

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

**La formation des contrats
par télécopieur**

Vincent Gautrais^[1]

INTRODUCTION 379

I. PERSPECTIVES EN DROIT CIVIL 380

A. Le droit québécois 381

1. Les jurisprudences applicables en l'espèce 381
 - a) *La jurisprudence relative relative aux contrats entre non-présents* 381
 - b) *La jurisprudence spécifique relative aux contrats par téléphone* 387
2. Application de ces développements au cas des contrats par télécopieur 388
 - a) *Quelle est la jurisprudence applicable en l'espèce?* 388
 - b) *Une jurisprudence balbutiante en matière de télécopieur* 390
3. La solution proposée par le C.c.Q. 391

B. Le droit français 392

1. Les solutions jurisprudentielles 392
 - a) *État de la jurisprudence ,, un désordre organisé selon Malaurie* 393
 - b) *La décision de la Cour de cassation du 7 janvier 1981* 395
2. L'état de la doctrine 396
 - a) *L'analyse factuelle* 396
 - i) La distinction entre le droit et les faits 397
 - ii) L'approche dualiste 398
 - b) *Les motivations à prendre en compte* 399
 - c) *Le rejet des théories extrêmes* 400
3. Les contrats instantanés 401

II. PERSPECTIVES EN COMMON LAW 403

A. Le droit anglais et les prolongements dans le droit des provinces canadiennes 403

1. Le droit anglais stricto sensu 403
 - a) *Le principe pertinent en matière de contrat conclu par le biais d'un moyen de communication instantané* 405
 - b) *Les atténuations posées par le Brinkibon case* 409
2. Le droit des provinces canadiennes de common law 411

B. Le droit américain 412

1. État du droit écrit en matière de contrat instantané 413

a) *Portée du Restatement* 413

b) *Contenu du Restatement* 414

2. La jurisprudence relative aux contrats instantanés 415

3. Une doctrine en désaccord avec la jurisprudence établie 417

a) *Les reproches de la doctrine* 417

b) *Les justifications* 419

c) *Propositions d'une solution* 419

CONCLUSION 421

La formation des contrats, quel que soit le moyen de communication utilisé pour sceller l'accord, doit faire face à un certain nombre d'interrogations: comment, quand et où semblent être celles qui peuvent être posées. À la première question, il peut y être rapidement répondu, sous peine de s'écarter des limites du sujet, en affirmant que l'accord des volontés, déclencheur du contrat, s'identifie à la succession de ses deux actes constitutifs que sont l'offre et l'acceptation. Où et quand méritent par contre de donner lieu à des développements plus substantiels. En fait, le caractère instantané des communications par télécopieur réduit largement l'intérêt relatif au moment du contrat, peu d'événements pouvant intervenir durant le laps de temps extrêmement court entre l'envoi du message et sa réception[2].

Avant d'observer, dans chacun des pays faisant l'objet de notre étude, comment est perçu le problème du consentement dans les contrats par télécopieur, il sera bon d'aborder certaines données qui se caractérisent par leur universalité. En effet, face à un problème comme la détermination du lieu et du moment de formation d'un contrat entre non-présents[3], chaque droit national va développer des notions juridiques identiques qui méritent d'être traitées préalablement. Ainsi, si les solutions apportées sont très diversifiées, voire opposées, les questions et leurs moyens de réponse sont les mêmes. Il s'agira donc dans un premier temps de définir ces données jugées fondamentales à l'étude d'un tel sujet.

Ce travail préalable de définition doit d'abord préciser ce qu'il faut comprendre par la notion de *consentement* dans un contrat: il s'agit d'un accord de plusieurs volontés désireuses de faire naître une ou plusieurs obligations, et ce, en vue de produire un ou plusieurs effets de droit. Dans le cas classique d'un contrat, la relation mettra habituellement en cause deux protagonistes liés entre eux par un désir réciproque de contracter, communément appelé l'accord des volontés. Or, la spécificité des contrats entre non-présents tient au fait que cet accord s'effectue entre des parties géographiquement éloignées. Cet élément d'extranéité est facteur de doute que le droit se doit de lever. Quand le consentement sera-t-il réalisé? Lors du moment où l'acceptation est exprimée ou bien à l'instant où cette dernière parvient à la connaissance de l'offrant? La solution à cette question oppose deux groupes de théories: celles pour lesquelles le consentement ne comprend qu'une coexistence de volontés concordantes. Celles, plus exigeantes, qui réclament que les intentions de chacun soient mises à la connaissance de l'autre partie. La première catégorie n'exige qu'une manifestation de l'acceptation, alors que la seconde implique sa connaissance par l'offrant.

Les théories liées à la coexistence des volontés tout d'abord, se divisent elles-mêmes en deux sous-groupes: il y a, en premier lieu, la *théorie de la déclaration* qui ne nécessite, pour que le consentement se réalise, que la seule expression de l'acceptation[4]. En second lieu, il existe la *théorie de l'émission* où

le contrat n'est conclu qu'au moment où l'acceptant se dessaisit du document supportant sa volonté^[5]. Cette dernière théorie possède des appellations diverses en droit anglo-saxon, telles que «*expedition rule*», «*postal rule*», «*dispach rule*» ou «*mailbox rule*».

Ensuite, les théories liées à la connaissance réciproque des volontés tendent, quant à elles, à retarder la conclusion d'un contrat à la connaissance de l'acceptation par l'offrant. Deux variantes doivent être présentées. En effet, cette connaissance du consentement de l'acceptant pourra être déclarée effective à des moments divers selon la définition que nous comptons lui donner. Ce peut être, conformément à la *théorie de l'information*, lorsque l'offrant a personnellement connaissance du contenu de l'acceptation. Ce peut être seulement à l'instant où l'offrant sera présumé avoir été en mesure de connaître la volonté de l'acceptant^[6]. Il s'agit alors de la *théorie de la réception stricto sensu*.

Le bien-fondé d'une théorie par rapport à une autre a déjà donné lieu à des débats assortis de justifications pertinentes. Mais, plus qu'un avis tranché sur la convenance d'une théorie, il s'agira dans le cadre de cette analyse de développer les différentes solutions proposées dans les pays étudiés. Pour ce, nous examinerons dans un **premier temps** le point de vue des pays d'obédience de droit civil, puis, dans un **second temps**, nous réfléchirons aux perspectives en common law.

I. PERSPECTIVES EN DROIT CIVIL

L'étude du droit québécois et du droit français en la matière présente l'avantage de montrer les développements qui peuvent être suivis dans des pays qui, malgré des origines juridiques similaires, ont subi une influence très distincte. Même si les sources juridiques sont proches, l'approche des problèmes posés est très différente ce qui nous permet d'appréhender ces deux pays sans risque de chevauchement.

A. Le droit québécois

Le droit québécois, comme le droit français^[7], ne comportait pas de disposition législative spécifique relative au moment et au lieu du consentement dans les contrats entre non-présents. La seule allusion au consentement était située à l'article 984 C.c.B.C. mentionnant, dans une section intitulée «de ce qui est nécessaire pour la validité des contrats»^[8], que «leur consentement» soit «donné légalement». Face à une telle imprécision, la jurisprudence devait donc être une source première d'information (1). Nous verrons ensuite quelle application l'on pouvait alors en déduire en ce qui concerne les télécopieurs (2). Le C.c.Q., quant à lui, se distingue au contraire par une volonté déterminée de résoudre le problème, présentant une solution explicite et salvatrice qui réduit de ce fait la polémique juridique (3).

1. Les jurisprudences applicables en l'espèce

Au regard du droit québécois, il semble qu'il fallait se référer, non pas à une jurisprudence particulière, mais à plusieurs. En effet, à côté d'une jurisprudence initiale relative aux contrats entre non-présents (a), s'est greffée une série de décisions, plus spécifique et jamais démentie, sur les contrats établis par téléphone (b). La première, relative aux contrats entre non-présents, est pertinente dans la mesure où elle porte de manière générale sur les contrats entre des parties localisées à des lieux différents. La

jurisprudence propre aux contrats par téléphone, nous donne, quant à elle, un avant-goût des modes instantanés de communication.

a) *La jurisprudence relative aux contrats entre non-présents*

Depuis longtemps, la question de la détermination du moment et du lieu de formation du contrat a été traitée en droit québécois. Il s'agissait de savoir si le contrat produisait ses effets lors de l'émission de l'acceptation ou bien lors de sa réception par l'offrant. Une série de décisions ont été rendues à propos d'exceptions déclinatoires tentant de changer le lieu de formation de contrats entre consommateurs et vendeurs[9]. Dans chaque cas, les juges québécois affirmaient que le contrat est parfait lorsque le vendeur-acceptant s'exécute et envoie à l'acheteur-offrant les marchandises voulues. Ces différents jugements mettaient donc en avant-scène la thèse de l'émission.

Pourtant, un premier changement jurisprudentiel va intervenir avec l'arrêt, *Underwood c. Maguire*[10], de la Cour du banc de la Reine. Cet arrêt consacrait donc de manière non équivoque qu'un contrat ne pouvait être formé qu'au lieu et moment de la réception de l'acceptation par l'offrant. Le juge Wurtele, représentant l'opinion majoritaire, prétendait que:

it is however necessary for the completion of an agreement that the acceptance of the offer has become known to him who made it [...]. The contract is only formed at the moment when both parties are aware that they have mutually consented to an agreement based on the proposition.[11]

Il poursuivait en déclarant que:

to form a contract, it is not sufficient that the will of both parties should co-exist, it is necessary that there should be a concurrence or joint accord, and for this concurrence to exist it is necessary that the proposer should know that his offer has been accepted, so that there should be a blending of intention at a given moment; for instance, the one to sell and the other to buy.[12]

Les deux juges dissidents, sous la plume du juge Bossé, soutenaient, au contraire, «qu'il est raisonnable de dire qu'une lettre d'acceptation confiée à un mode de transport non susceptible de révocation, ou non révoquée [...] avant sa réception, forme le contrat»[13]. En utilisant la doctrine et la jurisprudence française, ces derniers se conformaient en même temps aux décisions rendues en Angleterre et aux États-Unis. Malgré la non pertinence du *stare decisis* en ce domaine, les tribunaux allaient appliquer la théorie de la réception[14].

Mais, cette théorie ne sera consacrée que pendant peu de temps: une décision de la Cour suprême va remettre en cause la précédente thèse pour y substituer, comme aux origines, la théorie de l'émission. Ce changement va donner l'occasion à la plus haute cour du pays de se prononcer sur la question, et ce, pour la première fois. Celle-ci intervient en appel de la Cour d'appel du Québec qui avait confirmé sa jurisprudence précédente. Ce tournant s'identifie par l'arrêt *Magann c. Auger*[15]. Ce dernier précise:

that in the province of Quebec, and in the rest of Canada, in negotiations carried on by correspondence, it is not necessary for the completion of the contract that the letter accepting an offer should have actually reached the party making it, but it is complete on the mailing of such

Les considérations qui justifient une telle décision sont de deux ordres: d'abord, le but avoué de ce changement jurisprudentiel permettait de s'harmoniser avec les décisions de droit comparé. Ensuite, la théorie choisie répondait davantage à certains impératifs commerciaux. Le juge Taschereau reprend en fait les développements du juge Bossé, dissident dans l'affaire *Underwood*[17], qui prétendait notamment que la thèse de l'émission «est d'ailleurs plus conforme aux intérêts du commerce, et, nous le dit Demolombe, l'utilité pratique surtout dans les matières commerciales paraît s'accorder avec les principes du droit pour faire prévaloir cette doctrine». Le juge Bossé ajoute qu'une telle solution irait en conformité avec le droit comparé, comme le droit français[18], et comme le droit de common law[19]. Le juge Taschereau précise à ce propos: «we declare the law to be in the same Province of Quebec upon the same footing as it stands in England, and in the rest of this dominion»[20]. Les auteurs Gaudet et Kouri prétendent qu'il s'agit là du «véritable motif de la décision de la Cour»[21]: «The Expedition theory was applied in Quebec as the result of Magann v. Auger»[22]. Les tribunaux québécois s'y soumièrent malgré quelques jugements contraires[23].

Mais, une fois encore, la Cour suprême va intervenir en matière de contrat entre non-présents. Il s'agit du célèbre arrêt *Charlebois c. Baril*[24]. Les faits de l'affaire sont les suivants: Le 14 août 1924, Charlebois fait une offre à Baril par lettre qui est remise à un messenger. Le 25 août, l'acceptation est postée. L'offrant prétend ne jamais avoir reçu l'acceptation et le 6 septembre, il rétracte son offre initiale. Y avait-il eu formation du contrat? Alors que la Cour supérieure et la Cour d'appel utilisèrent la décision *Magann*, c'est-à-dire la théorie de l'émission, la Cour suprême infirma cette solution. Cette dernière préfère appliquer la théorie de la réception en l'espèce, conformément à une argumentation nuancée. En fait, c'est sans remettre en cause expressément l'arrêt *Magann*, que la Cour suprême va apporter des modifications très importantes. Les cinq juges[25], représentés par le juge Anglin, vont déclarer unanimement:

With great respect this is an erroneous view of the scope and effect of the decision of this court. That case was one of contract by correspondence, i.e., the offer was sent by mail and that held to constitute a nomination by the sender of the post office as his agent to receive the acceptance for carriage to him. [...] But this decision has no application to a case where the offer is communicated, as here, not by mail, but by other means. To make a contract the law requires communication of offer and acceptance alike either to the person for whom each is respectively intended, or to his authorized agent.[26]

L'arrêt *Charlebois* prétend donc que la théorie de la réception aurait été affirmée dès 1901 par la décision *Magann*. Les juges donnent donc le sens véritable, le sens incompris par toute la jurisprudence pendant près de 27 ans. Plus qu'une relecture de la décision antérieure, l'arrêt *Charlebois* constitue bel et bien un revirement de tendance, un changement radical optant délibérément pour la théorie de la réception alors que celle de l'émission prévalait jusqu'alors. Nul doute que l'interprétation tardive de l'arrêt *Magann* par la Cour suprême constitue un prétexte permettant d'apporter une nouvelle solution sans remettre en cause explicitement sa décision antérieure[27].

L'arrêt *Charlebois* élabore une distinction, jusqu'alors jamais développée, selon laquelle deux situations sont à prendre en compte suivant le cas où l'offre et l'acceptation sont faites par le biais de moyens de communication identiques ou distincts. Il découle donc de cette décision que lorsque les parties utilisent des moyens identiques, comme ce fut le cas dans *Magann*, on considère alors que le consentement s'effectue lors de l'expédition de l'acceptation. Cela correspond en fait à la réception de celle-ci par le

mandataire de l'offrant, en l'occurrence les services postaux. Il s'agit là, comme le prétendent Gaudet et Kouri, de l'invention de la notion d'«agent présumément autorisé»[28], qui permet de rendre compatible les deux décisions de la Cour suprême. Selon les professeurs Pineau et Burman[29]: «À partir de l'idée subtile d'unité ou de pluralité de moyens de communication ou plus précisément d'intermédiaires utilisés, la Cour suprême décide, de façon définitive, qu'en règle générale le contrat se forme au lieu et au moment où l'acceptation parvient à l'offrant». Il s'agit bien là d'une relecture complète de l'arrêt *Magann*. Toujours est-il que la jurisprudence postérieure a suivi cette distinction sur l'identité ou non du moyen de communication: une application générale de la théorie de la réception est la règle, soit lors de l'expédition si la communication s'opère par agent autorisé, soit lors de la réception proprement dite si elle s'effectue par un agent non autorisé[30]. Dans les deux cas, la théorie de la réception s'applique[31], même si dans un cas, celui où l'acceptant utilise un «agent autorisé», la formation du contrat s'effectue par l'expédition de l'acceptation. La Cour suprême va d'ailleurs réaffirmer expressément le bien fondé de la théorie de la réception[32]. Quoi qu'il en soit, la justification qui permet de dire que le contrat se forme au lieu et au moment où l'acceptation est émise lorsque celle-ci est envoyée par le même moyen, semble difficile à trouver. La thèse du «mandat tacite» n'est pas défendable[33]. Selon le professeur Tancelin[34], si des difficultés théoriques interviennent pour appréhender ces «arrêts considérés sans doute à tort comme formant une jurisprudence»[35], c'est que:

la distinction faite par l'arrêt Charlebois est une distinction au sens technique de la common law. Elle n'autorisait pas à tirer une conclusion théorique d'un cas isolé. En droit civil une théorie s'élabore sur un grand nombre de cas. L'induction sur un cas particulier est un vice de raisonnement fréquent en droit mixte québécois. Les contrats entre absents en sont une illustration frappante.[36]

Dans le même ordre d'idée, Louis Baudouin estime que par ce biais, la Cour suprême introduit «à travers les faits parfois bien subtils la pratique du *distinguishing*[37], qui permet d'assouplir la solution à donner»[38]. Ceci justifierait qu'une partie des décisions récentes ait une approche beaucoup plus pragmatique, moins liée avec les anciens jugements pertinents en la matière[39]. Tancelin prétend que «le recours aux doctrines ne doit pas faire illusion: il s'agit de références plus apparentes que réelles»[40]. Néanmoins, les solutions traditionnelles basées sur les théories étudiées demeuraient[41].

b) *La jurisprudence spécifique relative aux contrats par téléphone*

Mieux établie par la jurisprudence[42], moins controversée par la doctrine[43], la question des contrats par téléphone n'était pas la source de contestations majeures. Notons, qu'étant donné le caractère instantané de la communication, la question du moment de formation du contrat ne se pose pas, laissant seulement celle relative au lieu. Nous entendrons par contrat par téléphone «tout contrat dont l'acceptation est donnée par téléphone, même si l'offre a été faite par lettre, télégramme ou messenger»[44]. Cette définition permet, dès lors, de ne pas se préoccuper de la jurisprudence précédemment étudiée relativement à l'unité ou à la pluralité des moyens de communication utilisés pour envoyer l'offre et l'acceptation. Ainsi, la jurisprudence considère que ce type de contrat est formé par le seul fait de l'acceptation[45]. Cela veut dire que le contrat est conclu à l'endroit où l'acceptant donne son acceptation. La *théorie de l'expédition* est donc celle qui prévaut en matière de contrat par téléphone. Les professeurs Pineau et Burman, qui tendent à considérer le contrat par téléphone comme un contrat entre présents[46], prétendent que l'offrant ayant une connaissance immédiate de l'acceptation au lieu où il se trouve, «la logique voudrait donc que le contrat se forme là où se rencontrent les volontés et non point au lieu où l'acceptation est donnée»[47].

