européen).

37. – Depuis quelques années, des voix s'élèvent pour mettre en cause la pertinence de la séquence classique offre/acceptation en tant que seul mode d'analyse du processus de formation du contrat¹⁵⁶. En observateurs avisés des pratiques contractuelles, plusieurs auteurs ont remarqué que certains contrats d'affaires complexes se forment sans résulter de la succession d'une offre et d'une acceptation.

Il n'est pas rare que les négociateurs prévoient que le contrat ne sera conclu qu'après confirmation écrite. Plus fondamentalement, dans ces situations où l'accord des parties s'élabore progressivement au cours de longues négociations, typiques des grandes opérations commerciales ou financières, il apparaît souvent artificiel, voire impossible, d'identifier un moment précis où l'un des négociateurs aurait émis une « offre », que l'autre partie aurait acceptée. Le constat ne conduit pas à rejeter la séquence offre/acceptation comme dépassée, mais à prendre acte de ses limites. Notre droit a du mal, semble-t-il, à recevoir l'idée d'une formation progressive du consentement. Il est suggéré de compléter l'approche traditionnelle, en faisant droit à de nouveaux outils conceptuels aptes à rendre compte du phénomène.

38. – Certaines codifications récentes relatives en matière de contrats font écho à ces réflexions. L'on songe à l'article 2.1 des Principes d'Unidroit, dont il résulte que « Le contrat se conclut soit par l'acceptation d'une offre *soit par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord* ». Quant aux Principes de droit européen, ils prévoient que « Quand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation, les règles de la présente section s'appliquent, avec les *adaptations nécessaires* » (art. 2:211). Si ces dispositions constituent une avancée appréciable dans l'analyse du processus de formation du contrat, il est clair qu'elles suscitent de nouvelles questions (à partir de quand le comportement des parties indique-t-il *suffisamment* leur accord ? en quel sens procéder aux *adaptations nécessaires* du régime de l'offre et de l'acceptation ? etc.) et appellent de nouvelles recherches.

Sous-section 2. La conclusion d'accords standardisés

39. – Dans l'économie moderne, la production à grande échelle, pour être commercialement intéressante, doit s'accompagner d'une uniformisation et d'une amplification des besoins, assurées par la publicité et les mass-médias. Parallèlement, apparaît la nécessité économique d'une harmonisation des opérations juridiques, qui doivent pouvoir se conclure rapidement et se reproduire à l'infini. Dès lors, il n'est plus question d'accords négociés et individualisés¹⁵⁷ : les contrats destinés au public subissent à leur tour le phénomène de rationalisation. Les clauses contractuelles, pré-rédigées par des spécialistes, sont stéréotypées et multipliées à des milliers d'exemplaires sous forme de contrats types. La conclusion du contrat elle-même

¹⁵⁶ A ce sujet, voy., not., J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *op. cit.*, spéc. p. 274, n° 9 ; C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, *op. cit.*, spéc. pp. 449 et s., n°s 535 et s., et les références citées à la note 908 ; M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 115-133, et du même auteur, « La formation des contrats. Codifications récentes et besoins de la pratique », in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 681-695, spéc. p. 687.

¹⁵⁷ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 17-18, n° 19.

s'opère par l'intervention d'un préposé qui ne dispose pratiquement d'aucune marge de négociation et dont le rôle se limite essentiellement à obtenir la signature du client¹⁵⁸. Il en est ainsi non seulement des contrats de fourniture de biens ou de services (transport, fourniture d'énergie, assurance, poste, télégraphe...), mais également du contrat de travail : l'ouvrier du 19^e siècle ne trouverait, apparemment, aucun avantage à changer de patron, les conditions de travail étant, en général, identiques pour une industrie ou une région déterminée.

C'est pour décrire cette situation de fait que, dès le début du 20^e siècle, la doctrine a forgé le concept de *contrat d'adhésion*¹⁵⁹. L'entreprise, qui jouit d'une supériorité de puissance économique, voire d'un monopole¹⁶⁰, peut dicter ses conditions à son cocontractant, qui n'a d'autre choix qu'accepter en bloc toutes les clauses proposées ou s'abstenir de contracter¹⁶¹. Encore le deuxième terme de l'option est-il souvent illusoire, dès lors qu'il n'y a pas d'espoir de trouver de meilleures conditions ailleurs : on ne peut vivre sans jamais voyager, sans s'assurer ni consommer de l'énergie et, surtout, sans travailler¹⁶².

40. – Dès lors, l'équilibre entre les parties se trouve rompu : « au régime de la liberté des accords, de la liberté contractuelle, succède, en fait, celui de la dictature des patrons ou des compagnies puissantes imposant un règlement à une multitude de plus faibles »¹⁶³. Cette inégalité de plus en plus patente entre cocontractants, voire entre catégories de cocontractants

¹⁵⁸ « Vous ne voyez même pas la personne juridique avec qui vous traitez, mais seulement des employés qui se bornent à répéter ce qu'on les a chargés de dire ; dès lors, impossible de discuter avec eux, autant vaudrait discuter avec des phonographes » (G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *Rev. trim. dr. civ.*, 1910, p. 503). Voy. aussi G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, pp. 14-20, n^{os} 14-22 ; B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 8 et s. ; J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 2, n^o 2.

¹⁵⁹ Saleilles serait le premier à avoir attiré l'attention sur ces contrats : R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand (Art. 116 à 144)*, Paris, Pichon, 1901. Pour une étude générale du phénomène, voy., entre autres, G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *Rev. trim. dr. civ.*, 1910, pp. 503-541 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912, pp. 14-19 et 227-231 ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, t. I, 7^e éd. par J.-L. AUBERT, Paris, Masson & Armand Colin, 1996, pp. 115-127, n^{os} 185-197.

¹⁶⁰ L'entreprise peut en effet jouir d'un monopole de droit (p. ex. pour la fourniture de gaz, d'eau, d'électricité, les transports maritimes ou par chemin de fer...) ou de fait (tenant généralement à des ententes entre entreprises visant à soumettre à leurs clients des clauses contractuelles identiques). J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, t. I, 7^e éd., p. 116, n^o 187.

¹⁶¹ Cette conception classique du contrat d'adhésion doit cependant être nuancée : le contrat d'adhésion ne se présente pas toujours sous la forme d'un contrat-type et peut être l'œuvre du plus petit commerçant (certaines offres individuelles sont également « à prendre ou à laisser ») ; en outre, il n'est pas toujours dans l'intérêt de l'entreprise, même en situation de monopole, de fixer arbitrairement n'importe quelle condition (surtout le prix) ; enfin, l'inégalité de puissance économique correspond à une réalité insaisissable, dans la mesure où tout contrat est conclu sous l'empire de besoins qui ne s'imposent pas aux parties avec la même force et qui, partant, ne laissent pas à chacune la même liberté de discussion (G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, *op. cit.*, p. 29, n^o 44 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, t. I, 7^e éd., p. 116-117, n^o 188).

¹⁶² J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit.*, t. I, 7^e éd., p. 70, n^o 115 ; G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1927, pp. 57-61.

¹⁶³ G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, *op. cit.*, p. 61.

(patrons et ouvriers, assureurs et assurés, prêteurs et emprunteurs...) va donner naissance à un mouvement de protection de la partie dite « faible »¹⁶⁴.

De manière générale, la faiblesse d'un cocontractant peut résulter tantôt de la puissance économique de son partenaire ou de son propre état de besoin qui le rend vulnérable (on parle alors de faiblesse *relative*), tantôt de son état de développement mental, de son niveau de connaissance insuffisant dans la matière du contrat, de sa légèreté ou de ses passions (faiblesse dite *inhérente*)¹⁶⁵. Alors que les mineurs et les simples d'esprit font l'objet d'une attention particulière depuis les origines du Code, le sort des autres contractants faibles, à commencer par celui des travailleurs, ne va progressivement s'améliorer qu'à la fin du 19^e siècle. Cette tendance à la protection va se manifester sous diverses formes¹⁶⁶, mais naturellement, seules les techniques ayant trait à la formation du contrat retiendront notre attention¹⁶⁷. Nous examinerons successivement l'action du juge, qui a pris appui sur le Code pour y trouver des solutions susceptibles de venir en aide à la partie faible (§ 1^{er}), et l'intervention du législateur, en marge du Code, par l'adoption de multiples législations déroatoires au droit commun (§ 2).

§ 1^{er}. L'action des cours et tribunaux, dans le Code et au-delà

41. – Dès la fin du 19^e siècle, le juge se montre de plus en plus sensible au déséquilibre qui règne parfois entre parties contractantes, et tente de corriger certains comportements déloyaux en vue de rétablir une certaine transparence dans la négociation du contrat. S'estimant lié par les textes, il va puiser dans le Code pour y (re)trouver – quitte à les déformer – un certain nombre de mécanismes classiques. Cette intervention jurisprudentielle se traduit principalement par une conception élargie des vices du consentement, la généralisation d'une obligation précontractuelle de renseignement et la détermination des conditions d'opposabilité des clauses contractuelles préredigées. Chacune de ces évolutions s'est opérée dans le cadre global de la formation du contrat, toutes situations confondues. Néanmoins, par certains aspects que nous soulignons brièvement ici, on peut y voir avant tout des signes d'un mouvement de protection de la partie faible.

42. – A travers la reconnaissance de certains vices du consentement, le Code civil vise notamment à sanctionner certains abus qui peuvent être commis par l'un des cocontractants à

¹⁶⁴ Voy., à ce propos, l'ouvrage de J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996 ; E. HONDIUS, « Aspecten van modern contractenrecht », in *Overenkomstenrecht*, Anvers, Kluwer, 2000, pp. 540-548, n^{os} 664-673.

¹⁶⁵ Sur la notion de partie faible, voy. M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-623.

¹⁶⁶ Création de syndicats et d'associations de défense des consommateurs, élaboration de codes de bonne conduite, intervention de l'état visant à assurer le jeu de la concurrence sur le marché, à réglementer l'accès à une activité, à organiser des procédures simplifiées de résolution judiciaire ou extra-judiciaire des litiges... Voy. M. FONTAINE, « Rapport de synthèse », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 644-649.

¹⁶⁷ Nous n'étudierons pas le phénomène des conventions collectives, en raison de leur nature particulière, à la frontière entre le contrat et le règlement (J. FLOUR et J.-L. AUBERT les rangent d'ailleurs dans la catégorie des « actes juridiques autres que le contrat », dans leur traité de *Droit civil – Les obligations op. cit.*, t. I, 7^e éd., p. 361, et pp. 375-381). Signalons simplement que sur le plan de la formation du contrat, la négociation collective permet de rétablir un certain équilibre de forces, les négociateurs étant compétents et informés, et appartenant le plus souvent à des groupes de pression au pouvoir non négligeable (M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la recherche du droit, Diegem, Kluwer, 1999, pp. 23-24, n^o 32).

l'égard de l'autre lors de la conclusion du contrat. On sait que ces vices ont d'abord fait l'objet d'une interprétation restrictive par la doctrine et la jurisprudence (*supra*, n^{os} 12 et s.). Peu à peu, cependant, la jurisprudence a sensiblement élargi la portée de ces dispositions¹⁶⁸.