2. Application de ces développements au cas des contrats par télécopieur

Comme dans la plupart des pays étudiés, les contentieux portant sur les contrats par télécopieur demeurent rares, voire inexistantes. Cependant, en droit québécois, deux récents jugements sont toutefois à signaler (b). Il conviendra au préalable de déterminer quelle base jurisprudentielle est à utiliser pour obtenir un élément de réponse (a).

a) *Quelle est la jurisprudence applicable en l'espèce?*

L'équivoque est permise quant à savoir si au sujet des contrats par télécopieur, il faut y appliquer la jurisprudence relative aux contrats entre non-présents, ou bien la jurisprudence propre aux contrats par téléphone. L'intérêt de l'alternative est crucial, des différences importantes pouvant intervenir selon le choix de l'une ou l'autre des jurisprudences[48]. D'un point de vue technique, le télécopieur et le téléphone ont, semble-t-il, suffisamment de points communs pour être traités identiquement. Relativement à un procédé très proche, en l'occurrence le télex, un jugement de la Cour supérieure de Montréal[49] a estimé «*that telex transmissions are telephone conversations the transmissions of which are simultaneously recorded in writing both at the point of their emanation as at the point of their reception*». Certains auteurs estiment à ce propos qu'«il faut considérer le télex, de plus en plus employé, comme le téléphone: il s'agit d'une conversation téléphonique écrite»[50]. Si le téléphone et le télex semblent avoir indiscutablement des points communs qui laissent présager de leur identité de traitement, une ressemblance pourra tout aussi facilement être faite entre le télex et le télécopieur, et par analogie, entre le téléphone et le télécopieur. Ce dernier satisfait en effet à des conditions de simultanéité comparables, se rapprochant ainsi, sans doute, davantage du téléphone que le télex. Plus rapides, branchés généralement sur le réseau téléphonique comme voie de communication, les contrats par télécopieur pourraient être assimilés aux contrats par téléphone. La question se pose alors de savoir si, face à cette identité de caractères, l'on devrait appliquer aux télécopieurs la solution qui prévaut pour le téléphone. Plus précisément, il s'agit de s'interroger sur les raisons qui permettent de justifier que les contrats par téléphone soient régis selon des règles spécifiques, et si celles-ci sont transposables aux contrats par télécopieur. Selon Gaudet et Kouri:

la seule raison, [...], pouvant donc rationnellement justifier cette différence réside dans les caractéristiques mêmes des conversations téléphoniques: celles-ci permettent un contact instantané entre les interlocuteurs de la même façon que la conversation normale des parties l'une en présence de l'autre.[51]

Ils poursuivent plus loin en affirmant que:

le caractère instantané de la conversation téléphonique la rendant semblable à la conversation des personnes en présence l'une de l'autre, le processus de l'accord de volontés du contrat conclu par téléphone, devrait, en toute logique, obéir aux mêmes règles de formation que celles régissant les contrats conclus entre présents[52].

Cela souligne donc une différence de traitement entre les contrats effectués par un mode de communication instantané ou par un mode non-instantané. Au regard de cette doctrine, les contrats par téléphone, par télex et, sans aucun doute, par télécopieur, sont conclus par analogie aux contrats entre présents, c'est-à-dire par l'acceptation pure et simple d'une offre valable au lieu et moment de l'acceptation. Il reste à savoir si la conversation téléphonique orale diffère suffisamment de l'écrite pour lui appliquer une autre règle, c'est-à-dire celle qui prévaut pour les contrats entre non-présents. Il est vrai que les conversations écrites peuvent ne pas parvenir au destinataire à la suite d'un dysfonctionnement ou de l'absence de celui-ci près de l'appareil récepteur de l'information. Néanmoins, et malgré ce dernier argument, une télécopie qui remplit, comme c'est généralement le cas, les conditions de simultanéité que ce procédé autorise, ne devrait selon nous, ne pas obtenir une solution différente à celle du téléphone. Rien, en effet, ne permettrait de justifier une telle distinction dès lors que la communication est instantanée. Le caractère écrit de la télécopie, s'opposant à l'aspect oral du téléphone, n'est selon nous pas suffisant pour les différencier. Ainsi, selon cette assimilation, la jurisprudence québécoise relative aux contrats par téléphone qui prône la théorie de l'expédition, devrait être applicable aux contrats par télécopieur.

b) *Une jurisprudence balbutiante en matière de télécopieur*

À la différence du droit français, le droit québécois peut se targuer de posséder deux cas jurisprudentiels portant directement sur notre sujet et ce, même si ce ne sont que la Cour du Québec et la Cour supérieure qui ont eu l'occasion de se prononcer.

Le premier jugement, en date du 13 juin 1991, fut rendu par la Cour du Québec, chambre civile, relativement à une exception déclinatoire^[53]. Alors que le vendeur avait contacté son client par le biais d'un représentant, l'acheteur répond par télécopieur. Utilisant la jurisprudence établie, la Cour du Québec applique la théorie de la réception, traditionnellement applicable lorsque les moyens de communication sont différents.

Le deuxième jugement est plus remarquable^[54]: la Cour supérieure de Roberval, également sur un problème d'exception déclinatoire, va statuer que, le contrat en question est conclu au lieu et moment de la réception de l'acceptation, alors même qu'un moyen de communication identique avait été utilisé. Ceci remet en cause la jurisprudence traditionnelle relative aux contrats entre non-présents qui dans une telle situation, identité des moyens, appliquait la théorie de l'émission conformément à l'arrêt *Charlebois*. Le tribunal reprend à son compte la conception dégagée par Gaudet et Kouri^[55], selon laquelle «en toute hypothèse, nous croyons que le contrat est conclu lorsque l'offrant a une connaissance réelle ou présumée de l'acceptation du pollicité». Le changement est radical. Ce tribunal ne faisait qu'anticiper la solution applicable avec l'arrivée du C.c.Q.

3. La solution proposée par le C.c.Q.

Le C.c.Q.^[56], conscient des difficultés émanant d'une jurisprudence mal établie laissant planer le doute sur la solution à apporter, a mis fin aux débats par l'intervention de son article 1387. Celui-ci est sans équivoque:

Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation et au lieu où cette acceptation est reçue, quel qu'ait été le moyen utilisé pour la communiquer et lors même que les parties ont convenu de réserver leur accord sur certains éléments secondaires.

Dans tous les cas, on opta donc pour la théorie de la réception. L'absence de difficulté émanant de ce texte se traduit par la mention «aucun commentaire» lors d'une étude sur «l'avant-projet de loi portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations» et notamment de l'article 1430, très similaire à l'actuel article 1387[57]. L'avis du Barreau du Québec est tout aussi laconique[58]. L'Office de Révision du Code Civil dans son rapport sur le C.c.Q. va justifier cette prise de position pour la thèse de la réception en déclarant: «on a choisi entre ces deux théories défendables celle qui paraissait présenter le moins d'inconvénients pratiques»[59]. Il est désormais patent que le consentement des parties ne se réalisera qu'à la condition que l'offrant ait été en mesure de connaître la volonté de l'acceptant. D'un point de vue pratique, ce moment correspond à la production papier par le télécopieur de l'acceptant d'une copie du document expédié. La survenance de cet événement a l'avantage d'être facilement déterminable. L'acceptant aura de plus la capacité de savoir, du moins sur les nouveaux télécopieurs, si l'envoi a effectivement été réalisé[60]a. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence étudiée précédemment ne sera donc plus que de l'ordre de l'histoire. Le Québec fait désormais partie des pays où une disposition législative expresse a été prise pour appliquer une solution uniforme, à l'instar, par exemple, du droit allemand[61].

B. Le droit français

La jurisprudence française en matière de contrat entre non-présents est pour le moins sinieuse et changeante quant à la détermination du moment et du lieu de conclusion du contrat. Cette imprécision découle en partie de l'absence de mention législative spécifique, donnant lieu à un large débat doctrinal à ce sujet. Les dispositions du Code civil pertinentes en l'espèce se limitent à l'article 1108 qui qualifie de condition essentielle à la validité d'un contrat «le consentement de la partie qui s'oblige». Cette rédaction fut largement critiquée, niant la nécessité d'une double volonté des parties pour qu'un contrat soit conclu, conformément à «l'aspect le plus élémentaire de l'autonomie de la volonté»[62]. Face à l'absence de texte, la jurisprudence aura donc une importance toute particulière dans l'élaboration de solutions susceptibles de résoudre les difficultés soulevées par de tels contrats. Pourtant, la Cour de cassation ne prend pas parti d'une façon claire, et son choix sur la notion de consentement est mal défini. Ainsi, si une étude de l'état de la doctrine sur cette question du lieu et du moment de formation d'un contrat s'impose (2), il sera pertinent de s'arrêter préalablement sur ce que la jurisprudence a établi en la matière (1). Enfin, nous nous attacherons plus particulièrement aux contrats instantanés conclus à distance, se rapprochant ainsi aux contrats par télécopieur qui nous intéressent (3).

1. Les solutions jurisprudentielles

La jurisprudence française en la matière fut fréquemment une source de critique de la part de la doctrine. Sa qualité première sur cette question précise de la localisation dans le temps et l'espace des contrats conclus entre non-présents n'est certainement pas celle de la clarté ou de la simplicité[63]. Il est, en effet, difficile, malgré les conseils du professeur Ghestin qui préconise la nécessité d'une règle prédéfinie[64], de prévoir quelle solution pourra être apportée à un cas donné. Cet imbroglio provient très certainement

d'un principe établi depuis le XIXe siècle par la jurisprudence, selon lequel, en l'absence de stipulation expresse, la théorie juridique choisie pour répondre à la question qui nous intéresse, doit être dictée par les faits de l'affaire traitée. L'on peut prendre pour exemple la vieille décision de la Chambre des requêtes du 6 août 1867 affirmant que:

dans les conventions qui se lient par correspondance, la fixation du moment où le contrat est devenu parfait entre les parties est généralement une question de fait dont la solution dépend des circonstances de la cause[\[65\]](#).

Il semble néanmoins que la jurisprudence contemporaine soit en mesure de nous apporter de nouvelles données. D'abord, cette incohérence apparente qui découle d'une telle approche factuelle ne paraît pas si désordonnée que cela. Malaurie, à ce propos, prétend que les décisions répondent à une logique indéniable (a). Aussi, l'approche factuelle ne semble plus devoir être prise en compte par la Cour de cassation qui, dans une décision de 1981, présente une position tranchée (b).

a) *État de la jurisprudence* ,, un désordre organisé selon Malaurie

L'absence de cohérence, qui devrait logiquement découler d'une approche factuelle de la jurisprudence, fut remise en cause par Malaurie qui, lors d'une décision de la Cour de cassation sur le sujet, va déterminer que les juges agissaient en accord avec le bon sens et la permanence de vue. À ce propos, il déclare que la haute cour,

mue sans doute par des considérations d'équité, distingue selon la question pratique qui est en cause et fournit alors des réponses qui ont une remarquable constance de fait[\[66\]](#).

Ainsi, prétend-il:

lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité d'une révocation de l'acceptation ou de l'offre, [...], la réception de l'acceptation est en fait (sinon en droit) l'élément unique et décisif de la détermination du moment de la formation du contrat; au contraire, lorsqu'il s'agit de fixer la compétence territoriale d'un tribunal, l'émission de l'acceptation redevient l'élément unique et décisif de la détermination du lieu de la formation du contrat[\[67\]](#).

En ce qui concerne la détermination du moment de conclusion d'un contrat, il est, selon Malaurie, de jurisprudence classique de faire reculer «jusqu'à la *réception de l'acceptation* le moment à partir duquel une acceptation ou une offre deviennent irrévocables»[\[68\]](#). Il convient pourtant de faire une sous-distinction: en effet, et malgré l'uniformité constatée par Malaurie, la jurisprudence semble devoir distinguer trois situations auxquelles s'appliquent des solutions distinctes. Il y a d'abord la *rétractation de l'acceptation* où des considérations d'ordre pratique incitent à en admettre l'efficacité lors de la réception par l'offrant. Cette solution, sans être unanime, sera assez nettement consacrée dans une série de

jugements établi par des juges du fond[69]. Ensuite, s'agissant de la *révocation de l'offre*, la jurisprudence estime majoritairement que l'offrant ne peut être engagé sans être prévenu par l'acceptation. Il semble donc que dans ce cas précis, il faille retarder la conclusion du contrat à sa réception par l'offrant[70]. Par contre, en ce qui concerne la *caducité de l'offre*, la jurisprudence opte majoritairement pour la théorie de l'expédition, et non de la réception[71]. Nous voyons donc que la jurisprudence n'est pas strictement identique à ce que dessine Malaurie. Ce dernier préconise la thèse de la réception se fondant sur des arguments de différents ordres: d'ordre factuel tout d'abord, à savoir que «le commerçant qui a lancé des offres ne peut être obligé envers ses correspondants avant d'avoir été informé de leur acceptation»[72]. D'ordre technique ensuite, selon lequel «plus une institution produit d'effets, plus sévères sont ses conditions d'existence»[73].

En ce qui concerne la localisation dans l'espace d'un contrat, la majorité des arrêts font application de la théorie de l'expédition[74]. La règle de droit semble relativement stable à ce sujet.