Ainsi, dès la fin du 19^e siècle, elle a pris en considération l'état de nécessité, assimilé à la violence¹⁶⁹ : la nullité des engagements pris sous l'effet d'une violence résultant des *circonstances* est désormais admise, à condition que le cocontractant ait profité de la crainte suscitée par ces événements pour obtenir de la victime un engagement excessif ou le versement d'une somme indue¹⁷⁰. Par ailleurs, on relève, en droit du travail, un certain nombre de décisions qualifiant d'illégitimes certaines menaces exercées par l'employeur en vue de l'obtention de la démission d'un travailleur¹⁷¹. Néanmoins, le seul déséquilibre économique existant entre les parties ne saurait par-lui-même constituer une violence : encore faut-il que l'un des contractants abuse de sa position de force pour obtenir un avantage exagéré¹⁷².

On constate également une extension progressive de la notion de dol, parallèlement à un renforcement des exigences à l'égard du vendeur, à travers, d'une part la régression du *dolus bonus*, d'autre part, l'admission de la réticence dolosive¹⁷³. Suite au développement des mass-médias et des techniques de marketing, la publicité ne peut généralement plus être assimilée aux vantardises d'un camelot¹⁷⁴ : de plus en plus séductrice et envahissante, elle vise directement à obtenir le consentement. En outre, on sait que longtemps, la jurisprudence a refusé de voir une tromperie dans l'abstention de parler, en raison sans doute d'une confusion entre cette attitude passive et le *dolus bonus*, le silence étant considéré comme une habileté permise (*supra*, n^o 15)¹⁷⁵. Par la suite, il a été admis qu'en présence d'un cocontractant inapte

¹⁶⁸ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier*, Paris, PUF, 1986, pp. 46-47 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 400-401, n^o 365 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 378, n^o 28.

¹⁶⁹ Voy., par exemple, Comm. Anvers, 25 janvier 1879, et Bruxelles, 15 mai 1879, *Pas.*, 1879, II, p. 241 ; Civ. Bruxelles, 10 janvier 1921, *J.T.*, 1921, col. 209 ; Cass., 10 novembre 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 303 ; Bruxelles, 7 février 1964, *Pas.*, 1965, II, p. 70, ainsi que la loi du 12 août 1911 modifiant et complétant les dispositions du livre II du Code de commerce, *M.B.*, 23 août 1911.

¹⁷⁰ Voy. C. GOUX, « La violence dans la formation des actes juridiques », in *La théorie générale des obligations, suite*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 57, 2002, pp. 329-331, n^o 15 et les réf. citées ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations, op. cit.*, t. I, 7^e éd., pp. 154-155, n^o 232.

¹⁷¹ Pour un aperçu et une analyse de cette jurisprudence, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973) - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 450, n^o 16 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 74-77, n^o 22 ; W. RAUWS, *Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst : nietigheid, ontbinding en overmacht*, Anvers, Kluwer, 1987, pp. 214-215 ; W. VAN EECKHOUTTE, M. DEMEDTS, C. SAELAERT, A. TAGHON, « Overzicht van rechtspraak. Arbeidsovereenkomsten (1976-1987) », *T.P.R.*, 1989, pp. 663-665, n^o 219 ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1218, n^o 22 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, pp. 355-358, n^o 131 ; C. GOUX, « La violence dans la formation des actes juridiques », in *La théorie générale des obligations, suite*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 57, 2002, pp. 322-327, n^o 12.

¹⁷² W. DE BONDT, « Gebruik en misbruik van de economische machtspositie in het contractenrecht », note sous Bruxelles, 7 novembre 1986, *R.G.D.C.*, 1987, pp. 151-153, n^{os} 10-11.

¹⁷³ J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, n^o 429 *in fine*.

¹⁷⁴ « Le juge du fond peut déduire l'existence de manœuvres dolosives (...) de diverses inexactitudes dans la publicité du cocontractant » (Cass., 18 février 1999, *Pas.*, I, p. 230).

¹⁷⁵ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations, op. cit.*, t. I, 7^e éd., pp. 146-147, n^o 221.

à discerner lui-même la réalité, la réticence est aussi coupable et aussi dangereuse que le mensonge. Au droit de se taire succède l'obligation de parler¹⁷⁶ (voy. aussi *infra*, n^{os} 43 et 49).

Par ailleurs, malgré le caractère restrictif de l'article 1118 du Code, les juridictions inférieures du 19^e siècle ont fréquemment tenté d'admettre certaines hypothèses de nullité pour lésion, pour pallier certaines inégalités jugées abusives (*supra*, n^o 16). On sait qu'ultérieurement, suite à l'adoption de l'article 1907^{ter} du Code civil, la doctrine et la jurisprudence ont élaboré la théorie de la lésion qualifiée pour tous les contrats déséquilibrés conclus grâce à l'exploitation de l'infériorité d'autrui¹⁷⁷.

Enfin, nous avons observé quelle fut l'extension de la notion d'erreur dès le 19^e siècle, notamment avec l'élargissement de l'erreur sur la substance à l'erreur sur les qualités substantielles (*supra*, n^o 13). Sous les impératifs de sécurité juridique et de bonne foi, cette conception fut par la suite tempérée, par la condition d'excusabilité de l'erreur¹⁷⁸.

43. – L'élargissement – parfois considérable – des vices prévus par le Code ne suffit pas à garantir la partie faible contre les abus de position de force de son cocontractant. En particulier, le déficit informationnel de la partie faible est tel que l'équilibre du contrat s'en trouve toujours faussé. Face à l'hétérogénéité de plus en plus marquée du niveau des connaissances entre les parties, les juges ont concentré leurs efforts en amont, au stade de la négociation contractuelle (voy. aussi *supra*, sous-section 1). L'obligation de se renseigner subsiste¹⁷⁹ (*supra*, n^o 15), mais se voit contrebalancée par l'obligation de renseigner¹⁸⁰.

En consacrant la réticence dolosive dans le cas où un cocontractant se tait alors qu'il a l'obligation de parler, la jurisprudence a indirectement reconnu l'existence d'une obligation précontractuelle de renseignement (*supra*, n^o 42). De façon plus directe, cette obligation a été

¹⁷⁶ Sur le fondement controversé de cette obligation de parler, voy. J.-P. MASSON, « Les fourberies silencieuses », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 538-541, n^{os} 14-15 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974 à 1982). Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 69-72, n^o 19 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, 2^e éd., 1988, pp. 472-477, n^o 435 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY et B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 345, n^o 121 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 20-21, n^o 14.

¹⁷⁷ Sur le développement de cette théorie, voy. A. DE BERSAQUES, « L'œuvre prétorienne de la jurisprudence en matière de lésion », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1963 ; et, du même auteur, « La lésion qualifiée et sa sanction », note sous Comm. Bruxelles, 20 févr. 1970, *R.C.J.B.*, 1971, pp. 5-37 ; J.-F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, pp. 749-756 ; Th. Lannoy, « La lésion qualifiée comme fondement de la réductibilité du salaire du mandataire », *Bas.*, 1996, pp. 142-153 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 9-12, 25-28 et 34-38.

¹⁷⁸ Cass., 6 janvier 1944, *Pas.*, 1944, I, 133 ; J. DABIN, *Etudes de droit civil*, Bruxelles, Larcier, 1947, pp. 31-61 ; M. COIPEL, « L'erreur de droit inexcusable », note sous Cass., 10 avril 1975, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 198-219 ; C. GOUX, « L'erreur, le dol et la lésion qualifiée », *R.G.D.C.*, 2000, pp. 16-19, n^o 12.

¹⁷⁹ P. JOURDAIN, « Le devoir de 'se' renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*, 1983, Chron., pp. 139-144.

¹⁸⁰ Sur l'obligation précontractuelle de renseignement, voy. M. DE JUGLART, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1945, pp. 1-22 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignements dans les contrats », in *L'information en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1978, pp. 305-341 ; J.-L. FAGNART, « L'obligation de renseignement du vendeur-fabricant », note sous Cass. (1^{re} ch.), 28 fév. 1980, *R.C.J.B.*, 1983, p. 223 ; V. CHRISTIANOS, *L'obligation d'informer dans la vente de produits mobiliers*, Coll. Droit et Consommation, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, t. II, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988, pp. 502-566, n^{os} 455 à 508 ; W. WILMS, « Het recht op informatie in het verbintenissenrecht. Een grondslagenonderzoek », *R.W.*, 1980-1981, 489 et s. *Adde*: A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Anvers, Intersentia, 2000.

généralisée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil : érigée en faute, la violation du devoir de renseignement est sanctionnée par des dommages et intérêts.

Ainsi, l'obligation précontractuelle de renseignement impose à la partie la mieux informée, notamment en raison de sa qualification professionnelle, de fournir toutes les informations dont elle sait l'importance déterminante pour son cocontractant¹⁸¹. Cette obligation se distingue généralement du devoir de conseil, plus large, qui suppose un avis du cocontractant spécialiste quant à l'opportunité, pour l'autre partie, de conclure le contrat envisagé¹⁸². Il est parfois aussi question d'un devoir de mise en garde, qui consiste davantage en avertissements, destinés à attirer l'attention de l'autre partie sur les conséquences juridiques ou techniques de son acte¹⁸³.

44. – Par définition, le contrat d'adhésion est l'œuvre exclusive de l'une des parties. La plupart du temps, sa rédaction est même confiée à des spécialistes, qui tentent de prévoir toutes les difficultés possibles dans une abondance de clauses contractuelles complexes et techniques. Celles-ci sont le plus souvent reproduites sous forme de contrats-types ou de conditions générales annexées ou référencées, voire même affichées dans les lieux de conclusion du contrat¹⁸⁴.

L'uniformité des clauses contractuelles fréquemment utilisées dans la vie des entreprises permet de calculer, prévoir et délimiter les risques, ce qui fait du contrat d'adhésion un élément indispensable à une gestion rationnelle et à une détermination objective des prix¹⁸⁵. En outre, cette harmonisation des conditions contractuelles présente l'avantage de garantir une certaine égalité de traitement aux interlocuteurs de la partie forte. A ce titre, le recours à des conditions générales est assurément un facteur de non discrimination entre les clients, consommateurs, travailleurs, assurés, etc.

Néanmoins, une telle pratique suscite un certain nombre d'inconvénients non négligeables. Outre l'absence de négociation, on note la technicité du jargon juridique, dont la portée échappe le plus souvent au profane. Bien souvent, d'ailleurs, ce dernier signe le document qu'on lui présente sans même avoir pris connaissance de l'intégralité du contrat, par inconscience de l'importance de son engagement, ou sous le charme d'un vendeur habile, ou encore parce qu'il n'a simplement pas eu la possibilité effective d'accéder aux conditions contractuelles. Le fait que le contrat soit le plus souvent imprimé accentue davantage le sentiment de résignation de la partie faible, en lui donnant la fausse impression que les conditions sont inéluctables¹⁸⁶.

¹⁸¹ Pour une définition plus élaborée et un commentaire approfondi de celle-ci, voy. J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, p. 566, n° 508.