Néanmoins, la réalité de la jurisprudence sur ce point nous oblige à atténuer les vertus de cette classification. Si les décisions relatives au lieu de formation des contrats entre non-présents sont effectivement quasi-unanimes pour consacrer la théorie de l'expédition[75], la question du moment de la conclusion n'est pas uniformément consacrée par la jurisprudence française. Il convient selon nous de limiter la présentation prônée par Malaurie aux seuls cas portant sur la révocation où, en effet, la théorie de la réception est très généralement admise. Par contre, la théorie de l'émission fut bien souvent choisie pour des problèmes de caducité de l'offre, voire de rétractation de l'acceptation, restreignant, par conséquent, la perfection de sa classification.

b) *La décision de la Cour de cassation du 7 janvier 1981*

Après avoir tenté d'organiser la jurisprudence française sur le point épineux du moment et du lieu de formation du contrat entre non-présents, la solution proposée par la Cour de cassation en 1981, paraît chargée d'abstraction, tranchant sans restriction pour la *théorie de l'émission*. Elle déclare en effet que «faute de stipulation contraire», un acte «était destiné à devenir parfait, non par la réception [par le pollicitant] de l'acceptation [du bénéficiaire de l'offre], mais par l'émission [par celui-ci] de cette acceptation»[76]. Cet arrêt important met fin à l'incertitude antérieure. Dès lors, est consacré le fondement selon lequel le contrat est réputé formé par l'expédition de la lettre d'acceptation, et non au moment et au lieu de sa réception par son destinataire. Comme le fait remarquer Chabas dans des observations relatives à ce même arrêt, «en se retranchant derrière l'appréciation souveraine du juge du fond, la Cour de cassation ne nous avait pas toujours habitué à une telle fermeté»[77]. Aussi, l'on peut s'interroger sur la portée réelle de cette décision qui, en l'espèce, statue spécifiquement sur un problème de caducité. Il s'agit donc de savoir si la solution qu'elle met de l'avant, la théorie de l'émission, devra s'appliquer à l'ensemble des questions portant sur le moment et le lieu de formation des contrats entre non-présents. L'absence d'atténuation semblerait nous l'indiquer, même si cela irait à l'encontre d'une jurisprudence bien établie, notamment en matière de révocation de l'offre et de rétractation de l'acceptation. Relativement à la compatibilité entre la classification de Malaurie et la présente décision, il faudra conclure, comme mentionné précédemment, que l'avis tranché de la Cour de cassation réduit à néant l'ampleur de la classification proposée. La question reste de savoir si une telle extension est souhaitable. Cela aurait l'avantage de poser, au plan interne, une règle unique; ce qui serait un facteur évident de simplification. Selon Ghestin, l'essentiel est obtenu, c'est-à-dire d'être parvenu à ce que la chambre commerciale ait posé une règle supplétive[78].

2. L'état de la doctrine

En premier lieu, il faut constater que la doctrine contemporaine française va procéder selon une approche distincte de celle de ses prédécesseurs. En effet, la localisation dans le temps et l'espace des contrats donna lieu généralement à des développements basés sur la justification d'un système déterminé; celui de l'émission ou de la réception. Des auteurs du XIXe siècle ont voulu se servir de certains textes particuliers pour en tirer des conséquences générales[79]. La doctrine contemporaine s'accorde à considérer que ces tentatives exégétiques ne sont pas juridiquement acceptables[80]. Au contraire, il apparaît que les auteurs préconisent la considération des faits et circonstances de l'espèce afin de déterminer la théorie juridique à envisager (a). Face à cette approche factuelle, la doctrine va privilégier les circonstances qui peuvent motiver un système de droit, théories de l'émission ou de la réception, plutôt qu'un autre (b). Enfin, et toujours selon le même désir d'être en adéquation avec les faits, un consensus général va admettre qu'il ne faut pas tenir compte des théories extrêmes (c).

a) *L'analyse factuelle*

On ne peut nier que bon nombre d'auteurs sont en faveur, soit de la théorie de la réception[81], soit de celle de l'émission[82]. Ceci n'empêche pas, et ce, sans contradiction, que la doctrine opte généralement aujourd'hui pour une approche très pragmatique, choisissant l'une des deux théories selon les circonstances du contrat. En effet, établir une position dogmatique, sans recourir à la volonté des parties, ou aux circonstances de l'affaire, ne pourra jamais être, pour les auteurs, une solution satisfaisante. La solution reposerait donc sur les seuls cocontractants, qui, s'ils n'ont rien stipulés expressément, comme c'est souvent le cas, feront l'objet d'une étude par les juges. Ces derniers tenteront ainsi d'extirper, dans les faits et circonstances du contentieux, ce qu'implicitement les parties ont voulu dire[83]. La complexité de la situation française relativement à ce problème précis de la localisation dans l'espace et le temps des contrats conclus entre non-présents, provient, selon nous, de sa trop grande ambition. Il ressort en effet, de la lecture des auteurs contemporains, un désir manifeste de s'accorder avec les circonstances de l'affaire traitée. Face à cette volonté, on aperçoit une tendance à distinguer les problèmes à régler afin d'effectuer une meilleure adéquation entre le droit et les faits.

i) *La distinction entre le droit et les faits*

Cette distinction, suscitée par les professeurs Mazeaud, va très vite occuper une place importante dans la doctrine. Selon eux, si la jurisprudence est si chaotique, c'est qu'une confusion est faite par les juges entre deux questions distinctes. «La première, qui est une question de fait, consiste à déterminer le moment où l'acceptation est donnée. La seconde pose, au contraire, un problème de droit: le contrat se forme-t-il par la seule acceptation ou par la connaissance qu'a le pollicitant de l'acceptation de son offre?»[84] La pertinence de cette allégation ne fait pas néanmoins, l'unanimité. Il en est en effet, tel le professeur Aubert [85] qui considère au contraire, que la localisation d'un contrat n'est que simple question de fait. Selon lui, il est erroné de prétendre que la question sur la définition de l'acceptation, en tant que simple coexistence des volontés ou bien connaissance par l'offrant de la volonté de l'acceptant, pose un problème strictement juridique. Il déclare à ce sujet que:

la localisation du contrat dans le temps et l'espace est en effet une pure question de fait, et ce serait faire preuve d'arbitraire que de prétendre poser des principes de solution rigide pour ces deux ordres de questions[86].

Les circonstances pesant largement sur cette interrogation, le droit n'est pas en mesure, selon lui, de régler à lui seul, en respectant la réalité des volontés des parties, la question de l'existence du consentement. Cette approche, plus intellectuelle que réaliste, porte le problème dans des sphères très abstraites, se basant sur le fait qu'à partir du moment où le contrat est conclu à distance, la réalité du consentement devient invérifiable. «Il n'y a pas de rencontre métaphysiquement incontestable des volontés»^[87]. Le professeur Ghestin énonce, dans le même ordre d'idées, que

rien ne permet de savoir si, au moment de l'acceptation, l'auteur de l'offre persiste dans sa volonté initiale. Il ne sert à rien sur ce plan de reporter la formation du contrat au moment où il est informé de l'acceptation, car à ce moment l'auteur de cette dernière peut lui même avoir changé d'avis.^[88]

Par contre, et la différence est sensible, cette impossibilité de déterminer avec assurance la volonté des parties incite Ghestin à croire en la pertinence d'une solution prédéfinie^[89].

ii) L'approche dualiste

Dans ce même souci de faire concorder le droit avec les circonstances de l'espèce, une idée largement répandue va amener à distinguer la question de la localisation dans le temps de celle relative au lieu de conclusion du contrat. Une telle conception amène, en principe, à distinguer deux situations: tout d'abord lorsqu'il faut apprécier la validité d'une révocation de l'acceptation ou de l'offre, c'est-à-dire le moment, et ensuite lorsqu'il faut apprécier le lieu de formation du contrat. Cette distinction qui est très peu utilisée dans les autres pays^[90], a l'avantage de s'approcher davantage, malgré une plus grande complexité, de l'intention des parties. Rabut affirme à ce propos que:

cette dualité peut gêner les esprits imbus de pure logique qui préfèrent analyser les éléments de formation du contrat pour déduire de leur réunion le moment et par conséquent le lieu de formation du contrat. Il faut un réel effort pour ne pas se laisser envoûter par la séduction d'une méthode purement logique et conserver le souci constant de résoudre chaque difficulté (mais non chaque espèce ce qui serait la négation de toute sécurité juridique) en fonctions d'éléments concrets et des exigences de la vie sociale.^[91]

Si ce point de vue se défend par sa pertinence^[92], il ne fait pourtant pas l'unanimité. Certains auteurs estiment que l'approche moniste est plus adéquate: une seule et même solution prévalant pour les questions de la localisation dans le temps et dans l'espace des contrats entre non-présents^[93].

b) Les motivations à prendre en compte

Plutôt que de déterminer arbitrairement une solution juridique sur le problème de la localisation dans le temps et l'espace des contrats entre non-présents^[94], la doctrine préfère analyser les motifs qui permettent de choisir une théorie plutôt qu'une autre. Certains auteurs réclament qu'il faudrait attribuer les

risques du contrat à l'une des parties, et tout particulièrement, à celle qui en a pris l'initiative[95]. Cette option viendrait donc à admettre la thèse de l'émission lorsqu'il y a échange de télécopies et la thèse de la réception lorsque c'est le sollicité qui aura décidé d'utiliser ce moyen. Mais, cette position est dépendante des circonstances et il peut arriver que, dans certains cas, il en aille autrement pour effectuer une répartition équitable des risques[96]. Ces développements, relatifs aux intérêts en jeu, prennent leur source dans la thèse de Sallé de la Marnierre qui axe son attention sur l'analyse des risques, et, corollairement, sur le caractère insaisissable du concours des volontés dans les contrats entre non-présents. Par conséquent, les théories classiques sont inopérantes à expliquer à elles seules les solutions choisies par les tribunaux[97]. La présentation est intéressante même si l'on peut douter de «l'intention systématisée»[98] des parties, c'est-à-dire de leur acquiescement délibéré à une répartition des risques préalablement déterminée en fonction de la théorie choisie. Cette répartition des risques, comme moyen de déterminer le moment de formation du contrat, fut vivement critiquée[99]. Il semble en effet quelque peu artificiel de répartir ainsi les risques, alors que la volonté des parties peut être tout autre. Aussi, la répartition des risques n'est jamais affectée à une seule partie. En effet, favoriser la théorie de l'émission pour que l'offrant supporte les risques, c'est-à-dire d'être lié sans le savoir, conduit à priver l'acceptant du droit de rétracter son acceptation jusqu'à la réception.

c) Le rejet des théories extrêmes

Enfin, la doctrine moderne va témoigner un rejet unanime envers deux théories juridiques qui se distinguent par les difficultés d'application que toutes deux entraînent. Cela concerne en premier lieu la théorie de la déclaration qui peut se définir comme étant le système qui avance le moment de formation du contrat dès que la manifestation de l'acceptant se matérialise, c'est-à-dire le moment où il la signe[100]. Cette théorie pose des problèmes de preuve flagrants, tout en laissant planer un doute sur l'effectivité de l'envoi du message par l'acceptant au destinataire qu'est l'offrant. En second lieu, il existe la théorie de l'information qui prend en compte, quant à elle, le moment où l'offrant a effectivement eu connaissance de la volonté de l'acceptant[101]. Deux objections pratiques s'opposent là encore à cette solution: l'offrant peut retarder selon sa seule volonté le moment de formation du contrat[102]. Qui plus est, il lui devient pratiquement impossible de prouver le moment exact de la connaissance de l'acceptation.

3. Les contrats instantanés

Face aux conclusions qui nous sont données par la Cour de cassation, ainsi que les commentaires qui en sont faits par la doctrine, on peut s'interroger sur la solution à apporter dans le cas d'un contrat conclu par le truchement d'un télécopieur. Les précédents développements portant de manière plus générale sur les contrats entre non-présents s'imposent sans aucun doute étant donné le peu, voire l'absence, de jurisprudence spécifique sur ce mode de communication. Il convient néanmoins de s'intéresser aux modes instantanés de transfert d'informations, en s'appuyant notamment sur les contrats par téléphone qui donnent lieu à des contentieux, et d'en dégager des conséquences sur le thème qui retient notre attention. Le cas des contrats par téléphone est d'autant plus pertinent qu'on assimile souvent les transferts d'informations par télécopieur à des communications téléphoniques, les appareils émetteur et récepteur étant de surcroît directement liés au réseau téléphonique.

Les contrats par téléphone ne posent pas de difficulté quant à la détermination du moment de leur

formation. En effet, le consentement est transmis de façon instantanée, si bien que certains auteurs, comme Ghestin, considèrent que concernant le moment de conclusion du contrat, un tel accord s'effectue entre personnes présentes[103]. La même idée fut choisie par Josserand[104]. Cette théorie est loin de faire l'unanimité; les professeurs Mazeaud, par exemple, le considérant au contraire comme un contrat entre non-présents[105]. D'autres, enfin, estiment que le contrat par téléphone satisfait aux deux en même temps[106]. Par contre, il est admis unanimement qu'une éventuelle confirmation écrite ne remettrait pas en cause le fait que la convention soit parfaite dès le moment de l'accord téléphonique[107].

Quant à la localisation géographique de la formation du contrat, la jurisprudence considère généralement que celui-ci se forme au lieu où se trouve l'acceptant, et ce suivant deux cheminements intellectuels: soit que les juges considèrent que l'accord conclu par téléphone intervient entre présents, se fondant sur une fiction par laquelle la partie qui a pris l'initiative de la communication s'est déplacée au domicile de l'acceptant pour y conclure un contrat de vive voix[108], soit qu'ils se basent sur les solutions applicables aux contrats entre non-présents c'est-à-dire, en ce qui concerne la localisation des contrats dans l'espace, l'endroit où est exprimée la volonté d'accepter l'offre[109]. Ainsi, quelle que soit la façon d'appréhender le contrat par téléphone, la thèse de l'émission semble prévaloir.

Ce qui distingue en droit français la question de la localisation dans l'espace et dans le temps des contrats par télécopieur, est une relative imprécision quant à la réponse à y apporter. Si la doctrine témoigne, à l'instar des décisions anciennes de la Cour de cassation, d'une volonté marquée de ne point prendre fait et cause pour une théorie plutôt qu'une autre, la jurisprudence nous paraît davantage tranchée. D'abord, il existe la solution récente présentée le 7 janvier 1981 par la Cour de cassation qui préconise, sans atténuation apparente, la théorie de l'émission. Ensuite, la jurisprudence plus spécifique relative aux contrats par téléphone, avance une même position qui semble pertinente en l'espèce étant donné les similitudes techniques. Même si le droit civil ne consacre pas la règle du *stare decisis* si chère aux juristes de common law, la portée de cette jurisprudence nous semble sinon contraignante, au moins persuasive, et un changement de tendance qui pourrait notamment être insufflé par les dispositions de la Convention de Vienne[110] constituerait sans aucun doute une évolution sensible du droit positif.

II. PERSPECTIVES EN COMMON LAW

Après avoir étudié l'état du droit au Québec et en France, une analyse comparative nous obligera à appréhender désormais le problème dans les pays de common law. Nous nous attarderons donc dans un premier temps au droit anglais et aux prolongements qui en découlent dans les provinces canadiennes de common law (A.). Ensuite, il s'agira de dresser un panorama de la situation qui prévaut aux États-Unis (B.).

A. Le droit anglais et les prolongements dans le droit des provinces canadiennes

Le droit anglais et le droit canadien, du fait de leur origine historique, sont difficilement dissociables l'un de l'autre. En effet, l'influence du premier sur le second est incontestable en matière de jurisprudence[111]. 1. Le droit anglais stricto sensu

La jurisprudence anglaise n'a, à notre connaissance, jamais statué spécifiquement sur les contrats par télécopieur. Par contre, et cela fait la différence avec les autres pays étudiés, il existe une série de décisions provenant des plus hautes instances judiciaires portant directement sur les contrats conclus selon un mode de communication instantané, plus précisément par télex[112]. Ceci est d'autant plus important dans un système juridique qui accorde une prédominance particulière à la source jurisprudentielle. Même si le cas des contrats par télécopieur n'est pas traité spécifiquement, certains auteurs estiment à ce propos que:

it would be preferable for the rule to be settled by reference to considerations about business convenience and the allocation of the risks. From this point of view, there seems much to be said for a rule on the same lines as that adopted for telexes.[113]

Le même point de vue est défendu par Schmitthoff qui prétend que la solution apportée par les tribunaux anglais applicable aux contrats instantanés concerne ceux «*made verbally, by telephone or by telex, and it thought by facsimile*»[114].

Il semble en effet difficile de justifier une quelconque différence qui permettrait de ne pas transposer cette jurisprudence à celle qui devrait être rendue pour les télécopieurs. À l'appui de ces décisions, nous nous attacherons donc à la question du moment et du lieu de conclusion d'un contrat instantané. Cette interrogation est la source de débats depuis fort longtemps, le principe ayant été posé dès le quinzième siècle[115]. Selon ce dernier, la conclusion d'un contrat implique que l'offrant ait pris connaissance de l'acceptation. Il s'agit de la théorie de l'information qui fut maintes fois confirmée[116]. Ce principe de base concrétise son implantation dans le droit anglais par son seul nom: la *general rule*.

Néanmoins, les exceptions à cette règle sont nombreuses: outre le cas où l'acceptation est transmise à un agent autorisé[117], où le défaut de transmission est imputable à l'offrant lui-même[118] et où bien sûr l'offrant prévoit, expressément ou implicitement, que l'acceptation n'a pas besoin d'être communiquée[119], il existe une exception majeure à la *general rule*. Celle-ci est désignée sous l'appellation de *postal rule*. Cette théorie sous-entend qu'une acceptation faite par le truchement des services postaux prend effet dès qu'elle est postée[120]. Cette *postal rule* ne sera applicable que dans la mesure où la règle de l'expédition n'occasionne pas de «*manifest inconvenience or absurdity*»[121].

Pourtant, la Cour d'appel, puis la Chambre des Lords, va faire du *distinguishing* en consacrant la théorie de l'information pour les contrats conclus entre non-présents lorsque le mode de communication utilisé est instantané. Il s'agit de l'*Entores Case*[122] qui affirme le principe (a), puis du *Brinkibon Case*[123] plus nuancé, qui a tendance à l'atténuer eu égard aux circonstances (b).

a) *Le principe pertinent en matière de contrat conclu par le biais d'un moyen de communication instantané*

La solution nouvelle affirmée par le *Entores Case* ne s'imposait pas, et le doute sur la théorie à suivre était permis. En effet, il était concevable d'envisager que les contrats entre non-présents, effectués par un mode de communication instantané, devaient être régis par la *postal rule*. C'est d'ailleurs ce que prétendaient les avocats des défendeurs dans *Entores case*, s'appuyant sur le fait que jamais une décision anglaise n'avait distingué les contrats par télex de ceux conclus par correspondance en général[124]. Cette solution est d'ailleurs celle qui s'applique en droit américain[125]. Pourtant, la Cour d'appel va décider à l'unanimité des trois juges qu'une solution spécifique aux contrats conclus par un mode de communication instantané est souhaitable.

Les faits de l'affaire sont simples: un contrat a été conclu entre une compagnie anglaise installée à Londres et une compagnie américaine domiciliée aux Pays-Bas. Chacunes d'elles possèdent un télex dans leurs bureaux respectifs ainsi qu'un numéro d'accès. La conclusion d'un accord fut donc simple à effectuer: l'offrant envoya une proposition qui arriva instantanément au destinataire. Aucun incident de transmission ne semble avoir été constaté par les parties. L'acceptant utilisa à son tour le même processus pour transmettre son message. Face à ces moyens de communication, les juges devront répondre à la question suivante: où et quand le contrat avait-il été conclu? La décision du «*telex case*» a l'avantage d'être claire et sans équivoque. Elle établit que le consentement des parties est consacré par l'information de l'offrant, c'est-à-dire en l'espèce, chez la compagnie anglaise située à Londres. Les justifications les plus élaborées du choix de la théorie de l'information sont présentées par Lord Denning[126]. Celui-ci fonde son argumentation à l'aide d'une série d'analogies: voulant traiter des contrats instantanés en général[127], il analyse la façon dont s'organise l'accord des volontés lors d'une discussion entre deux personnes qui sont en présence l'une de l'autre. Pour ce faire, il essaye de déterminer, en s'aidant d'un exemple plus didactique que réaliste, à quel moment et en quel lieu le contrat se forme:

Suppose, for instance, that I shout an offer to a man across a river or a courtyard but I do not hear his reply because it is drowned by a aircraft flying overhead. There is no contract at that moment. If he wishes to make a contract, he must wait till the aircraft is gone and then shout back his acceptance so that I hear what he says. Not until I have his answer am I bound.[128]

Après s'être penché, suivant la même approche pragmatique sur les contrats par téléphone[129], il s'intéresse plus précisément au moyen de communication faisant l'objet du débat dans l'arrêt *Entores*, c'est-à-dire les contrats par télex.

Suppose a clerk in a London office taps out on the teleprinter an offer which is immediately recorded on a teleprinter in a Manchester office, and a clerk at that end taps out an acceptance. If the line goes dead in the middle of the sentence of acceptance, the teleprinter motor will stop. There is obviously no contract. The clerk at Manchester must get through to London. Thus the clerk at Manchester may tap out his message of acceptance and it will not be recorded in London because the ink at the London end fails, or something of that kind. In that case, the Manchester clerk will not know of the failure but the London clerk will know of it and will immediately send back a message «not receiving». Then, when the fault is rectified, the Manchester clerk will repeat his message. Only then is there a contract. If he does not repeat it, there is no contract. It is not until his message is received that the contract is complete.[130]

Comme le prétend Jacobs[131], Lord Denning énumère les diverses situations qui peuvent empêcher la conclusion du contrat. Or, l'insuccès de la communication n'a pas forcément pour conséquence de ne pas consacrer le contrat. Ainsi, si la transmission du message échoue par la faute de l'offrant, celui-ci ne pourra se prévaloir de la «non-réception» du message pour en user contre l'acceptant. L'offrant ne pourra arguer dans ce cas de l'échec de la transmission que comme moyen de défense. La théorie de l'information est bien celle qui est applicable lorsque le moyen de communication est instantané, sauf si l'offrant est responsable de la non-transmission du message. Dans ce cas, soit le contrat n'existe pas, soit le consentement est déclaré réuni malgré la non-réception par l'offrant. L'option est entre les mains de l'acceptant. Ainsi, selon Coote, «*In reaching this conclusion, all three Lords Justices drew heavily on the analogy of parties present together in the same place*». [132] Ceci est confirmé expressément par les propos de Dicey qui nous dit que la

general rule applies to all contracts where the communications between the parties are «instantaneous», i.e. not only to contracts inter praesentes, but also to those made by telephone or by teletype or teleprinter. In all these cases the parties are virtually in each other's presence[\[133\]](#).

Après avoir vu l'ampleur du principe, on peut s'interroger sur la justification de celui-ci. Une fois encore, l'*Entores Case* répond à nos questions avec clarté et assurance, le juge Parker estimant que:

So far as telex messages are concerned, though the dispatch and receipt of a message is not completely instantaneous, the parties are to all intents and purposes in each other's presence just as if they were in telephonic communication, and I can see no reason for departing from the general rule that there is no binding contract until notice of the acceptance is received by the offeror[\[134\]](#).

Le juge Denning fait référence au professeur Windfield[\[135\]](#) qui défendait la théorie de la réception en se fondant sur deux préceptes: d'abord, il est incongru de prétendre qu'une même règle doit régir les contrats conclus par téléphone et ceux exécutés par voie postale du seul fait que les services postaux ont le contrôle des lignes téléphoniques. Ensuite, les risques d'erreurs pour les contrats par téléphone sont selon lui si grands, par rapport au courrier, que le monde des affaires ne peut leur attribuer une confiance comparable. Ce dernier argument est parfaitement transposable au télex, et, sans aucun doute, au télécopieur qui, eux aussi, sont sujets à des risques de dysfonctionnement lors de la transmission. Ainsi, il semble légitime, pour l'offrant, de pouvoir vérifier l'acceptation de son protagoniste. Les risques importants de non-acheminement du message ne permettant pas à l'offrant d'être raisonnablement lié sans qu'il soit au courant, ou dans la mesure de l'être, de son obligation envers l'acceptant. Le risque important d'un échec de la communication impose donc de retarder la conclusion du contrat à l'information de l'offrant. La situation est différente pour les acceptations rendues par courrier lorsque le message de l'acceptant est égaré. Comme il est indiqué dans le *Chitty on Contracts*, «*[a] person who accepts by a letter which goes astray, [...], may not know of the loss or delay until it is too late to make another communication*»[\[136\]](#). Au contraire, lorsque le message est instantané, on n'applique pas la théorie de l'expédition parce que:

The reason why the rule does not apply in such cases is that the acceptor will often know at once that his attempt to communicate was unsuccessful, so that he has the opportunity of making a proper communication[\[137\]](#).

Aussi, la justification essentielle, qui fait qu'une règle dérogatoire s'applique pour les contrats par courrier, répond à des objectifs de commodité. «*Where, however, the parties are in each others' presence or though separated in space, communication between them is in effect instantaneous, there is no need for any such rule of convenience [as the postal rule].*»[\[138\]](#)

Le principe selon lequel la théorie de l'information s'applique lorsque la communication de l'acceptation est instantanée est donc posé. Il sera suivi par la suite par différentes décisions confirmant les allégations de Lord Denning[\[139\]](#). La même solution sera d'ailleurs déterminée pour les contrats par téléphone[\[140\]](#). Face à cette permanence de vue, la Chambre des Lords, qui ne s'était pas prononcée en 1955, l'appel

ayant été refusé, va intervenir et proposer une version légèrement atténuée de la solution étudiée.

b) *Les atténuations posées par le Brinkibon case*

Sur un cas d'espèce très sensiblement identique à l'*Entores case*, le *Brinkibon case* va apporter un certain nombre de précisions sur le caractère instantané d'une communication. Si le principe demeure dans son intégralité[141], Lord Wilberforce va envisager des dérogations eu égard aux circonstances. Il prétend en effet que:

where the condition of simultaneity is met, and where it appears to be within the mutual intention of the parties that contractual exchanges should take place in this way, I think it a sound rule, but not necessary a universal rule. [...] No universal rule can cover all such cases; they must be resolved by reference to the intentions of the parties, by sound business practice and in some cases by a judgement where the risks should lie[142].

Ainsi, l'application de la théorie de l'information, lorsque les contrats sont conclus par le biais de moyens comme un télex, téléphone, télécopieur, etc., ne doit pas être perçue comme une panacée. Pour justifier les dérogations qui pourraient être apportées au principe, Lord Wilberforce énumère une série d'exemples où le caractère instantané des communications par télex n'est plus présent. Il peut s'agir de messages envoyés entre des personnes qui ne sont pas les commettants mais des mandataires, de messages transmis en dehors des heures ouvrables du destinataire, de messages où la volonté de l'acceptant d'atteindre l'offrant paraît douteuse. D'une manière générale, chaque fois qu'une information ne pourra être envoyée en respectant les conditions de simultanéité, une exception à la *general rule* sera justifiée. Dans le cas étudié ici, le *Brinkibon case*, les juges traitent d'une situation standard où les protagonistes sont en communication simultanée. Mais l'on peut croire que dans les cas où la concomitance de l'offrant et de l'acceptant n'est pas réalisée, alors la théorie de l'information n'ait pas à s'appliquer. Les auteurs estiment que les juges «*expressly confined their decision to the standard case and left such variants for future decision*»[143]. Le professeur Atiyah confère une portée similaire, croyant que la théorie de l'information ne s'applique pas «*however, to non-instantaneous telex communications, e.g. telex messages received outside working hours when the office is vacant*»[144].

Outre ce premier genre d'atténuations liées à la réalité de l'instantanéité de la communication, le *Brinkibon case* fait intervenir des notions sujettes à réduire l'ampleur de la théorie de l'information. Lord Wilberforce énonce des exemples tels que «*intentions of the parties*», «*sound business practice*» et «*in some cases by a judgement where the risks should lie*»[145], qui sont susceptibles de remettre en cause la théorie de l'information. Ces exemples, très vagues, risquent de donner lieu à une exégèse fournie[146]. Ainsi, chaque fois que les circonstances permettront au juge de croire à la non pertinence de la théorie de l'information, une autre solution pourra être choisie.

Le juge Wilberforce semble donc présager en affirmant «*no universal rule [...]*» que la solution à un problème donné devra être directement liée aux circonstances. Comme l'indique Gardiner, cette volonté de se détacher d'une règle de droit stricte est «*presumably the possible departures from the basic rule envisaged by Lord Wilberforce, with whom the other members of the House of Lords agreed*»[147].

2. Le droit des provinces canadiennes de common law

En matière de contrat par mode de communication instantanée, il est notoire de constater que les manuels s'intéressant à la question[148] font grandement référence à la jurisprudence anglaise relative aux télex[149]. La même approche est à remarquer de la part des auteurs qui s'intéressent plus spécifiquement au cas des contrats par télécopieur[150]. Le caractère universel de la jurisprudence en common law donne aux instances supérieures britanniques une portée applicable dans tout le *Commonwealth*[151].

Outre cette influence évidente des tribunaux anglais, une série de décisions canadiennes relatives aux contrats par téléphone se penchent spécifiquement sur les contrats effectués par un mode de communication instantanée[152]. Selon les professeurs Boyle et Percy:

Where contracts are concluded by instantaneous means of communication, modern canadian cases have also usually held that, at least for jurisdictional purposes, the contract is formed where the acceptance is received.[153]

Il existe pourtant certaines décisions anciennes qui assimilent les contrats par téléphone à des contrats entre non-présents, appliquant la règle qui prévaut selon le *postal rule*[154], mais cette dernière position semble avoir été abandonnée par les tribunaux. Ceci prouve bien que l'influence des deux décisions anglaises en la matière fut largement suivie au Canada. Selon la jurisprudence dans les provinces canadiennes de common law, il semble donc qu'on doive distinguer les contrats par téléphone des contrats entre non-présents. Ces derniers sont traités par une jurisprudence désormais établie de la Cour suprême[155]. Notons aussi la position divergente du Québec, qui, sur cette question, possède un point de vue contraire à l'ensemble du Canada[156]. Ainsi, les communications instantanées bénéficient d'un traitement dérogatoire au sein des contrats traités entre des parties qui ne sont pas en présence l'une de l'autre.

B. Le droit américain

Le droit américain incarne le pendant incontournable du droit anglais au sein des pays sous l'influence de la common law. Il opère néanmoins suivant une approche très différente du droit britannique même s'il fait mention des grandes décisions anglaises[157] en la matière. D'abord, il possède une disposition expresse relative au consentement des contrats selon une «*acceptance by telephone or teletype*»[158] (1). Ensuite, une jurisprudence abondante existe relativement aux contrats instantanés. Si cette dernière concerne en premier lieu les contrats par téléphone, et, à moindre titre, les contrats par télex, nul doute qu'il s'agit là d'un indicateur pertinent sur la solution à apporter aux contrats par télécopieur (2). Enfin, il faut signaler que la situation qui prévaut actuellement sur ce sujet est loin de satisfaire la doctrine qui préconise majoritairement une solution plus en rapport avec les intérêts commerciaux (3).

1. État du droit écrit en matière de contrat instantané

Il s'agira dans un premier temps de mentionner la disposition qui en l'espèce s'applique:

Acceptance given by telephone or other medium of substantially instantaneous two-way communication is governed by the principles applicable to acceptances where the parties are in presence of each other.[\[159\]](#)

Si ce texte porte précisément sur les contrats instantanés, force est de constater qu'il n'est pas très révélateur quant à l'indication du moment et du lieu de conclusion des contrats. La solution proposée par ce texte ne sera circonscrite qu'en déterminant la solution applicable «*where the parties are in presence of each other*»[\[160\]](#). (b). Au préalable, nous développerons la portée que l'on peut accorder au *Restatement*. (a).

a) *Portée du Restatement*

Ce texte, accompagné de commentaires, illustrations et de cas jurisprudentiels pertinents, est bien évidemment une source importante sur ce point précis du droit américain. En effet, l'U.C.C., source habituellement utilisée pour traiter des relations commerciales, se distingue par son absence de mentions expresses en la matière[\[161\]](#). Ce dernier, face au silence de ses propres dispositions, recommande alors l'intervention de règles supplétives: les principes de common law[\[162\]](#).

Les avis proposés par The American Law Institute dans le *Restatement* sont sensés reproduire l'état du droit qui s'applique. Si son contenu n'a certes pas une portée équivalente à celle d'une loi, il peut néanmoins, selon le Ballentine's Law Dictionary, être considéré comme «*the statement of a rule being entitled to weight as a product of expert opinion*[\[163\]](#) and as the expression of the law by the legal profession»[\[164\]](#). Les juges n'hésitent donc pas à faire mention directe de ces développements dans leurs décisions, estimant que ce recueil de données «*expound the thinking of some of the best legal minds in the country*»[\[165\]](#).

b) *Contenu du Restatement*

L'étude de cette source qui semble être incontournable, nous montre qu'une distinction y est faite entre le moment et le lieu de conclusion du contrat.