¹⁸² R. SAVATIER, « Les contrats de conseil professionnel en droit privé », *D.*, 1972, Chron. pp. 137-152 ; C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de renseignements dans les contrats », in *L'information en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 306, n°s 2 et 3, pp. 332-341, n°s 46-59 ; A. BERTRAND, « L'obligation de conseil et de renseignement en droit de l'informatique », *Expertises*, 1986, pp. 114-132, et 146-150 ; Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignement ou de conseil », *D.*, 1987, Chron. pp. 101-104.

¹⁸³ J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, n° 456.

¹⁸⁴ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion, op. cit.*, p. 19, n° 20.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 22, n° 28.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 25, n° 38.

En principe, la simple apposition de la signature au bas du contrat était considérée comme un indicateur suffisant de l'acceptation de ses clauses¹⁸⁷. On sait, en effet, que l'une des fonctions de la signature est précisément de marquer l'adhésion de son auteur au contrat¹⁸⁸. Il en résultait que l'ignorance des conditions contractuelles par le signataire était vue comme une négligence de sa part, dont il n'avait qu'à supporter les conséquences¹⁸⁹. En outre, selon l'usage commercial, le silence gardé par le destinataire de documents extérieurs au contrat était considéré comme une acceptation¹⁹⁰. Néanmoins, il est vite apparu que ce consentement donné en bloc à un contrat pré-rédigé n'assurait pas nécessairement un consentement *réel* à toutes les stipulations de la convention. C'est pourquoi la jurisprudence a été amenée à vérifier la connaissance réelle des conditions générales, pour s'assurer de leur opposabilité¹⁹¹.

C'est ainsi que les juges ont subordonné la force obligatoire des conditions générales à leur connaissance et à leur acceptation par l'autre partie. Plus précisément, deux grands principes semblent se détacher en la matière : l'autre partie doit avoir eu la possibilité de connaître les conditions générales avant la conclusion du contrat, et leur acceptation doit être certaine¹⁹². Pour conclure à l'opposabilité des conditions générales, les juges se sont livrés à des examens minutieux des circonstances entourant la conclusion du contrat et de la forme revêtue par ces clauses. Au fil des décisions, on a vu se multiplier les exigences touchant à l'emplacement des clauses, à leur lisibilité au regard de la taille et de la couleur des caractères employés, au fait qu'il y soit fait explicitement référence, avec invitation à les consulter, etc. De la sorte, ont pu être sanctionnées un certain nombre de pratiques peu transparentes.

45. – Ces initiatives de la jurisprudence, parfois audacieuses, présentent l'avantage de garantir une certaine cohérence d'ensemble, dans la mesure où elles opèrent dans le respect de la règle, en souplesse, en fonction des situations particulières et des mutations de la société.

Néanmoins, ces interventions se sont avérées insuffisantes pour protéger la partie faible dans les rapports contractuels. Lié par des textes intangibles, le juge est parfois contraint à certaines interprétations acrobatiques de la règle pour apporter un remède au problème qui lui est soumis. Sans compter que la jurisprudence peut mettre du temps à s'affiner, et que la menace d'un revirement est toujours possible.

¹⁸⁷ Ainsi, le fait de signer un document engageait purement et simplement l'auteur de la signature, alors même qu'il serait aveugle (Liège, 10 février 1887, *Pas.*, II, p. 318) ou ne comprendrait pas la langue dans laquelle il est rédigé (Cass., 30 avril 1942, *Pas.*, I, p. 103).

¹⁸⁸ Sur la fonction d'adhésion remplie par la signature, voy. R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd. revue et mise jour par D. MOUGENOT, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 161, n^o 109 et les réf. ; ainsi que la contribution de D. MOUGENOT dans le présent ouvrage, n^o 69.

¹⁸⁹ H. BATIFFOL, « La 'crise du contrat' et sa portée », *Arch. phil. dr.*, vol. 13, 1968, p. 15.

¹⁹⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, Obligations, 2^e éd. par P. EISMEIN, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 120, n^o 109, 3^o, et les décisions citées note 3.

¹⁹¹ Sur la question de l'opposabilité des conditions générales, voy. I. MOREAU-MARGREVE, « La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat », *Entr. Dr.*, 1971, pp. 114 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968 à 1973) - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 140-146, n^{os} 57-58 ; M. BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle, Chronique de jurisprudence (1975 à 1979) », *J.T.*, 1981, pp. 17-24, 33-43, 53-58 ; R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak : 1981-1992 – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 268, n^{os} 66 et s. ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 715, n^{os} 77 à 79 ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n^{os} 24 à 27.

¹⁹² M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la recherche du droit, Diegem, Kluwer, 1999, n^{os} 59-60.

En outre, les solutions issues du Code civil sont essentiellement des mesures *individuelles* et *curatives* : c'est une fois le mal réalisé et constaté que le cocontractant a la possibilité d'agir en nullité ou en responsabilité. Or, ces mesures curatives sont souvent inutilisables par la partie faible, surtout pour les contrats de la vie courante, en raison de la lourdeur des procédures, du coût et de la lenteur de la justice, hors de proportion par rapport à l'intérêt individuel en jeu¹⁹³. Néanmoins, face aux abus de la distribution de masse, les intérêts lésés, si petits quand on les examine un à un, sont considérables si on les prend globalement. Aussi, l'intervention du législateur est-elle apparue souhaitable, en vue non seulement de consacrer un certain nombre de tendances jurisprudentielles dégagées du Code, mais également d'apporter des solutions dérogoires au droit commun.

§ 2. Interventions du législateur en marge du Code

46. – Sous la pression des groupes sociaux et à l'appel de la doctrine et de la jurisprudence, le législateur a commencé à se pencher sur le sort de la partie faible dès la fin du 19^e siècle, principalement en droit du travail¹⁹⁴, où les situations d'inégalités et d'abus étaient les plus criantes. Le législateur semble avoir pris son rôle de plus en plus à cœur, puisque la protection s'est progressivement étendue à diverses catégories de parties faibles (locataires¹⁹⁵, emprunteurs¹⁹⁶, assurés¹⁹⁷, etc.) avant de connaître une généralisation sous l'effet du mouvement consumériste, particulièrement fécond ces trente dernières années¹⁹⁸.

Cette frénésie de réforme du législateur contemporain s'est essentiellement opérée en marge des dispositions du Code, par le biais de multiples lois spécifiques et impératives. Le régime général de la formation du contrat s'en trouve néanmoins affecté¹⁹⁹ : soucieux de protéger la partie faible, le législateur ne s'est guère préoccupé, apparemment, de préserver une cohérence d'ensemble. Il procède selon la « technique de la greffe », par l'adoption de dispositions nouvelles venant se superposer aux règles du droit des contrats, qu'elles complètent, renforcent ou aménagent, sans réel souci de conciliation avec ces dernières²⁰⁰.

¹⁹³ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *op. cit.*, p. 240. Dans le même sens, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statut quo ? », *op. cit.*, p. 514, n° 2.

¹⁹⁴ B.-S. CHLEPNER, *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972, pp. 208-234.

¹⁹⁵ Pour une évolution de la législation en la matière, voy. I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les relations entre bailleurs et locataires en droit belge », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 181-218, spéc. pp. 183-190, n°s 5-19. *Adde* : P. JADOUL (dir.), *Les baux : commentaire pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2002.

¹⁹⁶ Pour un dernier état de la question, voy. F. DE PATOUL, « La loi sur le crédit à la consommation et le traitement du surendettement. Tendances et perspectives dégagées par la jurisprudence », *J.J.P.* 2002, pp. 23-66.

¹⁹⁷ Voy. R.O. DALCQ, « Les relations entre assureurs et assurés en droit belge », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels...*, *op. cit.*, pp. 389-427 et les lois citées.

¹⁹⁸ M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 347-348.

¹⁹⁹ B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, « Le droit des contrats face à l'évolution économique », in *Etudes offertes à Roger Houin*, Paris, Dalloz-Sirey, 1985, p. 4 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 191-194.

²⁰⁰ L. SIMONT, « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats », in *La renaissance du phénomène contractuel*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 494 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 516-520, n°s 4-6. Pour une illustration de cette technique en droit de la consommation, voy.

Ainsi, on assiste progressivement à un phénomène de morcellement du droit des contrats par activités économiques ou par fonctions, conduisant au développement de nouvelles branches du droit, telles que le droit social, le droit des assurances, le droit de la consommation...

47. – Dans les limites de la présente étude, c'est principalement le droit de la consommation qui retiendra notre attention, en raison de son prodigieux développement et de ses nombreuses immixtions dans la formation du contrat²⁰¹. Le panorama législatif en la matière se compose principalement d'une loi générale, la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur²⁰² (ci-après LPCC), et d'une multitude de lois particulières, ayant trait notamment au crédit²⁰³, au courtage matrimonial²⁰⁴, à l'organisation de voyages²⁰⁵, au *timesharing*²⁰⁶, etc.

Les initiatives du législateur en ce domaine se distinguent des solutions dégagées par la jurisprudence à l'appui du Code civil. La protection accordée à la partie faible consiste essentiellement en mesures *préventives* et *collectives*, visant à empêcher les abus de puissance économique²⁰⁷ et à protéger l'ensemble des consommateurs²⁰⁸ contre de tels abus²⁰⁹ (comp.

F. GLANSDORFF, « La loi sur les pratiques du commerce et le droit des contrats », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 120-128, n^{os} 9-15.

²⁰¹ De nombreuses études ont été consacrées à ce phénomène, parmi lesquelles : G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Etudes offertes à R. Rodière*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 247-272 ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, pp. 239-254 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, pp. 509-556 ; V. SIMONART, « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 59-111 ; F. GLANSDORFF, « La loi sur les pratiques du commerce et le droit des contrats », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 113-135 ; J.-M. TRIGAUD, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 189-238 ; A. PUTTEMANS, « Le contrat de vente à l'épreuve de la protection du consommateur », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2001, pp. 9-64.

²⁰² Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.

²⁰³ Loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juil. 1991 ; loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, *M.B.*, 19 août 1992.

²⁰⁴ Loi du 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial, *M.B.*, 24 avril 1993.

²⁰⁵ Loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages, *M.B.*, 1^{er} avril 1994.

²⁰⁶ Loi du 11 avril 1999 relative aux contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation d'immeubles à temps partagé ("timesharing"), *M.B.*, 30 avril 1999.

²⁰⁷ Le respect de ces lois est fréquemment assuré par la menace de sanctions pénales, qui a un effet dissuasif, et la prévention est renforcée par le pouvoir de contrôle dont dispose l'administration.

²⁰⁸ Sur la notion de consommateur en droit belge et les critiques qu'elle suscite, voy J.-L. FAGNART, « Concurrence et consommation : convergence ou divergence ? », *op. cit.*, n^o 23, pp. 27-29 ; *Idem*, « Boutiquiers et consommateurs : même combat ? », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 10, n^o 7 ; T. BOURGOIGNIE, « Réalité et spécificité du droit de la consommation », *J.T.*, 1979, pp. 293 et s., spéc. n^o 11 ; *Idem*, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, pp. 66 et s. Voir aussi la définition de la notion de consommateur proposée par T. BOURGOIGNIE, *Propositions pour une loi générale sur la protection des consommateurs*, Rapport de la Commission d'Etude pour la Réforme du Droit de la Consommation, Bruxelles, Ministère des Affaires Economiques, 1995, pp. 20-25.