Le *moment* où le contrat devient effectif semble devoir être celui de la réception de l'acceptation par l'offrant. En effet, il est reconnu qu'un accord *inter praesentes* est effectif dès lors que l'offrant a reçu l'acceptation de l'offre. Ainsi, il est admis qu'une incompréhension qui aurait pu se glisser dans la communication serait aussitôt rectifiée par l'offrant. Il en va de même pour les communications effectuées par un mode capable de transmettre sans un laps de temps substantiel. Le risque incombe donc sur celui qui a le pouvoir de constater qu'un accord de volontés existe réellement. Le *lieu* de conclusion d'un contrat est par contre traité différemment par le *Restatement* qui précise dans le commentaire c) de l'article 64 intitulé «*place of contracting*», que:

To the extent that the issue is referred to the rule governing private contract disputes, the analogy of acceptance by mail or telegram is controlling in cases of contracts made by parties in each other's presence and also in cases of contracts made by telephone or teletype: the contract is created at the place where the acceptor speaks or otherwise completes his manifestation of assent[\[166\]](#).

Cette solution, ambivalente selon la question posée, n'est pas sans nous rappeler les affirmations développées par certains auteurs français. Malaurie[167], par exemple, préconisait également une telle distinction: alors que la théorie de la réception s'applique pour les questions portant sur le moment de conclusion du contrat, la théorie de l'expédition est utilisable pour celles relatives au lieu. Ainsi, le moment de conclusion du contrat par télécopieur est celui où le destinataire reçoit le message sur son récepteur. Par opposition, le contrat est réputé conclu au lieu où l'expéditeur du message se trouve.

Il est à noter qu'en matière de contrat instantané, les questions relatives au moment de conclusion des contrats sont pour le moins négligeables étant donné le peu d'intérêt pratique que cela soulève[168]. Les interrogations liées au lieu de formation de l'accord sont par contre plus pertinentes, permettant de déterminer quelle est la loi applicable au contrat. La théorie de l'expédition sera par conséquent la théorie applicable le plus souvent en ce qui concerne les contrats par télécopieur.

2. La jurisprudence relative aux contrats instantanés

La remarque précédente indiquait que les cas d'espèce portent majoritairement sur des questions relatives au lieu de conclusion des contrats. Or, force est de constater que la jurisprudence, malgré une forte opposition doctrinale[169], va dans le sens du commentaire relatif au «*place of contracting*». L'influence du *Mailbox rule*, introduit aux États-Unis par l'arrêt anglais *Adams c. Lindsell*[170], sera prédominante dans l'ensemble des contrats à distance sans qu'aucune distinction ne puisse être faite eu égard à la simultanéité du mode de communication.

S'il n'existe pas de jurisprudence portant sur le problème du moment où du lieu de conclusion d'un contrat par télécopieur[171], l'on peut aisément se baser sur des procédés similaires qui remplissent des critères comparables d'instantanéité à ce dernier. Il s'agit des contrats conclus par l'intermédiaire du téléphone ou du télex.

Dans le cas des contrats par téléphone, la solution est stable et établie: les juges considèrent en effet «*that acceptance by telephone of an offer takes place where the words are spoken*»[172], c'est-à-dire au lieu où l'acceptant se trouve. La *théorie de l'expédition* est donc applicable. Cette position fut maintes fois répétée[173] et les contre-exemples demeurent marginaux[174]. Mais il est intéressant de s'arrêter aux motivations produites. Dans l'exemple de l'arrêt *Linn c. Employers Reinsurance Co.*[175], les juges considèrent que même si la solution prônée par plusieurs auteurs[176] d'admettre la théorie de la réception pour les contrats par téléphone est théoriquement pertinente:

we believe that in this day of multistate commercial transactions it is particularly desirable that the determination of the place of contracting be the same regardless of the state in which suit is brought. The absence of uniformity makes the rights and liabilities of parties to a contract dependent upon the choice of the state in which suit is instituted and thus encourages «forum shopping». For this reason we chose to follow the established pattern of decisions and hold that acceptance by telephone of an offer takes place where the words are spoken[177].

Sur la base de la jurisprudence relative aux contrats par téléphone, une solution comparable a été concédée à ceux effectués par le biais d'un télex[178]. Dans tous ces cas, les juges considèrent que le «*telex may be a valid acceptance since it was dispatched prior to the expiration of the firm offer*»[179]. La *théorie de l'expédition* est donc également celle qui prévaut pour les contrats faits par télex.

Il semble, au regard de cet exposé, que la jurisprudence sur les contrats instantanés soit fermement établie par les tribunaux américains. Nul doute qu'en l'absence d'un revirement majeur de tendance ou d'une disposition expresse, cette solution serait celle qui prévaudrait en matière de contrat par télécopieur. En effet, les similitudes entre le télécopieur et les moyens de communications étudiés ne permettraient pas qu'il en aille autrement sans remettre en cause expressément toute l'autorité se manifestant par la quasi-unanimité de la jurisprudence relative aux contrats instantanés.

3. Une doctrine en désaccord avec la jurisprudence établie

Face à cette unanimité jurisprudentielle, la doctrine va pourtant émettre de nombreuses critiques (a). Cette divergence de vues trouve généralement sa motivation dans l'illogisme des situations provoquées par la théorie de l'expédition. Les praticiens se plaignent également du manque de réalisme dans la vie des affaires (b). Enfin, les auteurs manifestent ostensiblement leur préférence envers la théorie de la réception qui correspond davantage aux impératifs à protéger (c).

a) *Les reproches de la doctrine*

Il est notable de constater que cette jurisprudence est largement battue en brèche par la doctrine et, plus généralement, par les milieux d'affaires. Les critiques sont dirigées dans deux directions principales: à l'encontre du *dispatch rule* dans un premier temps[180]; envers la non-adéquation de cette très ancienne règle pour les contrats instantanés dans un second temps. Le désaveu est profond et se manifeste chez plusieurs auteurs par des reproches de différents ordres.

Tout d'abord, certains considèrent que la distinction de solution suivant la question du lieu ou du moment de conclusion du contrat entre non-présents, n'est pas chose pertinente. Becker par exemple, estime que:

of course it is not written in the stars that both time and place of contracting must be governed by the same rule. [...] Nevertheless, there is something to be said for coherency of contract doctrine, and, as Entores and Brinkibon demonstrate, time and place of contracting are surely twin questions, logically prior to questions of jurisdiction[181].

Ainsi, cet auteur s'insurge contre la distinction de traitement selon que la question porte sur la détermination du lieu ou du moment de conclusion du contrat. Artificielle et sans fondement, elle ne fait qu'ajouter selon lui, un degré de complexité supplémentaire qui ne s'imposait pas.

Ensuite, et surtout, il est souvent admis que la théorie de la réception en matière de contrat instantané est plus appropriée aux impératifs commerciaux. Eisler estime à ce propos que «*the dispatch or mailbox*

rule departs from the parties expectations and from a more logical rule which would be in keeping with modern communications technology»[182]. Plus loin dans le texte, il prétend que la théorie de l'expédition ne coïncide pas avec les attentes des parties et affirme que la théorie de la réception doit être la solution à suivre. En se fondant sur des discussions qu'il a eues avec des gens d'affaires sans formation juridique, il constate que «[l]ay people usually try to make certain that their communications actually are received so as to bind the other party»[183]. «One businessman, with no legal background, likened the unreceived acceptance to the proverbial "tree in the forest"»[184]. Cette pratique largement répandue dans la vie commerciale nous permet donc de conclure que:

It is manifestly unreasonable to presume that an offeror expects that the offeree may create a contract without the offeror actually receiving notice of the offeree's manifestation of assent to the terms of the offer[185].

b) *Les justifications*

Au regard de la jurisprudence et des critiques qui en découlent, on estime qu'un certain nombre d'assimilations sont faites entre différents mode de communication qui ne doivent pourtant pas être traités de la même manière.

En premier lieu, il semble évident que l'identité de solution entre les contrats par courrier et ceux par un mode instantané n'est pas justifiable. Il est établi que la théorie de l'expédition, dégagée par les juges anglais au début du XIXe siècle à propos des contrats par courrier, ne fut introduite que pour des raisons de meilleure convenance[186]. La durée trop longue du transport et les risques de non-acheminement du courrier réclamaient, en effet, une telle solution afin de rendre le contrat moins aléatoire. Cette solution de commodité n'est pas adéquate en ce qui concerne les contrats par transmission instantanée.

Dans le même ordre d'idée, il paraît exagéré de vouloir établir une identité de traitement entre les contrats conclus selon un mode de transmission instantanée et les contrats *inter praesentes stricto sensu*. Le professeur Corbin déclare, en ce qui concerne l'article 79 relatif aux acceptations par téléphone:

When a acceptance is made orally in the presence of the offeror, there is no appreciable lapse of time between the act of speaking and the hearing of the sounds. Nevertheless, if the offeree knows or has reason to know that the offeror does not actually hear or understand his words of acceptance, a contract is not consummated. Undoubtely the same is true in the case of an acceptance by telephone; and under some circumstances the offeree has more reason to doubt the effectiveness of his communication by telephone than the case of an acceptance face to face[187].

Un contrat par téléphone, télex ou télécopieur, est indiscutablement sujet à des risques de transmission plus importants qu'un contrat conclu de façon plus ordinaire, entre personnes présentes. Il semble donc logique de retarder l'instant de la conclusion du contrat au moment où l'assurance de la réception de l'acceptation par l'offrant pourra être constatée par ce dernier. Plus le risque d'erreur est important, plus le moment de la conclusion de l'accord doit être reculé afin d'augmenter les chances d'une transmission complète et réussie. Si le professeur Corbin opère une distinction entre les contrats *inter praesentes* et les contrats instantanés mais à distance, il en va autrement du professeur Williston dont la position en faveur

d'un tel rapprochement fut même citée par Lord Denning dans la décision *Entores*^[188]. Selon lui, le seul critère qui permet de choisir une théorie plutôt qu'une autre est la simultanéité du moyen utilisé. Par conséquent, contrat par téléphone et contrat *inter praesentes* doivent être traités identiquement. En fait, une conciliation des deux opinions semble néanmoins réalisable. En effet, si des différences demeurent entre par exemple un contrat *inter praesentes* et un contrat par télécopieur, le second étant plus aléatoire, il ne semble pas être utile de préconiser une solution distincte. Si les contrats conclus entre présents se réalisent lors de la réception de l'acceptation par l'offrant, la logique dégagée par Corbin voudrait que la solution transposable aux contrats par télécopieur ne soit pas moins sécuritaire. En fait, la distinction de ce dernier est aisément assimilable à la décision du *Brinkibon case*^[189] qui veut que la théorie de la réception ne s'applique que si les conditions d'instantanéité sont effectivement respectées.

c) Proposition d'une solution

Face à ce point de vue dégagé par le professeur Williston, préconisant la théorie de la réception pour les contrats par téléphone, la jurisprudence américaine va venir «*dashing Professor Williston's "hope" that the *inter praesentes* rule would apply*»^[190]. Malgré cela, un même esprit est à constater dans les prolongements récents de son oeuvre effectués par le professeur Lord^[191]. Ce dernier reprend pour son compte l'idée d'appliquer uniformément la théorie de la réception aux contrats instantanés. Selon ces auteurs, un contrat instantané comprend tout aussi bien un accord entre personnes présentes, qu'un contrat par téléphone, télex ou télécopieur. Le professeur Lord envisage d'ailleurs spécifiquement le cas des contrats par télécopieur et considère que «*with the technological advances brought about by computer bulletin boards and fax machines, the questions will undoubtedly continue to arise concerning whether a contract is formed at the place where the acceptance is made or where it is received*»^[192]. A cette question, l'approche proposée est remarquable, non par sa dualité déjà retrouvée dans le *Restatement* ou dans le droit français, mais par une distinction de traitement autre que le lieu et le moment. En effet, deux types de problèmes semblent devoir être traités différemment: dans un premier temps, les questions relatives au lieu et au moment de formation d'un contrat et dans un deuxième temps, les questions portant sur les problèmes liés à la validité du contrat^[193]. Dans le premier cas, le professeur Lord préconise d'adopter «*the theoretically sounder view that analogizes these situations to those where the parties are in the presence of one another*»^[194], c'est-à-dire la théorie de la réception. Dans le second cas, au contraire, la théorie de l'émission lui semble plus propice:

while the view espoused by the Restatement remains theoretically more sound, the law is probably too firmly entrenched to abide by a change; and that place of contracting will probably be found to be that place where the acceptor speaks^[195].

Plus modérée, cette position, tout en confirmant la doctrine majoritaire qui défend la théorie de la réception pour les contrats instantanés, semble nuancer le caractère péremptoire des opinions des auteurs précédents. En effet, s'il préfère la théorie de l'expédition lorsque le problème porte sur une question de validité, c'est sans aucun doute pour avancer au maximum le moment de formation du contrat et le rendre ainsi moins vulnérable.

La question du moment et du lieu de formation des contrats instantanés en droit américain se caractérise donc par cette dissociation de point de vue entre la doctrine et la jurisprudence. La première prône très majoritairement la théorie de la réception. La seconde est unanime pour affirmer que la thèse de

l'expédition est celle qui prévaut. Le *hiatus* est parfait entre les deux. On peut difficilement prévoir une évolution différente de la jurisprudence qui se base justement sur sa propre permanence[196]. Seule une intervention législative pourrait remettre en cause cette solution, si décriée, tenant sa justification de sa seule permanence.**CONCLUSION**

«*In a matter of this kind, [...] it is very important that the countries of the world have the same rule*»[197]. Lord Denning, relativement à la question du lieu et du moment de conclusion des contrats, avait exprimé ce souhait indispensable, selon lui, à la bonne marche des transactions commerciales internationales. Dans le même ordre d'idée, Eisler estimait que «*in a world so closely linked by communications technology and trade agreements, a uniform rule would seem an imperative*»[198]. Cette uniformité, comme peut le montrer cette étude, est loin d'être consacrée. En effet, si l'on regarde les quatre pays étudiés, nous constatons que chacun possède une façon propre d'aborder le problème.

„ Le Québec semble avoir réglé une longue épopée jurisprudentielle en adoptant dans le C.c.Q. une disposition consacrant la *théorie de la réception*.

„ La France se distingue quant à elle par l'imprécision des solutions apportées par ses tribunaux. Néanmoins, à propos de la localisation dans l'espace des contrats, ce qui nous l'avons vu, est la question principale en matière de contrat conclu par mode de communication instantanée, la jurisprudence s'est prononcée très majoritairement pour la *théorie de l'expédition*. Cette option semble devoir être corroborée par la dernière décision de la Cour de cassation.

„ Le droit anglais est quant à lui fermement établi en ayant expressément choisi, depuis 1955, la *théorie de l'information*. Cette solution confirmée par la Chambre des Lords, fut déterminée pour les contrats conclus par télex, ce qui laisse présager, sans aucun doute, de la même théorie pour ceux établis par le biais d'un télécopieur.

„ Le droit américain enfin, malgré une opposition doctrinale marquée, se montre résolument en faveur de la *théorie de l'expédition*. La jurisprudence est sans équivoque sur ce point. Rien ne permet de prévoir une solution différente en ce qui concerne les contrats par télécopieur.

Le consensus est donc bien difficile à établir, même si la doctrine qui est en fait la véritable inspiration des décisions de demain, est très sensiblement en faveur de la théorie de la réception. Cette opinion est généralement encore plus tranchée lorsqu'elle provient de milieux liés au monde des affaires. La même solution est d'ailleurs choisie par la Convention de Vienne.

On peut difficilement, en effet, omettre de parler de la Convention de Vienne de 1980[199] qui sans être d'application universelle[200], est désormais largement suivie dans le commerce international.

Si son article 23 prévoit avec imprécision que «le contrat est conclu au moment où l'acceptation prend effet conformément aux dispositions de la présente convention», ceci nous réfère sans aucun doute au paragraphe 2 de l'article 18 qui affirme:

l'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.

Ainsi, la combinaison de ces articles consacre la théorie de la réception, une acceptation d'offre n'étant susceptible de produire des conséquences légales qu'à partir du moment où elle est notifiée à l'offrant. Avant cela, une relation entre deux parties ne peut être source d'obligations.

Comme le fait remarquer Kritzer[201], il y a deux exceptions à cette règle: d'abord, conformément au paragraphe 3 de l'article 18, les circonstances peuvent remettre en cause cette théorie[202]. Ensuite, l'article 6 de la convention introduit une règle de souplesse permettant aux parties contractantes de ne pas tenir compte d'une mesure en particulier[203]. Ce seul article contribue grandement à amoindrir la portée de la convention qui peut ainsi être dénuée de tout caractère coercitif.