²⁰⁹ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *op. cit.*, pp. 240-241.

supra, n° 45). Toutes ces mesures ont un impact certain sur le droit des contrats, tant au niveau de la formation des conventions qu'au niveau de leur contenu ou de leurs effets. On note à cet égard un renversement du rapport entre liberté et sécurité : « le souci de sécurité, jadis attaché aux effets du contrat, à sa force obligatoire, se reporte sur la phase de formation de l'acte »²¹⁰. La liberté des parties, de plus en plus corsetée avant la conclusion du contrat, réapparaît ensuite, au nom de l'impératif de justice contractuelle, pour leur permettre de sortir unilatéralement de l'acte ou d'en demander la modification (comp. *supra*, n° 6).

Le droit de la consommation accorde ainsi une importance majeure à la phase précontractuelle²¹¹, envisagée très largement : réglementation de la publicité, renforcement de l'obligation d'information, retour du formalisme entourant la conclusion du contrat et même octroi d'un droit de renonciation.

48. – Avant même l'émission d'une offre, des réglementations strictes imposent aux professionnels un devoir de loyauté et de transparence, en interdisant toute publicité susceptible d'induire le consommateur en erreur²¹². Est ainsi prohibée, la publicité trompeuse²¹³, déguisée²¹⁴, prêtant à confusion²¹⁵, ou prenant appui sur d'autres pratiques commerciales douteuses, voire franchement déloyales²¹⁶.

Le professionnel est ainsi tenu de l'obligation de ne pas tromper le consommateur. Dans certaines circonstances, le juge pourrait se référer à cette réglementation pour assimiler au dol certaines inexactitudes dans la publicité du professionnel, à condition du moins que l'inexactitude trompeuse revête un caractère intentionnel. Compte tenu de l'évolution de la jurisprudence à cet égard (*supra*, n° 42), on se demande quelle place le droit de la consommation laisse encore au *dolus bonus*²¹⁷.

49. – Déjà fermement ancrée en jurisprudence (*supra*, n° 43), l'obligation précontractuelle d'information a été officiellement consacrée par le législateur à l'article 30 de la LPCC²¹⁸. Mais le législateur ne s'en est pas tenu à cette obligation générale, loin s'en faut. Il a multiplié les exigences dans tel ou tel contrat spécifique, en imposant la fourniture d'informations

²¹⁰ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *op. cit.*, p. 376, n° 25.

²¹¹ P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, pp. 537-538, n° 18.

²¹² Voy. les art. 23 à 29 de la LPCC, ainsi que la loi du 21 octobre 1992 relative à la publicité trompeuse en ce qui concerne les professions libérales. Plus généralement, voy. D. DE KEUSTER, *Marketing en Recht: de 4 P's op de weegschaal van Vrouwe Justitia*, Bruges, Die Keure, 2002.

²¹³ La publicité trompeuse est toute forme de publicité qui est susceptible d'induire en erreur à propos du produit (art. 23, 1°, LPCC) ou service (art. 23, 2°) ou de l'identité ou des qualités du vendeur (art. 23, 3°). La notion recouvre tant la fourniture d'informations erronées ou ambiguës que l'omission d'informations qui pourrait induire en erreur (art. 23, 4°).

²¹⁴ Art. 23, 5°, LPCC.

²¹⁵ Art. 23, 8°, LPCC.

²¹⁶ Voy., p. ex., l'art. 23, 9°, 10° et 14° LPCC.

²¹⁷ A. PUTTEMANS, « Le contrat de vente à l'épreuve de la protection du consommateur », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2001, p. 29, n° 18.

²¹⁸ Cette disposition a suscité un certain nombre de critiques de la doctrine, nombre d'auteurs estimant qu'elle n'apporte rien au droit commun, voire qu'elle semble plus restrictive. Voy. V. SIMONART, « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », in *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 15, p. 70 et les réf. citées ; A. PUTTEMANS, « Le contrat de vente à l'épreuve de la protection du consommateur », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2001, p. 21, n° 9 et les réf. citées.

toujours plus détaillées, relatives aux caractéristiques des biens et des services, aux prix et aux conditions de vente, etc.

L'objectif affirmé est de faire en sorte que le consentement du consommateur soit plus éclairé. En ce sens, ce mode de protection tend à prévenir des vices du consentement²¹⁹. Parallèlement, cette exigence accrue en matière d'information à communiquer entraîne un élargissement des vices du consentement traditionnels, en particulier du dol par réticence²²⁰ (*supra*, n° 42).

De plus en plus souvent, le devoir d'information prend même la forme de mentions obligatoires à insérer dans le contrat, voire dans l'offre, concernant les droits et obligations des parties²²¹. Ainsi, le législateur en vient à déterminer lui-même certains éléments de l'offre... On relève à ce sujet une assignation des rôles par le législateur : même si l'initiative vient du consommateur, la loi impose au professionnel de faire l'offre, c'est à dire une proposition qui présente tous les caractères de précision, sérieux, fermeté, etc.²²² Certes, le consommateur n'a que la possibilité de prendre ou de laisser les conditions proposées, mais au moins le fait-il sous la protection légale²²³.

Afin d'attirer l'attention sur l'importance ou sur certains aspects du contrat, voire de déterminer le contenu du contrat lui-même, le législateur se fait bavard, tatillon, allant parfois jusqu'à se substituer au rédacteur, en imposant le recours à certaines formules sacramentelles²²⁴. Dès lors, cette promotion de l'obligation d'information va nécessairement de pair avec un certain retour au formalisme : informer ne suffit pas ; encore faut-il que l'information soit accessible et compréhensible.

50. – L'inégalité de force entre les parties a révélé les limites du consensualisme (comp. *supra*, n° 8). Dans un système où l'on peut être engagé sans formes, le risque existe de s'engager à la légère, ou sans s'en rendre compte, ou encore suite aux manœuvres frauduleuses de son cocontractant. En outre, le contrat consensuel présente l'inconvénient de ne pas laisser de traces. Au contraire, l'accomplissement de rites obligatoires permet non seulement d'attirer l'attention sur le contrat que l'on conclut, mais aussi d'en conserver une preuve et de vérifier si un certain nombre de prescriptions impératives ont été respectées²²⁵. Aussi le recours au formalisme comme mode de protection du consentement s'est-il généralisé, dans les législations de ces dernières décennies, à un point tel qu'il est désormais commun de parler de phénomène de résurgence du formalisme²²⁶. « Au formalisme de la

²¹⁹ J. GHESTIN, *Le contrat : formation, op. cit.*, 2^e éd., 1988, p. 508, n° 462.

²²⁰ *Ibidem* ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 278-298, n°s 346-372 ; A. PUTTEMANS, « Le contrat de vente à l'épreuve de la protection du consommateur », in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2001, p. 28, n° 18.

²²¹ Pour des exemples, voy. J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *Ann. Dr.*, 1997, pp. 196-200.

²²² J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *op. cit.*, p. 219 ; G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 259,° 14.

²²³ G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 261, n° 16.

²²⁴ L. AYNES, « Formalisme et prévention », in *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, Litec, 1982, pp. 74-77, n°s 19-23.

²²⁵ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Droit civil – Les obligations, op. cit.*, t. I, 7^e éd., pp. 215-216, n° 311.

²²⁶ Voy., notamment, J.-L. FAGNART, « La formation et l'exécution des contrats », in E. BALATE et J. STUYCK (éds), *Pratiques du commerce et information et protection du consommateur/Handelspraktijken en voorlichting*

pratique, qui, par des conditions générales et des contrats-types, cherche à rendre les relations commerciales plus simples et plus rapides, répond un formalisme (...) légal destiné à lutter contre les abus de rédaction unilatérale »²²⁷.

On constate la multiplication des textes exigeant, implicitement ou explicitement, la rédaction d'un écrit²²⁸. Néanmoins, cette exigence seule suffit rarement à protéger le consentement. C'est pourquoi le législateur s'emploie souvent à réglementer la rédaction même du contrat, en y intégrant un certain nombre de mentions obligatoires, avec une minutie pouvant aller jusqu'à imposer pour ces mentions un style (clair, compréhensible, non équivoque...) ²²⁹, un libellé à reproduire à la lettre²³⁰, voire une forme déterminée²³¹ (« en caractères gras », « en caractères d'un type différent », « dans un cadre distinct du reste du texte », « sous forme d'alinéas séparés »)²³².

De la sorte, nombre de contrats de la vie courante peuvent être qualifiés de solennels²³³. Néanmoins, les « solennités » d'aujourd'hui se distinguent nettement des formes du Code civil (*supra*, n° 10) : elles sont *parcellaires* (bien souvent, elles visent seulement certains aspects de l'acte envisagé), *finalisées* (loin d'instituer les parties en un nouveau statut, elles poursuivent une diversité d'objectifs particuliers) et *de nature formulaire* (en certains cas, le législateur n'hésite pas à se substituer au rédacteur, en imposant des mentions obligatoires, voire des formules très précises)²³⁴.

en bescherming van de consument, Coll. Droit et Consommation, XVIII, Bruxelles, E. Story-scientia, 1988, pp. 120 et s. ; T. BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, spéc. pp. 211 et s., n° 96 et les réf. ; M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 627, n° 19 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *op. cit.*, pp. 189-238 ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, premier volume : Obligations. Théorie générale, 9^e éd. par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 72, n° 85.

²²⁷ B. BERLIOZ-HOUIN et G. BERLIOZ, *op. cit.*, p. 12.

²²⁸ Il arrive que la loi précise sur quel support l'écrit doit se matérialiser : dans une lettre, sur un support durable, sur un support matériel. L'emploi d'un certain type de document peut parfois être requis : un bon de commande, une brochure, un formulaire, un prospectus, un avenant, une lettre recommandée à La Poste, etc. Dans certaines hypothèses, le document doit être réalisé en plusieurs exemplaires, et la production d'une copie, le cas échéant certifiée conforme, est exigée.

²²⁹ Voy., p. ex., l'art. 10 de la loi sur les services de la société de l'information ; art. 78 LPCC.

²³⁰ Voy., p. ex., l'art. 79 LPCC ; art. 14, § 4, de la loi relative au crédit à la consommation ; art. 3, 13°, de l'arrêté royal du 9 juillet 2000 relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs, *M.B.*, 9 août 2000.

²³¹ Voy., p. ex., art. 79, § 1^{er}, LPCC, art. 14, § 4, de la loi relative au crédit à la consommation ; art. 7, § 1^{er}, *in fine*, de la loi sur le timesharing ; art. 3, 11° et 13°, de l'arrêté royal relatif aux informations essentielles et aux conditions générales de vente devant figurer sur le bon de commande des véhicules automobiles neufs.

²³² Pour une typologie des exigences de forme, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 139-150.

²³³ Il en est ainsi, par exemple, du contrat de crédit à la consommation, du contrat de crédit hypothécaire, du contrat conclu par un consommateur en dehors de l'entreprise du vendeur, du contrat conclu à distance par un consommateur, du contrat de courtage matrimonial, du contrat de *time-sharing* ou encore des contrats d'intermédiaire et d'organisation de voyages. Voy. J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *op. cit.*, pp. 204-213 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, pp. 534-535.

²³⁴ X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *J.C.P.*, G, 1999, doct. I 170, p. 1773.

51. – Le développement de nouvelles méthodes de marketing a vu l'apparition dans la pratique d'un nouveau vice : le vice de séduction²³⁵. « Pour défendre le consommateur contre ses propres emballements »²³⁶, le législateur lui a reconnu le droit de réfléchir, voire de renoncer au contrat. On distingue en effet le délai de réflexion²³⁷, laissé au contractant pour donner son consentement plein et entier, du droit de repentir (ou droit de renonciation²³⁸), qui lui permet de se rétracter postérieurement à l'échange des consentements²³⁹.

Ces mécanismes inédits de protection ont fait l'objet de diverses interprétations quant à leur nature. On parle ainsi de vente à l'essai, de promesse unilatérale de contrat, de contrat sous condition suspensive ou résolutoire, de mécanisme de formation progressive du contrat, ou encore de concept *sui generis*...²⁴⁰ Toujours est-il que cette construction originale du contrat semble contredire les principes classiques – notamment la force obligatoire du contrat – et le principe suivant lequel le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation (*supra*, n° 18).

52. – Le dirigisme dont fait preuve le législateur en droit de la consommation n'est pas sans susciter la critique. Certes, une réaction s'avérait indispensable pour rétablir l'équilibre entre les parties contractantes, face aux abus de position dominante. Néanmoins, d'aucuns dénoncent le choix de solutions excessivement paternalistes, qui donnent du consommateur l'image d'un être irresponsable, au point qu'il doit être protégé non seulement contre autrui, mais aussi contre lui-même.

Certains ont vu dans l'intervention du législateur un renouvellement de l'approche classique, par le rétablissement de l'équilibre entre les parties et l'amélioration du consentement du consommateur²⁴¹. D'autres, au contraire, estiment qu'au lieu de conforter la volonté, la loi la

²³⁵ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier*, Paris, PUF, 1986, p. 48.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Voy., p. ex., l'art. 89 LPCC ; l'art. 7 de la loi sur le courtage matrimonial.

²³⁸ Voy., p. ex., l'art. 80 de la LPCC ; l'art. 9 de la loi sur le *timesharing* ; l'art. 18 de la loi sur le crédit à la consommation.

²³⁹ Sur cette distinction, G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 265, n° 19 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *op. cit.*, p. 231 et 233 ; L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Paris-Bruxelles, L.G.D.J.-Bruylant, 2002, p. 558.

²⁴⁰ Voy., notamment, J.-L. FAGNART, « Le projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 1991, pp. 285-286, n° 49-50 ; V. SIMONART, « La loi du 14 juillet 1991 et le droit des obligations », *op. cit.*, p. 84, n° 32 ; P. DE VROEDE, « De wet betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument », *R.W.*, 1991-1992, p. 800, n° 57 ; F. DOMONT-NAERT, « L'information du consommateur et l'obligation de renseignement dans la loi du 12 juin 1991 », *D.A./O.R.*, 1992, pp. 37-38 ; J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *op. cit.*, p. 231 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles : révolution, évolution ou statu quo ? », *op. cit.*, pp. 524-529, n° 10 ; L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur. Un pas vers une doctrine d'ensemble. A propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *J.C.P.*, 2000, pp. 626-627, n° 19 ; A. PUTTEMANS, « Le contrat de vente à l'épreuve de la protection du consommateur », *op. cit.*, pp. 23-24, n° 13 ; L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », *op. cit.*, pp. 592-602, n° 33-46.

²⁴¹ J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé français », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier*, Paris, PUF, 1986, pp. 46 et s. ; J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *op. cit.*, pp. 241 et s.

supplée lorsqu'elle agit sur le contenu du contrat²⁴². Des mécanismes comme le droit de renonciation ou le délai de repentir frapperaient même le consommateur d'impuissance à engendrer définitivement l'obligation contractuelle²⁴³. Cette surprotection dont bénéficie le consommateur pourrait enfin avoir l'effet pervers de favoriser son insouciance au lieu d'éveiller son attention²⁴⁴.

La technique normative employée par le législateur contemporain semble bel et bien aux antipodes de l'esprit des rédacteurs du Code : « Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition »²⁴⁵.

Sous-section 3. La conclusion de contrats par voie électronique

53. – L'utilisation combinée de l'informatique et des réseaux de communication pour la conclusion de contrats ne date pas d'hier. Cela fait déjà plus de vingt ans que des accords contractuels sont noués dans des environnements électroniques. Mais, il s'agissait alors de réseaux privés et fermés, tels les réseaux sectoriels d'échange de données informatisées (EDI)²⁴⁶, ou de réseaux télématiques traditionnels de couverture essentiellement nationale (on songe, en particulier, au Minitel en France).

La conclusion de contrats par le biais des réseaux suscite diverses interrogations sur le plan juridique. Celles-ci sont liées à la disparition de l'écrit papier cristallisant l'accord des parties, à la rapidité et à la fugacité des communications, à l'éloignement des parties... et concernent, fondamentalement, l'identification des parties contractantes, la qualité des consentements échangés, l'intégrité des contenus et la preuve des contrats ainsi conclus sans papier ni signature (manuscrite).

Ces questions se posent, aujourd'hui, avec une acuité plus grande encore dans le contexte des réseaux « ouverts »²⁴⁷ – dont l'internet est l'archétype –, que les contrats soient conclus

²⁴² G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *op. cit.*, p. 257, n° 11.

²⁴³ *Ibidem*, p. 266, n° 20.

²⁴⁴ En ce sens, J.-M. TRIGAUX, « L'incidence de plusieurs législations récentes sur le droit commun des obligations en matière de formation des contrats », *op. cit.*, p. 236.

²⁴⁵ Discours préliminaire de Portalis, in P. A. FENET, *op. cit.*, t. I, p. 514.

²⁴⁶ Voy. L. ELIAS, G. KUO WANG et alii, *Le droit des obligations face aux échanges de données informatisées*, Cahiers du CRID, n° 8, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, et la bibliographie renseignée en fin d'ouvrage.

²⁴⁷ La frontière entre réseaux fermés et réseaux ouverts n'est pas toujours nette. Les réseaux fermés sont basés sur un protocole propriétaire ; ils sont dits « fermés » en ce sens que le système est géré par une entité unique, exerçant un contrôle sur la population des utilisateurs et sur les composantes techniques du réseau (contenu, interfaces de communication, sécurité...). Par opposition, un réseau ouvert est basé sur un protocole non propriétaire et présente une structure décentralisée, qui n'est pas contrôlée par une entité unique. Il en résulte que des internautes qui ne se connaissent pas peuvent entrer en relation et contracter, ce qui n'est pas le cas sur les réseaux traditionnels. Sur la notion de réseau ouvert, voy., not., E. DAVIO, « Questions de certification, signature et cryptographie », in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID n° 12, Bruxelles, Kluwer, 1997, pp. 66 et s., spéc. pp. 74-75 et les réf.

‘directement’ sur le Web, par échange de courriers électroniques ou encore grâce à l’utilisation d’agents électroniques intelligents²⁴⁸.

Nous sommes d’avis que la notion même de contrat n’est pas affectée par la circonstance que l’accord des parties s’est scellé dans un environnement électronique, fût-il ouvert. C’est pourquoi l’appellation « contrat électronique » ne nous enchante guère²⁴⁹. Il s’agit là d’une notion, certes commode, mais plus descriptive que scientifique. En réalité, l’on n’a pas affaire à une nouvelle catégorie de contrat, mais plutôt à un mode nouveau de formation de contrats « classiques » (vente, louage de chose, entreprise...). Pour notre part, nous préférons parler de « contrats conclus par voie électronique », lesquels présentent, indéniablement, certaines spécificités liées à la nature du *modus operandi*.

54. – Les particularités de la communication en réseaux ouverts retentissent au premier chef sur la formation, la forme et la preuve des contrats. En revanche, le lien de droit créé n’est pas fondamentalement affecté de sorte que le régime de l’exécution et des sanctions de l’inexécution des obligations contractuelles n’a pas lieu d’être ébranlé. Les risques et défis nouveaux entourant la formation des contrats par voie électronique renvoient, pour une large part, au droit commun, tout en invitant à interroger ce dernier à nouveaux frais²⁵⁰. D’ores et déjà, sous l’impulsion pressante de son homologue européen²⁵¹, le législateur belge a été

²⁴⁸ Dans le cadre de cette étude, on s’intéresse surtout aux contrats conclus sur le Web (les *Web contracts*). Pour plus d’explications sur les différents modes de contracter par voie électronique, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in M. FONTAINE (sous la direction de), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 695 et s., n^{os} 6 à 10.

²⁴⁹ Parle-t-on de « contrat téléphonique » pour désigner le contrat conclu par téléphone ?

²⁵⁰ Cf., parmi d’autres, 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^o 14, Bruxelles-Antwerpen, 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 ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l’heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n^o 23, Bruxelles-Namur, Bruylant-P.U.N., 2003, pp. 131-194 et des mêmes auteurs, « La conclusion des contrats par voie électronique », étude précitée ; Y. POULLET, « Contrats électroniques et théorie générale des contrats », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 467-478 ; V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2002 ; P. LECOCQ et C. BIQUET-MATHIEU, « Le commerce électronique : conclusion et preuve du contrat. Rapport de droit belge », *Rapports belges au Congrès de l’Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1105-1165 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Ed. du Jeune Barreau, 2001, pp. 192-221 ; B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C./T.B.H.*, 1999, pp. 664-676 ; L. CORNELIS et P. GOETHALS, « Contractuele aspecten van e-commerce », in *Le droit des affaires en évolution – Le commerce électronique*, A.B.J.E., n^o 10, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 1999, pp. 1-91.

²⁵¹ On songe, en particulier, à la 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^o L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Pour un commentaire complet de la directive sur le commerce électronique, 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^o 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, 439 p. ; 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 (n^o 6000), pp. 133-145 ; E. TERRY, « De omzetting van de richtlijn elektronische handel in Belgisch recht : geen sinecure ? », *D.C./C.R.*, n^o 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.

conduit à adopter une série de *règles spécifiques*²⁵², qui viennent se « greffer » sur le régime général du contrat, suivant une technique désormais entrée dans nos mœurs légistiques (*supra*, n° 46).

Les défis posés par les contrats formés via l'internet – en particulier sur le Web – peuvent se décliner en trois maîtres-mots : *immatérialité*, *interactivité* et *internationalité*. Chacun de ces traits caractéristiques soulève une série de difficultés – et appellent des solutions innovantes – sur le terrain des consentements échangés.

Notre exposé s'ordonne naturellement autour de ces trois mots clés, qui suggèrent un triple questionnement : qu'en est-il des garanties d'un consentement libre et éclairé dans un environnement à la fois *dématérialisé* (§ 1^{er}), *électronique et interactif* (§ 2) et marqué par une *abolition de la distance et des frontières* (§ 3).