L'affirmation de la théorie de la réception qui est donc présentée par la Convention de Vienne n'a pourtant pas pour effet d'ôter tout intérêt à celle de l'expédition qui demeure applicable en matière de révocation. En effet, «jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre»[204]. Cette règle n'est pas en contradiction avec la théorie de la réception qui s'applique relativement au moment de la formation du contrat. Elle a néanmoins pour effet d'en réduire la portée; l'offrant étant incapable de remettre en cause son offre dès l'expédition de l'acceptation par l'acceptant. Si le paragraphe 2 de l'article 18 et le paragraphe 1 de l'article 16, ne s'opposent pas directement, le second a pour conséquence de réduire les effets pratiques du premier. Alors que certains auteurs admettent sans limitation que la théorie de la réception est proclamée par la Convention de Vienne[205], d'autres se sont penchés sur la compatibilité de ces deux règles. Farnsworth, par exemple, estime à ce propos que le paragraphe 2 de l'article 18 «*poses a minor problem when coupled with the dispatch rule applicable to the revocability of an offer*»[206]. Selon lui, si, par exemple, une acceptation est envoyée par la poste, alors, l'offrant est lié dès que la lettre est postée. Par contre, l'acceptant peut remettre en cause le contrat en annulant sa précédente acceptation s'il utilise un moyen de communication plus rapide[207]. Ainsi, pour résumer, on peut prétendre que la théorie de la réception qui est bel et bien établie par la Convention de Vienne est incontestablement applicable pour l'acceptant qui a la possibilité de se rétracter jusqu'à la réception de son acceptation par l'offrant; par contre, l'offrant est lié dès l'expédition de l'acceptation, rendant l'application de la théorie de la réception très théorique à son égard. Les développements de Winship confirment d'ailleurs ce point de vue[208].

Malgré ce doute occasionné par l'incompatibilité relative entre ces deux articles de la Convention de Vienne, un regard rapide des traités ou conventions touchant aux communications instantanées semble néanmoins dégager une préférence pour la théorie de la réception. Prenons par exemple le programme européen TEDIS[209], qui dans son article 9 à l'alinéa 2 prévoit expressément la théorie de la réception pour les communications effectuées par le biais d'É.D.I.[210]. Une fois encore, la question du lieu et du moment de conclusion du contrat est traitée de façon identique.

Quoi qu'il en soit, tout ce questionnement relatif au moment de conclusion du contrat n'a qu'un intérêt minimal en matière de contrat par télécopieur du fait de l'instantanéité de la transmission. Il en va différemment si l'on considère, comme certains auteurs[211], que le moment et le lieu sont deux questions logiquement liées.

Mais l'argument le plus probant en faveur de la théorie de la réception se justifierait selon nous sur la base de la sécurité nécessaire à la transmission des documents contractuels. En effet, le fait d'attendre que l'acceptation parvienne à la connaissance, réelle ou présumée, de l'offrant, permettra d'éviter que ce dernier ne soit impliqué dans une relation contractuelle contre son gré. Plus l'assurance des consentements sera consacrée, donc retardée, moins le risque d'un contentieux lié à l'existence du contrat aura de chance de se réaliser. Ce souci se comprendra d'autant plus lorsque le médium utilisé, en l'occurrence la télécopie, peut être sujet à des problèmes de transmission des messages.

[1]

Maîtrise (France), LL.B., LL.M. (Université de Montréal), Doctorat en préparation.

[2] Cette affirmation, relative au peu d'intérêt apporté à la détermination du moment de conclusion d'un contrat effectué par un mode de communication instantanée, doit être néanmoins atténuée, et ce, pour deux raisons. D'abord, il arrive que des contrats mettent en contact des acteurs situés dans différents pays. Il faut par conséquent tenir compte du décalage horaire, de l'heure d'ouverture des bureaux et des jours ouvrables selon les pratiques propres à chaque pays. Ensuite, l'exactitude du moment d'une communication peut être particulièrement appréciée lors d'une transaction portant sur l'achat de valeurs aux taux fluctuants.

[3] Nous emploierons la terminologie de «contrat entre non-présents» plutôt que les expressions «contrat entre absents», juridiquement incorrecte, et «contrat par correspondance» qui tend souvent à être limitée aux relations entre professionnels et consommateurs.

[4] Ce peut être par exemple lors de la signature de l'offre par l'acceptant.

[5] Il peut s'agir de l'action de poster l'acceptation, de la remettre à un messenger, ou, dans le cas qui nous intéresse, de mettre en marche le processus d'envoi de la télécopie. Dans ce dernier cas, il existe une difficulté à définir avec précision le fait déclencheur matérialisant que l'expédition est bien réalisée.

[6] L'on peut raisonnablement estimer que ce moment peut être celui où la télécopie arrive sur l'appareil récepteur du destinataire.

[7] *Infra*, Partie I.B.

[8] C.c.B.C., art. 984-990.

[9]

Clark c. Ritchey, (1863) 9 L.C.J. 234 (C.S.); *Gannon c. Sauvé*, (1887) 10 L.N. 211 (Cour de circuit); *Gratton c. Brennan*, (1887) 15 R.L. 713 (C.S.). Dans les faits, il s'agissait de commandes faites par des acheteurs hors du Québec à des vendeurs situés à Montréal.

[10] *Underwood c. Maguire*, (1897) 6 B.R. 237.

[11] *Id.*, 247.

[12] *Id.*

[13] *Id.*, 244.

[14] *McFee c. Gendron*, (1889) 18 R.L. 230 (C.S.); *Beaubien Produce & Milling Co. c. Robertson*, (1900) 18 C.S. 429; *Hislop c. Bernatz*, (1901) 3 R.P. 451 (C.S.); *Reeves c. Mcculloch*, (1901) 4 R.P. 285 (C.S.).

[15] *Magann c. Auger*, (1901) 31 R.C.S. 186.

[16] *Id.*, 186.

[17] *Underwood c. Maguire*, précitée, note 9, 238-245.

[18] *Id.*, 239. Selon ce juge, la doctrine française nécessitant «que l'acceptation ait été reçue par le pollicitant est maintenant abandonnée [...]». Ceci n'est vrai qu'en matière de détermination du lieu de formation du contrat. Quant au moment de formation du contrat, la jurisprudence est beaucoup plus incertaine et tendrait même à consacrer la théorie de la réception. (Voir les développements ultérieurs relatifs au droit français). Alors que l'arrêt *Underwood* porte sur un problème de révocation, à savoir le moment de formation du contrat, l'arrêt *Magann* statue, quant à lui, sur des questions d'exceptions déclinatoires, c'est-à-dire relativement à la question du lieu de formation du contrat.

[19] *Underwood c. Maguire*, précité, note 9, 244. Le juge Bossé écrit à ce propos: «Un fait d'une grande importance en cette matière est que la jurisprudence en Angleterre et aux États-Unis, les deux plus grands pays commerciaux du monde, est maintenant fixée en ce sens que j'adopte, et comme raison écrite nous ne pouvons l'ignorer». Il prend appui sur une décision anglaise, *Adams c. Lindsell*, [1818] B. & Ald. 681.

[20] *Magann c. Auger*, précité, note 14, 193.

[21] Serge GAUDET et Robert KOURI, «Contrats entre non-présents et contrats entre présents: y a-t-il une différence?», (1989-90) 20 *R.D.U.S.* 187.

[22] Asher KAHN, «Contracts by Correspondence», (1959-60) *R.D. McGill* 110.

[23] *Ward c. Johnston*, (1903) 5 R.P. 123 (C.S.); *Borgfield c. La Banque d'Hochelega*, (1905) 28 C.S. 344; *Butler c. Mechanical Equipment Co. of Canada*, (1912) 22 K.B. 530; *Fecteau c. McLandress*, (1921) 59 C.S. 470.

[24] *Charlebois c. Baril*, [1928] R.C.S. 88.

[25] Anglin, Mignault, Newcombe, Rinfret et Lamont.

[26] *Charlebois c. Baril*, précité, note 23, 89.

[27] C'est l'avis présenté par S. GAUDET et R. KOURI, *loc cit.*, note 20, 191-92, affirmant qu'«il est impossible de lire autre chose dans les motifs du juge Taschereau dans *Magann* qu'un refus pur et simple de la thèse voulant que l'accord de volontés se complète par la connaissance par l'offrant de l'acceptation».

[28] *Id.*, 189. Il s'agit là d'une allusion directe à la notion «d'agent autorisé» qui s'est dégagée de la décision *Charlebois c. Baril*. L'agent est supposé être le mandataire de l'offrant et selon une fiction juridique très osée, on prétend que celui-ci est au courant de l'existence de l'acceptation. Cette connaissance, sans aller jusqu'au contenu du message, est le signal ostensible que la jurisprudence requiert pour sceller la formation du contrat. Ainsi, un agent de liaison sera autorisé, soit lorsque l'offrant mentionne expressément dans l'offre le moyen à utiliser pour envoyer l'acceptation, soit lorsque l'acceptant utilise le même agent que l'offrant.

[29] Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1988, p. 79.

[30] *Renfrew Flour Mills c. Sanschagrin*, (1928) 45 B.R. 29; *Association Pharmaceutique de la Province du Québec c. Eaton Co.*, (1931) 50 B.R. 482; *Gagnon c. Fonderie de Saint-Anselme*, (1932) 36 R.P. 40 (C.S.); *Allaire c. Lamontagne*, (1933) 72 C.S. 69; *Duquette c. Shering*, (1938) 44 R.L.n.s. 422 (C.S.); *Verdun Realties Co. c. Lajoie*, [1948] C.S. 148; *Poulin c. Regent Lumber Co.*, [1951] R.P. 188 (C.S.), infirmé par la Cour d'appel sans motifs publiés, [1951] B.R. 782; *Canada Concrete Products Inc. c. Ville de Nicolet*, [1953] R.P. 432 (C.S.); *Milinkovich c. Canadian Mercantile Insurance Co.*, [1960] R.C.S. 830; *Clerk Windows Ltd. c. Rubatex Corp.*, [1965] R.P. 276 (C.S.); *Godin c. Leblanc*, [1970] C.S. 46; *Hunter c. Vandervoore*, [1972] R.P. 414 (C.S.); *In Re Witt: Bissell c. Zwaig*, résumé à [1975] C.A. 853; *Industries Vanox Ltée c. Produits Alcan Canada Ltée*, [1980] C.S. 490.

[31] J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 28, p. 79: «Ainsi énoncée, la solution nous paraît consacrer le système de la réception dans les deux hypothèses».

[32] Le juge McIntyre dans *Schiller c. Fisher*, [1981] 1 R.C.S. 598, affirma que «le juge du procès et les trois juges de la Cour d'appel sont tous d'accord qu'en règle générale, l'acceptation d'une offre ou, en l'espèce, d'une contre-offre, n'est pas complète tant qu'il n'y a pas eu communication de l'acceptation».

[33] *Association pharmaceutique de la Province du Québec c. Eaton Co.*, précité, note 29: selon le juge Dorion, «le mandat tacite donné aux autorités postales ne serait pas satisfaisant. Un mandataire ne peut être autre qu'une personne consciente, qui a accepté le mandat, et qui, dans le cas présent, prend connaissance de l'acceptation contenue dans la lettre. [...] La poste n'est qu'un locateur de services».

[34] Maurice TANCELIN, *Des obligations, Contrats et responsabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1988.

[35] *Id.*, p. 56.

[36] *Id.*, p. 57.

[37] Selon John BURKE, *Jowitt's Dictionary of English Law*, vol. 1, Londres, Sweet & Maxwell, 1977, p. 630: «to point out an essential difference, to show that a case, cited as applicable, is inapplicable».

[38] Louis BAUDOIN, *Le droit civil de la Province du Québec*, t. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953, p. 663.

[39] Ceci semblerait être le cas dans une décision de la Cour d'appel du Québec, *La reliance, Cie d'assurance-vie c. Gonthier*, J.E. 87-1195 (C.A.). Il s'agit d'un renouvellement d'une police d'assurance où le chèque est envoyé pendant le délai requis, mais reçu après. Les juges vont estimer le contrat formé, fondant leurs justifications sur la date de renouvellement du contrat sur des considérations très pratiques, faisant fi de données théoriques basées sur les notions de «réception», «expédition» ou «mandat tacite». La Cour d'appel suit une démarche identique dans l'arrêt *In re Witt: Bissell c. Zwaig*, précité, note 29, ainsi que la Cour supérieure dans *Duhamel c. Manella*, [1987] R.J.Q. 2118 (C.S.).

[40] M. TANCELIN, *op. cit.*, note 33, p. 57.

[41] Voir par exemple *Angers c. Burger Plywood Ltd.*, [1967] R.P. 378 (C.S.); *J.D. Marketing Inc. c. Continental Information System Corp.*, J.E. 84-589 (C.S.); *Simpson-Sears Ltd. c. Sous-Ministre du Revenu*, [1983] C.P. 126.

[42] *Paquet c. Balcer*, (1913) 44 C.S. 36; *Sherwin c. Quebec Fish and Fruit Exchange Ltd.*, (1925) 27

R.P. 387 (B.R.); *Dion c. Chalifoux*, [1949] R.P. 42 (C.S.); *Talbot c. Dannacona Paper Co.*, [1958] R.P. 202 (C.S.); *Ville de Montréal c. Bellavance*, [1968] R.L.n.s. 101 (Cour municipale); *Ville de Montréal c. Vaillancourt*, [1968] R.L.n.s. 71 (Cour municipale); *Angers c. Burger Plywood Ltd.*, précité, note 40; *Upper Canada Place Ltd. c. Classic's Little Books Ltd.*, C.A. Montréal, no 555-755 17 mars 1976; *Pisapia Construction Inc. c. Location d'Équipement Chicoutimi*, C.A.Q., no 09-000149075, 22 mars 1976; *Bonavista Fabrics Ltd. c. Rosenthal & Rosenthal Inc.*, J.E. 83-781 (C.S.), confirmé par [1984] C.A. 52; *Sous-Ministre du Revenu c. Simpson-Sears Ltd.*, [1986] R.L. 37 (C.A.).

[43] Jean-Louis BAUDOIN, *Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, p. 107; J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 28, p. 73; Angers LAROUCHE, *Les obligations*, *Théorie générale des contrats, quasi-contrats*, t. 1, Ottawa, Édition de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 129; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 33, p. 58.

[44] J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 28, p. 73.

[45] Dans le jugement *Talbot c. Dannacona Paper Co.*, précité, note 41, 202, le juge affirme que «la jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui unanimement à l'effet que le contrat prend naissance à l'endroit d'où celui à qui il est offert de contracter signifie son acceptation de contracter».

[46] J. PINEAU et D. BURMAN, *op. cit.*, note 28, p. 74.

[47] *Id.*

[48] En effet, si les parties contractent par le biais d'un échange de télécopies, l'identité d'utilisation des moyens de communication fera que selon la jurisprudence relative aux contrats entre non-présents, l'accord des volontés sera consacré au lieu et moment de l'expédition de l'acceptation. Cette solution sera donc identique à celle des contrats par téléphone. Par contre, si l'offre est communiquée par un moyen différent, l'acceptation par télécopie ne formera le contrat, conformément à l'arrêt *Charlebois c. Baril*, que lors de sa réception chez l'offrant.

[49] *J.D. Marketing Inc. c. Continental Information System Corp.*, J.E. 84-589 (C.S.).

[50] A. LAROUCHE, *op. cit.*, note 42, p. 129.

[51] S. GAUDET et R. KOURI, *loc. cit.*, note 20, 194.

[52] *Id.*, 195.

[53] *Trefflé Goulet & fils Inc. c. Habitation Nabco Inc.*, J.E. 91-1127 (C.Q.), p. 549.

[54] *Gilles Veilleux Ltée c. Construction A.S.L.K. (1988) Limitée*, J.E. 92-176 (C.S.).

[55] S. GAUDET et R. KOURI, *loc. cit.*, note 20, 200.

[56] Celui-ci fut adopté le 18 décembre 1991, projet de loi 125 L.Q. 1991, c. 64, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Claude FABIEN, «La communicative et le droit civil de la preuve», dans *Le droit de la communicative, actes du colloque conjoint des facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 159.

[57] CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*, Montréal, octobre 1988.

[58] SOUS-COMMISSION DU BARREAU DU QUÉBEC, *Mémoire sur l'avant-projet de loi portant réforme au code Civil du Québec du droit des obligations, titre premier: des obligations en général*, Montréal, octobre 1988.

[59] OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code Civil du Québec*, t. 2, vol. 2, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 610.