§ 1^{er}. Des contrats « dématérialisés »

55. – Les contrats conclus dans les environnements numériques sont dits « dématérialisés » en ce sens que l'accord des volontés ne se matérialise pas sous la forme d'un écrit papier (revêtu, le cas échéant, d'une signature manuscrite), mais résulte d'un échange de flux « immatériels » et évanescents de données, transmises par ondes électro-magnétiques, fibres optiques ou diffusion hertziennne. En réalité, c'est à la faveur d'une légère – mais commode – imprécision de langage que les flux de données électroniques sont volontiers dits « dématérialisés ». Car, de toute évidence, ils se « matérialisent » sur quelque support physique. Toujours est-il que les données échangées achèvent leur périple dans une mémoire d'ordinateur. Dès lors, le support sur lequel se cristallise, *in fine*, l'accord des volontés n'est plus le papier, reconnu et apprécié de longue date comme un support stable et durable, mais des imprévisibles octets nettement plus sujets à caution.

Les défis liés à la « dématérialisation » des contrats conclus – sans papier, ni signature manuscrite – sur les réseaux se situent essentiellement sur le terrain de la preuve et du formalisme contractuel. La preuve du contrat se heurte non seulement à la disparition du papier, mais aussi aux divers risques découlant de l'usage des réseaux ouverts pour communiquer et accorder les volontés (substitution de l'auteur d'un message; altération, accidentelle ou frauduleuse, d'un message en cours de transmission; répudiation d'un message par son émetteur ou son destinataire, qui nie l'avoir expédié ou reçu; rupture de confidentialité...). Le second défi concerne le maintien des garanties issues des multiples règles de forme, égrénées dans nombre de législations contemporaines et essentiellement façonnées par référence au support papier (*supra*, n° 50). Comment les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités y associées – gages d'une expression correcte des volontés – peuvent-ils être adéquatement restitués dans un univers dématérialisé où

²⁵² La directive sur le commerce électronique a été transposée en droit belge par deux lois distinctes : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960, et la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (citée LSSI), *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963. Dans la suite de l'article, nous nous référons surtout à cette dernière loi. Pour un commentaire de ces lois, P. VAN EECKE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, Die Keure, 2003; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information : une vue panoramique et trois zooms », *Revue Ubiquité*, n° 16, 2003, pp. 41-59. Voy. aussi E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, non encore publié au moment où nous écrivons ces lignes.

l'information ne circule plus principalement sur un support matériel, mais sous la forme de signaux dépourvus de lien intrinsèque avec un support matériel stable ?

56. – Pour rencontrer ce double ordre de préoccupations, plusieurs voies s'offrent aux législateurs²⁵³. Selon une première position, radicale, l'écrit est irréconciliable avec l'électronique²⁵⁴ ; le mieux est dès lors de s'affranchir de toute référence à des concepts par trop chargés d'histoire et imprégnés de la culture du papier (les notions d'écrit, d'original ou de copie, de signature, de mention manuscrite...) pour forger des règles entièrement neuves, conçues spécifiquement pour les besoins du commerce électronique²⁵⁵. Une autre démarche consiste à redéfinir les concepts anciens en vue d'y intégrer la nouveauté. En Belgique, le législateur a choisi de mobiliser la doctrine dite « des équivalents fonctionnels », mise à l'honneur dans les travaux de la CNUDCI, soutenue par de nombreux auteurs et devenue une précieuse source d'inspiration pour la plupart des législateurs autour de la planète. Cette option constitue une « voie médiane »²⁵⁶ : loin de tourner le dos à des notions éprouvées, l'idée est de dégager les fonctions dévolues à celles-ci dans l'univers papier en vue de les transposer dans un environnement « dématérialisé ».

Ainsi le législateur belge est-il intervenu sur le terrain du formalisme probatoire, en insérant dans le Code civil une définition fonctionnelle de la signature électronique (art. 1322, al. 2), ce qui suppose implicitement, mais certainement, l'admission des formes électroniques de l'écrit et de l'acte sous seing privé²⁵⁷. Il est désormais acquis que le document électronique signé – conformément aux conditions légales – peut être élevé au rang d'acte sous seing privé, et, à ce titre, déclaré recevable en justice (art. 1341 C. civ.) et faire pleine foi de son contenu (art. 1319, 1320 et 1322 C. civ.)²⁵⁸.

²⁵³ Pour une appréciation critique des différentes approches, voy. E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, spéc. pp. 380 et s. ; M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, spéc. pp. 713-719, n^{os} 28-35.

²⁵⁴ Parmi les rares auteurs qui se sont exprimé en ce sens, voy. J. HUET, « Aspects juridiques de l'EDI, Echange de Données Informatisées (Electronic Data Interchange) », *D.S.*, 1991, pp. 181-189, spéc. p. 185 et, à sa suite, V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2002, spéc. pp. 109-110 et note 220.

²⁵⁵ En ce sens, apparemment, B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, p. 134.

²⁵⁶ E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, *op. cit.*, p. 382. Voy. aussi G. MAINÇON-VITRAC, « EDI et régime de la preuve – La piste des équivalents fonctionnels », *Expertises*, n^o 193, 1996, pp. 144 et s.

²⁵⁷ Sur la mise en œuvre de l'approche fonctionnelle en matière de signature, voy. E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 179-210 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle », *D.A./O.R.*, 2000/53, pp. 17-39.

²⁵⁸ Sur cette question, voy. le rapport de D. MOUGENOT dans le présent ouvrage. Parmi les études récentes en doctrine belge, R. MOUGENOT, *Droit des obligations – La preuve*, 3^e éd. revue et mise jour par D. MOUGENOT, Bruxelles, Larcier, 2002, spéc. pp. 169-206 et pp. 308-323 ; E. MONTERO, « L'introduction de la signature électronique dans le Code civil : jusqu'au bout de la logique 'fonctionnaliste' ? », étude précitée ; *Idem*, « Définition et effets juridiques de la signature électronique en droit belge : appréciation critique », in *La preuve*, Formation permanente CUP, vol. 54, mars 2002, pp. 39-82 ; L. GUINOTTE, « La signature électronique après les lois du 20 octobre 2000 et du 9 juillet 2001 », *J.T.*, 2002, pp. 553-561 ; D. GOBERT, « Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : analyse de la loi du 9 juillet 2001 », *La preuve*, Formation permanente – CUP, 2002, vol. 54, pp. 83-172 ; B. DE GROOTE, « Het bewijs in de elektronische handel – Enkele bedenkingen », *A.J.T.*, 2001, pp. 881-901 ; M.E. STORME, « De invoering van de elektronische handtekening in ons bewijsrecht – Een inkadering van en commentaar bij de nieuwe wetsbepalingen », *R.W.*, 2000-2001, pp. 1505-1525 ; P. LECOCQ et B. VANBRABANT, « La preuve du contrat conclu par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Editions du Jeune

Ainsi encore a-t-il fait application de la méthode « des équivalents fonctionnels », en matière de formalisme contractuel cette fois, à l'article 16 de la loi du 11 mars 2003. Cette disposition contient une clause transversale générale (art. 16, § 1^{er}) et trois clauses transversales particulières, qui visent à couvrir les trois exigences de forme les plus récurrentes, à savoir celles relatives à un écrit, à une signature ou à des mentions manuscrites (art. 16, § 2).

Il saute aux yeux que l'approche privilégiée par cette disposition s'apparente à une petite révolution dans le champ du formalisme contractuel (comp. avec la conception traditionnelle du formalisme, *supra*, n° 10, *in fine*). A défaut de pouvoir en livrer un commentaire circonstancié, contentons-nous de quelques brèves explications concernant la clause transversale générale²⁵⁹. Celle-ci constitue le cœur même du dispositif de l'article 16; les trois clauses particulières n'en sont, en définitive, que des applications.

En présence d'une exigence de forme susceptible d'entraver la conclusion d'un contrat par voie électronique, il s'agit d'identifier les « qualités fonctionnelles » de la formalité concernée pour vérifier s'il peut y être satisfait sous forme électronique; dans l'affirmative, la formalité est présumée satisfaite²⁶⁰. Dans certains cas, le procédé utilisé peut être la simple « traduction » sous forme électronique du procédé envisagé à l'origine par le législateur dans un contexte papier. Ainsi, les exigences relatives à la forme de mentions obligatoires – en caractères gras, dans un cadre distinct, sous forme d'alinéas séparés... (*supra*, n° 50) – devraient vraisemblablement être remplies sans grande difficulté dans l'environnement numérique, où les documents peuvent être présentés sous toutes les formes grâce aux logiciels de traitement de texte ou moyennant une certaine configuration, de manière à garantir que l'information n'échappe pas à l'attention du cocontractant.

Par contre, dans d'autres hypothèses, le moyen envisagé par le législateur est tel qu'il n'a pas de vrai pendant électronique. Il en est ainsi, par exemple, de l'exigence de la mention « Ne signez jamais un contrat non rempli » à la hauteur de l'endroit où le consommateur appose sa signature²⁶¹. En pareille hypothèse, la clause transversale générale devrait trouver toute sa signification en ce qu'elle constitue une invitation à se détacher des moyens concrets envisagés par le législateur, pour prendre en considération la fin poursuivie. L'important, *in casu*, n'est pas tant d'indiquer une mention informative que d'éviter un blanc seing. Or, cette finalité peut être rencontrée dans un contexte électronique par d'autres moyens – parfois plus efficaces d'ailleurs –, tel le recours à un logiciel empêchant la signature (électronique) d'un contrat non rempli. Grâce à la clause transversale générale, les contrats conclus par voie électronique au moyen de tels dispositifs de sécurité sont parfaitement valables à cet égard²⁶².

Barreau, 2001, pp. 51-137; D. GOBERT et E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114-128.

²⁵⁹ Pour une étude détaillée de l'article 16 de la loi, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 131-194.

²⁶⁰ Pour des applications pratiques, voy. notre analyse des dispositions législatives et réglementaires de la compétence du Service Public Economie : M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne – Recommandations relatives à la mise en œuvre de l'article 17 du projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information », rapport réalisé pour le Service Public Economie, 15 octobre 2002, disponible à l'adresse : <http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/formalisme.pdf>.

²⁶¹ Voy. l'art. 14, § 4, 2°, de la loi relative au crédit à la consommation.

²⁶² Pour une présentation plus détaillée de cet exemple, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », *op. cit.*, pp. 170-172.

Il est trop tôt pour apprécier la pertinence de la démarche adoptée par le législateur du 11 mars 2003. D'aucuns s'offusquent de l'insécurité juridique créée par l'approche envisagée²⁶³. Tout en admettant certaines de leurs critiques, nous ne partageons pas le pessimisme de ces auteurs. L'espace nous manque malheureusement pour entrer dans ce débat²⁶⁴.

57. – Face à la dématérialisation des contrats conclus dans les environnements électroniques ouverts, le besoin se fait nettement sentir de restituer un ancrage – ‘spatio-temporel’ – à des opérations – qui se réalisent dans un espace virtuel désincarné²⁶⁵. Diverses dispositions spécifiques de la loi du 11 mars 2003 traduisent ce souci de « réinstrumentaliser »²⁶⁶ en quelque sorte le contrat.

L'article 10, 1°, de la loi permet d'illustrer le propos. Conformément à la directive sur le commerce électronique, cette disposition impose au prestataire d'envoyer, sans délai injustifié et par voie électronique, un accusé de réception de la commande émanant du destinataire du service. Cet accusé de réception peut prendre la forme d'un courrier électronique adressé à l'auteur de la commande ou d'une page web affichée consécutivement à la validation de la commande sur le site du prestataire. Souvent, par souci de sécurité, les prestataires combinent les deux formules. Le cocontractant est ainsi assuré que sa commande a bel et bien été reçue et enregistrée. La réunion de la page web complétée par le client et de l'*accusé de réception* expédié par le prestataire peut s'avérer utile, notamment sur le plan de la preuve²⁶⁷.

On peut épingler également l'article 8, § 2, dont il résulte que « Les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire »²⁶⁸. Il est remarquable d'observer l'importance attachée par le législateur (européen) à cette exigence. Elle compte, en effet, parmi les rares dispositions impératives non seulement à l'égard des consommateurs (B2C), mais aussi dans les relations entre commerçants (B2B). Ainsi donc, le commerçant devra veiller à configurer les pages web contenant les conditions générales en manière telle que le destinataire du service ait la possibilité de les enregistrer sur le disque dur de son ordinateur ou de les imprimer sur papier, pour pouvoir s'y référer à tout moment. On signale, au passage, qu'aucune disposition de la loi n'est consacrée à régler la question de la force obligatoire des conditions générales communiquées par voie électronique. On est renvoyé sur ce point aux principes de droit commun (*supra*, n° 44). Mais il ne fait pas de doute que les particularités du contexte suscitent des questions et pratiques nouvelles²⁶⁹, qui appellent l'élaboration de

²⁶³ Voy., en particulier, les critiques formulées par J. DUMORTIER et H. DEKEYSER, « Ruimen van juridische obstakels bij contracten langs elektronische web », in P. VAN EECKE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Die Keure, 2003, pp. 161-186.

²⁶⁴ N'est-il pas permis d'espérer que les prestataires se révéleront astucieux, que leurs cocontractants ne s'exposeront pas à invoquer en justice des nullités incertaines, que des standards ne tarderont pas à s'imposer...? Le recours à des normes et concepts 'flous' est fréquent en droit, sans que l'on crie à l'insécurité juridique. Pourquoi, *in casu*, les parties ne parviendraient-elles pas à ajuster leurs pratiques au test prôné par l'article 16? Le législateur aurait-il été mieux avisé en adoptant des dispositions technologiques... vouées à une obsolescence rapide?

²⁶⁵ En ce sens, P. LECOCQ et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, n° 40.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Cf. P. LECOCQ et C. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, n° 28.

²⁶⁸ Pour un commentaire de cette disposition, C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs », *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁹ Pour des exemples, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, pp. 736-741, n°s 56-60; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, pp. 169 et s., n° 13.

réponses et de réactions appropriées. Au total, tout cela donne lieu à des réflexions originales qui ne manqueront pas d'enrichir la théorie générale relative à cette question classique.

58. Enfin, on ne saurait trop souligner l'importance croissante du rôle des « tiers de confiance » dans la conclusion des contrats en environnement ouvert²⁷⁰. La solution de problèmes divers (vérifier une identité, s'assurer de l'intégrité d'une communication, prouver la date d'un envoi ou d'autres faits juridiques²⁷¹...) passe par le recours à un tiers à la relation contractuelle : prestataire de services de recommandé électronique, de certification, d'archivage ou d'horodatage de documents électroniques... Ici aussi, on réclame l'adoption de règles spécifiques pour déterminer des critères d'agrément de ces tiers et définir leurs responsabilités²⁷².

§ 2. Des contrats conclus dans un environnement électronique interactif

59. – L'utilisation des réseaux numériques pour la conclusion de contrats invite à s'interroger sur la qualité des consentements échangés. On peut se demander tout d'abord si l'interposition d'un outil technologique complexe et plus ou moins opaque n'est pas de nature à hypothéquer la transparence du processus contractuel et, dès lors, la réalité d'un consentement libre et éclairé. D'autant que l'automatisation et, partant, la nécessaire standardisation de ce processus rend moins aisée la mise en œuvre d'une prestation de conseil²⁷³. Ensuite, l'internet se caractérise à la fois par une grande *interactivité* – dont l'une des clés est le lien hypertexte –, une *intégration* particulièrement poussée des différentes phases de la démarche contractuelle et – ceci expliquant cela – une grande rapidité dans le déroulement des opérations qui mènent au contrat. En quelques « clics » de souris, l'internaute peut se trouver engagé dans des liens contractuels : au cours de sa navigation sur le Web, en effet, il ne tardera pas à « tomber » sur une bannière publicitaire (éventuellement ciblée en fonction de son profil) qui, lien hypertexte aidant, le dirigera vers une offre présentée dans un catalogue interactif l'invitant, au gré de simples manipulations, à sélectionner des articles, à passer commande et à payer. On observe, enfin, un nouvel effet d'asymétrie²⁷⁴, dans la grande toile du Web, entre un vendeur mobile, évanescant et peu identifiable, et un acheteur rapidement identifiable – à la faveur de divers « traitements invisibles »²⁷⁵ – et aussitôt fiché et traqué par les firmes de cybermarketing guettant les méandres de sa navigation sur le réseau.

²⁷⁰ Lire M. ANTOINE, D. GOBERT et A. SALAÜN, « Les nouveaux métiers de la confiance », in E. MONTERO (éd.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 3-32.

²⁷¹ Pour des exemples, voy. E. MONTERO, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », *op. cit.*, pp. 1-53, spéc. p. 36, p. 53 et *passim*.

²⁷² Cf. R.E. VAN ESCH, « Met recht een TTP ! », *Tijdschrift voor consumentenrecht*, 1998, n° 5, pp. 444-450 ; Y. POULLET, *op. cit.*, p. 468, note 3 ; M. DEMOULIN, D. GOBERT et E. MONTERO, *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Cahiers du CRID, n° 23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 5 et *passim*.

²⁷³ A ce sujet, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, pp. 741-743, n°s 61-62.

²⁷⁴ F. OST, « Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse », in B. DE NAYER et J. LAFFINEUR (éds), *Le consentement électronique*, Coll. Droit et consommation, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 187-198, spéc. pp. 195-196 ; B. DE NAYER, « Information, interaction et commerce électronique », in *I nuovi diritti nell'integrazione europea : la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, Padova, CLEUP Editrice, 1999, pp. 117-135, spéc. p. 122 et *passim*.

²⁷⁵ Pour reprendre le titre d'une étude suggestive de J.-M. DINANT, « Les traitements invisibles sur Internet », in E. MONTERO (éd.), *Droit des technologies de l'information – Regards prospectifs*, Cahiers du CRID, n° 16, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 271-294.

60. – En réponse aux risques et défis nouveaux entourant la conclusion de contrats sur le *net*, le législateur a adopté diverses règles spécifiques. Ainsi, oblige-t-il le prestataire à mettre en évidence une série d'informations relatives à son identité et à son activité professionnelle. Outre les informations dues dans le cadre de tout contrat à distance avec un consommateur²⁷⁶, des informations supplémentaires sont dues dorénavant lorsque le contrat est conclu par voie électronique²⁷⁷. Ainsi encore, le législateur a-t-il consacré des principes particuliers d'identification, de transparence et de loyauté en matière de publicité sur les réseaux, et subordonné l'envoi de publicités par courrier électronique au consentement préalable des destinataires²⁷⁸. Enfin et surtout, l'article 8, § 1^{er}, de la LSSI impose au prestataire de services l'obligation de communiquer une série d'informations concernant le *processus contractuel*. Celles-ci présentent une originalité certaine en ce qu'elles ne s'attachent pas tant au contenu obligationnel qu'au *mode particulier de conclusion* du contrat. Il s'agit ici de fournir des informations de nature à assurer une plus grande transparence du processus de commande. Elles portent sur divers points²⁷⁹, parmi lesquels : « les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat » et « les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données relatives à la commande »²⁸⁰. Suivant les termes de l'article 8, § 1^{er}, ces informations doivent être communiquées « avant que le destinataire du service ne passe sa commande » et « formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque »²⁸¹.

61. – Ce besoin de règles spécifiques, propres aux « contrats électroniques », est-il lié aux seules circonstances et modalités particulières entourant la formation de tels contrats ou témoigne-t-il d'un véritable changement de nature ? D'aucuns paraissent se ranger derrière la seconde branche de l'alternative. On songe, en particulier, à E. Katsh, dont le propos peut être condensé dans cette formule lapidaire : « paper contracts bind parties to an act. The electronic contracts bind parties to a process »²⁸². Selon l'auteur, le contrat électronique serait intemporel, interactif et dynamique²⁸³, mais il faut reconnaître que le phénomène ne nous apparaît guère bien cerné.

²⁷⁶ Art. 78, al. 1^{er}, 1^o, LPCC.

²⁷⁷ Art. 7, § 1^{er}, LSSI.

²⁷⁸ Art. 13 et 14 LSSI et arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, *M.B.*, 28 mai 2003.

²⁷⁹ Les autres points sont : « les langues proposées pour la conclusion du contrat » et « si le contrat une fois conclu est archivé ou non et s'il est accessible ou non ». Pour un commentaire de ces dispositions, voy. notre étude « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », *op. cit.*, pp. 17 et s. ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs », *op. cit.*, pp. 31 et s.

²⁸⁰ Tandis que l'article 8, § 1^{er}, 3^o, fait peser sur le prestataire une *obligation d'information* relative aux moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données, l'article 9 impose, pour sa part, la mise en place de tels dispositifs.

²⁸¹ On note que cette disposition est supplétive dans les relations B2B (art. 11, al. 1^{er}) et qu'elle ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre des contrats conclus par échange de courriers électroniques (art. 11, al. 2).

²⁸² E. KATSH, *Law in a Digital World*, New York, Oxford University Press, 1995, p. 129.

²⁸³ Il est intemporel en ce sens qu'il n'est pas chose attachée à un moment présent déterminé, mais présente de nombreux points d'ancrage tant dans le passé que dans le futur. Quant au caractère interactif et dynamique, il vise le fait que les parties ont une possibilité de mise à jour continuelle des clauses contractuelles en fonction des exigences du marché.

A la suite d'E. Katsh, plusieurs auteurs se plaisent à souligner la nature « processuelle »²⁸⁴ ou « procédurale »²⁸⁵ du contrat électronique. L'accent est mis sur l'*interactivité* du medium, laquelle « conduit à considérer le contrat non comme un acte clos mais comme une procédure à travers laquelle se construit un consentement »; en d'autres termes, « dans les contrats conclus via internet, l'interactivité du réseau permet au consentement de se construire au fur et à mesure dans le cadre d'un dialogue continu (...) »²⁸⁶.