[60] a. Cette clarté pourra néanmoins être sujette à quelques atténuations dès lors, dans le cadre d'une relation entre intervenants géographiquement éloignés, où ledit message serait reçu en dehors des heures ouvrables. Il serait alors raisonnable de considérer que la réception ne sera réalisée qu'au moment où le destinataire aura effectivement la possibilité de prendre connaissance du message, soit lors du commencement de la journée ouvrable suivante. La distinction classique entre la théorie de la réception et la théorie de l'information doit par conséquent être revisitée. D'autres problèmes sont aussi susceptibles d'intervenir avec d'autres nouveaux modes de communication à distance. Si l'on prend l'exemple de l'EDI (échange de documents informatisé) ou du courrier électronique, on peut se demander si la réception du message n'est pas source à bien des doutes quant au moment précis de sa survenance. Ce pourrait être en effet l'instant où le message rentre dans la boîte du correspondant ou celui où le destinataire a l'habitude de contrôler son courrier.

[61] L'article 147 B.G.B. (Bundesgerichtsbürgerlich) dispose que: «Si une déclaration de volonté émise envers une autre personne est faite en son absence, elle a effet à partir du moment où elle lui parvient». INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE PARIS, *La formation du contrat ,, harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché commun*, Paris, Éditions A. Pédone, 1976, tableau récapitulatif.

[62] Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Francis Lefebvre, 1988, p. 88.

[63]Selon Rudolf B. SCHLESINGER, *Formation of Contracts, A Study of the Common Core of Legal Systems*, vol. 1, Dobbs Ferry (N. Y. , U.S.A.), Oceana Publications, 1968, pp. 243 et 244, «Thus the rules applicable to offer and acceptance must be sought in case law. But in the french legal system, which does not follow the principle of *stare decisis*, and in which the lower courts often have little respect for the decisions of the Court of Cassation, case law is far more fluid and far more erratic than in common law countries. The result is that many points remain uncertain in the french law of offer and acceptance ,, even on the most important questions, as, for example, the time when the contract comes into existence».

[64]Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, les obligations, le contrat: formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 280.

[65]Cass. Req., 6 août 1867, D.P.1868.1.35. Voir également Cass. Com., 21 novembre 1966, J.C.P. 1967.II.15012.

[66]Philippe MALAURIE, sous Cass. Civ., 21 décembre 1960, D.1961.417.

[67]*Id.*

[68]*Id.*

[69]Voir notamment C.A. Toulouse, 13 juin 1901, D.P. 1902.2.16; C.A. Paris, 31 mai 1937, D.H.1937.431.

[70]Voir par exemple Cass. Req., 16 juin 1913, D.P.1914.I.229; Cass. Civ., 2 février 1932, S.1932.I.168; Cass. Civ., 21 décembre 1960, précité, note 64; Cass. Civ., 24 octobre 1978, *Bull. civ.* 3 no 320; Trib. Gr. Inst. Paris, 12 février 1980, D.S. Informations Rapides 1980.261. On peut hésiter sur la pertinence d'une telle décision en ce qui concerne la révocation de l'offrant. En effet, il est tout à fait défendable de prôner que l'acceptant, ayant envoyé son acceptation dans l'ignorance de la révocation de l'offre, est «normalement fondé à considérer que le contrat est formé» comme le prétend Ghestin. Dans ce cas, la révocation de l'offre ne serait efficace que jusqu'à l'envoi de la lettre d'acceptation. Cette solution va de surcroît à l'encontre de celle choisie dans la Convention de Vienne de 1980, conformément à son article 16. (*Infra*, Conclusion).

[71]Voir par exemple Cass. Civ., 6 février 1906, D.P.1910.1.234; Cass. Com., 7 janvier 1981, *Bull. civ.* 4, no 14; François CHABAS, «Contrats par correspondance», *Rev. trim. dr. civ.* 1981. 849; Tribunal civil de Loches, 25 juin 1945, D.1947.113.

[72]Jean CARBONNIER, *Droit civil ,, Les biens et les obligations*, t. 2, Paris, P.U.F., 1962, p. 368.

[73] P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 64, 417.

[74] Voir par exemple Cass. Req., 1 décembre 1875, D.P.1877.1.450; Cass. Soc., 20 juillet 1954, J.C.R.1955.2.8775; Cass. Soc., 3 mars 1965, D.1965.492; Cass. Com., 22 juin 1976, *Bull. civ.*, 4, no 420.

[75] Peu de décisions sont à relever quant à la localisation des contrats. On dénote seulement quelques cas, toujours anciens, où les juges ont préféré appliquer la théorie de la réception relativement à un problème de localisation du contrat. Ces exemples émanent tous des Cours d'appel d'Aix et de Nîmes. Par exemple C.A. Aix, 23 novembre 1908, *Gaz. Pal.* 1908.2.211; C.A. Nîmes, 4 mars 1908, *Gaz. Pal.* 1908.2.116.

[76] Cass. Com., 7 janvier 1981, précité, note 69; F. CHABAS, *loc. cit.*, note 69, 849; Jean HEMARD, «Date de formation d'un contrat par correspondance», *Rev. trim. dr. com.* 1981, 827; Alex WEILL, François TERRÉ et Yves LIQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 8e éd., Paris, Dalloz, 1984, no 92.

[77] F. CHABAS, *loc. cit.*, note 69, 849.

[78] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 62, p. 281.

[79] Les partisans des thèses de l'émission se prévalurent des articles 1985 alinéa 2 et 1121 du Code civil, l'un concernant le mandat, l'autre la stipulation pour autrui, pour tenter de donner une portée générale à cette solution. Par opposition, les défenseurs des systèmes de la réception entendaient donner une crédibilité particulière à la solution qui s'applique aux donations, conformément à l'article 932 du Code civil.

[80] Voir par exemple Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Obligations*, *Théorie générale*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1991, p. 132; J. GHESTIN, *op. cit.*, note 62, pp. 274 et 275.

[81] Par exemple, voir Alex WEILL et François TERRÉ, *Droit civil*, *Les obligations*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1980, pp. 176 et 177; Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1965, pp. 42 et suiv.; Christian LARROUMET, *Droit civil*, *Les obligations*, *le contrat*, 2e éd., t. 3, Paris, Economica, 1990, p. 264.

[82] Par exemple H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 78, p. 135, prétendent que le «consentement existe dès qu'il y a accord de volontés, c'est-à-dire dès qu'il y a

offre et acceptation. Exiger la connaissance de l'acceptation (connaissance prouvée ou présumée par la réception), c'est ajouter une condition de formation des contrats que la loi n'exige pas». Cet avis est corroboré par Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, *Droit civil* ,, *Les obligations*, t. 2, vol. 1, Paris, Sirey, 1962, p. 92.

[83]Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les obligations*, 2e éd., Paris, Éditions Cujas, 1990, p. 219.

[84]H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 78, p. 133.

[85]Jean-Luc AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, vol. 109, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 400.

[86]*Id.*

[87]Cette formule, du professeur François GENY, est reprise par Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Droit civil* ,, *Les obligations, L'acte juridique*, vol. 1, Paris, Armand Colin, 1986, p. 116.

[88]Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil* ,, *Les obligations, le contrat*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 196.

[89]*Id.* Si Aubert et Ghestin s'accordent sur l'idée que la vérification précise de la réalité de l'accord des volontés est impossible à constater, chacun y apporte une solution distincte. Aubert préconise que la seule analyse des faits est importante, le juge du fond étant souverain pour les apprécier. Ghestin, au contraire, face à ce constat d'échec, préfère y substituer une théorie dogmatique.

[90]Au point de vue international, si plusieurs pays de la Communauté européenne adoptent la théorie de la réception (Allemagne, Belgique, Luxembourg, Danemark) voire de l'information (Pays-Bas et Italie), l'Angleterre et l'Irlande optent pour l'expédition, sauf en matière de mode de communication instantanée consécutivement à une jurisprudence sur les télex. On aperçoit une trace de cette dichotomie dans le *Restatement of Law* américain. *Infra*, point II.B.

[91]A. RABUT, note sous Cass. Soc., 20 juillet 1954, précité, note 72.

[92]Il peut être en effet judicieux, dans le cas précis de la révocation de l'offre, de ne pas sceller les volontés avant la réception de l'acceptation par l'offrant. Nous sommes dans ce cas dans une situation transitoire, entre l'expédition de l'acceptation et sa réception par l'offrant. Il est donc logique de ne pas favoriser une relation qui, si elle devait néanmoins se réaliser, s'effectuerait dans de mauvaises conditions, étant donné la volonté non satisfaite de l'offrant de se retirer du contrat.

[93] G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 80, p. 92.

[94] Comme le préconise J. GHESTIN, *op. cit.*, note 62.

[95] J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, note 85, no 171, p. 123. Selon eux, «l'équité commande de faire peser cette charge sur celui qui a pris l'initiative de l'opération en proposant à l'autre de conclure un contrat par correspondance: c'est-à-dire, le plus habituellement, sur le pollicitant». Très proche est le point de vue de Sallé de la Marnierre (note sous Cass. Req., 21 mars 1932, D.1933.1.65, qui serait d'avis de faire supporter le risque de la transmission, et de ses éventuels aléas, sur celui qui a eu l'initiative du mode de transmission dangereux. Il fait référence sur ce point à l'auteur anglais Sir William R. ANSON, *Principles of the Law of Contract*, 17^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1929, p. 28, qui préconise une même attitude.

[96] Selon J. FLOUR et J.L. AUBERT, *op. cit.*, note 85, no 171, p. 123, il en est ainsi lorsque «le pollicitant a fait son offre en présence du destinataire qui aurait pu soit l'accepter immédiatement, soit provoquer une nouvelle rencontre, mais qui a préféré répondre par lettre».

[97] Sallé DE LA MARNIERRE, *L'évolution technique du contrat*, cité dans une note sous Cass. Req., 21 mars 1932, précité, note 93, p. 263: «dès que l'un des contractants sait que le contrat existe, par suite de l'acceptation qu'il a manifestée et extériorisée définitivement, dès que d'autre part, au moment où cette acceptation se produit, l'offrant prévoit et est dans l'obligation de prévoir la formation de la convention, celle-ci est irrévocablement conclue».

[98] J.L. AUBERT, *op. cit.*, note 83, p. 361.

[99]

J. FLOUR et J.L. AUBERT, *op. cit.*, note 85, no 172, p. 123.

[100] *Supra*, p. 380.

[101] *Id.*

[102] Notons que sur ce point le rejet de la théorie de l'information en matière de contrat par télécopieur est particulièrement pertinent, le destinataire pouvant ainsi prétexter qu'il n'a pas pris connaissance du message qui est arrivé sur son appareil.

[103] J. GHESTIN, *op. cit.*, note 62, p. 272. Ce point de vue fut déjà exprimé par la jurisprudence: Cass. Req., 14 mai 1912, D.1913.I.281.

[104] Louis JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, Sirey, 1939, no 51-54, pp. 32-36, «On se demande si les contrats conclus par téléphone sont à traiter comme des contrats entre présents ou comme des contrats entre absents: d'une part, ils interviennent entre correspondants éloignés l'un de l'autre; mais d'un autre côté, les demandes et les réponses sont transmises et échangées sans trait de temps; c'est une véritable conversation qui s'engage entre les intéressés qui, à un moment donné, acquièrent la certitude de la rencontre de leurs volontés. Cette dernière particularité nous paraît décisive; les contrats par téléphone sont à traiter comme conclus entre présents». Dans le même sens: Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil* „ Obligations „ Contrat et quasi-contrat „ Régime général, 2e éd., t. 2, Paris, Litec, 1986, p. 101.

[105] H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 78, p. 130.

[106] A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, note 79, p. 157.

[107] Cass. Req., 14 mai 1912, précité, note 101; Cass. Req., 22 mars 1920, S.1920.1.208.

[108] C.A. Angers, 23 septembre 1904, D.1905.5, 15.

[109] C.A. Nîmes, 4 mars 1908, précité, note 73; C.A. Nancy, 20 janvier 1925, *Gaz. Pal.* 1925.1.658. Nous avons vu précédemment que la jurisprudence française faisait preuve d'une constance marquée relativement à la localisation dans l'espace des contrats entre non-présents.

[110] Voir les développements dans la conclusion.

[111] Si l'influence de la jurisprudence anglaise sur les décisions canadiennes n'est que d'ordre indicatif, il n'en demeure pas moins évident que la pratique fait des décisions de la Chambre des Lords ou de la Cour d'appel anglaise une source incontournable dans tout le Commonwealth. Un vieil arrêt de la Nouvelle-Écosse, *Uniacke c. Dickson*, (1848) 2 N.S.R. 287, établit le principe de la présomption d'applicabilité de la common law, par opposition à la présomption d'inapplicabilité de la *Statute law*.

[112] Simon GARDINER, «Trashing with Trollope: A Deconstruction of the Postal Rules in Contract», (1992) 12 *Oxford Journal of Legal Studies* 170, 193. Cependant, même si l'identité de traitement entre les contrats par télex et par télécopieur est chose tentante, il peut être prudent de se prémunir comme lors de cette récente étude qui à ce propos considère: «A LEXIS search disclosed no decided authority on the point to date». Néanmoins, on ne voit pas sur quels critères une distinction d'attitude pourrait être justifiée par les tribunaux.

[113] *Id.*, 193.

[114] Clive M. SCHMITTHOFF, *Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 9e éd., Londres, Stevens & Sons, 1990, p. 93.

[115] *Anon.*, (1477) Y. B. Pasch. 17 Edw. IV, f. 1, pl. 2, cité par William R. ANSON, *Anson's Law of Contract*, 26e éd., Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 34. «It seems to me the plea is not good without showing that he had certified the other of his pleasure; for it is trite learning that the thought of man is not triable, for the devil himself knows not he thought of man; but if you had agreed that if the bargain pleased then you should have signified it to such an one, then I grant you need not have done more, for it is matter of fact».

[116] *Carlill c. Carbolic Smoke ball Co.*, [1893] 1 Q.B. 256, 261 (C.A.); *In re Consort Deep Level Gold Mines Ltd. Ex parte Stark*, [1897] 1 Ch. 575 (C.A.); *Holwell Securities Ltd. c. Hughes*, [1974] 1 W.L.R. 155, 157. Le droit anglais ne semble pas devoir distinguer nettement les deux théories liées à la connaissance réciproque des cocontractants (*Supra*, p. 380). (*Infra*, la citation de Lord Wilberforce dans le *Brinkibon case*, note 121, fait par exemple référence à la notion ambiguë de «communication à l'offrant»). Est-ce la réception ou l'information? Est-ce la connaissance effective ou présumée? Il n'existe, à notre connaissance, pas de débat à ce sujet. Néanmoins, la *general rule* semblerait s'attacher davantage à la théorie de l'information qu'à celle de la réception. En tous les cas, la différence entre les deux ne joue qu'en ce qui concerne le moment de formation du contrat. Le lieu quant à lui, quelle que soit la théorie choisie, sera toujours celui auquel l'offrant est rattaché.

[117] Dans ce cas, le contrat est sensé être conclu dès la transmission à celui-ci. Voir *Henthorn c. Fraser*, [1892] 2 Ch. 27, 33.

[118] *Entores Ltd. c. Miles Far East Corporation*, [1955] 2 Q.B. 327, 333, [1955] 2 All. E.R. 493.

[119] Par exemple, *The Brimnes*, [1975] Q.B. 929.

[120] *Adams c. Lindsell*, précité, note 18; *Potter & Sanders*, (1846) 6 Hare 1; *Dunlop c. Higgins*, (1848) 1 H.L. 381; *In re Imperial Land Co. of Marseilles (Harris' Case)*, (1872) 7 Ch. App. 587; *British and American Telegraph Co. c. Colson*, (1871) 6 Ex. 108; *Henthorn c. Fraser*, précité, note 115.

[121] *Holwell Securities c. Hughes*, précité, note 114, 155.

[122] *Entores Ltd. c. Miles Far East Corporation*, précité, note 116.

[123] *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH*, [1982] 1 All E.R. 293; [1982] 2 A.C. 34.

[124] *Entores Ltd. c. Miles Far East Co.*, précité, note 120, 330. Les avocats de la défense, Gardiner et Cooke, affirment en effet que «if the law in relation to a contract made by telephone or telex is different from that which applies in the case of one made by letter or telegram it is desirable that it should so be laid down in clear and precise terms.»

[125] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Contracts 2d*, vol. 1, St Paul (Minn.), American Law Institute Publishers, 1981, article 64, p. 157; voir également les développements relatifs à ce pays.