Encore faut-il s'entendre sur le sens des mots. L'interactivité permet que l'utilisateur consulte les services de son choix et ne reçoive en retour que les éléments demandés. Ainsi a-t-il le loisir de commander, dans une large mesure, le déroulement de la communication électronique. Mais l'interactivité ne nous paraît pas garantir pour autant une meilleure *interaction* entre vendeurs et consommateurs. Tout au plus peut-elle donner l'illusion d'un dialogue ou d'une négociation. A l'instar de F. Ost, nous pensons qu'il s'agit en fait d'une « interaction en trompe l'œil » dès lors que « les parcours offerts aux clients, bien que multiples parfois, sont strictement à sens unique, encodés à l'avance, ne laissant aucune place à la discussion »²⁸⁷. Force est d'admettre que l'on a affaire à des contrats standards, dont le contenu est prédéterminé et, d'ordinaire, non négociable. En réalité, le constat suivant lequel « les contrats de consommation sont presque tous des contrats d'adhésion »²⁸⁸ (*supra*, n° 39) demeure pleinement valable et pertinent en ce qui concerne les contrats B2C conclus sur le Web²⁸⁹.

Néanmoins, il est vrai que la pratique du commerce électronique fait apparaître des procédures plus ou moins élaborées de conclusion des contrats. Ainsi, la passation d'une commande sur un site web s'effectue-t-elle suivant un itinéraire découpé en une succession d'étapes, que le contractant potentiel est invité à franchir, chaque passage à l'étape suivante étant conditionné par son approbation, exprimée par un clic sur une icône ; à tout moment l'intéressé a le loisir d'interrompre la procédure et de revenir en arrière, de corriger ses erreurs ou de renoncer à conclure²⁹⁰. En ce sens, il n'est pas incongru de pointer une certaine « nature procédurale » du « contrat électronique ». Il est remarquable de noter que le législateur s'en fait l'écho dans une disposition originale de la loi du 11 mars 2003. Il s'agit de l'article 8, § 1^{er}, 2^o, déjà évoqué, qui impose au prestataire une obligation d'information portant sur « les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat ».

§ 3. Des contrats conclus dans un espace « sans frontières »

²⁸⁴ V. GAUTRAIS, *Le contrat électronique international*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2002, spéc. pp. 96 et s.

²⁸⁵ Y. POULLET, « Contrats électroniques et théorie générale des contrats », in *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, spéc. pp. 473 et s.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 468, n° 3 et p. 474, n° 11.

²⁸⁷ F. OST, « Le commerce en ligne : courts-circuits et excès de vitesse », *op. cit.*, p. 196. En réalité, l'utilisation de l'informatique accentue encore l'abstraction des relations contractuelles : « incapable de traiter une donnée qui ne figure pas dans son programme, l'ordinateur, même lorsqu'il permet d'engager un dialogue, n'admet aucune discussion » (J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droits européens », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 2, n° 2). Sur le même thème, voy. déjà G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 25-26, n° 38.

²⁸⁸ J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 245.

²⁸⁹ Comp. V. GAUTRAIS, *op. cit.*, p. 97.

²⁹⁰ Pour un développement plus ample, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, spéc. p. 753, n° 72.

62. – La multiplication des contrats conclus moyennant l'utilisation des techniques de communication à distance a mobilisé l'attention du législateur. Sensible aux risques liés à la distance séparant les contractants, à l'absence de rapport direct entre parties et de contact tangible avec le bien qui fait l'objet du contrat, 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 distance²⁹¹ et une obligation de confirmer un certain nombre d'informations préalables « par écrit ou sur un autre support durable »²⁹², et en instituant à son profit un délai de sept jours pour renoncer au contrat²⁹³ (*supra*, n° 51).

Ces dispositions s'appliquent de toute évidence en matière de contrats conclus par les consommateurs dans les environnements électroniques. Cela étant, à plusieurs égards, le développement spectaculaire de l'internet invite à renouveler la réflexion sur les contrats entre absents. On rappelle qu'à l'origine, la théorie des contrats entre absents fut conçue dans le contexte des contrats conclus par l'échange de lettres missives, dont l'acheminement par voie postale pouvait prendre une ou plusieurs semaines (*supra*, n° 20). Par contre, sur les réseaux numériques, les communications s'opèrent quasi instantanément – « en temps réel », dit-on de manière suggestive. Les données du problème s'en trouvent modifiées. On peut hésiter aussi sur le lieu de formation du contrat : est-ce l'endroit où est situé le serveur de l'offrant ou celui à partir duquel il se connecte à ce serveur (c'est-à-dire, en théorie, n'importe quel point du globe) ? Aussi est-on conduit à se demander si la théorie des contrats entre absents est bien adaptée aux environnements électroniques²⁹⁴. Nul doute que ces questions nouvelles suscitées par le commerce électronique appellent un réexamen des solutions traditionnellement retenues.

63. – Plus fondamentalement, il est à noter qu'avec la généralisation de l'accès à l'internet, les contrats en ligne, conclus sans papier, pénètrent aussi la vie domestique. Loin de demeurer l'apanage des « commerçants », les contrats électroniques intéressent de plus en plus les particuliers et donc « se civilisent », selon l'expression de P. Catala. Etant donné la couverture internationale du réseau des réseaux, force est d'observer une donnée nouvelle : de plus en plus de contrats de consommation courants sont conclus par dessus les frontières. En d'autres termes, *le consommateur devient un véritable acteur sur la scène internationale*.

Certes, le phénomène n'est pas complètement nouveau ; il s'est amorcé avec le développement des ventes par correspondance et a paru suffisamment significatif pour justifier l'adoption d'une directive européenne²⁹⁵. Divers mécanismes de protection du consommateur exposés plus haut (*supra*, n° 62) trouvent leur origine dans ce texte. Cela étant, il est clair qu'avec l'essor de l'internet, le phénomène prend une dimension sans précédent. Le changement d'échelle est tel qu'on a jugé nécessaire de repenser les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois concernant les contrats conclus avec les consommateurs, en tenant compte de la réalité et des particularités de l'internet²⁹⁶. Sans compter l'adoption de la

²⁹¹ Art. 78 LPCC.

²⁹² Art. 79 LPCC.

²⁹³ Art. 80 LPCC.

²⁹⁴ Pour de telles réflexions prospectives, voy. notre étude « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, spéc. pp. 781-787, n°s 102 à 108.

²⁹⁵ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19, transposée en droit belge dans la section 9 du chapitre VI de la LPCC, par une loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999).

²⁹⁶ Cf. l'article 15 du Règlement de Bruxelles 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

directive sur le commerce électronique, dont sont issues plusieurs dispositions légales évoquées au long de la présente sous-section. Il est permis de penser que d'autres règles de protection des consommateurs devront pareillement être envisagées ou reconsidérées à la lumière de cette nouvelle donnée majeure.

CONSIDERATIONS FINALES

64. – L'on a souvent souligné, non sans un certain émerveillement, la sobriété des dispositions du Code civil relatives à la formation du contrat et le fait qu'elles soient demeurées pratiquement inchangées depuis 1804. Cette remarquable stabilité ne saurait cependant faire illusion. D'une part, la théorie générale, elle, s'est considérablement enrichie, à la faveur de « fertilisations croisées »²⁹⁷ : réflexions doctrinales, mouvements jurisprudentiels, apports de la pratique, enseignements tirés du droit comparé... D'autre part, le législateur a multiplié les lois particulières en dehors du Code civil, qui affectent indéniablement le régime de formation du contrat.

65. – Quelques évolutions majeures méritent d'être épinglées.

La formation des contrats, considérée d'un point de vue purement statique par le Code civil – centré sur les conditions de validité –, est envisagée désormais, également, sous un angle dynamique. Cette perception nouvelle de l'inscription du contrat dans le temps se traduit, entre autres, par l'importance croissante accordée à la phase précontractuelle (pour tous les types de contrats), la prise en compte du phénomène des accords et documents préparatoires (dans les contrats négociés), et l'élaboration progressive de la séquence offre/acceptation (aujourd'hui remise en cause en tant que seul modèle).

La prise en considération des « contrats d'adhésion » par le droit a donné lieu à une adaptation significative d'un ensemble de règles et principes relatifs à la formation du contrat. A cet égard, on relève notamment qu'un souci de protection de la partie faible a succédé au postulat de l'égalité des parties, pour devenir un paradigme majeur, innervant tout le droit des contrats et, singulièrement, le régime de formation. Les lois particulières adoptées dans ce but protègent dérogent fréquemment aux principes essentiels tels la liberté contractuelle et le consensualisme.

L'apparition de nouveaux modes de contracter suscite l'adoption de règles spécifiques en matière de contrats à distance (avec des consommateurs), en général, et de contrats conclus par voie électronique, en particulier.

L'intégration du contrat dans un contexte européen et international, y compris dans les relations de consommation, débouche sur divers efforts de codification supra-nationale.

On observe que nombre de règles relatives à la formation des contrats sont ainsi définies ou ajustées en fonction de considérations subjectives tenant à la qualité des contractants. Il s'en

2001, p. 1. Cf. aussi les travaux en cours concernant la révision de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

²⁹⁷ Selon l'expression de M. Fontaine dans le titre d'une étude précitée.

suit l'affirmation d'une perspective qui tend à opposer deux catégories sociologiques : les professionnels et les consommateurs.

66. – Au total, en dépit de la stabilité des textes du Code Napoléon, le régime de formation du contrat a subi de profondes transformations, par touches successives et sans vision d'ensemble, au gré non seulement des innovations de la jurisprudence, mais aussi et surtout des interventions, multiples et en ordre dispersé, du législateur. Il en résulte un droit diffus, morcelé, incohérent et de plus en plus complexe.

Aujourd'hui, une même situation contractuelle est souvent soumise à un faisceau de règles éparées dans la théorie générale et, le cas échéant, dans le régime supplétif d'un contrat spécial, auxquelles peuvent s'ajouter des dispositions de la loi sur les pratiques du commerce (s'il s'agit d'un contrat de consommation), voire d'autres lois (consoméristes) particulières (s'il s'agit d'un contrat de crédit, de *time-sharing* ou de voyage...), sans omettre le dispositif de la nouvelle loi du 11 mars 2003 si le contrat est conclu par le biais d'un réseau numérique !

Le foisonnement des statuts particuliers conduit à un déplacement du centre de gravité de la théorie générale vers le droit spécial. Ce mouvement n'est pas sans menacer la cohérence d'ensemble du régime de formation du contrat, au détriment de la clarté, de l'égalité et de la sécurité juridiques. Ainsi, l'instauration d'un délai de réflexion ou d'un droit de rétractation s'est faite au coup par coup, dans une grande diversité de lois particulières, sans conception d'ensemble. Ainsi encore, quantité de législations d'inspiration consumériste soumettent la validité du contrat au respect de formalités les plus diverses quant à leur objet, leur but ou leur sanction. Ces deux exemples illustrent le besoin urgent de mener une réflexion globale, afin de recomposer la théorie générale des contrats, notamment en ce qui concerne leur formation.

A l'heure de l'intégration européenne, voire de la globalisation, la consigne est au droit commun, à l'approche horizontale. Il convient, plus que jamais, de privilégier la synthèse doctrinale comme préalable à la codification de portée internationale²⁹⁸.

²⁹⁸ Cf. L. CADIET, *op. cit.*, spéc. pp. 28-29.