[126] *Entores Ltd. c. Miles Far East Corporation*, précité, note 120, 331-335.

[127] Cette volonté plusieurs fois répétée dans la décision de la Cour d'appel de traiter plus généralement des contrats instantanés que des contrats par télex, nous permet de présumer avec encore plus d'affirmation que la solution d'espèce est sans aucun doute transposable aux télécopieurs.

[128] *Entores Ltd. c. Miles Far East Corporation*, précité, note 120, 332.

[129] *Id.*, 332 et 333.

[130] *Id.*, 333.

[131] Edward JACOBS, «Communication of Acceptance», (1983) *Lloyd's Maritime and Commercial Law* 663.

[132] Brian COOTE, «The Instantaneous Transmission of Acceptances», (1971) *New Zealand Universities Law Review* 331, 335.

[133] John H.C. MORRIS, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 744.

[134] *Entores Ltd. c. Miles Far East Corporation*, précité, note 125, 337, cité dans Michael P. FURMSTON, *Cheshire and Fifoot's, Law of Contract*, Londres, Butterworths, 1981, p. 45.

[135] P. H. WINDFIELD, «Somme Aspects of Offer and Acceptance», (1939) 55 *The Law Quarterly Review* 499, 514.

[136] Joseph CHITTY, *Chitty on Contracts, General Principles*, 26e éd., vol. 1, Londres, The Common Law Library, 1989, p. 55.

[137] *Id.*

[138] *Entores Ltd c. Miles Far East Corporation*, précité, note 120, 337, cité dans Charles LEWIS, «The Formation and Repudiation of Contracts by International Telex», (1980) *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 436.

[139] *Diamond c. Bank of London & Montreal*, [1979] Q.B. 333; *N. V. Stoomv Maars «De Maas» c. Nippon Yusen Kaisha* («The Pendrecht»), [1980] 2 *Lloyd's Law Reports* 56, 66 (Commercial Court).

[140] *Gill and Duffus Landauer Ltd. c. London Export Co. GmbH*, [1982] 2 *Lloyd's Law Reports* 627.

[141] *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH*, précité, note 121. Selon Lord Wilberforce, «The general rule [...] is that a contract is formed when acceptance of an offer is communicated by the offeree to the offeror and if it is necessary to determine where a contract is formed [...] it appears logical that this should be at the place where acceptance is communicated to the offeror. In the common case of contracts, whether oral or in writing *inter praesentes*, there is no difficulty; and again logic demands that even where there is not mutual presence at the same place and at the same time, if communication is instantaneous, for example by telephone or radio communication, the same result should follow».

[142] *Id.*, 296 (nous avons souligné).

[143] Michael P. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot and Furmston's, Law of Contract*, Londres, Butterworths, 1986, p. 50.

[144] P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 77.

[145] *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH*, précité, note 121, 296.

[146] E. JACOBS, *loc. cit.*, note 129, 669 et 670.

[147]S. GARDINER, *loc. cit.*, note 110, 193.

[148]Christine BOYLE et David R. PERCY, *Contracts: Cases and Commentaries*, Toronto/ Calgary/ Vancouver, Carswell Company, 1989, p. 60; Gerald H.L. FRIDMAN, *The Law of Contract In Canada*, Toronto/Calgary/Vancouver, Carswell Company, 1986, p. 59; John SWAN et Barry J. REITER, *Contracts*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1985, p. 262; Warren H.O. MUELLER, *Contracts*, Toronto, Carswell Company, 1981, p. 169; Horace E. READ et Arthur L. FOOTE, *Cases And Other Materials On The Common Law of Contracts In Canada*, vol.1, Halifax, Carswell Company, 1980, p. 211; James E. SMYTH et Daniel A. SOBERMAN, *Le droit et l'administration des affaires dans les provinces canadiennes de common law*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 142; Ernest AMIRALT et Maurice ARCHER, *Canadian Business Law*, Scarborough, Nelson, 1988, p. 125.

[149]*Entores Ltd. c. Miles Far East Corporation*, précité, note 120; *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH*, précité, note 121.

[150]J. FRASER MANN, «Legal Issues Arising from the Use of Facsimile Machines», (1989) 6 *Canadian Computer Law Reporter* 141, 143.

[151]Il s'agit de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure une décision de la Chambre des Lords va être transposable dans le droit d'un pays du Commonwealth. *Supra*, note 109.

[152]*Re Viscount Supply Co.*, (1963) 40 D.L.R. (2d) 501 (Ont. H. C.); *Re Modern Fashion Ltd.*, (1969) 8 D.L.R. (3d) 590. Cette dernière décision affirme en effet que «where a request to buy goods is telephoned from Winnipeg to Montreal and the order is accepted immediately by the seller, the contract is formed in Winnipeg and is governed by Manitoba law as that is the place at which the offeror received notification of the acceptance of his offer».

[153]C. BOYLE et D.R. PERCY, *op. cit.*, note 146, p. 62.

[154]Par exemple *Carow Towing Co. c. The Ed. McWilliams*, (1919) 46 D.L.R. 506.

[155]Il s'agit des deux décisions *Magann c. Auger*, précitée, note 14 et de *Charlebois c. Baril*, précitée, note 23.

[156]*Sous-Ministre du Revenu c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité, note 41.

[157] *Entores Ltd. c. Miles Far East Co.*, précité, note 120; *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Warenhandels-gessellschaft mbH*, précité, note 121.

[158] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law, Second, Contracts 2d, op. cit.*, note 123, article 64.

[159] *Id.*

[160] *Id.*

[161] Les rédacteurs de l'*Uniform Commercial Code*, à l'article 2, n'ont pas spécifié la question du lieu et du moment de conclusion du contrat. On peut seulement noter l'article 2-206 1) a) qui dispose que, sauf avis contraire des parties, «an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances».

[162] Selon l'article 1-103 de l'*Uniform Commercial Code*, «Unless displaced by the particular provisions of this act, the principles of law and equity, [...] shall supplement its provisions».

[163] Les deux principaux instigateurs du *Restatement* étaient les professeurs Samuel Williston et Arthur Corbin dont, selon la préface du texte de ce recueil écrite par Herbert Wechsler, «the work was a legendary success, exercising enormous influence as an authoritative exposition of the subject».

[164] James A. BALLENTINE, *Ballentine's Law Dictionary*, San Fransisco, William S. Anderson, 1969, p. 1107.

[165] *Poretta c. Superior Dowel Company*, (1957) 137 A. 2d 361, 373.

[166] THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of Law, Second, Contracts 2d, op. cit.*, note 123, article 64, commentaire c), p. 158.

[167] Voir les développements précédents sur P. MALAURIE, *loc. cit.*, note 64.

[168] Voir *supra*, note 1.

[169] *Infra*, les développements portant sur l'avis controversé de la doctrine sur ce point.

[170] *Adams c. Lindsell*, précité, note 18.

[171] Il est en effet surprenant qu'une jurisprudence aussi vaste que celle des États-Unis ne laisse pas apparaître de décisions sur ce point précis. Pourtant, au regard de nos recherches personnelles, il semblerait qu'il faille se résigner à un tel silence. Pour corroborer ce constat, nous citerons Joseph M. PERILLO, *Corbin on Contracts*, édition révisée, vol. 1, St. Paul (Minn.), West Publishing, 1993, p. 449, qui affirme que «[a]lthough fax messages sometimes go awry, [...] there appears to be no case turning on an acceptance by this medium».

[172] *Linn c. Employers Reinsurance Corporation*, (1958) 139 A. 2d. 638.

[173] *Dudley A. Tyng & Co. c. Converse*, (1914) 146 N.W. 629; *Dallas Waste Mills c. Early-Foster Co.*, (1920) 218 S.W. 515; *Early-Foster Co. c. A.P. Moore's Sons Inc.*, (1921) 230 S.W. 787; *Mullinix c. Hubbard*, (1925) 6 F. 2d 109; *Cardon c. Hampton*, (1926) 109 So. 176; *Bank of Yolo c. Sperry Flour Co.*, (1933) 74 P. 855; *Trinity Universal Ins. Co. c. Mills*, (1943) 169 S.W. 2d 311; *United States c. Bushwick Mills*, (1947) 165 F. 2d 198; *Pearson c. Electric Service Co.*, (1949) 201 P. 2d 643; *Traders Oil Mill Co. c. Arnold Bros. Gin. Co.*, (1949) 225 S.W. 2d 1011; *Rothenberg c. H. Rothstein & Sons*, (1949) 181 F. 2d 345; *Macias c. Klein*, (1952) 106 F. supp. 107; *Ward Mfg. Co. c. Miley*, (1955) 281 P. 2d 343; *Pierce c. Foley Bros.*, (1969) 168 N.W. 2d 346; *National Furniture Manufacturing Co. c. Center Plywood Co.*, (1966) 405 S.W. 2d. 115; *Travelers Ins. Co. c. Workmen's Compensation Appeals Board*, (1967) 434 P. 2d 992; *Friedman Bag Co. c. Shrier*, (1961) 194 Cal. App. 2d 561; *State Ex. rel. Hartwig's Poultry Farm Inc. c. Bunde*, (1969) 170 N.W. 2d 734; *Lipshutz c. Jewelry Co.*, (1974) 373 F. supp. 375; *O'Briant c. Daniel Construction Co.*, (1983) 305 S.E. 2d 247.

[174] *Morrisson c. Thaelke*, (1963) 155 So. 2d 889. Cet arrêt sans véritablement apporter une opinion contraire, établit un *obiter dictum* sur la question. Statuant sur une question relative aux contrats par courrier, il considère à propos de la *postal rule* que «[n]ecessarily this decision is limited in any prospective application to circumstances involving the mails and does not purport to determine the rule possibly applicable to cases involving other modern methods of communication». Il existe aussi des cas où la théorie de la réception est préférée à celle de l'expédition. La *Court of Claims* est la seule à adhérer à la théorie de la réception en matière de contrats à distance. *Dick c. United States*, (1949) 82 F. Supp. 326; *Rhodes Island Tool Co. c. United States*, (1955) 128 F. Supp. 417; *Pacific Alaska Contractors c. United States*, (1958) 157 F. Supp. 844. Là encore, il s'agissait, soit de cas où l'offrant avait fait une erreur, soit de cas où les dispositions de la poste américaine permettaient à l'acceptant d'annuler l'envoi qu'il avait fait. Voir les développements dans Ian R. MACNEIL, «Time of Acceptance: to Many Problems for a Single Rule», (1964) 112 *University of Pennsylvania Law Review* 947, 954.

[175] *Linn c. Employers Reinsurance Corporation*, précité, note 170.

[176] Voir John WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, 3e éd., dans Walter Henry E. JAEGER, Mount Kisco (N.Y.), Baker, 1957, paragraphe 82A.

[177] *Linn c. Employers Reinsurance Corporation*, précité, note 170, 638.

[178] *Ore & Chemical Corporation c. Howard Butcher Trading Corporation*, (1978) 455 F. Supp. 1150; *Norse Petroleum A/S c. L.V.O. International Inc.*, (1978) 389 A. 2d 771; *Docutel Corporation c. S. A. Matra*, (1979) 464 F. Supp. 1209; *Re Marin Motor Oil Inc.*, (1984) 740 F. 2d 220.

[179] *Ore & Chemical Co. c. Howard Butcher Trading*, précité, note 176, 1153.

[180] R.A. SAMEK, «A Reassessment of the Present Rule Relating to Postal Acceptance», (1961) 35 *The Australian Law Journal* 38; Edward S. STIMSON, «Effective Time of an Acceptance», (1939) 23 *Minnesota Law Review* 776; P. H. WINDFIELD, *loc. cit.*, note 133.

[181] Joseph D. BECKER, «International Telex Contracts», (1983) 17 *Journal of World Trade Law* 111.

[182] Beth A. EISLER, «Default Rules for Contract Formation by Promise and the Need for Revision of the Mailbox Rule», (1990-91) 79 *Kentucky Law Review* 558.

[183] *Id.*, 564.

[184] *Id.*, 569.

[185] *Id.*

[186] *Adams c. Lindsell*, précité, note 18. Voir également les allégations du professeur WINDFIELD, *loc. cit.*, note 133.

[187] Arthur Lindon CORBIN, *Corbin on Contracts* ,, *A Comprehensive Treatise on the Working Rules of Contract Law*, vol.1, St. Paul (Minn.), West publishing, 1963, p. 342.

[188] *Entores Ltd. c. Miles Far East Co.*, précité, note 120, 334.

[189] *Brinkibon Ltd. c. Stahag Stahl und Warenhandels-gesellschaft mbH*, précité, note 121.

[190] J. D BECKER, *loc. cit.*, note 179, 110 et 111.

[191] Richard A. LORD, *Williston on Contracts*, *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 2, Rochester (N.Y.)/San Francisco (Cal.), Lawyers Cooperative Publishing, 1991.

[192] *Id.*, pp. 376 et 377.

[193] *Id.*, p. 377.

[194] *Id.*

[195] *Id.*, pp. 377 et 378.

[196] *Linn c. Employers Reinsurance Corporation*, précité, note 170.

[197] *Entores Ltd. c. Miles Far East Co.*, précité, note 120, 334.

[198] B. A. EISLER, *loc. cit.*, note 180, 570.

[199] *Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*, du 11 avril 1980. Voir par exemple Louis PERRET et Nicole LACASSE, *Actes du colloque sur la vente internationale*, Ottawa, «coll. bleue», Wilson et Lafleur, 1989, annexe 1, p. 267.

[200] Il est à noter qu'elle fut ratifiée par la plupart des grandes puissances commerciales du globe. En ce qui concerne les pays étudiés, elle est rentrée en vigueur au Canada le 1er mai 1992, en France le 1er janvier 1988 et aux États-Unis le 1er janvier 1988. Quant au Québec, l'application de ladite convention est consécutive à l'adoption d'une loi particulière. L'Angleterre est le seul État d'importance à ne s'y être toujours pas rallié. Rien ne laisse d'ailleurs présager qu'il ne le fasse dans un proche avenir. Voir par exemple R.H.P. SLEIGH, «La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: le point de vue anglais», *Gaz. Pal.* 1991.I.doct.612.

[201] Albert H. KRITZER, *Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Boston, Kluwer, 1989, p. 173.

[202] Article 18 paragraphe 3: «Cependant, si, en vertu de l'offre, des habitudes qui se sont établies entre les parties ou des usages, le destinataire de l'offre peut indiquer qu'il acquiesce en paiement du prix, sans communication à l'auteur de l'offre, l'acceptation prend effet au moment où cet acte est accompli, pour autant qu'il le soit dans les délais prévus par le paragraphe précédent.»

[203] Article 6: Les parties peuvent exclure l'application de la présente convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

[204] Article 16 paragraphe 1 de la Convention de Vienne de 1980.

[205] Voir par exemple Claude SAMSON, «La convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: étude comparative des dispositions de la convention et des règles de droit québécois en la matière», (1982) 23 *C. de D.* 919, 937.

[206] E. Allan FARNSWORTH, *An introduction to the legal system of the United States*, New York, Oceana Publications, 1963, pp. 3-13/14, cité dans A. H. KRITZER, *op. cit.*, note 199, p. 174.

[207] Article 22: «L'acceptation peut être rétractée si la rétractation parvient à l'auteur de l'offre avant le moment où l'acceptation aurait pris effet ou à ce moment.»

[208] Peter WINSHIP, «Formation of International Sales Contracts under the 1980 Vienna Convention», (1983) 17 *The International Lawyer* 14. Cet auteur prétend que «[a]lthough an acceptance will be effective until it reaches the offeror (thus rejecting the common law «mailbox rule») the CISG does provide for the most important effect of the common law rule: an offeror may not revoke an offer once an acceptance is dispatched».

[209] TEDIS PROGRAM (Trade Electronic Data Interchange Systems), *The European Model EDI Agreement*, Bruxelles, Commission C.E.E., mai 1991, DG XIII-D-5, art. 9 al.2: «Unless otherwise agreed, a contract made by EDI will be considered to be concluded at the time and at the place where the EDI message constituting the acceptance of an offer is made available to the information system of the receiver».

[210] Le programme TEDIS établit une définition extensive considérant que les «Electronic Data Interchange is the transmission of data structured according to agreed message standards, between information systems, by electronic means».

[211] Par exemple, J. D. BECKER, *loc. cit.*, note 179, 111.